



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE  
**DERECHO**

CHILEAN JOURNAL OF LAW

2024 · Mayo - Agosto · Vol. 51 - Nº 2

■ ESTUDIOS

DERECHO INTERNACIONAL

DERECHO CIVIL

DERECHO LABORAL

DERECHO PROCESAL

DERECHO PENAL

■ RECENSIONES



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE  
**DERECHO**  
CHILEAN JOURNAL OF LAW

■ ESTUDIOS

*Derecho Internacional*

*Derecho Civil*

*Derecho Laboral*

*Derecho Procesal*

*Derecho Penal*

■ RECENSIONES

## COMITÉ EDITORIAL

**Enrique Alcalde Rodríguez** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Pierre Bon** (Université de Pau) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Marta Cartabia** (Università Bocconi) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes, Chile) - **Diane Desierto** (University of Notre Dame, Indiana) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fernandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Juan Luis Goldenberg Serrano** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **María Carmelina Londoño Lázaro** (Universidad de La Sabana) - **Nuria Pastor Muñoz** (Universitat Pompeu Fabra) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Etienne Picard** (Université de Paris I) - **Johann Christian Pielow** (Ruhr-Universität Bochum) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes, Chile) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln)

## MIEMBROS FALLECIDOS DEL COMITÉ EDITORIAL

**Amelia Castresana** † (Universidad de Salamanca) - **Enrique Cury Urzúa** † (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** † (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - **Franck Moderne** † (Université de Paris I) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** † (Pontificia Universidad Católica de Chile)

## EQUIPO EDITORIAL

**Álvaro Paúl Díaz**

Director

(Orcid: 0000-0003-3882-450X)

**Cristóbal García-Huidobro Becerra**

Coordinador General

(Orcid: 0000-0002-2184-8719)

**Paula Godoy Muñoz**

(Orcid: 0009-0002-9065-4210)

Editora Asociada

**Anamaría Quintana Cepeda**

(Orcid: 0000-0001-7778-7604)

Editora Asociada

**Andrea Valenzuela Niemann**

Secretaria de la Revista

**María José Gómez Álvarez**

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

**Pía Ruiz-Tagle Donoso**

**Luciano Zúñiga García**

Ayudantes de la Edición Electrónica

---

La Revista Chilena de Derecho® es una publicación cuatrimestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su principal objetivo es difundir la ciencia del Derecho, siguiendo el ethos de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

La Revista se indexa en las siguientes bases de datos: Web of Sciences (Social Sciences Citation Index), Scopus (Social Sciences & Humanities), JSTOR, HeinOnline, Dialnet, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

El impacto de la Revista se mide en: Journal Citation Reports (JCR), CiteScore (CS) y SCImago Journal & Country Rank (SJR)

ISSN 0716-0747 (versión papel) / ISSN 0718-3437 (versión online)

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Casilla 114-D. Santiago 1, Chile.  
Teléfono: (56-2) 2354-2964. Correo electrónico: revchider@uc.cl. Sitio web: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/>

# ÍNDICE

## Volumen 51 N° 2

### ■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Arturo Yrarrázaval Covarrubias (1946-2024), que en paz descanse* [V-VII]

### ■ ESTUDIOS

#### *Derecho Internacional*

CARMONA CALDERA, Cristóbal: *La interpretación “eco-cultural” de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sus riesgos* [1-34]

#### *Derecho Civil*

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis: *La discusión sobre el dominio de los bienes en el concurso: una precisión histórica del Artículo 2466 del Código Civil* [35-66]

#### *Derecho Laboral*

APARICIO ALDANA, Rebeca Karina: *Derechos fundamentales y relación laboral. A propósito de una sentencia del Tribunal de la Unión Europea, referida al ejercicio de la libertad religiosa en el trabajo* [67-97]

#### *Derecho Procesal*

MELGAR RIMACHI, ADRIANA: *Las técnicas de reproducción humana asistida y su desvinculación del derecho a la salud y autonomía reproductivas* [99-129]

PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana: *¿Es la condicionalidad compatible con un sistema de asistencia social que aspira a la universalidad?* [131-158]

#### *Derecho Penal*

CORREA ROBLES, Carlos y PARDO ÁLVAREZ, Diego: *¿Existe la prueba ilícita, lícitamente obtenida, en el proceso penal chileno?* [159-187]

#### *Derecho Civil*

ASENJO A., Karen R.: *La potestas variandi en Chile: procedencia y condiciones de ejercicio en el marco de la contratación administrativa* [189-221]

### ■ RECENSIONES

DE JESÚS CASTALDI, Ligia: *Tello Mendoza, Juan Alonso (2024): Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho. Consideraciones sobre la Doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ciudad de México, Tirant lo Blanch) 515 pp.* [223-227]



**FACULTAD DE DERECHO**  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

2024 • Mayo - Agosto • Vol. 51 - N° 2

## EDITORIAL

## ARTURO YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS (1946-2024), QUE EN PAZ DESCANSE

El 28 de enero de este año nos dejó *don Arturo*, el querido exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y miembro del Comité Editorial de la Revista Chilena de Derecho. Su partida ha motivado varios artículos, noticias y obituarios, tanto en la prensa escrita como en los sitios web de instituciones en las que estuvo involucrado, tanto de carácter universitario y jurídico, como social y caritativo. Dentro de ellos, destaca el que escribió el actual decano de la Facultad, don Gabriel Bocksang Hola, que tiene la particularidad de provenir, además, de un exalumno agradecido<sup>1</sup>.

Las distintas notas que se han escrito sobre don Arturo recuerdan sus orígenes académicos en la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde fue estudiante y presidente del Centro de Alumnos de Derecho UC. También destacan que fue un pionero, pues después de licenciarse en derecho en 1970, hizo algo muy infrecuente para la época: viajar a Estados Unidos para obtener el grado de magíster en la Universidad de Nueva York (1974), y el grado de doctor por la Universidad de Yale (1976).

De vuelta al país, además de ser un profesor muy destacado (obtuvo diversos premios por ello), ejerció como abogado y árbitro, llegando a ser uno de los más reconocidos y respetados en su área. Adicionalmente, ofreció generosamente todos sus conocimientos interdisciplinarios de derecho y economía en diversas labores de bien público, en todas las cuales exhibió su vocación y compromiso de servicio. De este modo, y en distintos momentos de su vida, formó parte de

la Comisión Preventiva y de la Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, de la Comisión de Supervisión Financiera del Ministerio de Hacienda, de la Comisión Asesora Presidencial de Libre Competencia y de la Comisión de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas. Además, fue presidente del Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguros desde su fundación<sup>2</sup>.

Su preocupación por la Facultad de Derecho de la Universidad fue incesante. Una vez concluidos sus dos períodos como decano –cargo que ejerció entre 2003 y 2010–, continuó desempeñando diversas tareas, siendo miembro del Consejo de Facultad y de muchas otras

<sup>1</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel (2024): *Palabras. Arturo Yrarrázaval Covarrubias*. Disponible en: [https://derecho.uc.cl/images/Palabras\\_Arturo\\_Yrarr%C3%A1zaval\\_vp.pdf](https://derecho.uc.cl/images/Palabras_Arturo_Yrarr%C3%A1zaval_vp.pdf). Fecha de consulta: 23/08/2024.

<sup>2</sup> CLASE EJECUTIVA UC (2024): “Clase Ejecutiva UC lamenta el fallecimiento de nuestro profesor y exdecano de Derecho Arturo Yrarrázaval”, *Clase Ejecutiva UC*. Disponible en: <https://www.claseejecutiva.com.ec/actividades/noticias/clase-ejecutiva-uc-fallecimiento-arturo-yrarrazaval/>. Fecha de consulta: 23/08/2024.

comisiones y órganos colegiados. Dentro de éstos, integró el Comité Editorial de la Revista Chilena de Derecho, en el que tuvo una participación activa. En ese y otros contextos me correspondió tratarlo, y siempre mostró un interés por las actividades que dieran una mayor profundidad a la vida universitaria de la Facultad. También tengo recuerdos de él en la Universidad de los Andes, donde fue mi profesor, y donde había sido también decano. Algo que siempre distinguí a don Arturo en los espacios universitarios fue que, a pesar de su dilatada trayectoria académica y las responsabilidades directivas que tenía, mostró una actitud humilde y servicial. Así, por ejemplo, en todos los cócteles y vinos de honor en los que le tocaba participar se le veía siempre con una bandeja en la mano, sirviendo a los asistentes.

La mirada humana que don Arturo tuvo sobre la Facultad lo llevó a instaurar el concepto de la *Gran Familia Derecho UC*, al que contribuyó a dar vida con gestos grandes y pequeños. Estas cualidades humanas y profesionales las pudieron apreciar mejor quienes tuvieron vínculos directos con él (todos ellos tienen algún nuevo detalle que contar sobre don Arturo). En cambio, no es necesario haberlo conocido para notar que él sentó las bases para el crecimiento y modernización de la Facultad de Derecho, ampliando el número de profesores con doctorado y jornada. Las mejoras logradas en la administración Yrarrázaval cuentan también con una expresión material, pues fue él quien ideó y logró la construcción de un edificio propio para la Facultad, dentro de la Casa Central de la Universidad Católica. Este edificio, que desde hace quince años acoge a Derecho UC con las instalaciones necesarias para una Facultad moderna, en mayo de este año pasó a llamarse *Edificio Arturo Yrarrázaval Covarrubias*, en reconocimiento a la inmensa labor de su promotor en beneficio de toda la comunidad.

El bien que don Arturo hizo a la Facultad y a la Universidad le valió recibir el grado honorífico de profesor emérito, y la distinción del premio Monseñor Carlos Casanueva, que es el mayor reconocimiento que la Pontificia Universidad Católica puede entregar a un académico, y que se entrega sólo a quienes han marcado a esta casa de estudios. Esto fue muy merecido, pues la huella dejada por don Arturo es inmensa. No podría ser de otro modo, pues fue un hombre íntegro e integral, que se dedicó con estudio y rigor a su disciplina; ejerció con brillo y modestia su profesión; generó, alentó y alimento vocaciones universitarias y de servicio público; formó con entrega y abnegación una extensa y hermosa familia, y fue, sobre todo, un hombre de fe profunda y probada.

Debe recalarse este último aspecto, fundamental en la vida de don Arturo, y que debiera ser la corona de todo decano de una universidad católica. Don Arturo fue un profundo creyente, que se mantuvo fiel a su vocación y a la misión católica de la Universidad, lo que mostró en muchos actos concretos, fueran éstos silenciosos o públicos. Uno de ellos fue la designación del eminente exalumno de la Facultad, san Alberto Hurtado, como patrono de ésta<sup>3</sup>, para que, junto a su primer y tradicional protector, san Alfonso María de Ligorio, intercediera ante el Padre por toda su querida *Gran Familia Derecho UC*. Por eso,

---

<sup>3</sup> Su discurso de nombramiento consta en la sección de crónicas y ensayos de esta revista. YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo (2008): *Discurso por el Nombramiento de San Alberto Hurtado como Patrono de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Revista Chilena de Derecho, vol. 35, N° 3: pp. 613-619.

Acompañemos con nuestras oraciones a quien, por medio del Bautismo, recibió la adopción de los hijos de Dios y se alimentó en la mesa del Señor, para que ahora merezca la herencia eterna prometida a los santos y participe en el banquete celestial.

ÁLVARO PAÚL

*Director de la Revista Chilena de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile*



# LA INTERPRETACIÓN “ECO-CULTURAL” DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS RIESGOS

## THE “ECO-CULTURAL” INTERPRETATION OF INDIGENOUS PEOPLES’ LAND RIGHTS AND ITS RISKS

Cristóbal Carmona Caldera\*

**RESUMEN:** Tanto en el Derecho Internacional como en diferentes ordenamientos jurídicos domésticos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas han sido interpretados siguiendo una comprensión “eco-cultural”. Esta comprensión basa el reconocimiento de derechos principalmente en la necesidad de proteger el vínculo material y espiritual de estos pueblos con sus territorios. En este artículo, sostendré que la utilización de este tipo de interpretación conlleva dos riesgos para estos propios pueblos. Por una parte, puede limitar el reconocimiento de derechos solo a aquellos pueblos que mantengan una posesión tradicional de sus territorios. Por otra, puede restringir el tipo de uso que los pueblos o comunidades indígenas puedan hacer de sus tierras, territorios y recursos.

**Palabras clave:** Pueblos indígenas, Derechos territoriales, Identidad cultural, Libre determinación, Desarrollo.

**ABSTRACT:** Both in International Law and in different domestic legal systems, the territorial rights of indigenous peoples have been interpreted following an “eco-cultural” understanding. This understanding bases the recognition of territorial rights primarily on the need to protect the material and spiritual link of these peoples with their territories. In this article, I will argue that the use of this kind of interpretation carries two risks for the indigenous peoples themselves. On the one hand, it could limit the recognition of rights to only those peoples who maintain a traditional and sustainable occupation and use of their lands and resources. On the other, it could restrict the type of use that indigenous peoples can make of their lands, territories, and resources.

**Keywords:** Indigenous Peoples, Land Rights, Cultural Identity, Self-determination, Development.

\* Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales Chile. ANID - Núcleo Milenio en Turberas Andinas AndesPeatNCS\_009\_2022. Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR) ANID 1523A0003 Dirección postal: Avenida República 112, Santiago. Correo electrónico: cristobal.carmona@udp.cl.  0000-0002-6083-3640. Agradezco los atentos comentarios formulados por la profesora Francisca Vergara, el profesor Juan Jorge Faundes y los dos revisores anónimos. Cualquier error es, por cierto, de mi exclusiva responsabilidad.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2022, ocurrieron en Chile dos relevantes decisiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas. Aunque diferentes en sede, temática y alcance, estos pronunciamientos compartían una comprensión común de los derechos territoriales (*land rights*)<sup>1</sup> de estos pueblos. La primera decisión consistió en un fallo de la Corte Suprema en una causa de indemnización por expropiación de un predio que tenía calidad “indígena”, de acuerdo con el Art. 12 de la Ley N° 19.253. En esta sentencia, la Corte acogió un recurso de casación de una propietaria indígena, fallando que la indemnización otorgada no había tenido en cuenta el perjuicio por valor cultural que suponía la expropiación de un inmueble indígena, de acuerdo a lo dispuesto por los Arts. 13 N° 1 y 16 N° 5 del Convenio N° 169 de la OIT (Convenio N° 169)<sup>2</sup>. En base a esta conclusión, en su sentencia de reemplazo la Corte entra a determinar a cuánto asciende el nuevo monto de indemnización, considerando ahora la calidad “indígena” del inmueble. Para hacerlo, la Corte recurre al Convenio N° 169, en donde habrían “factores objetivos que se enmarcan dentro de la esfera de protección que impone al Estado respecto de la especial relación entre los pueblos originarios y sus tierras”<sup>3</sup>. Estos factores serían los siguientes:

- (i) La vinculación de la tierra con actividades de significación cultural; (ii) La vinculación de la tierra con actividades de significación religiosa; (iii) La vinculación de la tierra con actividades económicas tradicionales; (iv) El uso colectivo del inmueble expropiado y, en la afirmativa, magnitud de aquella colectividad; y, (v) El tratarse de un inmueble que sirva de habitación, morada o residencia a integrantes de pueblos originarios<sup>4</sup>.

Aplicados estos “factores objetivos” al caso concreto, el predio indígena a ser expropiado prácticamente no cumplía con ninguno de ellos. En dicho inmueble no se efectuaban actividades de significación cultural o religiosa, ni actividades económicas tradicionales. Tampoco era ocupado por la comunidad indígena a la que pertenecía la dueña, ni se pudo probar que la expropiación generaría el reasentamiento de la reclamante<sup>5</sup>. Dado que “la afectación del interés que se busca proteger no fi-

<sup>1</sup> En el contexto de la presente investigación, los “derechos territoriales” de los pueblos indígenas se refieren a un conjunto amplio, no necesariamente coherente entre sí, de normativa doméstica e internacional relativa al reconocimiento y protección de los derechos de estos pueblos a las tierras, territorios y recursos naturales existentes en los lugares en los que habitan, incluidos también los derechos de participación en los procesos de toma de decisión respecto al destino de dichos elementos (e.g., el derecho a consulta).

<sup>2</sup> Corte Suprema, 15/03/2022 sentencia de casación, Considerando 8°. Una tesis en este sentido había sido avanzada por el profesor Manuel NÚÑEZ (2022).

<sup>3</sup> Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 11°.

<sup>4</sup> Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 11°.

<sup>5</sup> Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 12°.

gura como especialmente intensa”<sup>6</sup>, la Corte otorga solo un reducido incremento de la indemnización.

La segunda decisión ocurrió el mes de julio de 2022, a propósito de la evaluación ambiental de un proyecto del Ministerio de Obras Públicas (MOP). Este proyecto reconocía la generación del impacto del Art. 7 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), por el reasentamiento de grupos humanos, dentro de los cuales se encontraban personas indígenas. Por aplicación estricta del Art. 85 del RSEIA, este antecedente era suficiente para que el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) iniciara un Proceso de Consulta con los Pueblos Indígenas (PCPI). No obstante, el SEA negó la procedencia de la consulta. La razón esgrimida fue que las familias indígenas a reasentar se circunscribían a un contexto sociocultural “urbano”. Esto significaba que:

no desarrollarían actividades tradicionales propias de los pueblos originarios en dichos espacios urbanos, ni tampoco reconocerían sitios de significancia cultural tradicionales relacionados a estos grupos en las localidades mencionadas, compartiendo los mismos espacios cotidianos, intereses y problemáticas que la población no indígena<sup>7</sup>.

Más allá de las evidentes diferencias entre las dos decisiones citadas, la interpretación de los derechos territoriales indígenas que subyace a ambas es la misma. Tanto para la Corte Suprema como para el SEA, el fundamento y finalidad de estos derechos sería el resguardo de los intereses de estos pueblos relacionados a su cultura, valores y prácticas tradicionales, vinculadas a la tierra y la naturaleza/ruralidad. En consecuencia, si las tierras y actividades indígenas no caben dentro de estos márgenes “tradicionales”, “culturales” o “rurales”, entonces caerán fuera del marco de protección de las normas. Por supuesto, estos no son casos aislados, sino que se replican en distintos ámbitos de la jurisprudencia y doctrina nacional<sup>8</sup>.

Aunque jurídicamente criticables, este tipo de interpretaciones, que denominaré como “eco-culturales”, no son necesariamente arbitrarias. Como es sabido, existe un número importante de normativa nacional, comparada e internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas que, en diversos grados, apunta en una dirección similar. A manera de ilustración, en Chile, el Art. 1 de la Ley N° 19.253 declara que “la tierra” es el “fundamento principal” de la “existencia y cultura” de estos pueblos. La legislación peruana sobre consulta previa establece, dentro de los criterios objetivos a considerar para identificar a los pueblos indígenas, el que tengan “[e]stilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan” (Art. 7 (b), Ley N° 29.785). En el Derecho In-

<sup>6</sup> Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 13°.

<sup>7</sup> SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2022) p. 80.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en los fallos de tribunales de Temuco para justificar la desafectación de la calidad “indígena” de tierras que, por modificación del plan regulador, quedan dentro del radio urbano. Ver Corte de Apelaciones de Temuco, 23/11/2020 y Corte de Apelaciones de Temuco, 10/09/2021. Sobre la aplicación de estas lecturas en la consulta en la evaluación ambiental, ver la sección II (2).

ternacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto el Convenio N° 169 como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) protegen la relación material y espiritual entre las culturas indígenas y sus tierras, territorios y/o recursos (Art. 13 N° 1, Convenio N° 169; Art. 25, DNUDPI). Adicionalmente, cabe notar que un énfasis interpretativo en la identidad cultural indígena puede proteger los derechos de estos pueblos. Bajo un punto de vista, la misma sentencia citada de la Corte Suprema puede producir un aumento sustantivo en el valor de la indemnización por expropiación. Esto es apreciable, también, en los avances jurisprudenciales y normativos de los últimos años relativos a los derechos de la naturaleza<sup>9</sup>, especialmente en el reconocimiento de la personalidad jurídica de los ríos y lagos<sup>10</sup>.

No obstante, tal como lo reflejan los pronunciamientos revisados al inicio de este trabajo, interpretaciones que asumen que la identidad cultural indígena está siempre *especialmente* vinculada las tierras o territorios en los que habitan, y que ven en la protección de dicha identidad cultural el fundamento último de la legislación sobre pueblos indígenas, pueden generar costos para los propios pueblos<sup>11</sup>. Por una parte, estas lecturas pueden reducir el reconocimiento/protección de derechos solo a aquellos pueblos o comunidades que, pese a los procesos de colonización y aculturación a los que se han visto afectos, han logrado conservar su relación “especial” con las tierras, territorios y/o recursos naturales. Por otra, podrían limitar el tipo y escala de desarrollo que pretendan llevar a cabo los pueblos o comunidades en/con dichas tierras, territorios y/o recursos naturales, solo a aquel que el propio sistema jurídico estatal o internacional calificara como “tradicional” o “sustentable”<sup>12</sup>. En otras palabras, una interpretación eco-cultural puede restringir indebidamente el acceso y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Por estas razones, en el presente trabajo delimitaré y analizaré dichos riesgos, con el fin de que puedan ser tomados en cuenta por autoridades legislativas, operadores jurídicos y actores indígenas al momento de implementar, interpretar y reivindicar estos derechos.

Metodológicamente, para ilustrar cómo se concretan en la práctica jurídica estas posibles consecuencias negativas, utilizaré un análisis de “derecho internacional comparativo vertical”<sup>13</sup>. Esto quiere decir que las explicaciones se harán a partir de la revisión de jurisprudencia tanto del orden internacional, como comparada. En concreto, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y

<sup>9</sup> Ver GILBERT (2022).

<sup>10</sup> O'DONNELL y otros (2020).

<sup>11</sup> Ver KENNEDY (2004) p. 7.

<sup>12</sup> Si bien ambos riesgos se encuentran íntimamente vinculados, cabe notar que esta relación no es “necesaria”. Es decir, la interpretación eco-cultural de las características de un derecho no limitará siempre y en todo lugar lo que las comunidades pueden hacer con ese derecho. Este es el caso, por ejemplo, de los Espacios Costeros de los Pueblos Originarios (ECMPO). Agradezco a Francisca Vergara por hacerme ver este punto.

<sup>13</sup> SIEMS (2018) pp. 291 y 292.

la Corte Suprema de Canadá. La decisión de utilizar fallos de la Corte IDH sobre derechos territoriales indígenas y afrodescendientes, a pesar de los problemas hermenéuticos y de eficacia que presentan<sup>14</sup>, se funda en la importancia que suele adscribirsele a este tribunal en materia de derechos de los pueblos indígenas en América Latina<sup>15</sup>. El uso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá se basa en que, a pesar de no haber ratificado el Convenio N° 169, el resguardo a los derechos de los pueblos indígenas en este país se ha acercado ostensiblemente en los últimos años al régimen jurídico consagrado en el DIDH<sup>16</sup>. Esto puede apreciarse en el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a consulta<sup>17</sup> y la aplicación que se le ha dado recientemente a nivel federal y provincial a la DNUDPI<sup>18</sup>.

En este orden de ideas, el artículo comienza (II) precisando conceptualmente las premisas sobre las que se articula una comprensión eco-cultural de los derechos territoriales indígenas. A continuación, (III) muestra cómo se materializa en la jurisprudencia de la Corte IDH el riesgo de limitar el reconocimiento de derechos territoriales, para luego (IV) analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá sobre el “título aborígen” (*aboriginal title*), y la forma en que genera el riesgo de restringir el desarrollo auto-determinado indígena. El artículo finaliza (V) con unas breves conclusiones sobre el tema tratado.

## II. LA INTERPRETACIÓN ECO-CULTURAL Y SUS DESCONTENTOS

Desde la década de los ochenta, tanto en el ámbito internacional como nacional, los derechos territoriales de los pueblos indígenas han experimentado un importante crecimiento. Derechos a la propiedad o posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas; al uso de los recursos naturales existentes en sus territorios; a la participación y consulta, entre otros, son parte de un entramado jurídico en constante desarrollo<sup>19</sup>. Por regla general, este reconocimiento de derechos se presen-

---

<sup>14</sup> En efecto, elementos tales como un método hermenéutico poco riguroso en el uso de fuentes externas y un proceso de decisión sin deferencia hacia los estados (ver PAÚL (2014)), entre otros, han generado una serie de resistencias externas e internas a las decisiones de la Corte IDH (ver CONTESE (2021)). En este sentido, se puede notar que el nivel de cumplimiento de los fallos es ostensiblemente bajo en todo lo que se refiere a las medidas de restitución y garantías de no repetición (ver BRAGA (2021) pp. 11 y ss., para la jurisprudencia en temática territorial indígena).

<sup>15</sup> Por ejemplo, FUENTES (2015) p. 79.

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, AYLWIN y POLICZER (2020) y CARMONA (2022).

<sup>17</sup> Ver BANKES (2020).

<sup>18</sup> A nivel federal, el año 2021 se dictó la *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, de 2021. Por su parte, la provincia de British Columbia adoptó el año 2019 la *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (ver BANKES (2021)).

<sup>19</sup> Ver, en general, GILBERT (2016).

ta por diferentes actores como siguiendo un trazado lineal y progresivo, que estaría permitiendo “aflojar las amarras de la colonización”<sup>20</sup>.

A pesar de la prevalencia que puedan tener discursos de este tipo en la actualidad, es importante recordar que estos derechos no son necesariamente estables<sup>21</sup>. Las disposiciones que articulan este entramado legal responden a bases conceptuales diversas<sup>22</sup>, se encuentran en fuentes del derecho internacional de distinto peso normativo y muchas veces son inconsistentes entre sí<sup>23</sup>. Adicionalmente, dado que los significados de las normas dependen no solo de los límites y las oportunidades creadas por los enunciados normativos, sino de las interpretaciones y estrategias de los actores que utilizan el derecho<sup>24</sup>, estas pueden ser instrumentalizadas y adaptadas a diferentes realidades<sup>25</sup>.

En este contexto, la “interpretación eco-cultural” no es una característica estructural del régimen contemporáneo de derechos territoriales indígenas. Es, en cambio, la reconstrucción conceptual de un tipo de interpretación jurídica presente en diferentes grados en la teoría y práctica de los derechos indígenas<sup>26</sup>. En tanto modelo conceptual, es posible identificar que esta interpretación se construye en base a dos premisas, una fáctica y otra normativa. Hay, en primer lugar, una presunción de que la identidad y formas de vida indígenas están vinculadas de manera inescindible a un respeto y cuidado de la naturaleza. En segundo lugar, se opera bajo la creencia de que la protección de la identidad cultural indígena es el fundamento común y marco principal de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas. Ambas premisas, se puede adelantar, son a lo menos cuestionables, cuando no derechamente erróneas.

En este orden de ideas, el objetivo de esta sección es delimitar conceptualmente cada una de las dos premisas que componen la interpretación eco-cultural, mostrando los problemas que tienen en sus construcciones y cómo de ellas se derivan los riesgos que produce la interpretación eco-cultural –i.e., limitar el acceso y ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas–.

## 1. LAS TIERRAS Y LA ESENCIA DE LA IDENTIDAD CULTURAL INDÍGENA

La interpretación eco-cultural, lo decía, se construye a partir de una premisa fáctica: que la identidad y formas de vida indígenas están vinculadas de manera

<sup>20</sup> CARPENTER y RILEY (2014), p. 176. Esta y el resto de las traducciones del inglés de este artículo, corresponden a traducciones libres del autor.

<sup>21</sup> LARSEN (2016) párr. 27.

<sup>22</sup> KINGSBURY (2002) y GILBERT (2016) p. 303.

<sup>23</sup> CHARTERS (2011), pp. 300-303.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ (2012) p. 52.

<sup>25</sup> LARSEN (2016) párr. 27.

<sup>26</sup> Esta reconstrucción conceptual permite distinguir mejor sus premisas básicas y, consecuentemente, identificar los riesgos que generarían aquellas interpretaciones que se acerquen a dichos supuestos. Agradezco a la profesora Lorena Espinosa por su ayuda en este tema.

inescindible a un respeto y cuidado de la naturaleza. Es decir, la relación con sus tierras, territorios y recursos naturales es “especial”, y por tanto digna de protección, no solo porque está vinculada al pasado tradicional<sup>27</sup>. Es “especial”, porque se trata de una relación de respeto y cuidado con la naturaleza, de la que depende incluso la propia supervivencia cultural del pueblo<sup>28</sup>. Esta vinculación, además, usualmente va de la mano con una imagen de los pueblos indígenas –en ocasiones reivindicada estratégicamente por organizaciones indígenas en diversos foros<sup>29</sup>– como grupos que viven “en armonía con la naturaleza”<sup>30</sup>.

Posturas cercanas a esta premisa pueden observarse muchas veces en reportes de órganos de derechos humanos<sup>31</sup>. Por ejemplo, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (EMRIP, por sus siglas en inglés) recientemente indicó que, para estos pueblos, la tierra es el elemento “que define su identidad y cultura y su relación con los antepasados y generaciones futuras”<sup>32</sup>. En un sentido similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado que:

Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural<sup>33</sup>.

Esta imagen probablemente se adecúa a la realidad o planes de vida de distintos grupos indígenas. Es innegable que gran parte de las filosofías y cosmovisiones indígenas propugnan una relación con la naturaleza basada en los principios de “relacionalidad, interdependencia sistémica e interconexión de sus diversos elementos”<sup>34</sup>. De igual forma, muchas de las prácticas indígenas tradicionales tienen un carácter sustentable y, todavía más, han probado ser relevantes para la conservación de la biodiversidad<sup>35</sup>. Asimismo, existen casos en donde la propia identidad indígena ha emergido a partir de un proceso de resistencia a la mercantilización (*commodification*) de la naturaleza propiciada por regímenes jurídicos de corte neo-

<sup>27</sup> RIVAS (2017) p. 35.

<sup>28</sup> Esta idea se encuentra, por ejemplo, en TOBIN (2014) p. 142; y GILBERT (2016) p. 2.

<sup>29</sup> Ver MORGAN (2004) pp. 492 y ss.; ENGLE (2010) p. 66; y BARELLI (2016) pp. 138 y 139.

<sup>30</sup> RICHARDSON (2008), p. 6.

<sup>31</sup> Por supuesto, al mismo tiempo también existen pronunciamientos de órganos de tratado que se distancian de esa lógica. Tómese como ejemplo el denominado “*non-frozen rights approach*” utilizado por el Comité de Derechos Humanos. Ver GILBERT (2022) pp. 409-410 y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, CCPR/C/70/D/547/1993 párr. 9.4.

<sup>32</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/45/38 párr. 5.

<sup>33</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, CERD/C/GC/32 párr. 36.

<sup>34</sup> GALDÁMEZ y MILLALEO (2020) p. 52.

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, SCHUSTER y otros (2019) p. 4.

liberal<sup>36</sup>. No obstante, este cuadro no representa necesariamente a la mayoría de la población indígena.

En efecto, ya sea por sus propias actividades pre-coloniales o producto de los procesos de aculturación y desposesión territorial de los que han sido víctimas, la realidad de muchas comunidades indígenas supone una relación más compleja, matizada y multidimensional con su entorno y las formas de producción modernas. Piénsese en el importante porcentaje de población indígena urbana que existe hoy en día y que, por lo mismo, se ha visto en la necesidad de re-inventar y re-componer su interacción con un territorio emplazado en la ciudad<sup>37</sup>. En lo concerniente a la industria extractiva, se puede apreciar que las actitudes indígenas hacia estas iniciativas son más bien diversas. Hay casos en que las comunidades pueden rechazar estos proyectos en sus territorios. Pero también hay experiencias en que se ve valor en el involucramiento en este tipo de economías<sup>38</sup>, tienen al respecto una actitud “ambivalente”<sup>39</sup> o, derechamente, son quienes llevan a cabo este tipo de desarrollo<sup>40</sup>. Nótese también que, a pesar de las consecuencias perjudiciales que los tratados de inversión y libre comercio han tenido para los pueblos indígenas<sup>41</sup>, en la actualidad existen pueblos que ven en este régimen internacional una oportunidad para mejorar su bienestar físico, social y político<sup>42</sup>. Por lo demás, existen prácticas tradicionales indígenas que no son compatibles con la conservación y sostenibilidad ambiental, como es el caso los métodos tradicionales de caza de ballenas y el sufrimiento asociado a él<sup>43</sup>.

En vista de lo anterior, asumir y proyectar ontológicamente una figura común de *lo* indígena implica la simplificación y homogeneización de una multiplicidad de formas de vida que, por diversas razones, desbordan los marcos de lo tradicional o sustentable.

## 2. LA IDENTIDAD CULTURAL Y EL RÉGIMEN CONTEMPORÁNEO DE DERECHOS INDÍGENAS

La segunda premisa en que se basa una interpretación eco-cultural es de carácter normativo. En este supuesto, se eleva la protección de la identidad cultural indígena, de *una* de las finalidades de los derechos de los pueblos indígenas, al fundamento común y marco principal de interpretación de estos derechos<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Ver, por ejemplo, PRIETO (2022).

<sup>37</sup> Ver CUALKINS (2020).

<sup>38</sup> PENFIELD (2019) p. 88.

<sup>39</sup> LORCA Y OTROS (2022) p. 3.

<sup>40</sup> MCNEISH (2022) p. 242.

<sup>41</sup> PRIETO-RÍOS y RIVAS-RAMÍREZ (2020).

<sup>42</sup> BORROWS (2020) p. 17.

<sup>43</sup> Ver FITZMAURICE (2018) pp. 219 y ss.

<sup>44</sup> Esta parece haber sido la posición inicial del profesor Juan Jorge Faundes (ver FAUNDES (2019) pp. 515 y ss.). Sin embargo, actualmente el profesor Faundes ha sostenido que existen dos derechos

Un diagnóstico de este tipo fue esbozado críticamente ya hace algunos años por Karen Engle. Esta autora mostró cómo, durante la década de los ochenta y principios de los noventa, los movimientos indígenas latinoamericanos —a diferencia de los grupos indígenas del Norte Global (Canadá, USA, Australia y Nueva Zelanda) que ponían el énfasis en una noción fuerte de libre determinación<sup>45</sup>— habían enmarcado sus demandas y estrategias de incidencia a través del “derecho a la cultura”. Al hacerlo, las organizaciones indígenas afirmaban una cosmovisión que respetaba la tierra y el medio ambiente<sup>46</sup>. Para Engle, los instrumentos legales que reconocerían los derechos de los pueblos indígenas —desde el Convenio N° 169 a la DNUDPI— seguirían la línea de los movimientos indígenas latinoamericanos, al proteger a los derechos indígenas en base a un marco de derechos humanos, particularmente a través del derecho a la cultura<sup>47</sup>.

Lecturas en esta línea pueden encontrarse también a propósito del criterio de procedencia del derecho a consulta. Hace unos años, el entonces Relator Especial de derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, indicó que la consulta procedía “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”<sup>48</sup>. En Chile, este énfasis de Anaya en la “percepción” indígena de la afectación ha llevado a interpretaciones judiciales y doctrinarias que entienden que la consulta es obligatoria *solo* ante impactos que afecten de manera “diferenciada” a los pueblos indígenas. Es decir, al analizar la procedencia de la consulta se descarta toda afectación que no se refiera “una característica propiamente indígena”, ni diga relación con “la cultura o modo de sustento indígena”, ni involucre “de por sí una identidad exclusiva o primariamente indígena”<sup>49</sup>. Según estas interpretaciones, esta exigencia se fundamentaría en el bien jurídico protegido en la consulta: la diversidad cultural<sup>50</sup>.

Este tipo de interpretaciones, sin embargo, se basan en una reconstrucción errónea del ordenamiento jurídico internacional. Es cierto que, desde la adopción del Convenio N° 169<sup>51</sup>, la valoración y protección de las culturas indígenas es un principio fundamental del régimen contemporáneo de derechos indígenas<sup>52</sup> —incluido del derecho a consulta<sup>53</sup>—, pero no es el único. El sistema jurídico internacional

---

matrices del conjunto de derechos de los pueblos indígenas, a saber, libre determinación y protección a la identidad cultural. Ver FAUNDES (2022) p. 632.

<sup>45</sup> ENGLE (2010) pp. 49-55.

<sup>46</sup> ENGLE (2010) pp. 55-66.

<sup>47</sup> ENGLE (2010) pp. 106 y ss.; y ENGLE (2011).

<sup>48</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/12/34 párr. 43.

<sup>49</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, 18/10/2013, considerando 11°.

<sup>50</sup> LÓPEZ y MOHR (2014) p. 115.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005) p. 321.

<sup>52</sup> Ver, por ejemplo, KUPPE (2009) pp. 110 y ss.; CABRERA (2017) p. 61; MONTEIRO DE MATOS (2018) pp. 278 y 279; y GILBERT (2022) pp. 409 y ss.

<sup>53</sup> Ver CARMONA (2017) pp. 492-494.

actual de derechos colectivos de los pueblos indígenas es, en su esencia, “dual”. Es decir, se basa tanto en el principio de protección de la cultura como en el de libre determinación. Esta idea, estimo, es clara en el Convenio N° 169.

Ya hemos visto cómo, para Engle, este tratado es el epítome de un modelo de protección basado en el derecho a la cultura, en el cual hay “un rechazo explícito de la libre determinación en el sentido reconocido en el derecho internacional”<sup>54</sup>. Pero esta es una lectura demasiado superficial de sus disposiciones. Un examen más detenido, siguiendo las prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Arts. 31 y 32)<sup>55</sup>, da cuenta de dos cosas. Primero, que el énfasis de este instrumento en la cultura es bastante más matizado de lo que sugiere Engle. Segundo, que sí es posible identificar en el Convenio N° 169 la existencia del derecho a la libre determinación en su dimensión “interna” –i.e., aquella que se centra en que estos pueblos puedan tener un grado de control importante de sus asuntos internos, sin amenazar la integridad territorial de los Estados–. Estos puntos son importantes, por lo que deben ser analizados con cierto detalle.

### 2.1. Cultura, identidad y derechos

Comencemos problematizando la idea de la prevalencia del derecho a la cultura en el Convenio N° 169. Si bien es innegable que la protección de la identidad cultural es un principio que recorre transversalmente este tratado, el lugar que ocupa en sus disposiciones no es siempre preminente, ni tampoco se vincula en todos los casos a un comportamiento “tradicional”. Esto es claro, entre otros, en la definición de “pueblos indígenas”.

En su Art. 1, el Convenio N° 169 establece dos criterios objetivos y uno subjetivo para determinar a quiénes considera como pueblos indígenas. Los criterios objetivos consisten, por una parte, en que se trate de poblaciones que habitaban un territorio previo al establecimiento del Estado; y, por otra, en que conserven “todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella” (Art. 1 N° 1 (b)). Adicionalmente, como criterio subjetivo, señala que la “conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental” para determinar si son o no pueblos indígenas (Art. 1 N° 2).

En vista de lo anterior, hay cuatro razones para sostener que el papel de la cultura no es, en lo absoluto, preponderante en la determinación de la calidad “indígena” de un pueblo. De partida, para apuntar lo obvio, son dos los criterios objetivos los que tienen que estar presentes, el histórico y el cultural. Segundo, de estos dos, el criterio de la conexión histórica a un territorio es el único que aparece en términos absolutos. El de conservación cultural, al contrario, puede cumplirse parcialmente –*todas o una parte* de sus instituciones propias, dice el enunciado normativo–. Tercero, que en este último requisito las “instituciones” que deben conser-

<sup>54</sup> ENGLE (2010) p. 109.

<sup>55</sup> Para una aplicación de estas reglas al Convenio N° 169, en que se considere también su carácter de tratado de derechos humanos, ver CARMONA (2022).

vase son cualificadas con el adjetivo “propias” (*own*) y no “tradicionales”. Es decir, “[n]o es (...) el origen lo que otorga la legitimidad de una práctica o institución reconocida como indígena sino más bien su vigencia y el sentido que tenga para el grupo”<sup>56</sup>. Finalmente, se debe tener en cuenta que la lectura de los elementos objetivos del Art. 1 N° 1 (b) debe ser hecha bajo el prisma fundamental de la autoidentificación del propio pueblo como “indígena”.

Así, la prevalencia del elemento “cultural-tradicional” en la determinación de qué pueblos son “indígenas”, simplemente no es tal. Lo mismo sucede en la configuración de otros conceptos y derechos fundamentales del Convenio N° 169, como el concepto “territorio” o el régimen de derechos sobre los recursos<sup>57</sup>.

## 2.2. Libre determinación interna o autonomía

La libre determinación interna o autonomía, lo indicaba, es también un valor central del Convenio N° 169, como se aprecia de una lectura detenida del tratado. En el párrafo quinto del Preámbulo, se parte por reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico”. En la parte operativa, este principio se infiere, primero, de las normas relativas al derecho a consulta (Arts. 6, 15 N° 2, 17 N° 2 y 28 N° 1), en tanto este derecho ha sido entendido como una manifestación, también, del derecho a la libre determinación<sup>58</sup>. De igual forma, aquellas disposiciones en que se establece el derecho de estos pueblos a mantener y actuar a través de sus “propias instituciones” (Arts. 5 (b), 6 N° 1 (a) y 8 N° 2), son manifestación clara de una forma de autonomía institucional<sup>59</sup>. Por último, no debe olvidarse que el art. 7 N° 1 establece expresamente que estos pueblos tienen “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (...) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. El recurso a los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 permite ratificar esta idea. En efecto, como se puede ver desde las discusiones iniciales, el que los pueblos indígenas pudiesen tener tanto control como fuese posible de su desarrollo social, cultural y económico, fue uno de los principios orientadores de este tratado<sup>60</sup>. Por lo mismo, como señaló tempranamente Barsh, “aunque [esta] convención no se refiere de manera explícita a un derecho a la libre determinación, al autogobierno o a la autonomía, indirectamente logra el mismo resultado”<sup>61</sup>.

No obstante, si esto es así ¿cuál es el significado del Art. 1 N° 3, que prescribe que el término “pueblos” “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término

<sup>56</sup> SIERRA (1997) p. 135.

<sup>57</sup> Ver abajo, sección III.2.

<sup>58</sup> Ver, por ejemplo, CABRERA (2017) pp. 55 y ss.

<sup>59</sup> Ver CABRERA (2017) p. 60.

<sup>60</sup> INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (Report VI (1)) pp. 30 y 31.

<sup>61</sup> BARSH (1990) p. 215.

en el derecho internacional”? Esta disposición respondía al temor de los estados de que la utilización del término “pueblos” pudiese llevar a la secesión o desmembramiento territorial<sup>62</sup>. Al respecto, cabe precisar que en un sentido esta prevención era innecesaria, toda vez que es relativamente pacífico que en derecho internacional no hay derecho a la secesión fuera del contexto de la descolonización<sup>63</sup>. Pero más allá de ello, tal como se desprende de los trabajos preparatorios, esta clarificación implicaría que, entre muchos otros derechos, los pueblos indígenas tienen el derecho a un alto grado de libre determinación dentro del marco de los Estados-nación, pero que cualquier consecuencia de este derecho en el derecho internacional simplemente se encuentra fuera del área de competencia de la OIT<sup>64</sup>.

Visto lo anterior, no es de extrañar que la literatura especializada tienda a coincidir en que tanto el Convenio N° 169<sup>65</sup> como el sistema jurídico internacional actual de derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>66</sup> es dual. Es decir, se basa tanto en el principio de protección de la cultura como el de libre determinación. Como consecuencia, una reconstrucción del ordenamiento jurídico como la postulada por una interpretación eco-cultural sería a lo menos incompleta.

Resumiendo, las dos premisas sobre las que se erige una interpretación eco-cultural responden a una serie de simplificaciones, ya sea sobre la realidad de la población indígena, ya sea sobre el sistema jurídico internacional contemporáneo. Asumir estas nociones no es trivial. Al contrario, hace que la comprensión eco-cultural de los derechos territoriales pueda traer consecuencias negativas para los propios sujetos de derecho. En concreto, puede tanto dejar “afuera” a una importante parte de la población indígena actual que no cumple con ciertos requisitos, como reducir el margen de autonomía de aquellos pueblos o comunidades que sí lograron probarlos. Las secciones (III) y (IV) se dedican a explicar conceptualmente estos riesgos, mostrando cómo aparecen en la jurisprudencia interamericana y canadiense<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> HUACO (2015) p. 54.

<sup>63</sup> CHRISTAKIS (2015) pp. 80-89. Con todo, autores como James Anaya y Erueti han argumentado que los pueblos indígenas sí tendrían un derecho a la secesión en función a la noción de libre determinación como “remedio” frente a violaciones graves de derechos humanos (ANAYA (2004) p. 109 y ERUETI (2022) pp. 145-146). No obstante, esta teoría es altamente controvertida en el derecho internacional y no puede decirse que constituya derecho positivo. Ver CHRISTAKIS (2015) pp. 88 y ss.

<sup>64</sup> SWEPSTON (2015) p. 86.

<sup>65</sup> Por ejemplo, CABRERA (2017) p. 60 y ROMBOUTS (2017) p. 183.

<sup>66</sup> Ver, por ejemplo, MONTEIRO DE MATOS (2018); y FAUNDES (2022) p. 632.

<sup>67</sup> Se debe prevenir que las descripciones y análisis de las sentencias que siguen deben entenderse como refiriendo solo a una línea específica, relativamente diferenciable, de la jurisprudencia de ambas entidades y no como una descripción omnicompreensiva de las posturas de estas cortes.

### III. PUEBLOS INDÍGENAS, DERECHOS Y LA PARADOJA DE LA DIFERENCIA CULTURAL

Tal como fue conceptualizada, la comprensión eco-cultural entiende que la función primordial de los derechos territoriales indígenas es el resguardar una identidad cultural centrada en un vínculo especial o “conexión distintiva”<sup>68</sup> de los pueblos indígenas con las tierras, territorios y recursos naturales que habitan y/o usan. En ciertos escenarios, interpretaciones en esa línea han generado espacios de reconocimiento y protección a los pueblos indígenas. En América Latina, han sido parte importante de los discursos de reivindicación y reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>69</sup>. Para los movimientos indígenas de Asia y África, han probado ser una herramienta fundamental tanto para encontrar una causa común con el movimiento internacional indígena –particularmente en Latinoamérica–, como para mitigar las aprensiones de los estados, asegurando que sus prioridades son más de índole cultural que autonómica<sup>70</sup>.

El problema es que, en estricto rigor, un reconocimiento de derechos basados en una diferencia cultural supone distinguir “entre los grupos que conservan sus usos y costumbres –los que deben ser, en principio, respetados–, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República”<sup>71</sup>. En otras palabras, que el grado de protección dependerá del grado de conservación de costumbres tradicionales o de su nivel de diferencia cultural. Así concebida, como notó Andrew Erueti, la apelación a estos argumentos contiene una paradoja: “Es una justificación esencial para el reconocimiento de derechos indígenas, al mismo tiempo que coloca obstáculos importantes en el camino al reconocimiento de derechos indígenas”<sup>72</sup>. En efecto, uno de los riesgos que genera la interpretación eco-cultural es reducir el número de pueblos o comunidades que tendrían acceso al reconocimiento de derechos sobre la tierra, territorio y/o recursos naturales. Es decir, solo aquellos pueblos/comunidades que han podido o decidido mantener su “relación especial” –i.e., tradicional y sustentable– con los territorios en que habitan, tendrían legitimidad activa para demandar derechos sobre esos espacios. El resto, pueblos o comunidades que fueron asimiladas o simplemente no respondían a ese ideal en primer lugar, serían “invisibles”<sup>73</sup>.

Pero no solo eso. El énfasis en este tipo de diferencia cultural también puede empujar a grupos indígenas a “actuar” de una determinada manera para poder “calzar” con la imagen que proyecta Occidente del “ser” indígena y así poder optar a

<sup>68</sup> DANNENMAIER (2008).

<sup>69</sup> BENGGA (2000).

<sup>70</sup> ERUETI (2011) p. 116 y ERUETI (2022) pp. 85 y ss.

<sup>71</sup> Corte Constitucional de Colombia, 30/05/1994, párr. 7.1. Con todo, cabe señalar que posteriormente la Corte Constitucional reinterpretó dicha máxima. Ver Corte Constitucional de Colombia, 4/12/2009, párr. 4.3.

<sup>72</sup> ERUETI (2011) p. 117.

<sup>73</sup> SYLVAIN (2002) p. 1080.

“tener derechos”. “[E]n donde los reclamantes pueden ser identificados como estando ‘en sintonía’ con la naturaleza, como defensores del desarrollo sustentable”, ha explicado Stephen Young, “será más fácil identificarlos como pueblos indígenas”<sup>74</sup>. En este sentido, Rénee Sylvain ha mostrado que esto puede derivar en que las comunidades “oculten la verdad acerca de en quienes se han convertido después de una historia de colonización”<sup>75</sup>.

Esta estructura simultánea de “reconocimiento/no-reconocimiento”<sup>76</sup> propia de la interpretación eco-cultural, estimo, puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos territoriales indígenas y tribales<sup>77</sup>, como mostraré a continuación.

### 1. LAS RESTRICCIONES AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH

Desde el año 2001 con “*Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*” (*Awas Tingni*), la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido considerada como uno de los puntales en la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas<sup>78</sup>, al sostener que el derecho de propiedad consagrado en el Art. 21 de la CADH es aplicable a la propiedad comunal indígena<sup>79</sup>. Con todo, su lógica se acerca ostensiblemente a lo que he conceptualizado como una interpretación eco-cultural.

Este tribunal regional parte de la noción de que la cultura indígena se constituye “a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran”<sup>80</sup>. Esta “relación única con sus tierras tradicionales”, afirma, es la que sustenta “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas”<sup>81</sup>. Y es, justamente, esta “relación especial” el objeto que debe ser salvaguardado por el Art. 21 de la CADH<sup>82</sup>. De hecho, en caso de pérdida de las tierras

<sup>74</sup> YOUNG (2020) p. 204.

<sup>75</sup> SYLVAIN (2002) p. 1082.

<sup>76</sup> SAWYER y GOMEZ (2012) p. 14.

<sup>77</sup> Tal como advirtió Dulitzky, las sentencias de la Corte IDH sobre pueblos afrodescendientes se estructuran sobre las mismas bases conceptuales que las de pueblos indígenas y generan, por ende, riesgos similares. DULITZKY (2010).

<sup>78</sup> Esta configuración se ha mantenido relativamente estable en las dos décadas siguientes a *Awas Tingni*. Véase, en general, LÓPEZ ESCARCENA (2017). Con todo, en la *Lhaka Honhat* la Corte analiza de manera autónoma, a partir del Art. 26 de la CADH, las vulneraciones a los derechos a la identidad cultural y el medio ambiente sano, desligando en este sentido la identidad cultural de la propiedad sobre tierra. Ver *Lhaka Honhat vs. Argentina* párrs. 92-98 y párrs. 186-289. Puede ser interesante revisar sobre este tema las posturas disímiles expresadas por los jueces Ferrer Mac-Gregor y Sierra Porto en sus votos separados. Al respecto, ver LÓPEZ ESCARCENA (2022). De todas formas, el resguardo del derecho de propiedad indígena sigue articulándose en similares términos que en *Awas Tingni*.

<sup>79</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 153.

<sup>80</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 135.

<sup>81</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 112.

<sup>82</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 137.

por razones ajenas a su voluntad, los pueblos indígenas solo tendrán derecho a recuperarlas mientras se mantenga su relación especial con ellas —y que esta relación haya sido posible, por cierto—<sup>83</sup>. En consecuencia, el objetivo explícito de proteger las tierras que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas es que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional”<sup>84</sup>.

La misma idea se replica para fundar la propiedad de los recursos naturales y respecto a las medidas que el Estado debe cumplir para asegurar que una restricción al derecho de propiedad indígena sea proporcional<sup>85</sup>. En efecto, en *Saramaka vs. Surinam* —caso que involucra a un pueblo tribal— la Corte extiende el derecho de propiedad a los recursos naturales existentes en sus tierras, pues sin estos recursos “la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”<sup>86</sup>. En esta misma sentencia, la Corte IDH también establece que, para evitar que una restricción al derecho de propiedad no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debía cumplir con tres “garantías”. Estas eran: participación efectiva —consulta o consentimiento, dependiendo del caso—; estudio previo de impacto social y ambiental; y que los miembros de este pueblo se beneficien razonablemente del plan de desarrollo<sup>87</sup>. Pues bien, el fundamento de estas medidas es el mismo que en el resto de los casos: “‘preservar, proteger y garantizar la relación especial’ que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia”<sup>88</sup>.

De este somero repaso de la jurisprudencia interamericana sobre derechos territoriales indígenas, parece claro que la base para reconocer y proteger la propiedad indígena sería el vínculo o relación especial entre tierras, territorios o recursos naturales y la identidad del pueblo. Como puede anticiparse, el problema es que el “[a]tar las culturas de estos pueblos a la propiedad colectiva rural impide la protección de su identidad en otros contextos”<sup>89</sup>. En efecto, así estructurada, esta jurisprudencia “realza las reivindicaciones de los pueblos indígenas y ciertas comunidades Afrodescendientes, al mismo tiempo que excluye, o no otorga los mismos o similares derechos a otras comunidades en circunstancias materiales similares”<sup>90</sup>. Este riesgo se hace patente en al menos tres aspectos de la jurisprudencia interamericana: los derechos sobre los recursos naturales; la compatibilidad de la propiedad indígena con la conservación ambiental; y en la decisión de a qué pueblo o comunidad reconocer un derecho de propiedad indígena.

<sup>83</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 112.

<sup>84</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 121.

<sup>85</sup> Sobre estas medidas en la jurisprudencia interamericana ver, en general, FUENTES (2017).

<sup>86</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 121.

<sup>87</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 128.

<sup>88</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Lhaka Honhat vs. Argentina*, párr. 175.

<sup>89</sup> LÓPEZ ESCARCENA (2022) p. 210.

<sup>90</sup> DULITZKY (2010) p. 46.

### 1.1. ¿Quién tiene propiedad sobre los recursos naturales?

Comencemos fijándonos en los criterios emanados de la Corte IDH para determinar la propiedad de los recursos naturales. Para la Corte, el derecho de propiedad sobre recursos naturales se extiende a aquellos que los pueblos “han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”<sup>91</sup>. Son dos, entonces, los requisitos que debiesen cumplir los pueblos/comunidades al momento de alegar propiedad sobre los recursos naturales: uso tradicional y que el recurso sea necesario para la supervivencia y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo. Aunque tiene sus complejidades, el primer elemento es común a diversos cuerpos normativos<sup>92</sup>. Es el segundo el que es más complejo de alcanzar. Como notó Nigel Bankes, “la idea de probar que algo es esencial para la supervivencia como parte del establecimiento de una demanda de propiedad parece mucho más conflictivo”<sup>93</sup>.

El alto estándar que exige la Corte puede apreciarse mejor si se contrasta someramente con el régimen de derechos a los recursos naturales establecido en el Art. 15 N° 1 del Convenio N° 169. Esta disposición señala: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Es cierto que la norma no garantiza la propiedad sobre los mismos ni especifica qué derechos tendrían estos pueblos, salvo por un piso mínimo de participación “en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. No obstante, el criterio para determinar quiénes son titulares de estos derechos es más amplio que el de la Corte IDH. El Art. 15 N° 1 no requiere un “uso tradicional” de los recursos naturales, ni demanda que estos sean “necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”<sup>94</sup>. Basta, simplemente, que los recursos “existan” en sus “tierras” para que los pueblos indígenas tengan derechos sobre dichos recursos y que esos derechos deban “protegerse especialmente”. Adicionalmente, debe relevarse que, cuando el Art. 15 N° 1 habla de “tierras”, por aplicación del Art. 13 N° 2 se refiere a “territorios”. Esta distinción no es trivial. A diferencia de la jurisprudencia de la Corte IDH –al menos hasta *Lhaka Honhat*<sup>95</sup>–, el Convenio N° 169 distingue nítidamente tierra y territorio<sup>96</sup>, comprendiendo este último concepto “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan *de alguna otra manera*”<sup>97</sup> (Art. 13 N° 2, Convenio N° 169). Esta distinción amplía aún más los posibles titulares de derechos, dado que los recursos

<sup>91</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 122.

<sup>92</sup> Por ejemplo, el Art. 14 N° 1 del Convenio N° 169 y el Art. 26 N° 2 de la DNUDPI.

<sup>93</sup> BANKES (2010) p. 490.

<sup>94</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 122.

<sup>95</sup> Ver LÓPEZ ESCARCENA (2022) pp. 202 y ss.

<sup>96</sup> LÓPEZ ESCARCENA (2016) p. 154.

<sup>97</sup> Énfasis agregado.

sobre los que se tendría derechos no son aquellos que existan en tierras ocupadas tradicional o inmemorialmente<sup>98</sup>. Al contrario, abarcan a todos los recursos naturales que se emplacen en espacios geográficos ocupados “de alguna otra manera”. Por lo mismo, la norma del Art. 15 N° 1 permite un mayor acceso a los derechos sobre recursos naturales.

### 1.2. ¿Quiénes pueden acceder a las áreas protegidas?

Un segundo aspecto de la jurisprudencia interamericana en donde se materializa el riesgo de limitar los titulares de derechos, aparece cuando la propiedad indígena está en tensión con la creación de áreas protegidas. Ya en “*Xákmok Kásek vs. Paraguay*” (*Xákmok Kásek*), del año 2010, la Corte había abordado este tema, a propósito de la declaración de una reserva natural privada en territorio reivindicado por una comunidad indígena, sin mediar consulta. Para la Corte, estas circunstancias significaban la vulneración del derecho de propiedad de la comunidad y, consecuentemente, a su identidad cultural<sup>99</sup>. Sin embargo, al efectuar su análisis no integró mayormente los objetivos ambientales envueltos en el caso, resolviendo que debía considerarse nulo el decreto que creaba la mentada reserva<sup>100</sup>. En “*Kaliña y Lokono vs. Surinam*” (*Kaliña y Lokono*), del año 2015, la Corte vuelve sobre este tema respecto a dos situaciones particulares: mantenimiento de reservas –pues su creación había sido con anterioridad a la competencia de la Corte–; y las restricciones en el acceso a dichas reservas. Esta vez, eso sí, considera los objetivos ambientales junto con los indígenas.

Respecto al mantenimiento de reservas, constatado que fueran parte de su territorio tradicional, al momento en que se solicite su reivindicación la Corte expresa que “el Estado deberá ponderar entre los derechos colectivos de los Pueblos Kaliña y Lokono y la protección del medio ambiente como parte del interés general”<sup>101</sup>. En relación con las restricciones de acceso, procede a evaluar la proporcionalidad de dichas restricciones en función del cumplimiento del objetivo de protección ambiental. Pero, al hacerlo, parte de la “necesidad de compatibilizar” ambos objetivos, ya que “ciertos usos tradicionales [indígenas] conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación”<sup>102</sup>. “[L]os pueblos, indígenas y tribales”, argumenta la Corte, “por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación”<sup>103</sup>. Para alcanzar esta compatibilidad el tribunal regional establece tres elementos fundamentales: participación efectiva de estos pueblos en los objetivos de las reservas; acceso y uso de sus territorios ancestrales a través de sus formas

<sup>98</sup> AGUILAR (2005).

<sup>99</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 170 y ss.

<sup>100</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 312.

<sup>101</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 168.

<sup>102</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 173.

<sup>103</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 181.

tradicionales de vida; y que participen de los beneficios de la conservación<sup>104</sup>. Sin embargo, acota: “todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible”<sup>105</sup>. En otras palabras, solo se reconocerán aquellas prácticas y usos “sustentables”.

El limitar los derechos indígenas en función de la protección ambiental es un resultado que puede estar perfectamente justificado en el DIDH. El problema con el razonamiento de la Corte es que “improductivamente esencializa la identidad indígena y refuerza el mito del ‘buen salvaje’”<sup>106</sup> y, al hacerlo, evita o disuelve el conflicto de derechos. Es decir, al partir de la base de la compatibilidad de prácticas indígenas con la conservación, ya no existe la posibilidad de la protección ambiental sea “derrotada” por la realización de las prácticas indígenas “no sustentables”. En este sentido, los requisitos de participación, acceso y beneficios descritos en el párrafo anterior como forma de asegurar la compatibilidad entre ambos objetivos, siguen enmarcándose en el paradigma de la protección y utilización sostenible del medio ambiente. Es decir, hay una decisión previa de que, en estos casos, el reconocimiento de derechos territoriales dependerá, finalmente, de qué tanto se acerque –o se amolde– una comunidad a esta figura ideal de “ser” indígena.

### 1.3. ¿Quién tiene propiedad sobre la tierra?

Una última dimensión en donde es apreciable el riesgo descrito en esta sección tiene que ver con el nivel de abstracción del criterio establecido para determinar los titulares de la propiedad tradicional de la tierra. Para explicar este punto, es menester volver a *Awas Tingni*, único caso de derechos territoriales que presenta un cumplimiento completo a la fecha<sup>107</sup>.

En lo central, esta sentencia reconoce el derecho de propiedad tradicional de la Comunidad Awas Tingni sobre su territorio ancestral, ordenando delimitar, demarcar y titular las tierras correspondientes<sup>108</sup>. Pero, al hacerlo, la Corte omite pronunciamiento sobre el derecho de propiedad de otras comunidades indígenas ocupantes de una parte de dicho territorio. En efecto, durante la tramitación de esta causa, peritos e incluso la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus alegatos, señalaron la existencia de tierras compartidas tradicionalmente por Awas Tingni y otras comunidades. En concreto, una parte del territorio de Awas Tingni se superponía con el territorio reivindicado por un bloque de comunidades Miskito. La solución, sugerían peritos y la CIDH, pasaba por reconocer alguna forma de dominio o uso y posesión común –es decir, entre todas las

<sup>104</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párrs. 181 y 192.

<sup>105</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 181.

<sup>106</sup> LIXINSKI (2017) p. 154.

<sup>107</sup> *Awas Tingni vs. Nicaragua (cumplimiento)*.

<sup>108</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 164.

comunidades— sobre dichos territorios<sup>109</sup>. A pesar de que la Corte IDH da cuenta de este traslape territorial, no accede a declarar un dominio compartido. Expresa, en cambio, que “los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas”<sup>110</sup>.

Como puede observarse, la Corte IDH reserva el dominio de los territorios solo a Awas Tingni. Así, a pesar de que los dos grupos indígenas utilizaban actualmente un territorio común, la Corte deniega la petición de la CIDH de declarar algún tipo de dominio conjunto. El problema es que la Corte no explicita sus razones para negar este reconocimiento a las comunidades Miskito y con ello, no se hace cargo las dificultades derivadas del grado de abstracción de un reconocimiento basado en la “conexión distintiva” entre pueblo y territorio. Este criterio no solo puede invisibilizar la complejidad de las relaciones intercomunitarias, tipos de ocupaciones y solapamientos territoriales que existen en la realidad. También puede limitar el acceso a los derechos territoriales de aquellas comunidades que, aun habitando el mismo territorio, no cumplen con alguno de los parámetros requeridos<sup>111</sup>.

En suma, la doctrina de derechos territoriales desarrollada por la Corte IDH en distintas sentencias, puede restringir los sujetos titulares de estos derechos solo a aquellos pueblos y comunidades que demuestren una “conexión distintiva” o “relación especial” entre tierras o territorios y su identidad cultural. Estas posibles consecuencias negativas, parece evidente, son predicables de todas aquellas decisiones que repliquen o se acerquen a las premisas de una interpretación eco-cultural.

#### IV. ¿EL RECONOCIMIENTO TERRITORIAL COMO LÍMITE AL DESARROLLO INDÍGENA?

En el apartado II de este trabajo se explicó que, en tanto modelo conceptual, la interpretación eco-cultural se basa en dos premisas, una fáctica y otra normativa. La premisa fáctica, es que la identidad cultural indígena está conectada de manera especial a las tierras, territorios y/o recursos naturales. La normativa, es que la protección de la identidad cultural indígena es el fundamento común y marco principal de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas en el régimen jurídico contemporáneo. Así construida, tal como se mostró en la sección III, la interpretación eco-cultural, al mismo tiempo que puede garantizar derechos a ciertos grupos indígenas, también puede dejar afuera a otros que, por decisión o imposición, ya no tienen aquella “relación especial” con sus tierras y medio ambiente. Pero, junto a este, existe otro riesgo; en concreto, que una vez reconocidos los

<sup>109</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Awás Tingni vs. Nicaragua*, párr. 83 (j), para el peritaje de Charles R. Hale; y párr. 140 (i), para lo alegado por la CIDH.

<sup>110</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *Awás Tingni vs. Nicaragua*, párr. 153.

<sup>111</sup> La propiedad de las comunidades Miskito sería finalmente reconocida al momento de la implementación doméstica de la sentencia. Ver, *Awás Tingni vs. Nicaragua (cumplimiento)*.

derechos bajo estas bases, los pueblos o comunidades tendrían que comportarse de una determinada manera —e.g., tradicional, sustentable, etc.— para mantener dichos derechos. Así, si los pueblos indígenas:

son exitosos en conseguir el reconocimiento de derechos territoriales o al desarrollo sobre la base de la protección de sus prácticas tradicionales (...) se encontrarán sin embargo limitados en su capacidad para tomar decisiones autónomas (...) En lo que se refiere al desarrollo, algunas veces se verán restringidos a llevar a cabo formas desarrollo que sean ecológicamente sustentables<sup>112</sup>.

En el mismo sentido, Elizabeth MacPherson ha relevado cómo, “en donde los derechos indígenas a la tierra y los recursos se basan en una idea de la diferencia cultural indígena, hay una tendencia a restringir los fines para los cuales dichos derechos pueden ser ejercidos”<sup>113</sup>. Es decir, existe el riesgo de que haya ciertos comportamientos que debiesen seguir, o determinadas actividades que les estarían proscritas, en relación con sus tierras, territorios y/o recursos tradicionales. Esto, evidentemente, supone un límite a su autonomía o libre determinación, especialmente en lo que se refiere al derecho al desarrollo<sup>114</sup>.

Ya se ha mostrado cómo la autonomía o libre determinación interna es un principio fundamental del Convenio N° 169. La DNUDPI, por su parte, establece expresamente el derecho a la libre determinación (Art. 3). En virtud de este derecho los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Más todavía, la libre determinación ha sido considerada por el EMRIP como la “norma fundamental” de la DNUDPI<sup>115</sup> y se encuentra replicada en el Art. III de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI). En tanto manifestación del derecho a la libre determinación, la noción del derecho al desarrollo es un pilar central en la arquitectura contemporánea de los derechos de los pueblos indígenas en el DIDH. En términos generales, puede conceptualizarse como el principio de acuerdo al cual deben ser los propios pueblos indígenas quienes tengan una voz determinante en cómo se debe llevar adelante, y cuáles metas debe perseguir su proceso de desarrollo.

Al respecto, aunque no haga una mención expresa al “derecho al desarrollo” como tal<sup>116</sup>, el Convenio N° 169 de todas maneras busca garantizar como uno de sus ejes centrales que los pueblos indígenas puedan tener un grado de control importante sobre su propio desarrollo económico, social y cultural. Esto es evidente en el Art. 7 N° 1, en donde se expresa que estos pueblos deben tener “el derecho de

<sup>112</sup> ENGLE (2010) p. 7.

<sup>113</sup> MACPHERSON (2019) p. 22.

<sup>114</sup> Ver MORGAN (2004) p. 493.

<sup>115</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (A/HRC/48/75) párr. 8.

<sup>116</sup> Con todo, distintos autores y autoras han señalado que lo que hace el Convenio N° 169 en su Art. 7 es claramente reconocer el “derecho al desarrollo” de los pueblos indígenas. Ver, por ejemplo, PÉREZ-BUSTILLO y HOHMANN (2018) p. 492.

decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”, indicando además que tienen el derecho “de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. A diferencia del Convenio N° 169, tanto la DNUDPI como la DADPI reconocen abiertamente el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas (Art. 32 N° 1, DNUDPI; Art. XXIX, DADPI). Esto incluye, por cierto, el derecho “a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos” (Art. 32 N° 2, DNUDPI) y “a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo” (Art. 20 N° 1, DNUDPI).

Esta última referencia es importante. Da cuenta, en pocas palabras, de que el derecho al desarrollo autodeterminado de los pueblos indígenas no se agota, obviamente, en la reproducción y resguardo de sus formas de desarrollo tradicional, sino que puede abarcar otras formas de producción. Inclusive, como notó en su momento Anaya, “a emprender sus propias iniciativas para extraer los recursos de sus territorios si así lo desean”<sup>117</sup>. Por lo mismo, “apoyar la libre determinación indígena en un contexto económico requiere el reconocimiento de estas relaciones complejas”<sup>118</sup>. En sentido contrario, limitar el desarrollo indígena solo a lo “tradicional” implicaría una restricción a su autonomía.

Es interesante ver cómo esta consecuencia negativa se materializó en la implementación de una de las sentencias de la Corte IDH: *Awas Tingni*. Aquí, la comunidad reivindicaba su derecho histórico a la tierra tradicionalmente poseída, lo cual fue finalmente reconocido por la Corte IDH. Pues bien, un punto importante de la reclamación de la comunidad Awas Tingni que suele perderse, tenía que ver con “su derecho a entrar en negociaciones con empresas madereras para llegar a acuerdos que garantizaran el acceso a los recursos económicos necesarios para su supervivencia”<sup>119</sup>. No obstante, luego de la sentencia, esta última aspiración se vio severamente restringida. En la práctica, la propia comunidad tuvo problemas para cumplir con los estándares de “indigeneidad” (*indigeneity*) y uso consuetudinario utilizados por la Corte IDH para fundar los derechos de propiedad indígena<sup>120</sup>. De hecho, agentes del Estado consideraron que la explotación forestal no era parte de su “uso consuetudinario”, acusando a los residentes de Awas Tingni de violar leyes forestales<sup>121</sup>. Así, la comunidad Awas Tingni se vio impedida de llevar a cabo el tipo de desarrollo que autónomamente habían escogido. O, para decirlo con mayor precisión, no podría hacerlo sin poner en riesgo al mismo tiempo las bases legales que sustentan sus derechos territoriales en primer lugar. Como correctamente lo anticipó en su momento Thomas Antkowiak, en la jurisprudencia de la Corte IDH, “[p]ara que los numerosos derechos (...) asociados a la tierra se mantengan intactos, las

<sup>117</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/24/41, párr. 9.

<sup>118</sup> BORROWS (2020) pp. 17 y 18.

<sup>119</sup> GÓMEZ ISA (2012) p. 109.

<sup>120</sup> WAINWRIGHT & BRYAN (2009) p. 167.

<sup>121</sup> WAINWRIGHT & BRYAN (2009) p. 168.

opciones de estos pueblos sobre su desarrollo y la participación en el mercado podrían verse severamente restringidas”<sup>122</sup>.

Con todo, este riesgo puede observarse con mayor nitidez en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá sobre derechos aborígenes; específicamente, en la doctrina del “límite inherente” al título aborigen, como se analizará en la próxima sección.

## 1. LOS DERECHOS ABORÍGENES EN CANADÁ Y EL LÍMITE INHERENTE AL TÍTULO ABORIGEN

En Canadá, la Sección 35 (1) de la *Constitutional Act, 1982*, “reconoce y afirma” los “derechos aborígenes y de tratado”<sup>123</sup> de los pueblos indígenas. Por cierto, la constitución de Canadá no contiene un catálogo de cuáles serían estos “derechos aborígenes”, ni una regla de cómo identificarlos. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido generando los principios básicos para ello.

Así, en “*R. v. Van der Peet*” (*Van der Peet*), la Corte señaló que el “test” para determinar los derechos aborígenes reconocidos y afirmados por la Sección 35 (1) debía dirigirse a “identificar las prácticas, tradiciones y costumbres centrales a las sociedades aborígenes que existían en Norte América de manera previa al contacto con los europeos”<sup>124</sup>. De esta forma, “para que una actividad sea un derecho aborigen debe constituir un elemento de una práctica, costumbre o tradición integral a la cultura distintiva del grupo aborigen que está reclamando el derecho”<sup>125</sup>. Por lo mismo, actividades contemporáneas llevadas a cabo por los grupos indígenas que se hayan desarrollado “solo como respuesta a la influencia europea”, no calificarían como derechos aborígenes<sup>126</sup>.

Visto lo anterior, una primera cuestión que parece clara es que los derechos aborígenes replicarían las premisas de una interpretación eco-cultural y, por tanto, adolecerían de las mismas limitaciones que estudiamos respecto de los derechos territoriales en la jurisprudencia interamericana<sup>127</sup>. En concreto, que, en base a esta lógica, “los pueblos aborígenes solo podrían reivindicar derechos a prácticas específicas que yacen en un pasado distante” y no “respecto a actividades que son generadas como resultado de la influencia europea”<sup>128</sup>. Por lo mismo, no es de extrañar que la utilización de este criterio haya significado negar la categoría de “derecho

<sup>122</sup> ANTKOWIAK (2013) p. 162.

<sup>123</sup> CANADÁ, *Constitutional Act, 1982*, Section 35(1).

<sup>124</sup> Corte Suprema de Canadá, *R. v. Van der Peet*, párr. 44.

<sup>125</sup> Corte Suprema de Canadá, *R. v. Van der Peet*, párr. 46.

<sup>126</sup> Corte Suprema de Canadá, *R. v. Van der Peet*, párr. 73.

<sup>127</sup> Con todo, se debe prevenir que en esta jurisprudencia también hay fallos en donde se expresa la necesidad de reconocer que las expresiones de los derechos aborígenes puedan evolucionar, pues de lo contrario se corre el riesgo que se convierten en “curiosidades antropológicas”. Ver Corte Suprema de Canadá, *R. v. Sappier*; *R. v. Gray*, párr. 49.

<sup>128</sup> BORROWS & ROTMAN (2014) p. 178.

aborigen” a actividades como los juegos de apuestas<sup>129</sup> o la pesca con fines comerciales<sup>130</sup>. Así, como lo mencionó Kinnari I. Bhatt, se “niega a las comunidades el derecho a adaptarse, como todos los pueblos deben hacerlo, a los cambios de las sociedades en que viven”<sup>131</sup>.

Pero los riesgos que genera esta jurisprudencia y la configuración restrictiva de los derechos aborígenes no se agotan en excluir actividades indígenas no tradicionales del reconocimiento y protección de Estado. La Corte Suprema de Canadá ha configurado expresamente, además, la existencia de ciertos límites para los titulares de derechos de un título aborígen (*aboriginal title*)<sup>132</sup>. Esto, como se verá, grafica perfectamente el riesgo en análisis, cual es, la restricción del derecho a un desarrollo auto determinado.

### 1.1. La doctrina del límite inherente

En términos simples, los derechos aborígenes engloban un derecho a un título aborígen en aquellas áreas en donde las comunidades indígenas no han renunciado a sus tierras en virtud de tratados firmados con el Estado<sup>133</sup>. Hay, todavía, muchas cuestiones debatidas sobre la naturaleza y características de esta clase de título<sup>134</sup>. Una de ellas tiene que ver con su contenido y qué es lo que se puede hacer o no hacer en dicho título.

El caso seminal en este tópico es “*Delgamuukw v. British Columbia*” (*Delgamuukw*). En esta causa, una de las cuestiones discutidas era el qué actividades podían realizarse en el título aborígen. Para el demandado –i.e., la Provincia de British Columbia–, siguiendo la definición ya explicada en *Van der Peet*, el título aborígen simplemente comprendía el derecho a realizar actividades que se relacionaran con prácticas, costumbres y tradiciones indígenas que fueran integrales a la cultura distintiva del grupo aborígen que estuviese reclamando el derecho. La Corte Suprema rechaza este argumento señalando, entre otras cosas, que jurídicamente el título aborígen permite incluso el desarrollo de actividades de explotación de gas y petróleo<sup>135</sup>. Por lo mismo, concluye: “el contenido del título aborígen no se restringe a aquellos usos que son elementos de una práctica, costumbre o tradición integral a la cultura distintiva del grupo aborígen que reclama el derecho”<sup>136</sup>. En otras palabras, las comunidades pueden efectuar actividades no tradicionales dentro de dicho título.

<sup>129</sup> Ver Corte Suprema de Canadá, *R. v. Pamajewon*, párr. 28.

<sup>130</sup> Ver Corte Suprema de Canadá, *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada*, párr. 56.

<sup>131</sup> BHATT (2020) p. 67.

<sup>132</sup> Ver Corte Suprema de Canadá, *R. v. Adams*, párr. 25 (entendiendo que “*claims to title to the land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights*”).

<sup>133</sup> Sobre las características económicas de este tipo de propiedad, véase NEWMAN (2016).

<sup>134</sup> Ver, por ejemplo, SANDERSON & SINGH (2021) (sobre si el título aborígen es una forma de propiedad, o más bien un atributo de la soberanía de estos pueblos).

<sup>135</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 122.

<sup>136</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 124.

lo. No obstante, la Corte estima que no podrían realizar cualquier tipo de actividad. Dada sus características, expresa, el título indígena tendría “un *límite inherente* relativo a que las tierras que se tienen conforme al título [aborigen] no pueden ser usadas de una manera que sea irreconciliable con la naturaleza de la relación que tienen los grupos reclamantes con esas tierras”<sup>137</sup>. Así, explica:

Por ejemplo, si la ocupación es establecida en función del uso de la tierra como terreno de caza, entonces el grupo que obtiene el título aborigen respecto de esa tierra no podrá usarla en una manera que implique destruir su valor para ese uso (e.g., con minería a cielo abierto). De manera similar, si un grupo alega un vínculo especial con la tierra por su valor ceremonial o cultural, no podrá usar la tierra de una forma que destruya esa relación (e.g., (...) convirtiéndola en un estacionamiento)<sup>138</sup>.

La justificación de este “límite inherente” al título indígena es la siguiente. Si la “ocupación” es un elemento crítico en la determinación de si un grupo aborigen tiene un título aborigen sobre ciertas tierras, y si dicha “ocupación” se determina a su vez en referencia a las actividades y usos que un grupo particular hace de la tierra, entonces “existe un *vínculo especial* entre el grupo y la tierra en cuestión al punto que esta será parte de la definición de la cultura distintiva de ese grupo”<sup>139</sup>. De esta forma, puesto que las tierras para las comunidades indígenas “son más que solo bienes fungibles” –pues tienen un “importante componente no-económico”, un “valor inherente”–, “la comunidad no podría usar la tierra de una manera que pueda destruir ese valor”<sup>140</sup>. En suma, para la Corte Suprema de Canadá, el “título aborigen abarca el derecho a elegir qué usos puede dársele a la tierra, siempre y cuando no se sobrepase el límite último de que esos usos no destruyan la capacidad de la tierra para sustentar futuras generaciones de pueblos aborigenes”<sup>141</sup>.

La doctrina del límite inherente volvería a aparecer recién diecisiete años más tarde, en “*Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*” (*Tsilhqot’in*). En este fallo inicialmente se describe el “límite inherente” en términos similares a los revisados en *Delgamuukw*, es decir, que los usos puedan ser reconciliados con la naturaleza comunal y continua de la vinculación del grupo con la tierra<sup>142</sup>. No obstante, luego centra este límite en los efectos de los usos para las futuras generaciones:

El título aborigen, sin embargo, viene con una restricción importante: se trata de un título colectivo no sólo para la generación actual, sino para todas las futuras generaciones. Esto significa que no puede ser enajenado excepto a la Corona o gravado de una manera que impida a las futuras generaciones del grupo usarla y disfrutarla. Tampoco la tierra puede ser explo-

<sup>137</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 125. Énfasis agregado.

<sup>138</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 128.

<sup>139</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 128. Énfasis agregado.

<sup>140</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 129.

<sup>141</sup> Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 166. Énfasis original.

<sup>142</sup> Corte Suprema de Canadá, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, párr. 67.

tada o mal utilizada de una manera que sustancialmente prive a las generaciones futuras de su beneficio<sup>143</sup>.

Como puede apreciarse, el “límite inherente” en *Tsilhqot’in* difiere en términos de contenido del estatuido en *Delgamuukw*. Mientras en *Delgamuukw* se enfoca en los usos tradicionales, *Tsilhqot’in* enfatiza la “sostenibilidad” de los usos. El problema, es que no existe claridad en la actualidad sobre si lo fallado en *Tsilhqot’in* reemplaza o complementa lo determinado por la Corte en *Delgamuukw*<sup>144</sup>. De hecho, en un caso reciente la Corte Suprema volvió a referenciar la existencia de este límite y, al hacerlo, citó ambos fallos<sup>145</sup>. Como notaron Sanderson y Singh, esto puede sugerir que “la concepción aparentemente más restrictiva del límite inherente expuesta en *Delgamuukw* no ha sido reemplazada y continúa siendo derecho válido”<sup>146</sup>. Pero inclusive si se considerara que la concepción de *Tsilhqot’in* sustituye la desarrollada en la jurisprudencia anterior, este límite seguiría siendo problemático desde el punto de vista de la autonomía indígena. Después de todo, la Corte configura una propiedad con requisitos legales de conservación de la tierra, con independencia de los deseos potenciales de las propias comunidades aborígenes que podrían o no querer usar sus tierras de acuerdo con esas nociones de “sostenibilidad”<sup>147</sup>.

Sea como fuere, esta noción del “límite inherente” a las actividades que se pueden realizar en/con el título aborígen, hace explícito el riesgo de restricción a la libre determinación indígena y a su derecho al desarrollo que se encuentra en una interpretación eco-cultural. Allí en donde el reconocimiento de derechos territoriales se funda conceptual y jurídicamente en una relación especial con la tierra o el territorio, existe el peligro de que se entienda que hay un límite implícito a lo que las comunidades podrían hacer dentro de dichos espacios territoriales.

## V. CONCLUSIÓN

Al inicio de este trabajo se hizo mención a dos decisiones sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. La primera, de la Corte Suprema, correspondía a un caso de expropiación en donde, aplicando criterios centrados en la valoración cultural de la tierra, el incremento en la indemnización, si bien existió, fue mínimo. La segunda, del SEA, trataba de un rechazo a la procedencia de consulta a pesar de existir reasentamiento de personas indígenas, por el hecho de que estas habitaban un espacio urbano y no realizaban actividades propias de sus pueblos. Estos pronunciamientos ilustraban la existencia y persistencia de lecturas de los derechos territoriales indígenas, que se acercan a lo que denominé como una “interpretación

<sup>143</sup> Corte Suprema de Canadá, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, párr. 74.

<sup>144</sup> Ver NEWMAN (2016) pp. 451 y 452.

<sup>145</sup> Corte Suprema de Canadá, *Newfoundland and Labrador v. Uashaunnuat*, párr. 155.

<sup>146</sup> SANDERSON & SINGH (2021) p. 9.

<sup>147</sup> NEWMAN (2016) p. 454.

eco-cultural”. Es decir, que entenderían que el reconocimiento de estos derechos se funda en la necesidad de proteger el vínculo especial y tradicional de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos, pues de ello dependería su identidad cultural.

En ocasiones, la utilización de una interpretación eco-cultural puede generar formas de reconocimiento y protección de derechos de los pueblos indígenas. La propia lógica desplegada por la Corte Suprema, en otras circunstancias, podría haber favorecido sustantivamente a una propietaria indígena cuya tierra sí cumpliera con los requisitos especificados por el tribunal. Con todo, en este artículo he mostrado –a través del examen de jurisprudencia interamericana y canadiense– que, simultáneamente, interpretaciones de este tenor pueden producir riesgos para los propios pueblos. Por una parte, podrían limitar el reconocimiento de derechos solo a aquellos pueblos que mantengan una posesión y uso tradicional y sustentable de sus tierras y recursos, dejando “fuera” a las realidades de una parte de la población indígena actual. Por otra, podrían restringir el tipo de uso que los pueblos o comunidades indígenas decidan hacer de sus tierras, territorios y/o recursos, limitando de esa forma el derecho al desarrollo de estos pueblos.

Tanto el caso de indemnización, como el de consulta en la evaluación ambiental, constituyen buenos ejemplos del primer tipo de consecuencias negativas. Solo aquellas personas indígenas que mantengan una vinculación tradicional/cultural/religiosa con sus tierras y territorios y/o efectúen actividades de vinculadas al mundo rural, pueden acceder al reconocimiento de derechos –aumento del monto de indemnización, en un caso; ser sujetos de consulta, en el otro–. Al mismo tiempo, estos dos pronunciamientos también podrían conducir al segundo de los riesgos indicados. Así, bajo la hipótesis de que en una tierra indígena sí existiese una vinculación con actividades de significación cultural o religiosa, la única forma para seguir teniendo en acceso a una indemnización aumentada en caso de eventual expropiación sería manteniendo dichas actividades. Para ser sujeto de consulta, en tanto, se tendría que continuar realizando actividades tradicionales/rurales. En ambos casos, resulta claro, se limita el derecho al desarrollo autodeterminado de las personas y comunidades indígenas.

En este orden de ideas, la identificación, análisis y explicación que se hizo de los posibles riesgos de una interpretación eco-cultural debiese facilitar que estos puedan ser tomados debidamente en cuenta tanto por las autoridades estatales, como por los propios actores indígenas, al momento de interpretar o reivindicar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1: pp. 269-295.
- ANAYA, James (2004): *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).

- ANTKOWIAK, Thomas (2013): “Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, N° 1: pp. 113-187.
- AYLWIN, José y POLICZER, Pablo (2020): “No Going Back: The Impact of ILO Convention 169 on Latin America in Comparative Perspective”, *SPP Research Paper*, Vol. 13, N° 8.
- BANKES, Nigel (2010): “International Human Rights Law and natural resources projects within the traditional territories of indigenous peoples”, *Alberta Law Review*, Vol. 47, N° 2: pp. 457-495.
- BANKES, Nigel (2020): “The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation”, *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 11: pp. 256–279.
- BANKES, Nigel (2021): “Implementing UNDRIP: An Analysis of British Columbia’s Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act”, *U.B.C. Law Review*, Vol. 53, N° 4: pp. 971-1016.
- BARELLI, Mauro (2016): *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (New York, Routledge).
- BARSH, Russel (1990): “An Advocate’s Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15: pp. 209-236.
- BENGOA, José (2000): *La emergencia indígena en América Latina* (Santiago, Fondo de Cultura Económica).
- BHATT, Kinnari I. (2020): *Concessionaries, Financiers and Communities. Implementing Indigenous Peoples’ Rights to Land in Transnational Development Projects* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BORROWS, John y ROTMAN, Leonard (2014): *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary* (Toronto, LexisNexis, tercera edición).
- BORROWS, John (2020): “Indigenous Diversities in International Investment and Trade”, en BORROWS, John y SCHWARTZ, Risa (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 11-42.
- BRAGA NAVARRO, Gabriela (2021): “The Struggle after the Victory: Non-compliance in the Inter-American Court of Human Rights’ Jurisprudence on Indigenous Territorial Rights”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 12, N° 2: pp. 223–249.
- CABRERA, María Victoria (2017): *The requirement of consultation with indigenous peoples in the ILO: between normative flexibility and institutional rigidity* (Leiden, Brill Nijhoff).
- CARMONA, Cristóbal (2017): “The road less travelled: the duty to consult and the special rule of Article 15.2 of ILO Convention 169 in the case of geothermal energy concessions in Chile”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 35, N° 4: pp. 485-501
- CARMONA, Cristóbal (2022): “Impact and Benefit Agreements in natural resource development: a way to fulfil the ILO 169 benefit-sharing duty?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 40, N° 1: pp. 105-131.
- CARPENTER, Kristen y RILEY, Angela (2014): “Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights”, *California Law Review*, Vol. 102: pp. 173-234.
- CHARTERS, Claire (2011): “Multi-Sourced Equivalent Norms and the Legitimacy of Indigenous Peoples’ Rights under International Law”, en BROUDE, Tomer y SHANY, Yuval

- (eds.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law* (London, Hart Publishing) pp. 289-320.
- CHRISTAKIS, Theodore (2015): "Self-Determination, Territorial Integrity and *Fait Accompli* in the Case of Crimea", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 75, N° 1: pp. 75-100.
- CONTESE, Jorge (2021): "Judicial Interactions and Human Rights Contestations in Latin America", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 12, N° 2: pp. 271-290.
- CUALKINS, Matthew (2020): "Lucha silenciosa por el derecho (indígena) a la ciudad: comodatos mapuche en el A.M. de Santiago de Chile", *Revista Geográfica del Sur*, Vol. 9, N° 1: pp. 27-43.
- DANNENMAIER, Eric (2008): "Beyond indigenous property rights: exploring the emergence of a distinctive connection doctrine", *Washington University Law Review*, Vol. 86: pp. 53-110.
- DULITZKY, Ariel (2010): "When Afro-Descendants became 'Tribal Peoples': The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 15, N° 1: pp. 29-81.
- ENGLE, Karen (2010): *The Elusive Promise of Indigenous Development. Rights, Culture, Strategy* (Durham, Duke University Press).
- ENGLE, Karen (2011): "On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Vol. 22, N° 1: pp. 143-163.
- ERUETI, Andrew (2011): "The International Labour Organization and the Internalization of the Concept of Indigenous Peoples", en ALLEN, Stephen y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford, Hart Publishing) pp. 226-256.
- ERUETI, Andrew (2022): *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A New Interpretive Approach* (Oxford, Oxford University Press).
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2019): "El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 9, N° 2: pp. 513-535.
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2022): "Los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y ante los estados nacionales", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 12, N° 3: pp. 617-644.
- FITZMAURICE, Malgosia (2018): "Indigenous Peoples and Intergenerational Equity as an Emerging Aspect of Ethno-Cultural Diversity in International Law", en PENTASSUGLIA, Gaetano (edit.), *Ethno-Cultural Diversity and Human Rights. Challenges and Critiques* (Leiden, Brill Nijhoff) pp. 188-222.
- FUENTES, Alejandro (2015): "Judicial Interpretation and Indigenous Peoples' Rights to Lands, Participation and Consultation. The Inter-American Court of Human Rights' Approach", *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 23: pp. 39-79
- FUENTES, Alejandro (2017): "Protection of Indigenous Peoples' Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights' Safeguards", *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 24: pp. 229-253.

- CARMONA CALDERA, Cristóbal | “La interpretación “eco-cultural” de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sus riesgos”
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana y MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador (2020): “La naturaleza en la Constitución: visiones indígenas y propuestas ante la crisis”, *Acta Bioethica*, Vol. 26, N° 1: pp. 51-60.
- GILBERT, Jérémié (2016): *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law. From victims to Actors* (Leiden, Brill Nijhoff, segunda edición).
- GILBERT, Jérémié (2022): “The rights of nature, Indigenous peoples and international human rights law: from dichotomies to synergies”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 13, N° 2: pp. 399–415.
- GÓMEZ ISA, Felipe (2012): “El derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales: conflicto social y ambiental a la luz del caso Awás Tingni”, *Revista Conflicto Social*, Año 5, N° 7: pp. 90-113.
- HUACO, Marco Antonio (2015): *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (La Paz, Fundación Konrad Adenauer).
- KENNEDY, David (2004): *The Dark Sides of Virtue. Reassessing international humanitarianism* (Princeton, Princeton University Press).
- KINGSBURY, Benedict (2001): “Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples’ Claims in International and Comparative Law”, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, N° 1: pp. 189-250.
- KUPPE, Rene (2009): “The Three Dimensions of the Rights of Indigenous Peoples”, *International Community Law Review*, Vol. 11: pp. 103-118.
- LARSEN, Peter B. (2016): “La «nueva ley de la selva»: el desarrollo, los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT en América Latina”, *International Development Policy. Revue internationale de politique de développement*, N° 7.2.
- LIXINSKI, Lucas (2017): “Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname. Series C, No. 309. Merits, Reparations and Costs”, *The American Journal of International Law*, Vol. 111, N° 1: pp. 147-154.
- LORCA, Mauricio y otros (2022): “Mining indigenous territories: Consensus, tensions and ambivalences in the Salar de Atacama”, *The Extractive Industries and Society*, Vol. 9, <https://doi.org/10.1016/j.exis.2022.101047>.
- LÓPEZ, Ricardo y MOHR, Tania (2014): “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, N° 1: pp. 105-126.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2016): “Operación Génesis: reflexiones en torno a la propiedad colectiva indígena y tribal”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol 18, N° 1: pp. 137-168.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2017): “Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Año 24, N° 1: pp. 133-189.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2022): “Propiedad Colectiva e Identidad Cultural Indígena en Pueblo Xucuru con Brasil y en Asociación Lhaka Honhat con Argentina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Vol. 90, N° 252: pp. 189-216.
- MACPHERSON, Elizabeth (2019): *Indigenous Water Rights in Law and Regulation: Lessons from Comparative Experience* (Cambridge, Cambridge University Press).

- MCNEISH, John Andrew (2022): “Indigenous Peoples. Extraction and Extractivism”, en KATHARINA RUCKSTUHL, Irma A. y otros (edits.), *The Routledge Handbook of Indigenous Development* (London, Routledge) pp. 237-245.
- MONTEIRO DE MATOS, Mariana (2018): “Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, en LAGRANGE, Evelyne y otros (eds.), *Cultural Heritage and International Law. Objects, Means and Ends of International Protection* (Cham, Springer) pp. 273-292.
- MORGAN, Rhiannon (2004): “Advancing Indigenous Rights at the United Nations: Strategic Framing and its Impact on the Normative Development of International Law”, *Social & Legal Studies*, Vol. 13, N° 4: pp. 481-500.
- NEWMAN, Dwight (2016): “The economic characteristics of indigenous property rights: Canadian case study”, *Nebraska Law Review*, Vol. 95, N° 2: pp. 432-476.
- NÚÑEZ, Manuel (2022): “Frente a la expropiación no todas las propiedades son iguales: la propiedad indígena como objeto de expropiación”, en BERTELSEN, Soledad (ed.), *Derecho Indígena. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 33* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 159-199.
- O’DONNELL, Erin y otros (2020): “Stop Burying the Lede: The Essential Role of Indigenous Law(s) in Creating Rights of Nature”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 9, N° 3: pp. 403-427.
- PAÚL, Álvaro (2014), “Decision-making process of the Inter-American Court: an analysis prompted by the ‘In Vitro fertilization’ case”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 21, N° 1: pp. 88-130.
- PENFIELD, Amy (2019): “Extractive Pluralities: The Intersection of Oil Wealth and Informal Gold Mining in Venezuelan Amazonia”, en VINDAL ØDEGAARD, Cecilie y RIVERA ANDÍA, Juan Javier (edits.), *Indigenous Life Projects and Extractivism: Ethnographies from South America* (Verlag, Springer) 75-93.
- PÉREZ-BUSTILLO, Camilo y HOHMANN, Jessie (2018): “Indigenous Rights to Development, Socio-Economic Rights, and Rights for Groups with Vulnerabilities: Articles 20–22, 24, and 44”, en HOHMANN, Jessie y WELLER, Marc (edits.), *The UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples. A Commentary* (Oxford, Oxford University Press) pp. 482-536.
- PRIETO, Manuel (2022): “Indigenous Resurgence, Identity Politics, and the Anticommodification of Nature: The Chilean Water Market and the Atacameño People”, *Annals of the American Association of Geographers*, Vol. 112, N° 2.
- PRIETO-RÍOS, Enrique y RIVAS-RAMÍREZ, Daniel (2020): “Neocolonialism and the Tension between International Investment Law and Indigenous Peoples: The Latin American Experience”, en BORROWS, John y SCHWARTZ, Risa (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 85-108.
- RICHARDSON, Benjamin J. (2008): “The Ties that Bind: Indigenous Peoples and Environmental Governance”, *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Report N° 26.

- RIVAS, Antonia (2017). *Ono Tupuna, the Richness of the Ancestors. Multiples Landscapes Relationalities in Contemporary Indigenous Rapa Nui*. A dissertation submitted in partial satisfaction of degree requirements for Doctor of Philosophy in Anthropology in the Graduate Division of the University of California, Berkeley.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis (2005): *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law. The ILO Regime (1919-1989)* (Oxford, Oxford University Press).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2012): *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, pueblos indígenas y el derecho a consulta previa en los campos sociales minados* (Bogotá, Dejusticia).
- ROMBOUTS, Sebastiaan (2017): “The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53: pp. 169-224.
- SANDERSON, Douglas y SINGH, Amitpal (2021): “Why Is Aboriginal Title Property if It Looks Like Sovereignty?”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 34, N° 2: pp. 417-460.
- SAWYER, Suzana y GOMEZ, Edmund Terence (2012): “On Indigenous Identity and a Language of Rights”, en SAWYER, Suzana y GOMEZ, Edmund Terence (eds.), *The Politics of Resource Extraction. Indigenous Peoples, Multinational Corporations, and the State* (Las Vegas, Palgrave Macmillan, UNRISD).
- SCHUSTER, Richard y otros (2019): “Vertebrate biodiversity on indigenous-managed lands in Australia, Brazil, and Canada equals that in protected areas”, *Environmental Science and Policy*, Vol. 101: pp. 1–6.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2022): *Informe Consolidado de la Evaluación Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Obras Fluviales y de Control Aluvional en la Cuenca del Rio Salado, Región de Atacama”*, 30 de junio de 2022. Disponible en: [https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id\\_expediente=2148728097](https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2148728097). Fecha de consulta: 16/06/2023.
- SIEMS, Mathias (2018): *Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press, segunda edición).
- SIERRA, María Teresa (1997): “Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas”, *Alteridades*, N° 14: 131-143.
- SLATTERY, Bryan (2016): “The Generative Structure of Aboriginal Rights”, en Macklem, Patrick y Sanderson, Douglas (eds.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights* (Toronto, University of Toronto Press) pp. 100-134.
- SWEPSTON, Lee (2015): *The Foundations of Modern International Law on Indigenous and Tribal Peoples. The Preparatory Documents of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, and Its Development through Supervision. Volume 1: Basic Policy and Land Rights* (Leiden, Brill Nijhoff).
- SYLVAIN, Renée (2002): “‘Land, Water, and Truth’: San Identity and Global Indigenism”, *American Anthropologist*, Vol. 104, N° 4: pp. 1074-1085.
- TOBIN, Brendan (2014): *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters* (New York, Routledge).

WAINWRIGHT, Joel y BRYAN, Joe (2009): “Cartography, territory, property: postcolonial reflections on indigenous counter-mapping in Nicaragua and Belize”, *Cultural Geographies*, Vol. 16: pp. 153-178.

YOUNG, Stephen (2020): *Indigenous peoples, Consent and Rights. Troubling Subjects* (New York, Routledge).

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

CANADÁ, *Constitutional Act, 1982* (29/03/1982)

CANADÁ, BRITISH COLUMBIA, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (28/11/2019).

CANADÁ, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (21/06/2021)

CHILE, Ley N°19.253 (05/10/1993): *Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.*

CHILE, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, Decreto Supremo 40, *Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (12/08/2013).

PERÚ, Ley N° 29.785 (07/09/2011): *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).*

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (22/09/1969).

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES (27/06/1989).

Declaración Americana sobre los Derechos De Los Pueblos Indígenas (14/07/2016).

DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (13/09/2007).

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL: “Recomendación General N° 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, CERD/C/GC/32 (29 /09/2009).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Apirana Mahuika et al. C. New Zealand”, CCPR/C/70/D/547/1993 (16/11/2000).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”, A/HRC/12/34 (15/07/2009).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”, A/HRC/24/41 (01/07/2013).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “El derecho a la tierra en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un enfoque centrado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, A/HRC/45/38 (15/07/2020).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: los pueblos indígenas y

el derecho a la libre determinación. Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, A/HRC/48/75 (04/08/2021).

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: “Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (N° 107)”, Report VI (1) 75<sup>th</sup> Session (1988).

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Valdivia, 18/10/2013, rol 1944-2013, protección.

Corte de Apelaciones de Temuco, 23/11/2020, rol 593-2020, apelación.

Corte de Apelaciones de Temuco, 10/09/2021, rol 603-2021, apelación.

Corte Suprema, 15/03/2022, rol 139.751-2020, casación.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (30/05/1994) Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-254-94.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (04/12/2009). Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-903-09.

*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 79.

*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 125.

*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 146.

*Saramaka vs. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 172.

*Saramaka vs. Surinam* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 185.

*Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C N° 179.

*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 3 de abril de 2009.

*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 214.

*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo y Reparaciones, Serie C N° 245.

*Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 309.

*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

*Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 420.

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

*R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821.

*R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

*R. v. Sappier; R. v. Gray*, 2006 SCC 54, [2006] 2 SCR 686.

*Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535.

*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256.

*Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani- Utenam)* 2020 SCC 4.

## LA DISCUSIÓN SOBRE EL DOMINIO DE LOS BIENES EN EL CONCURSO: UNA PRECISIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 2466 DEL CÓDIGO CIVIL

### DISCUSSION OVER THE OWNERSHIP OF ASSETS IN AN INSOLVENCY PROCEEDING: A HISTORICAL PRECISION REGARDING ARTICLE 2466 OF THE CHILEAN CIVIL CODE

Juan Luis Goldenberg Serrano\*

**RESUMEN:** Aunque es claro que los bienes ajenos no pueden integrar la masa activa del concurso, se ha tendido a reconducir esta cuestión únicamente al ejercicio de la acción reivindicatoria. Se sostiene que esta es una lectura errada, o, a lo menos parcial, donde la pretensión queda mejor resuelta por una acción declarativa, paralela a la tercería de dominio, que tendría como sustento el artículo 2466 del Código Civil. Un estudio de la evolución normativa revela que, más allá del modelo reivindicatorio dispuesto históricamente en el derecho concursal chileno, el citado artículo contiene la *separatio ex iure domini*, alejándose de la criticada construcción del “acreedor de dominio” entregada por la tradición hispana, funcionando como un derecho del dueño para obtener el reconocimiento de que un determinado bien es de su propiedad, y, consecuentemente, debe quedar liberado de los efectos del desasimio, sin necesariamente exigir su restitución.

**Palabras clave:** procedimientos concursales, *separatio ex iure domini*, prelación de créditos, reivindicatoria, tercería de dominio

**ABSTRACT:** Although other people’s assets cannot be part of the bankruptcy estate, there has been a tendency to solely redirect this issue to the exercise of the “*actio reivindicatoria*”. It is argued that this is a wrong interpretation of the law, or at least a partial one, where the claim is better resolved by a declaratory action, parallel to a third-party ownership claim, based on Article 2466 of the Chilean Civil Code. A study of the evolution of the applicable rules reveals that, beyond the revindication model historically provided in the Chilean insolvency law, said Article contains the *separatio ex iure domini*, detaching from the criticized construction of the “domain creditor” provided by the Spanish tradition, functioning as a right of the owner to have an asset recognized as his or her own, and therefore to be liberated of the effects of the attachment, without necessarily demanding its restitution.

**Keywords:** insolvency proceedings, *separatio ex iure domini*, ranking of creditors, *reivindicatio*, third-party claim of ownership.

\* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O’Higgins 340, Santiago. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl.  0000-0003-4671-4730. Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt regular 1220927.

## I. INTRODUCCIÓN

La problemática en la que enfocaremos nuestra atención se inserta en la reconstrucción del régimen jurídico de la masa activa del concurso, donde campea el principio de universalidad objetiva<sup>1</sup>. Como explica Ramírez, “la masa activa de la quiebra, o sea, la destinada a través de su liquidación o realización, a satisfacer los créditos de los acreedores, se forma, según venimos diciendo, por todos los bienes del deudor, presentes y futuros, capaces de su transformación en dinero”<sup>2</sup>. De esta forma, el concepto de masa se encuentra íntimamente vinculado a las reglas de embargabilidad y ejecutabilidad<sup>3</sup>, las que, a su vez, se refieren a la patrimonialidad y alienabilidad de los bienes<sup>4</sup>.

Esta masa activa constituye un concepto formal que se reconoce a partir de actuaciones materiales como la incautación e inventario, que, en Chile, se encuentran regulados hoy en el párrafo 5 del Capítulo IV, Título 1, de la Ley 20.720 (la “LC”); pero –y he aquí lo destacable– que también posee una dimensión dinámica, puesto que puede aumentar o disminuir durante la marcha del concurso<sup>5</sup>. Por ello, valga una distinción: la masa activa *de hecho* es aquella incautada e inventariada<sup>6</sup>, al tiempo que la masa *de derecho* es aquella en que entran en juego “una serie de operaciones para la depuración de los bienes integrados en aquella masa de hecho, con el objeto de poder constituir la masa de derecho o conjunto de bienes que por disposición de la ley quedan legalmente afectados para atender a aquella satisfacción”<sup>7</sup>.

La preocupación legislativa por tal depuración busca identificar el correcto perímetro de bienes cuya realización servirá de base de pago, como antítesis de los mecanismos de reincorporación que suponen las acciones revocatorias concursales<sup>8</sup>. En efecto, Rodríguez expresa que

la depuración de la masa se realizará a través del doble juego de acciones de opuestas finalidades, unas que tratan de integrar al patrimonio aquellos bienes que ocasionalmente se encontraban fuera del mismo y que no obstante deben quedar afectos a las responsabilidades contraídas por el quebrado; otras que persiguen su desintegración, pues tiene por objeto la

<sup>1</sup> RUZ (2017) pp. 650-652 y 654; y JEQUIER (2019) pp. 55-57. Este principio, señala TOMÁS (2022) p. 117, “concreta así la afectación generalizada que sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio concursal proporciona el proceso concursal en disonancia con la afectación individual predecible en la ejecución singular”.

<sup>2</sup> RAMÍREZ (1998) p. 957.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 85.

<sup>4</sup> TOMÁS (2022) pp. 120-125.

<sup>5</sup> DE LA RÚA (2021) p. 942.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 10, grafica la cuestión indicando que se trata de una “instantánea fotográfica de dichos bienes, con independencia de su auténtica pertenencia al deudor insolvente”.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 11. En similar sentido, ALFERILLO (1997) pp. 20-21.

<sup>8</sup> El anverso y el reverso de la misma operación, les califica SAGRERA (1989) p. 707.

separación de bienes indebidamente comprendidos en él, y que por lo tanto no quedan sujetos a la responsabilidad del concurso<sup>9</sup>.

Se puede hablar, entonces, de una “depuración positiva” y otra “negativa”. Para los efectos de este trabajo, nos centraremos únicamente en esta última, esto es, la que pretende la disminución de la masa activa por razones de ajenidad.

En el Derecho chileno, Ruz Lártiga señala que no ingresan a la masa activa del concurso los bienes que están en poder deudor, pero que no son de su dominio ni respecto de los cuales este tiene un derecho real de goce, sino sólo uno de mera tenencia<sup>10</sup>. La alusión, desde luego, es a la masa de derecho. En la de hecho se destaca que el artículo 164 LC se refiere a la constancia que debe efectuar el liquidador de los derechos y pretensiones formulados por terceros, aunque, a diferencia de la anterior ley de quiebras, ya no se contenga una regla procesal para formular objeciones al inventario (artículo 98, Libro IV del Código de Comercio)<sup>11</sup>. A su turno, Puga Vial distingue aquellos reclamos efectuados para la restitución de la cosa de aquellos relativos a la exclusión de la ejecución<sup>12</sup>, aunque luego sólo decante por la distinción entre acciones reales (reivindicatoria ordinaria y especiales)<sup>13</sup>, acciones personales de restitución, tercerías de dominio y bienes en *leasing*<sup>14</sup>.

Para resolver esta cuestión, la regulación concursal patria mantiene la idea de una reivindicatoria general (artículo 150 LC) y otras especiales respecto a efectos de comercio (artículo 151 LC) y a mercaderías (artículo 152 LC). Más allá de diseccionar su contenido, el debate se ha centrado sobre si la tramitación de estas acciones se ciñe a las reglas del juicio ordinario<sup>15</sup>, del juicio sumario<sup>16</sup>, o, últimamente, si es posible el ejercicio del mecanismo de resolución de controversias dispuesto en el artículo 131 LC<sup>17</sup>. Pero subyacentes a estas reglas pesan diversas construcciones históricas, donde nuestro ordenamiento parece estancado en una referencia indebida a la reivindicatoria. No lo decimos solamente respecto a los supuestos especiales previstos en los artículos 151 y 152 LC<sup>18</sup>, sino a la confusión que supone la pretensión de la reivindicación con aquella, más débil, de evitar la realización de un bien en la técnica universal que supone el concurso por medio de la simple declaración del dominio ajeno. Nuestro objetivo se encuentra en rastrear los devenires de dichos planteamientos.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 16. En el mismo sentido de “desintegración de la masa aparente de bienes que pertenecen a ella, depurándola de aquellos bienes que nunca pudieron comprenderse dentro de ella”, se expresa ROMÁN (2011) p. 814.

<sup>10</sup> RUZ (2017) p. 946.

<sup>11</sup> RUZ (2017) p. 1042.

<sup>12</sup> PUGA (2014) p. 497.

<sup>13</sup> Nomenclatura en la que concuerda SANDOVAL (2014) p. 280.

<sup>14</sup> PUGA (2014) pp. 498-514.

<sup>15</sup> PUELMA (1983) p. 157.

<sup>16</sup> PUGA (2014) pp. 502-503.

<sup>17</sup> PUGA (2014) p. 514; y RUZ (2017) p. 1042.

<sup>18</sup> PUGA (2014) p. 499.

tos y, con ello, dar luces para propiciar el correcto encuadre de la revocatoria y del derecho de separación en el contexto concursal. Así, aun cuando centraremos el estudio en la evolución histórica de estos mecanismos, alguna referencia final daremos sobre como ellos se pueden encuadrar en la ley de insolvencia hoy vigente.

Para estos efectos, la hipótesis sobre la que trabajaremos es que, a pesar de la influencia del *Code de Commerce* francés en la regulación de la materia mediante la referencia a la reivindicación, la cuestión de la depuración patrimonial negativa sigue en Chile otra corriente: la de la separación *ex iure domini*. Sus orígenes, reconocibles desde el Derecho romano, empezaron a esconderse con motivo de las explicaciones del Derecho intermedio que derivaron la cuestión a las reglas de prelación, dando lugar a la confusa noción de “acreedor de dominio”. Sin embargo, estimamos que el citado “derecho de separación” no ha desaparecido, y se deslinda con precisión de la pretensión reivindicatoria de la LC. Se presenta como una acción declarativa, cuyo petitorio se satisface en la desafección del bien al concurso por el hecho de no pertenecer al deudor, de modo paralelo a lo que ocurre en las tercerías de dominio en el juicio ejecutivo. Y, como tal, sobrevive en el artículo 2466 del Código Civil (“CC”), que hoy logra insertarse procedimentalmente en la ley concursal vigente por medio del mecanismo previsto en el artículo 131 LC.

## II. EL MODELO ROMANO: LA SEPARACIÓN *EX IURE DOMINI*

Superada en Roma la configuración personal de la responsabilidad del deudor, y reemplazada por una de carácter patrimonial (*Lex Poetilia Papiria*, de 326 a.C.)<sup>19</sup>, las figuras de “embargo” (*missio in bona* y *missio in possessionem*) se constituían como una medida de coacción decretada por el Pretor contra un patrimonio para la ejecución o preservación de ciertos derechos. Si tal embargo estaba destinado a la liquidación, fuese inmediata o diferida del patrimonio por medio de la *venditio bonorum*, había de referirse a aquél como una *missio in bona*, que, estando dirigido al patrimonio del *iudicatus*, *proiudicatus* o *indefensus*, tomaba el nombre de *missio in bona debitoris*<sup>20</sup>. Se caracterizaba este procedimiento por tratarse de una ejecución universal, propiamente un concurso en la nomenclatura sobreviviente<sup>21</sup>, comprendiendo al conjunto de acreedores y no a algún ejecutante determinado, sustentada en la existencia de una imposibilidad de dar cobertura al pasivo con el patrimonio completo del deudor<sup>22</sup>.

En el caso de la *missio in bona*, nos indica Soza Ried, se abarcaban todos los bienes “que son de propiedad del deudor, pero también los bienes de los que el deudor era *possessor ex bona fide* y las *superficies*. Por último, se incluyen también los créditos”<sup>23</sup>. A ello suma que no se consideraban en aquella

<sup>19</sup> ALEMÁN (2010) pp. 142-150.

<sup>20</sup> BETANCOURT (2005) p. 101.

<sup>21</sup> ALEMÁN (2010) p. 179.

<sup>22</sup> BETANCOURT (2005) p. 112.

<sup>23</sup> SOZA (2008) p. 103. En igual sentido, ALEMÁN (2010) p. 198.

los bienes que no eran propiedad del deudor, los cuales debían ser separados del concurso, aunque el deudor fuere, respecto de los referidos bienes, depositario, comodatario, o arrendatario. Los bienes que el deudor ha recibido en prenda por un crédito, y sobre los cuales sólo es poseedor interdictal, quedan excluidos, ya que, a efectos del embargo, se computa únicamente la *possessio ex fide bona*. Tampoco entran los bienes que el deudor ha dado en prenda por un crédito, o aquellos sobre los que ha constituido hipoteca<sup>24</sup>.

A ellos se suma, como señala Yadarola, hasta el depósito irregular, cuando no hubiere usura, configurando un *privilegio exigendi*<sup>25</sup>.

Por tanto, en la *missio in bona*, a pesar de la entrega en bloque a los acreedores del patrimonio del deudor, no a título de dominio, sino de mera detentación para fines conservativos<sup>26</sup>, la acción concursal no incluía los bienes en los que un tercero alegase una titularidad dominical o que hubiesen sido constituidos en garantía<sup>27</sup>. Tal invocación era resultado de un sistema de publicidad de la *missio* por medio de carteles (*libelli*)<sup>28</sup>, consecuencia de la *proscriptio bonorum*<sup>29</sup>, que no sólo daban cuenta de la infamia del deudor, sino que permitían la observación del inventario de los bienes concursados a efectos del ejercicio del “derecho de separación”<sup>30</sup>. Con todo, la distinción de las razones por las cuales podría procederse a la separación ya se apreciaba disgregada en lo que se refiere a la separación *ex iure domini* y *ex iure crediti*, donde la primera se revestía de fórmulas cercanas (más no idénticas) a la reivindicación y la segunda aludía a los procedimientos de venta especial y separada de los que gozan los acreedores de créditos garantizados con cauciones reales en el concurso<sup>31</sup>. Dado el alcance del presente texto, sólo nos situaremos en la primera de tales posibilidades<sup>32</sup>.

<sup>24</sup> SOZA (2008) pp. 103-104.

<sup>25</sup> YADAROLA (1927) p. 5. Con cita a D. 42.5.24.2, véase GOLDENBERG (2023a) p. 2158.

<sup>26</sup> D. 41,2,3,23; D.42, 44,12 y D. 43,17,3,8. BETANCOURT (2007) p. 239; ALEMÁN (2010) p. 199.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ LARREA (2018) p. 35.

<sup>28</sup> *Libelli* que, según PÉREZ (2000) p. 160, sólo anunciaban la puesta en posesión de los bienes a los acreedores, previo a cualquier forma de *missio in bona*.

<sup>29</sup> BETANCOURT (2007) p. 239.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 36.

<sup>31</sup> Sobre las distancias entre ambos supuestos, véase BELTRÁN (1996) p. 261. El punto focal, añade, es que “mientras el derecho de separación en sentido estricto se refiere exclusivamente a la determinación de la masa activa, el derecho de ejecución separada afecta tanto a la masa activa como a la masa pasiva: a la masa activa, porque determinados bienes, sometidos a un derecho real de garantía, no se integran al patrimonio concursal destinado a la satisfacción de los acreedores. A la masa pasiva, porque algunos acreedores anteriores a la apertura del procedimiento concursal van a quedar al margen del procedimiento: no se insinúan, salvo que lo hagan cautelarmente; pueden ejecutar separadamente su crédito; no les afecta la suspensión de sus intereses”.

<sup>32</sup> En términos comparativos, véase FERNÁNDEZ LARREA (2018) pp. 150-159. En el ordenamiento chileno, esta segunda forma de separación pervive en el artículo 135 LC. Al respecto, RUZ (2017) pp. 989-992.

Relevando su carga histórica, la separación *ex iure domini*, nos advierten Uria y otros, “tiene un fundamento indiscutible y acorde con las exigencias del concurso: se trata de impedir que puedan servir a la satisfacción de los acreedores bienes que no son propiedad del deudor y que, por tanto, no integran su patrimonio”<sup>33</sup>. Y, como tal, constituye la separación propiamente tal, a diferencia de la *ex iure crediti*, que sólo aludiría a la posibilidad de ejecución individual de las garantías, desagregando los activos sobre los cuales estos recaen del alcance universal del procedimiento concursal, justificado en una preferencia procesal usual –aunque no necesariamente– vinculada al otorgamiento de un privilegio<sup>34</sup>. La cuestión en la que nos enfocamos supone, en fin, “la reducción de la masa activa por ajenidad del bien o del derecho”<sup>35</sup>, de forma tal de impedir que estos sean utilizados para la posterior satisfacción de los acreedores, dado que la regla de responsabilidad patrimonial universal no engloba a aquellos. Aunque cabe advertir que la noción de “masa” es cronológicamente posterior, configurándose como un mecanismo para la conciliación de la idea de reunión de un patrimonio (con sus activos y pasivos), destinado a la liquidación<sup>36</sup>, la que puede ubicarse en el ámbito familiar, sucesorio, societario, comunitario o concursal, de forma que es propio de una abstracción que intenta resolver problemas de titularidad intermedia e identificación de intereses. Sin embargo, nos es útil para reflejar los contornos del problema en una sede concursal.

### III. EL MODELO ESPAÑOL: LA IDEA DEL “ACREEDOR DE DOMINIO” EN EL CONTEXTO DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

#### 1. LOS ORÍGENES DEL MODELO Y SU PROYECCIÓN CONCURSAL

Llegada la Edad Media, las formas de abordar la cuestión de la insolvencia del deudor se bifurcan –aunque sin mayor sistematización<sup>37</sup>– en mantener el carácter privado del concurso, en que el juez sólo es llamado a asistir a los acreedores en el ejercicio de sus derechos, o en abogar por la visión publicista, característica del Derecho visigodo<sup>38</sup>, en que la dirección del concurso corresponde al tribunal, dado el carácter infamante y sancionador del tratamiento de la insolvencia<sup>39</sup>. Más allá de la evolución de estas tendencias, y de la especial importancia de los estatutos italianos en la configuración de las quiebras, nos centramos primero en el Derecho español por una cuestión de fuentes, en que la segunda visión antes reseñada era la característica, sobre todo a partir de la magna obra de Francisco Salgado de Somoza

<sup>33</sup> URÍA y otros (2001) p. 958.

<sup>34</sup> Por ejemplo, en caso de reserva de dominio. Sobre este punto, RODRÍGUEZ-ROSADO (2020) pp. 507, 509 y 510.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 151.

<sup>36</sup> VAN GYSEL (1994) pp. 116-117.

<sup>37</sup> ALEMÁN (2010) p. 237.

<sup>38</sup> ALEMÁN (2010) pp. 231-236.

<sup>39</sup> RAMÍREZ (1998) p. 95.

(1590-1665), el *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illos causatam*, de 1646<sup>40</sup>.

En el contexto del Derecho español histórico, Fernández Larrea denuncia el escaso tratamiento de la materia a la que hemos puesto atención, si no es por el ejemplo de la quiebra del Banco Aragón-Aguilar en 1557<sup>41</sup>, donde consta que se excluyeron bienes por una cuestión de solidaridad<sup>42</sup>. Sólo con el texto de Salgado de Somoza<sup>43</sup> aparecen referencias a que la cosa ajena no integra el patrimonio del deudor (núms. 98 y 99), donde se lee “dominio licere rem suam debitore vindicare, et acciones realem suam movere” (“se permite al dueño reclamar su cosa y ejercer sus acciones reales contra el deudor”), pero con la particularidad de que “domium rem vindicare volene in bonis debitoris repertam cogitur concursus indicium subiatre” (“quien quiera reclamar el dominio de un bien encontrado entre los bienes del deudor debe someterse al concurso”) (núm. 100), quedando comprendido en la graduación de los acreedores (núm. 106). Esta última idea (*inter creditoris graduari*), respondería a que el carácter universal del concurso supondría atraer al foro a todos quienes tuviesen reclamos contra el deudor, fuesen éstos a título real o personal (núms. 101 y 102), comenzando a retratar al “acreedor de dominio”<sup>44</sup>. Tal atracción permitía que estas reclamaciones pudiesen ser conocidas y, eventualmente, atendidas por la junta de acreedores, evitando confabulaciones entre el deudor y terceros para desagregar indebidamente bienes de la masa (*in fraud credit*, núm. 105).

No obstante, esta solución no resultaba completamente original, y, como expresaba Bonelli también la encontramos en Baldus, Straccha y Carpzo<sup>45</sup>. Para todos ellos se suponía que, quien tenía una pretensión de separación, debía concurrir al concurso como acreedor, solicitando su reconocimiento y sometiéndola a la decisión de los acreedores o del tribunal, para efectos de ser pagado con anterioridad a los acreedores preferentes<sup>46</sup>. A la luz de lo anterior, ya nos decía Hevia Bolaño que

<sup>40</sup> En este sentido, ALEJANDRE (1970) p. 89, y AÑOVEROS (1996) p. 3466.

<sup>41</sup> BASAS (1961) pp. 349-380.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 43.

<sup>43</sup> Quien propone el estudio del *concursum creditorum* desde la idea de la universalidad, esto es “in eo agatur de quodam iudicio universali, & quasi divisorio universi patrimonio debitoris” (“se trata de un juicio universal, a modo de una división del patrimonio del deudor en su universalidad”) (I, 1, 28). Ello, explica FORSTER (2017) p. 356 (n. 87), aduciendo como justificación la adaptación de *Digesta Iustiniani Augusti*, 5,3,50, y *Digesta* 5,2,8, en Marius Giurba. Todas las traducciones ofrecidas en este texto son propias del autor.

<sup>44</sup> GARRIDO (2000) p. 230. El autor destaca que “en el concurso descrito por Salgado el principio de reparto proporcional es la excepción y no la regla”, donde el tratamiento cúspide corresponde a los acreedores de dominio, “con preferencia sobre todos los acreedores”.

<sup>45</sup> BONELLI (1938) p. 565, aludiendo a la especial caracterización de este “tipo de acreedores” en BALDUS (Cons. V, 400,8), STRACCHA (de decoct. P. últ., Úmes 1,2, 11, 16) y CARPZO (Jur. For I, 28, def. 12).

<sup>46</sup> La formulación, sin embargo, no siempre era compartida. Por ejemplo, ACOSTA (1739) p. 8, anotaba que “dominio creditores licet tales improprie dicantur” (“aunque se les llame incorrectamente acreedores de dominio”), con posterior crítica a Baldo y Straccha, negando que se trate de una

en la prelación de deuda sólo dos acciones podían concurrir: las personales (“cuando la deuda es obligada solo a la persona del deudor y no sus bienes”) y las reales (“cuando se pretende derecho a los bienes del deudor, o por razón de su dominio, o de prenda, hipoteca”), prefiriendo estas a aquellas, salvo fraude de acreedores, como si las hubiese constituido después de quebrado<sup>47</sup>. Agregaba que el “acreedor señor de las cosas” debía ser primeramente preferido a todo otro acreedor, por antiguo, sean hipotecarios, privilegiados o de otra calidad, y que el deudor tuviese en depósito, empréstito, comodato, arrendamiento, administración, tenencia, confianza, hurto, y en cualquier otra manera que no se le hubiese transferido el dominio<sup>48</sup>. Lo mismo aplicaba al precio de tales cosas, lo que aludía a que la falta de su pago no conllevaba la transferencia del dominio<sup>49</sup>.

Para tales efectos, Hevia Bolaños citaba a Baldus, quien ejemplificaba lo anterior por medio del depósito y la dote de la mujer, y a Straccha, quien añadía una referencia al depósito y a que el pago correspondía ser efectuado previo al cumplimiento de cualquier privilegio. Este último, sin embargo, diferenciaba el depósito regular del irregular (al que trata como préstamo), y, siguiendo a Paulo de Castro, precisaba la conclusión de Baldus, concluyendo que sólo en el primero la posición del depositante es superior a los créditos privilegiados<sup>50</sup>. Similar aproximación encontramos también en Richter, quien les refería como “de creditoribus qui ratione juris realis & dominio in rebus adhuc extendibus praefentur” (“sobre los acreedores que se presentan por razón de derechos reales y de dominio en los bienes aún no repartidos”), señalando que en primer lugar vienen los que, conforme a su derecho de dominio, piden y reclaman su propiedad existente, para luego enfocarse en los casos del depósito, del mandato y del arrendamiento<sup>51</sup>.

A pesar de su trascendencia evidente en el desarrollo del Derecho concursal europeo, el tratado de Salgado de Somoza no pasó de ser una obra privada, de modo que usualmente se reclamaba un cuerpo normativo que solucionase los múltiples conflictos del comercio<sup>52</sup>. La cuestión tomó particular brío en el contexto hispano al observarse como Francia había logrado una cierta uniformidad con las Ordenanzas de Colbert de 1673, lo que incitó a los mercaderes bilbaínos a instar

---

cuarta clase “superprivilegiada” frente a los acreedores hipotecarios, los privilegiados generales y los privilegiados especiales (p. 15). Otro tanto encontramos en ZANCHI (1767) p. vi, al señalar que “qui dominium rei habet reservatum sibi improprie sit dicendus creditor, cum magis dominus esse videatur” (“aquel que tiene reservado para sí el dominio de una cosa es llamado incorrectamente acreedor, cuando parece más bien ser dueño”), con especial preocupación por la reserva de dominio.

<sup>47</sup> HEVIA (1609) p. 393.

<sup>48</sup> HEVIA (1609) p. 394.

<sup>49</sup> P. 3, T. 10, L. 7.

<sup>50</sup> Última parte, parte 1ª, donde se lee: “[...] que si el depositante no transfirió la propiedad, porque realizado el depósito a lo mejor en una pequeña bolsa, respecto de la cosa depositada que existe, el depositante debe ser preferido a todos, y ciertamente por delante de los privilegios reales y personales”.

<sup>51</sup> RICHTER (1750) pp. 49-58.

<sup>52</sup> AÑOVEROS (2005) pp. 58-60.

por unas nuevas reglas, encomendando al Prior y a los Cónsules la designación de miembros para su redacción<sup>53</sup>. En las Ordenanzas de Bilbao de 1737, obra resultante de tales esfuerzos<sup>54</sup>, la cuestión del ejercicio del derecho de separación se enderezó disponiendo la prohibición de entrega de los bienes del concurso sin el reconocimiento previo del dueño –al que todavía se denomina “acreedor”– en la correspondiente junta de acreedores<sup>55</sup>. Así aparece en la Ley 10, en el contexto de las “diligencias previas al concurso”<sup>56</sup>, para luego ir diseñando con mayor precisión los deslindes entre la *separatio ex iure domini* y la *separatio ex iure crediti*, que, como ha sido visto, ya eran conocidos desde los tiempos romanos.

Pero quizás lo que más interesa para este discurso se refiere a las específicas previsiones de las Ordenanzas para ciertos casos de exclusión, las que incluyen la posición del comitente frente al comisionista en concurso (sea que haya recibido dineros o títulos para la compra, o bienes y mercaderías para la venta)<sup>57</sup>, del depositante ante el depositario fallido (bajo la fórmula de depósito confidencial, en los términos de la Ley 27), del vendedor (en los casos de bienes no pagados por parte del comprador concursado, sea que se encuentren ya en su poder o en tránsito) y de la mujer del quebrado, en lo que respecta al valor de la dote (Ley 54)<sup>58</sup>. La cuestión es relevante puesto que, como describe Garrido, el reconocimiento de las causas de preferencia que el Derecho mercantil había ido construyendo a partir de las reglas romanas y de la elaboración del Derecho común, terminaron por estatizarse y, con ello, a nacionalizarse. Ello hizo necesaria una elaboración más completa del tejido preferencial, donde el principio de proporcionalidad (“*suelto a libra*”) fue prácticamente eliminado<sup>59</sup>, haciendo indispensable la incorporación de las sentencias de graduación en los procedimientos concursales. Y es ahí donde se insertó al mal afamado “acreedor de dominio”.

Sin perjuicio del minucioso tratamiento que vuelve a tener la materia en las Ordenanzas de Málaga de 1825<sup>60</sup>, aunque aprobadas en 1829<sup>61</sup>, la atención debe

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 46.

<sup>54</sup> Fijamos la mirada ahora en el Capítulo XVII de las citadas Ordenanzas, que trataba “*De los atrasos, fallidos, quebrados, o alzados, sus clases y modo de proceder en sus quiebras*”, que en sus 56 artículos constituyó un cuerpo de gran relevancia práctica y dogmática del Derecho concursal en España, y, luego del curso independentista, en las naciones americanas hasta la formulación de sus propias reglas, normalmente, siguiendo las tendencias codificadoras exportadas de Francia.

<sup>55</sup> A nuestro juicio, erradamente CARRASCO (1963) pp. 33-36, refiere a estas acciones como reivindicatorias, aunque reconoce que las Ordenanzas no les llaman así.

<sup>56</sup> AÑOVEROS (2005) p. 68.

<sup>57</sup> Con regulación bastante detallada en las Leyes 17, 28 y 42, incluyendo supuestos de pagos pendientes, de pagos efectuados mediante letras, de entregas previas al pago del precio e, incluso, el uso del comisionista de los dineros recibidos para fines extraños a la comisión.

<sup>58</sup> Para un análisis detallado, véase FERNÁNDEZ (2018) pp. 48-54.

<sup>59</sup> GARRIDO (2000) p. 267.

<sup>60</sup> CORDONES (2005) pp. 147-154.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ (2018) pp. 54-57.

ser puesta en el Código de Comercio español, también de 1829<sup>62</sup>, donde la cuestión quedó contenida en su artículo 1113. Ahí se dispone que

las mercaderías, efectos y cualquier otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, sin haberse transferido al quebrado por título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, precediendo la prueba y el reconocimiento de su derecho en la Junta de Acreedores o por sentencia que haya causado ejecutoria.

Se agrega luego que “se declaran pertenecer a esta clase de acreedores de dominio con respecto a la quiebra de los comerciantes” (artículo 1114), de forma tal que se les reconoce como una categoría especial en la graduación de créditos (artículos 1123 y 1124)<sup>63</sup>. La pretensión que revelan estas normas, concluye Rodríguez, es que era de su esencia “colocar a los separatistas dentro del concurso, de modo que recibe el tratamiento de acreedores concursales”, siguiendo el modelo propuesto por Salgado de Somoza<sup>64</sup>.

Su tratamiento en esta sede, comenta Martí de Eixalá, proviene del hecho de que “cuando existan acreedores de esta clase es evidente que serán antepuestos a todos los demás, esto es, a los acreedores propiamente tales, porque tan solo pueden ejercer sus derechos sobre los bienes que en realidad pertenecían al quebrado”<sup>65</sup>. Así, la referencia a los “acreedores de dominio” se daría a “sujetos que pueden ejercitar una acción reivindicatoria concursal o impropia respecto de ciertos bienes que se encuentran en la masa de la quiebra; es decir, referida a quienes tienen derecho de separación o de exclusión”<sup>66</sup>. Esto es, se refiere a “los que piden bienes, efectos o cantidades que se encuentren en poder del quebrado por haberle sido entregada en depósito administración o bajo otro título o concepto que no tuviese por ob-

<sup>62</sup> Se debe tener presente que, como expresa AÑOVEROS (2005) p. 77, “cuando Sainz de Andino redactó el Código de Comercio de 1829, a pesar de la gran influencia que Francia ejercía en toda Europa en esa época, no siguió el método redaccional de la normativa vigente en el país vecino, sino que recogió el esquema del Derecho concursal del Capítulo XVII de las Ordenanzas”. Adicionalmente, y en la materia que nos interesa, GARRIDO (2000) p. 286, agrega que “lógicamente, la influencia de la redacción del Código de comercio no podía venir del Código de comercio francés, que apenas contenía disposiciones en la materia, de modo que Sainz de Andino se inspiró en la tradición española para regular los aspectos procesales y sustantivos de la tutela del crédito. En particular, el régimen del Código de comercio de 1829 aparece notablemente influido por las Ordenanzas consulares”.

<sup>63</sup> Así, el artículo 1123 disponía que para el reintegro y pago respectivo de los acreedores se requería de una clasificación por parte de los síndicos de aquellos reconocidos y aprobados, en cuatro clases, siendo la primera la de los “acreedores con acción de dominio” (por sobre los hipotecarios por ley o contrato, los escriturarios y los comunes). El artículo 1124 expresaba luego que, con respecto a los acreedores de dominio, se decretaría desde luego la entrega de las cantidades, efectos o bienes de su pertenencia, expidiéndose por el tribunal los mandamientos, oficios y libranzas consiguientes para que se verifique, y, en su virtud, se tendía por extinguida su representación en la quiebra.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 43.

<sup>65</sup> MARTÍ DE EIXALÁ (1875) pp. 513-514.

<sup>66</sup> CLEMENTE (2000) p. 17.

jeto trasmitirle la propiedad”<sup>67</sup>, con especial ampliación en el numeral cuarto del artículo 1114, referido a “los que reclamen cualquiera especie de bienes y efectos entregados al quebrado en depósito, administración, arrendamiento o usufructo”<sup>68</sup>, y con las particularidades propias de la comisión (núm. 5), de los títulos de crédito (núm. 6) y de los causales entregados fuera de cuenta corriente (núm. 7).

Sin embargo, bien observado, el listado incluido en el artículo 1114 puede generar suspicacias en torno a la traslación del dominio, como ocurre con los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado, cuyo precio o parte de él no hubiese satisfecho interín (núm. 8), o las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho entrega. Mas, como escribía Clemente Meoro, “ello se explica por la regla, a la sazón vigente, de las Partidas (3, 28, 46), en la que se establece que en las compraventas al contado la propiedad no se transmite al comprador mientras no pague y en las compraventas a crédito mientras no se produzca la entrega”<sup>69</sup>. Mas dejamos constancia de que ya había expresado González Huebra que estas reglas requerían el previo ejercicio de la acción rescisoria por parte del síndico, suponiendo que el vendedor podía optar por el cumplimiento forzado mediante la comunicación del crédito al concurso<sup>70</sup>.

Esta nomenclatura del “acreedor de dominio”, tan criticada posteriormente en doctrina<sup>71</sup>, desapareció en España en la nueva codificación mercantil de 1885, distanciándole de la graduación de créditos, aunque no de la posibilidad de entrega previo reconocimiento del derecho del dueño en la junta de acreedores o en sentencia firme<sup>72</sup>. Lo anterior, de la mano de una nueva regla que disponía que tal devolución resultaba improcedente en caso de que el título invocado por el deudor fuese un contrato en curso de ejecución, como el depósito o el arrendamiento, en que los

<sup>67</sup> GONZÁLEZ (1889) p. 78.

<sup>68</sup> Caso en el cual no se requeriría la acreditación del dominio por parte del actor, sino sólo de la existencia del contrato de mera tenencia. En este sentido, RAMÍREZ (1998) p. 1431.

<sup>69</sup> CLEMENTE (2000) p. 29. Regla que, a su vez, tiene su origen en Inst. 2, 1, 41.

<sup>70</sup> GONZÁLEZ (1889) pp. 89-90.

<sup>71</sup> Ya en 1859, GÓMEZ DE LA SERNA (1859) p. 361, la tachaba de impropia e, incluso, de antijurídica. A ello añadía, “[e]l que es dueño de una cosa no es acreedor a ella: tiene el *derecho en la cosa, jus in re*, esto es, la facultad de reivindicarla y de obtenerla de cualquiera, que injustamente la detente, derecho mucho más fuerte y eficaz que el que solo tiene *un derecho a la cosa, jus ad rem*, o lo que es lo mismo, que el acreedor a la cosa, el cual tiene solo el derecho de reclamarla al que está obligado a entregársela”. En similar sentido, MARTÍ DE EIXALÁ (1875) p. 513; GONZÁLEZ (1889) p. 78; RODRÍGUEZ (1951) p. 33; RAMÍREZ (1998) p. 1427; SAGRERA (1989) p. 710; CLEMENTE (2000) p. 17; URÍA y otros (2001) p. 956.

<sup>72</sup> Desaparición que, en todo caso, fue momentánea, puesto que reapareció en el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, donde se rescita la nomenclatura de los “acreedores de dominio”, confiriéndoles los derechos establecidos en los artículos 908 a 910 del Código de Comercio, instando por una tramitación separada. Conforme a tal reconocimiento, se le concedió derecho de abstención en el convenio concursal (artículo 12.I), al igual que los acreedores con derecho de ejecución separada.

acreedores pasaban a subrogarse en la posición del fallido (artículo 908)<sup>73</sup>. Ambos factores delimitaron el derecho de separación desde dos ópticas: por una parte, reinsertándolas en el debate propio del Derecho de bienes<sup>74</sup>, y, por la otra, recordando que la tenencia del bien por parte del comerciante quebrado puede responder (y usualmente corresponde) a la existencia de un vínculo previo entre éste y el titular del bien, de modo que la restitución dependerá de los efectos de la declaratoria de quiebra en los contratos pendientes.

Pero cabe resaltar que, en estos textos clásicos hispanos, que luego fueron consultados por el legislador chileno, se “desconoce la terminología de reivindicación o separación en la quiebra, cuya introducción en las leyes españolas se debe a una importación de doctrinas ajenas”<sup>75</sup>. El texto del Código de Comercio español original tendió a seguir el modelo de las Ordenanzas de Bilbao<sup>76</sup>, más que a la formulación francesa tan en boga a partir del *Code* de 1807<sup>77</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina española no tardó en utilizar tal nomenclatura para referirse a los supuestos del artículo 1114 del Código de 1829, como se aprecia especialmente en González Huebra<sup>78</sup> o en Ramírez<sup>79</sup>, aunque este último daba cuenta de varias objeciones al respecto, y donde se les empezó a denominar como reivindicatorias “impropias”<sup>80</sup>, “concursoales” o “especiales”<sup>81</sup>. Tal diferenciación, hipotetiza Arias Varona, es justificable en el programa codificador hispano, en que el Código de Comercio precedió al Civil, de forma tal que aquél no podía soportarse en las reglas generales del Derecho común<sup>82</sup>, haciendo necesaria la incorporación de una referen-

<sup>73</sup> Ya en la Exposición de Motivos del Código de 1885 se refería que, “en orden a los derechos de los acreedores sobre los bienes existentes en poder del deudor en el momento de la declaración de quiebra, el proyecto, completando la doctrina del Código, declara que la masa o colectividad de acreedores viene a ocupar el lugar del deudor; y en su consecuencia dispone que los derechos que a éste puedan corresponder en dichos bienes los debe retener aquélla, siempre que cumpla con las obligaciones anejas al mismo”.

<sup>74</sup> De ahí que GARRIGUES (1993) pp. 430-431, haya indicado “[p]rocesalmente es ésta una acción semejante a la de tercería de dominio, pues se trata de oponerse a la ejecución sobre bienes que no pertenecen al deudor, sino al tercero reclamante”.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ (2018) p. 61.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 39.

<sup>77</sup> RAMÍREZ (1998) p. 140. Sobre las influencias apreciadas para la elaboración del Código de Comercio de 1829, véase PERONA (2015) pp. 36-62.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ (1889) p. 78.

<sup>79</sup> RAMÍREZ (1998) p. 1423.

<sup>80</sup> Por todos, CORDÓN (1999) p. 221. La denominación procede de GARRIGUES (1993) pp. 430-431, para quien en estas acciones faltan los requisitos y fundamentos de la acción reivindicatoria, puesto que en esta quien reclama lo efectúa a título de propietario sobre cosas en poder de terceros, sin que haya mediado voluntad de las partes de transferir el dominio.

<sup>81</sup> TORRES DE CRUELLES Y MAS Y CALVET (1995) pp. 168 y 169.

<sup>82</sup> Más aún si se considera que el Código Civil español de 1889 apenas trata la acción reivindicatoria, aludiéndola como forma de protección del dominio en el inciso segundo del artículo 348, de modo que su régimen jurídico ha debido ser construido por parte de la jurisprudencia.

cia general a la separación que parecía improcedente en los países del entorno<sup>83</sup>. De lo anterior resulta que, dada la interpretación de los preceptos sobre la base dogmática de la reivindicación en el ámbito codificador (especialmente, el francés), la determinación y posibilidad de identificación de los bienes cuya exclusión se pretende y su posesión por el fallido concitan los puntos de atención<sup>84</sup>.

Sin aludir a la reivindicatoria, el derecho de separación propiamente dicho, agrega Díez-Picazo, se da “cuando se ejercita respecto de bienes inicialmente integrados dentro de la masa del concurso, una pretensión, de naturaleza real o personal, destinada a obtener el reconocimiento de que tales bienes pertenecen al demandante”<sup>85</sup>. Ahora bien, en el caso de sustentarse en una pretensión personal, como la que resulta del ejercicio de lo que se ha venido en denominar “reivindicación impropia”, conviene recordar que, al igual que en los casos de derecho de ejecución separada (*separatio ex iure crediti*), se trata de una técnica para garantizar una satisfacción preferente en el caso de apertura de un procedimiento concursal. En efecto, como ha expresado Beltrán Sánchez, con cita jurisprudencial, “la ley concede al comitente en este caso más bien que una propia y verdadera acción reivindicatoria, un derecho de crédito preferente, en el sentido de que puede cobrarse por el procedimiento singular de los artículos 908 y 909”<sup>86</sup>. Por último, sobre la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria general, la doctrina española no la pone en duda<sup>87</sup>, en tanto principio general de protección del dominio. De este modo, las fórmulas de “reivindicación especial” no serían sino simplificaciones, de igual modo como las revocatorias concursales lo serían de la acción pauliana civil<sup>88</sup>.

Lo anterior sin perjuicio de que, como se advirtió por la doctrina española, la redacción de la regla en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 la acercaban más a una acción declarativa de dominio, en el sentido de que su pretensión giraba en torno a la exclusión de la masa disponible para la liquidación, mas no necesariamente a la devolución del bien, cuestión dependiente del título por el que el deudor se encontraba en su tenencia<sup>89</sup>. De tal suerte, su objetivo era más cercano al de la tercería de dominio en el contexto de un juicio ejecutivo, como un modo de exclusión del bien de la ejecución singular, o, mejor dicho, del embargo, pero no

<sup>83</sup> ARIAS (2001) p. 130.

<sup>84</sup> ARIAS (2001) p. 131.

<sup>85</sup> DIEZ-PICAZO (1982) p. 295.

<sup>86</sup> BELTRÁN (1996) p. 264.

<sup>87</sup> RAMÍREZ (1998) p. 1424.

<sup>88</sup> RAMÍREZ (1998) p. 1425.

<sup>89</sup> ARIAS (2001) p. 133. Una cuestión que resulta aún más evidente en la legislación española actual, donde el artículo 239 del texto refundido de la Ley concursal dispone que los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención, serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos.

como una medida de restitución<sup>90</sup>. A este punto pondremos atención en el apartado siguiente, dada la influencia en los primeros intentos normativos en el Derecho procesal chileno.

## 2. LA RECEPCIÓN DEL MODELO ESPAÑOL EN EL ORDENAMIENTO CHILENO PRECODIFICADO

### *2.1. El origen hispano del reconocimiento implícito del “acreedor de dominio” en el contexto procesal a partir de la Ley del Juicio Ejecutivo de 1837*

Para la comprensión de este apartado, se deberá tener en cuenta que el Decreto de 1837 fue el primer texto patrio que reguló, no tan solo el juicio ejecutivo, sino también el concurso de acreedores, la cesión de bienes y los convenios, ofreciendo un marco que luego serviría de base para el tratamiento concursal previsto en la codificación<sup>91</sup>. De ahí que el estudio procesal que resulta necesario para aclarar la forma en la que debía conducirse la reclamación del dominio, aun en sede concursal, supone una breve referencia histórica a la tercería de dominio, dado que, en los albores de la República, esta figura tenía aplicación transversal.

Observada la cuestión de las tercerías en esta clave, debemos retroceder un par de pasos. En efecto, un antecedente relevante se encuentra en la Partida Tercera, Título XXVII, Ley III, donde se dispone que, si apareciere un tercero alegando ser el dueño de los bienes, o que tiene derecho sobre ella, y no del ejecutado, correspondía a los “juzgados llanamente saber verdad si es como dize”, y, de ser efectivo, “deue dexar las cosas, e cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son, son contienda”. Este modelo, explica Cano Fernández, es el posteriormente utilizado por la Nueva Recopilación de 1543<sup>92</sup>, bajo la rúbrica de la oposición a la ejecución. En su Libro Tercero, Título IV, Ley 41, se disponía que,

quando algún tercero se opone a la ejecución, luego sea recebido a prueba: y que no se manden venir los testigos personalmente. Mandamos, que quando contra alguna execucion se opusiese alguna mujer por su dote, o otras personas, no se mande dar información sumaria, sino que se reciba luego a prueba, con termino ordinario a los opositores por via ordinaria, y no compelan a las partes a traer entre ellos personalmente los testigos, no se los manden, so pena de inhabilitación de oficio al que lo contrario hiziese”.

<sup>90</sup> En este sentido, DIEZ-PICAZO (1982) p. 295, expresa que “de algún modo este derecho de separación de la masa se asemeja a la tercería de dominio, aunque no sea en puridad una completa y plena acción reivindicatoria”. En similar sentido, TORRES DE CRUELLES y MAS Y CALVET (1995) p. 169, y RAMÍREZ (1998) p. 1426, agregan que las diferencias con la reivindicatoria común se encuentran en el título de dominio (toda vez que no siempre se exige su acreditación por el actor), la identificación del bien reivindicado (que, incluso, puede consistir en dinero) y en la posesión del bien por parte del deudor (sobre todo en caso de derechos o créditos).

<sup>91</sup> CARRASCO VÁSQUEZ (1963) pp. 52-53, y BARRIENTOS GRANDÓN (2015) pp. 86-88.

<sup>92</sup> CANO FERNÁNDEZ (2014) p. 38.

La regulación, como se ve, incide en la cuestión probatoria, siguiendo en ello a Hevia Bolaños<sup>93</sup>. A su vez, la cuestión de la dote resulta de interés, por compartir la preocupación con el supuesto concursal, en especial si la regla se observa en conjunto con aquella dispuesta en la Partida IV, Título XI, Ley XXIX, donde se regulaba la posibilidad de demanda al marido en caso de prodigalidad u “otras malas costumbres”. Estas reglas se replicaron, sin cambio, en la Novísima Recopilación de 1805.

Sin embargo, en este modelo español, llama la atención que el primer texto procesal que vino en complementar el recientemente promulgado Código de Comercio de 1829 –la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y las Causas de Comercio, de 1830, también atribuidas a Sainz de Andino<sup>94</sup>– tratase con bastante más detenimiento las figuras de las tercerías de dominio y de prelación, hasta el punto de señalarse que ella “viene a eliminar el gran desorden en materia de terceros existente hasta ese momento en la legislación, desorden al que, de todos modos, no eran ajenos, en general, el resto de puntos del ordenamiento jurídico”<sup>95</sup>. Decimos que la regulación es llamativa porque presenta un gran paralelismo con el tratamiento de la cuestión en el Decreto chileno sobre juicio ejecutivo de 1837, que trataba la cuestión bajo la denominación de “*la oposición de terceros al juicio ejecutivo, y concurso de acreedores*”. Los puntos comunes no sólo se encuentran en el tratamiento unitario de las tercerías de dominio y de prelación, sino que se extienden a la citación a audiencia de opositor, ejecutante y ejecutado; la posibilidad de apertura de probatorio; la audiencia de vista y decisión del fallo; los efectos de la tercería de dominio; la posibilidad de ampliación del embargo; la tramitación y efectos de la tercería de prelación, entre otros. Aunque también hay distancias relevantes, como son, por una parte, la necesidad de prueba documental para la admisión de la tercería en la ley española (artículo 381), la que no se replica en la norma chilena sino sólo para efectos de la suspensión de la ejecución (artículo 78); o todo cuanto se refiere a la formación del concurso de acreedores (artículos 82 y siguientes), cuyo tratamiento exhaustivo en la legislación chilena tiene sentido ante la ausencia de otras reglas concursales<sup>96</sup>, como las que ya existían en España en razón de su regulación en el Código de Comercio de 1829.

El paralelismo es tal que el artículo 76 de la norma chilena, disponiendo que “[s]i hubiere lugar a la tercería de dominio, se entregarán al opositor los bienes que hubieren declarado pertenecerle; y el ejecutante usará de su derecho contra los restantes bienes embargados u otros del deudor”, es una transcripción literal del ar-

<sup>93</sup> *Philípica*, 1797, p. 169.

<sup>94</sup> Obsérvese que el artículo 1219 del Código de Comercio disponía que, “[e]n cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos e instancias que tienen lugar en las causas de comercio, se estará a lo que prescriba el Código de enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que promulgaré sobre esta materia”. GÓMEZ DE LA SERNA (1859) pp. XVII y 562.

<sup>95</sup> CANO (2014) p. 41.

<sup>96</sup> Obsérvese que el artículo 150 del Decreto de 1837, sobre juicio ejecutivo, disponía que: “[q]uedan derogadas por esta ley todas las anteriores relativas al juicio ejecutivo; concurso de acreedores, cesión de bienes y esperas”.

título 384 de la ley española. Algo más nos debemos detener en este punto porque, en razón de esta identidad, observamos que tal modelo de tercería de dominio no se enfocaba únicamente en la exclusión del bien del embargo, sino que se extendía también a su entrega en caso de que aquella fuese acogida, observándose un quiebre con la tradición histórica existente desde el Derecho romano y sólo recuperada con bastante posterioridad<sup>97</sup>. Por ello, Montero Aroca y Flors Martínez nos señalan, aunque para el Derecho español, que “tradicionalmente la jurisprudencia entendía que la tercería de domino equivalía a una ‘acción’ reivindicatoria”<sup>98</sup>, cuestión que recién empezó a despejarse en el Derecho hispano con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1992<sup>99</sup>.

En el ordenamiento chileno, a pesar del mentado antecedente, la cuestión se ha entendido del modo tradicional, de forma tal que la acción declarativa de la tercería de dominio constituye una acción independiente a las de carácter reivindicatorio o restitutorio. Así, se afirma que en tales tercerías se ejercen dos acciones declarativas relativas a la titularidad de los bienes embargados, pretendiendo el alzamiento del embargo y, en consecuencia, la exclusión de la ejecución<sup>100</sup>. Estas acciones se dirigen contra el ejecutante y el ejecutado, pudiendo eventualmente sumarse a esta última una acción reivindicatoria (esto es, una acción real de condena)<sup>101</sup>, en el caso en que el poseedor de los bienes objeto de la tercería no sea el tercerista<sup>102</sup>, sino el ejecutado, o una acción restitutoria (esto es, una acción personal de condena) del bien a que se refiere la tercería, si existe una titularidad contractual de mera

---

<sup>97</sup> En efecto, desde D. 42,1,15,4, se entendía que correspondía a los jueces de la ejecución conocer sobre cualquier controversia sobre la propiedad, pero de forma sumaria e incidental, sin prejuzgar sobre la titularidad de la cosa. Así, como explica DÍAZ-BAUTISTA (2013) p. 149, “[t]anto el ejecutado como el tercerista, si deseaban ser declarados dueños de la cosa, podían reclamarla con la acción reivindicatoria en el juicio ordinario”.

<sup>98</sup> MONTERO Y FLORS (2004) p. 55.

<sup>99</sup> En dicha sentencia se lee lo siguiente: “[l]a posible y primitiva equiparación conceptual de la tercería de dominio con la acción reivindicatoria, cada día cuenta con menos partidarios, evolución que se traduce en el ámbito jurisprudencial, en la existencia de un conjunto de sentencias, donde nítidamente se concretan los fines y el ámbito de aplicación de esta clase de acciones. Constituye ya cuerpo de doctrina el concepto de que el objeto del juicio de tercería de dominio, es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio; teniendo escasas analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria [...]”. Para un desarrollo de sentencias previas que promovían la identificación, VÁSQUEZ (2011) p. 49.

<sup>100</sup> PUGA (2014) p. 504.

<sup>101</sup> En contra, SANDOVAL (2014) p. 279, que señala: “[d]e igual manera, el artículo 150 de la ley en actual vigor, en su inciso 2°, establece las reglas especiales relativas a las tercerías de dominio, que no son sino una forma de acción reivindicatoria [...]”.

<sup>102</sup> NAVARRETE (1994) p. 52.

tenencia<sup>103</sup>. Por ello, el único *petitum* propio de la tercería es que se alce el embargo recaído sobre el bien objeto de la tercería<sup>104</sup>.

Un segundo punto de interés se da con motivo del texto del artículo 83 de la Ley del Juicio Ejecutivo, que disponía que: “[a]nunciada la formación de concurso, se admitirá para los efectos que hubiere lugar la comparecencia al juicio de **cualquier acreedor, aun cuando no pretendiere dominio en los bienes embargados**, ni prelación respecto de los acreedores presentados”<sup>105</sup>. Este interés emana de la velada referencia a los “acreedores de dominio”, distinguiéndolo de aquellos acreedores que no pretendieren hacer valer una titularidad sobre los bienes embargados, y, por la otra, en la admisión implícita de la tercería de dominio en los términos antes reseñados en el contexto concursal. Con ello, aún es posible encontrar en esta normativa vestigios suficientes para entender que, en esta primera etapa, la respuesta al problema que tratamos seguía siendo la de los “acreedores de dominio”, en términos tales que la tercería no era sino la forma procesal en que se reconocía su ejercicio. Ello explicaba que la propiedad sostenida por el tercerista sólo buscara un reconocimiento con efectos declarativos, guiados por la lógica de la comunicación de créditos, pero sin que de ella se derivase un efecto restitutorio.

### *2.2. El reconocimiento explícito del “acreedor de dominio” en el contexto de las leyes de prelación de créditos de 1845 y 1854*

Calificadas como una forma de “codificación parcial” por Bravo Lira, las leyes de prelación de 1845 y 1854, obra de Andrés Bello, también son hijas de su tiempo, y, a pesar de pretender una simplificación de los modelos castellanos, no por eso se separaron en todo de sus precedentes<sup>106</sup>. Así, por ejemplo, no puede omitirse que el propio Escriche anotaba que, en la “graduación de acreedores”, se colocan en la primera clase los que “vienen con derecho de dominio”<sup>107</sup>, citando para ello a Murillo de Velarde, quien también incluía en tal primera clase a aquellos que hacían valer derecho de dominio sobre bienes que se encontraban en poder del deudor<sup>108</sup>.

Una primera referencia la encontramos en el artículo 2° de la Ley de prelación de créditos de 1845, donde se disponía que:

<sup>103</sup> NAVARRETE (1994) pp. 59-60. En el Derecho español, a idéntica conclusión llega VÁSQUEZ (2011) p. 50, señalando que “la tercería es una acción especial o si se prefiere un expediente procesal complejo, compuesto por dos acciones meramente declarativas y afirmadas simultáneamente frente al ejecutante y ejecutado, acciones a las que eventualmente pueden acumularse una acción de condena, y cuya finalidad esencial es impugnar la afección judicial de determinados bienes por falta de uno de los requisitos necesarios para la validez del embargo: la pertenencia de los bienes al ejecutado”.

<sup>104</sup> NAVARRETE (1994) p. 64.

<sup>105</sup> Énfasis añadido.

<sup>106</sup> BRAVO (1983) p. 287.

<sup>107</sup> ESCRICHE (1851) p. 739.

<sup>108</sup> Quien, en su Libro II (*Decretalium*), Título XXIII (*de Solutionibus*), expresaba que “[e]rgo omnibus aliis præfertur ille, qui habet dominium in re existente apud debitorem”. MURILLO DE VELARDE (1743) p. 521.

[l]os acreedores (salvas las excepciones que acaban de espresarse, **i restituidas las especies que pertenezcan a otras personas por razon de dominio**) podrán hacer que se vendan los bienes del deudor, hasta concurrencia de sus créditos, incluso los costos de la cobranza, para que con el precio se satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes; i en caso de no serlo, a prorrata, cuando no hai causas especiales para preferir ciertos créditos<sup>109</sup>.

La norma era expresiva de que tal restitución debía tener lugar antes de la realización de los activos del deudor, y, por supuesto, antes de proceder al pago de los créditos, sea por la totalidad o conforme al orden de prelación. No obstante, la norma silenciaba la forma de identificación de tales bienes, o, en su caso, la posibilidad de articularla procedimentalmente.

La ley de prelación de 1854 tuvo un tenor más claro sobre la materia, y, como agrega Bravo Lira sobre el punto en examen, se “eximió de ingresar al concurso a los acreedores que hacían valer derecho de dominio sobre especies identificables en poder del deudor, quienes en líneas generales correspondían a la primera clase de acreedores en el antiguo derecho castellano”<sup>110</sup>. En efecto, en el Título I, relativo a los acreedores que no están obligados a entrar en el concurso, refería a “[l]os que tuvieren en poder del fallido especies identificables sobre las cuales conservan su derecho de dominio, **podrán reivindicarlas con el objeto de que les sean devueltas en el estado en que se hallen**”<sup>111</sup>, incluyendo luego al depositante de una cosa no fungible o de una cosa fungible guardada en arca, envase o tonel cerrado; al dueño de especies dadas en prenda al fallido; al que ha dado a préstamo una cosa no fungible; al consignante de frutos, manufacturas o valores remitidos para su venta o negociación; al arrendador de alguna cosa raíz o mueble; al vendedor de una especie enajenada al contado, a quien no se hubiese pagado el precio; al vendedor de una cosa raíz al contado, cuyo precio no hubiese sido satisfecho en parte alguna<sup>112</sup>; a la

<sup>109</sup> Énfasis añadido.

<sup>110</sup> BRAVO (1983) p. 290.

<sup>111</sup> Énfasis añadido. Obsérvese que ya en 1845 se empieza a insertar la idea de la reivindicación para tratar esta materia, probablemente, como apuntaremos en el siguiente apartado, por el éxito de tal calificación a partir de la codificación francesa de 1807. Esta dualidad no es exclusiva del Derecho chileno. Por ejemplo, el Código de Comercio de la República Argentina, sancionado en 1859 para el Estado de Buenos Aires, y luego extendido a toda la nación en 1862, trataba, por una parte, la reivindicación (artículos 1668 a 1684), y, por la otra, refería a la primera clase de acreedores como “acreedores de dominio” (artículos 1694 y 1695), siguiendo en esto último la técnica de las Ordenanzas de Bilbao. Sobre estos últimos, criticando la denominación, YADAROLA (1927) p. 8, expresaba “[t]odos estos mal titulados acreedores de dominio son los que tienen un derecho real sobre la cosa que se encuentra en poder del fallido y para cuya restitución pueden ejercitar la acción reivindicatoria ordinaria legislada por el Código Civil, o bien la acción personal de restitución que nace del vínculo obligatorio existente entre las partes, es decir, del contrato en virtud del cual aquellos bienes pararon a manos del comerciante en quiebra”.

<sup>112</sup> Respecto a estos dos casos, ver ALCALDE (2016) p. 1245, solo justificables en la medida en que se comprendiese que el vendedor seguía siendo dueño mientras no se le pagara el precio, siguiendo el modelo de transferencia dominical previsto en el Proyecto de 1853 (artículos 821 y 2009).

mujer, por sus bienes dotales o parafernales que se conserven en especie; al hijo, por los bienes de su pertenencia que hayan entrado al poder del padre y se conserven también en especie; y al pupilo y, en general, todos aquellos que han dado sus cosas en administración al fallido por las especies que se conserven en poder de éste.

Este artículo 1° debía ser complementado con lo establecido en la disposición siguiente, que proclamaba que el concurso podría “hacer valer contra los reclamantes de especies conocidas, los derechos que sobre ellas competían al deudor como depositario, arrendatario, prendario, o en virtud de otro título cualquiera” (artículo 2°) y con la que disponía que “el crédito que gozando del derecho de dominio, o de retención, o de privilegio, o de hipoteca, no alcanzare a cubrirse con la especie que le está especialmente afecta, pasará por el déficit a la lista de los créditos comunes” (artículo 25)<sup>113</sup>. La malla conceptual, en consecuencia, suponía configurar al titular de estos bienes como “acreedor”, aunque caracterizándolo como aquel que, si bien en principio no formaba parte del concurso, podía serlo cuando no alcanzare a cubrirse con la especie afecta, calificando en tal caso como un acreedor ordinario.

Sin embargo, cabrá advertir que, a partir del Proyecto Inédito, casi contemporáneo a la ley de 1854, la cuestión del dominio no quedó insertada en la graduación de los créditos<sup>114</sup>, sino en un artículo 2659 que rezaba, como lo hace actualmente el artículo 2466 CC,

[s]obre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, i existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores<sup>115</sup>.

A esta cuestión volveremos en el apartado final de este artículo.

#### IV. EL MODELO FRANCÉS: LA FÓRMULA DE LA REIVINDICACIÓN CONCURSAL

Advierte Arias Varona que, “de las diferentes maneras en que se puede regular el régimen de separación de bienes de la masa, la más tradicional es aquella que, introducida por el CCom francés de 1807, se adoptó durante el movimiento codificador en un buen número de ordenamientos”<sup>116</sup>. A la sazón, la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria ordinaria en el contexto concursal no era

<sup>113</sup> Énfasis añadido.

<sup>114</sup> Con agudeza, BRAVO (1983) p. 292, observa que “[...] del Proyecto Inédito aparece reelaborado el texto de la ley de 1854. Las ideas matrices son las mismas, pero se adopta una nueva nomenclatura para designar las distintas clases de crédito”.

<sup>115</sup> Sobre el estudio de esta norma en clave histórico-dogmática, GOLDENBERG (2023a) pp. 2157-2161.

<sup>116</sup> ARIAS (2001) p. 33. Para una referencia a ordenamientos latinoamericanos que siguieron igual tendencia, YADAROLA (1927) p. 5.

puesta en duda por la mayor parte de la doctrina francesa<sup>117</sup>, aunque sí existía discusión sobre si se modificaba (o debía modificarse) el procedimiento a seguir para su sustanciación<sup>118</sup>. Aun a falta de texto expreso<sup>119</sup>, la doctrina concluyó (aunque con excepciones)<sup>120</sup> que el principio general de admisibilidad se fundaba en la responsabilidad patrimonial del deudor y no de terceros<sup>121</sup>, haciendo incluso referencia a precedentes romanos (L. 5, 18, D. de trib. Act., XIV, 4, con expresa mención a la posibilidad de reivindicar en el caso de consignación de mercaderías)<sup>122</sup>. Consta, sin embargo, una norma de curiosa redacción en el proyecto de Código de Comercio francés presentado el 13 de febrero del año X (esto es, el 4 de diciembre de 1801), donde se expresaba “[l]a loi n’admet aucune revendication sur les marchandises ou autres effets mobiliers du failli”<sup>123</sup>, contradiciendo los usos y leyes del mismo país que reconocían este mecanismo para evitar la posibilidad de fraude<sup>124</sup>.

El tratamiento, referido bajo la fórmula de reivindicación, quedó inicialmente dispuesto en un Título III del *Code de Commerce*, fuera de la órbita concursal, cuestión que sólo fue solucionada por medio de la reforma de 1838, que la insertó como Capítulo IX del Título dedicado a las quiebras, donde el foco estaba puesto en el comisionista y en el vendedor, como también a la posición de la mujer del

<sup>117</sup> Así, LYON-CAEN y RENAULT (1913) p. 935. Por ejemplo, PERCEROU (1913) p. 146, indistintamente si los bienes se encuentran en poder del deudor por razones legítimas (como a título de depósito o préstamo de uso) o por razones ilegítimas (como respecto a las cosas robadas).

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 59.

<sup>119</sup> PERCEROU (1913) p. 149, desestimando cualquier debate sobre un modelo limitativo, de forma tal que las reglas dispuestas en los artículos 557 y siguientes del Código de Comercio serían meramente enunciativas. En contraste, en el sistema alemán, como otro ordenamiento de referencia en el Derecho concursal, el párrafo 43 KO disponía “[d]ie Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen” (“las acciones de separación de un objeto que no pertenece al deudor común de cuya masa concursal se trata, sea basados en un derecho real o personal, se rigen por las leyes vigentes fuera del concurso”), de lo que resulta una plena remisión a las reglas generales, no sólo de la reivindicación, sino de las acciones personales que pretenden la restitución del bien.

<sup>120</sup> ZIINO (1908) p. 12. Por ejemplo, BÉDARRIDE (1874) p. 166, sostenía que una aplicación amplia de la reivindicatoria común podía acarrear grandes abusos y fraudes a los acreedores, por lo que el *Code* habría optado por una regulación limitada a los tres supuestos típicos.

<sup>121</sup> RIPERT (1951) p. 1053, destaca que, si bien el patrimonio del deudor constituye prenda común para sus acreedores, ello no puede suprimir el principio de la reivindicación.

<sup>122</sup> ZIINO (1908) pp. 5-6.

<sup>123</sup> “La ley no admite ninguna reivindicación sobre las mercancías u otros efectos muebles del fallido”.

<sup>124</sup> RENOARD (1851) p. 417, explica en detalle el debate acontecido en las discusiones de los cuerpos legislativos, tanto para la codificación francesa, como para la modificación de 1838, incluso promoviendo la derogación de toda forma de reivindicación. La cuestión, como explica el autor, no sólo se fundó en la posibilidad de fraude antes apuntada, sino en el perfeccionamiento de la venta y la transferencia del dominio por el mero consentimiento. Así, la posibilidad de reivindicación, en lugar de la pretensión de pago del precio mediante la ley del dividendo concursal, podría estimarse injusta. Con bastante detalle sobre esta discusión, también puede consultarse LEDRU-ROLLIN (1847) p. 421.

quebrado. El modelo francés ofrecía la particularidad de no contener regla general de ninguna clase sobre la materia, sino la formulación de casos precisos en los que correspondía la reivindicación, relativos a las remesas de efectos de comercio, de mercancías entregadas a título de depósito o para ser vendidas y el precio de las mismas que no haya sido pagado, liquidado ni compensado entre quebrado y comprador, las mercancías expedidas al quebrado en tanto no se le haya hecho entrega de ellas y las mercancías que no hubiesen sido entregadas al quebrado o todavía no hubiesen sido expedidas.

Ahora, respecto a su finalidad, no se puede dejar de advertir que Lyon-Caen y Renault efectuaban una expresa referencia a la exclusión del embargo, con las citas correspondientes al *Code de Procédure Civile* francés de 1806, respecto a normas que configurarían lo que en corrientes hispánicas alude a la tercería de dominio, destacando que su finalidad consistía en excluir el bien reivindicado de todos los acreedores<sup>125</sup>. A su turno, Ripert evidenciaba que, dados los ejemplos otorgados por el Código, aun cuando los casos podrían dar a entender que la recuperación podría sustentarse en el ejercicio de acciones contractuales, la referencia a la reivindicación tiene un poder más enérgico, pero no por ello menos complejo en el caso de los bienes muebles, dado que en ellos la “posesión vale como título de propiedad”<sup>126</sup>.

En el Derecho italiano, seguidor de la fórmula gala, la doctrina inicial decantaba por la apreciación de las reglas de reivindicación concursal como mera aplicación del Derecho común<sup>127</sup>, hasta que Bonelli empezó a plantear que las acciones recogidas en los artículos 802 y 803 del *Codice di Commercio* de 1882 no se aproximaban siquiera mínimamente a la reivindicación ordinaria, a pesar de la denominación expresa dada a estas acciones en su Libro Tercero, Título IV, Capítulo III, siendo incluso excepción a éste<sup>128</sup>. En el caso de hacer valer la titularidad respecto de bienes que hubiesen sido entregados a título de mera tenencia, como ocurre con el depósito regular, arrendamiento, comodato, prenda, entre otros, la posibilidad de solicitar la restitución no se encontraba (por regla general) limitada por parte del ordenamiento. Se tratan estos de créditos de restitución (en tanto obligaciones de hacer), y, como señalaba Bonelli, la quiebra no modifica la obligación de restituir ni la de dar ejecución a los actos de enajenación que hayan realizado la perfecta separación de la cosa respecto al patrimonio<sup>129</sup>. Aunque, siguiendo el modelo del *Code*, ellas eran referidas como fórmulas reivindicatorias, la cuestión no se decantaba por

<sup>125</sup> LYON-CAEN y RENAULT (1913) p. 936, en referencia a los artículos 606 y 725 del *Code de Procédure Civile*.

<sup>126</sup> RIPERT (1951) p. 1053.

<sup>127</sup> ZIINO (1908) p. 3. Obsérvese que ya en el *Codice di Commercio* de 1865, el Libro Tercero, Capítulo IX, se refería a la cuestión bajo la fórmula “della rivendicazione”, y, tal como el ejemplo francés, no contemplaba una norma general, sino solo reglas especiales en materia de efectos de comercios y mercaderías. Por ello, BONELLI (1938) pp. 564-565, concluía que el ordenamiento italiano hacía plenamente aplicable la reivindicatoria “ordinaria”, sin innovaciones sustantivas ni procesales.

<sup>128</sup> BONELLI (1936) pp. 584-600.

<sup>129</sup> BONELLI (1938) p. 567.

esta vía (es decir, por la discusión del dominio), sino por el ejercicio de derechos contractuales<sup>130</sup>. Por eso, en la reformulación de la ley italiana de 1942 se prefirió separar estos supuestos de la reivindicación, para hablar directamente de restitución, aludiendo, en general, a todo crédito con fuerza separatoria<sup>131</sup>.

No obstante, en la doctrina comparada la crítica al modelo reivindicatorio no se dejó esperar<sup>132</sup>. Beltrán Sánchez explicaba que el punto de distinción es que el propósito del ejercicio del derecho de separación es diverso a la reivindicación y se basta con evitar que un bien que no sea parte del dominio del deudor sea objeto de realización en el contexto liquidatorio<sup>133</sup>. La finalidad, agrega Arias Varona, se encuentra en extirpar el bien de la supuesta garantía patrimonial de los acreedores, bastando la mera declaración de ausencia de titularidad dominical por parte del acreedor, pudiendo estar unido o no a una pretensión reivindicatoria o restitutoria<sup>134</sup>. En conclusión, resume Recalde Castells,

la separación puede tener un doble contenido: la pretensión de restitución del bien, o una de carácter declarativo, cuyo objeto es que el bien, en tanto no pertenece al deudor, no se incluya en la masa activa. En el segundo caso la separación concursal sirve para declarar la propiedad u otro derecho, con el fin de que el bien no forme parte definitivamente del patrimonio con cargo al cual los acreedores cobrarán sus créditos<sup>135</sup>.

En el Código de Comercio chileno de 1865 no se plantearon dudas del seguimiento del modelo francés<sup>136</sup>, aunque con ciertas vacilaciones sobre la procedencia de la reivindicatoria ordinaria del Código Civil. De hecho, el artículo 1511, luego de tratar las reivindicatorias impropias de los efectos de comercio y mercaderías en consignación, disponía que “[l]a reivindicatoria no tiene lugar sino en los casos propuestos en los dos artículos precedentes”, norma que recién fue alterada, con signo totalmente inverso, en el artículo 87 de la Ley N° 4.558, de 1929 (de igual tenor que el actual artículo 150 LC). Asentado lo anterior, Palma Rogers concluía que “en esta materia [la ley] no ha hecho otra cosa que consagrar los principios civiles que informan la reivindicación con algunas pocas modificaciones”<sup>137</sup>.

<sup>130</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 94.

<sup>131</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 95.

<sup>132</sup> Con bastante énfasis, RODRÍGUEZ (1951) pp. 32-43, a pesar de que, siguiendo el modelo hispano, el Código de Comercio mexicano nunca trató la cuestión bajo la rúbrica de reivindicación.

<sup>133</sup> BELTRÁN (1996) p. 283.

<sup>134</sup> ARIAS (2001) p. 147.

<sup>135</sup> RECALDE (2012) p. 2713.

<sup>136</sup> PUELMA (1983) p. 155.

<sup>137</sup> PALMA (1940) p. 87.

No obstante, con similares matices a los esbozados en la doctrina comparada, Puelma Accorsi<sup>138</sup>, Román Rodríguez<sup>139</sup> y Ruz Lártiga<sup>140</sup> han preferido englobar la cuestión bajo la idea de “acciones de separación”, refiriéndolas a aquellas que tienen por fin sustraer del activo de la liquidación bienes que no pertenecen al deudor. En ellas situarían típicamente a la acción reivindicatoria, pero también a la publiciana, a las querellas posesorias y las acciones personales fundadas en la existencia de un crédito de restitución o entrega, sumado a las peticiones derivadas de la inembargabilidad y el reconocimiento administrativo de pretensiones de terceros, sin necesidad de reivindicatoria, sobre la base del mecanismo de resolución de controversias del artículo 131 LC<sup>141</sup>. No obstante, nos parece que, en el contexto local, todo este análisis ignora la norma del artículo 2466 CC, al que ahora prestamos especial atención para cerrar este círculo.

## V. EL “DERECHO DE SEPARACIÓN” DEL ARTÍCULO 2466 CC COMO ESPEJO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO EN SEDE CONCURSAL

Para Rodríguez, la doctrina en general y la mayor parte de los ordenamientos tienden a tratar el problema bajo el rótulo de la reivindicación<sup>142</sup>, a pesar de la creciente tendencia por ofrecer reservas a tal calificación<sup>143</sup>, decantando por la mejor expresión de “separación”, como quedó consagrado en la *Konkursordnung* alemana de 1898 (*Aussonderung*<sup>144</sup>), y, superado ya el problema del “acreedor de dominio”, por parte de la Ley concursal española de 2003<sup>145</sup>. La cuestión se centra aquí en que quienes ejercen una acción de separación concursal, “no son acreedores concursales ni soportan las consecuencias del concurso; se limitan a hacer valer en el concurso una acción para reducir la masa activa”<sup>146</sup>.

<sup>138</sup> PUELMA (1983) p. 154.

<sup>139</sup> ROMÁN (2011) p. 813.

<sup>140</sup> RUZ (2017) p. 1046.

<sup>141</sup> RUZ (2017) pp. 1048-1049.

<sup>142</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 83.

<sup>143</sup> RODRÍGUEZ (1951) p. 18; SÁNCHEZ (2012) pp. 84-94.

<sup>144</sup> Por este motivo, quienes siguen el modelo francés insisten en que la reivindicación concursal se distancia de los modelos de separación (como el ofrecido en el sistema alemán, en vistas especialmente al § 43 de la *Konkursordnung* de 1898) en que aquél pretende la restitución del bien y no sólo su desconsideración en proceso ejecutivo. En este sentido, ZIINO (1908) p. 14.

<sup>145</sup> Inicialmente previsto en el artículo 80 de la Ley Concursal española, bajo la rúbrica de “separación de bienes y derechos”, la regla hoy se dispone en un Capítulo denominado “de la reducción de la masa activa”, y reza: “[l]os bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos” (artículo 239).

<sup>146</sup> RECALDE (2012) p. 2709.

¿Es posible construir un resultado similar en el ordenamiento chileno o las reglas de “reivindicación concursal” clausuran tal posibilidad?<sup>147</sup>.

Si la reivindicatoria fuese la única salida, el problema sería el sometimiento de la discusión a una acción con doble objetivo: uno declarativo, por el cual se pretendería que el tribunal constate el dominio del demandante, y otro restitutorio, que busca la recuperación del bien<sup>148</sup>, aun cuando esto último no sea necesario para el fin pretendido y pueda terminar dificultando el éxito de la pretensión de depuración. Si la tercería de dominio no fuese procedente en el concurso liquidatorio, salvo aquellas iniciadas a la fecha de la dictación de la resolución de liquidación (artículo 150, inc. segundo, LC), no existiría vía procesal simplificada para la declaración de la improcedencia del embargo (en este caso, desasimiento)<sup>149</sup>.

Para resolver lo anterior, se habrá de recordar que, al tiempo de la promulgación del Código Civil, las reglas concursales estaban dispuestas en el Decreto sobre juicio ejecutivo de 1837, al que ya nos referimos, sumamos ahora la reglamentación del pago por cesión de bienes en el párrafo 9, del Título XIV, Libro IV, del citado código. Más allá de la referencia a la tercería de dominio a la que ya hicimos referencia *supra*, se deberá prestar atención a la calificación de “deudor insolvente” que contiene el artículo 2466 CC, que parece enunciativo de un contexto concursal. A su turno, se deberá observar que la regla se dispone como complemento de la regla de responsabilidad patrimonial universal (artículo 2465 CC) y previo a la regulación de la acción pauliana (artículo 2468 CC)<sup>150</sup>, de modo de formar, entre los tres, los elementos que permiten el tránsito de la masa de hecho a la de derecho, y donde la primera cumple las labores depuradoras negativas de todo cuanto debe quedar fuera de los márgenes del concurso<sup>151</sup>.

De este modo, más allá de los desmayos de la doctrina por situar el debate en el artículo 150 LC, es en el artículo 2466 CC donde debe situarse la respuesta, entendiendo que es éste el que plantea la verdadera *separatio ex iure domini* en nuestro

<sup>147</sup> La sola existencia de reglas relativas a la reivindicatoria en la legislación concursal italiana, silenciando la posibilidad de separación, llevaron a la jurisprudencia de dicho país a sostener una sustitución completa. Véase BONELLI (1938) p. 566.

<sup>148</sup> Sobre esta doble finalidad de la reivindicatoria, LARROUCAU (2015) p. 111.

<sup>149</sup> Con las leyes de quiebra, la posibilidad de ejercicio prevista en el Decreto del juicio ejecutivo de 1837 se desvaneció del texto expreso, lo que derivó en una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la admisibilidad (o no) de la tercería de dominio en el contexto concursal. PUELMA (1983) p. 158, duda de lo anterior, si bien da cuenta de una posición jurisprudencial y doctrinal mayoritaria por aceptarlas. En la negativa, por ejemplo, ROMÁN RODRÍGUEZ (2011) p. 81. Por la positiva, RODRÍGUEZ y CONTRERAS (2010) p. 212, y PUGA (2014) p. 508, aunque persistan las dudas sobre su forma de tramitación.

<sup>150</sup> Sobre la procedencia de la acción pauliana en supuestos exclusivamente concursales, véase GOLDENBERG (2023b) pp. 433-451.

<sup>151</sup> En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23/10/1934, que, en su considerando noveno señala “[q]ue, por otra parte, establecido que el artículo 2465 consulta el derecho de prenda general para todos y cada uno de los acreedores y que el artículo 2466, a la vez que excluye de esa prenda algunos bienes pertenecientes a terceros, simultáneamente consagra la acción subrogatoria [...]”.

ordenamiento<sup>152</sup>. Así, aun cuando el legislador mercantil siguió la estructura francesa de la reivindicación, aunque con ciertas vacilaciones, ella no logró hacer desvanecer una figura que el propio Bello había logrado desgajar de la lógica del "acreedor de dominio" en la ley de prelación de 1854 y en el Proyecto Inédito, relegándola de la posición que otrora tuvo en el marco de la graduación de los créditos hasta darle una correcta cabida en todo cuanto es necesario para confirmar los deslindes de la responsabilidad patrimonial. No nos parece, como afirmaba Guzmán Brito, que la regla del artículo 2466 diere lugar a la reivindicación<sup>153</sup>, puesto que la norma no alude a una pretensión de recuperación del bien, sino al solo reconocimiento de sus derechos en la cosa, y, como había expresado el autor en otro contexto, "no contribuyen a formar el activo de la quiebra"<sup>154</sup>. Tampoco coincidimos con la afirmación de Alcalde Silva, quien señala que la regla del artículo 150 LC incluiría tanto la reivindicación propiamente tal (artículo 889 CC), como el supuesto de separación del artículo 2466 CC<sup>155</sup>, dado que ello supondría asimilar de forma innecesaria dos formas de protección dominical que evidencian diferencias en cuanto a su propósito. Al contrario, concordamos con Abeliuk Manasevich en que la regla se comporta como una derivación del "derecho de prenda general", concluyendo que ella "deja bien claro que estas personas conservarán su dominio; lo que es evidente, y si se llegaran a embargar, deducirían la correspondiente tercería de dominio. Dicho de otra manera, los acreedores no pueden perseguir los bienes mismos, no los pueden embargar y sacar a remate"<sup>156</sup>.

Como se ha caracterizado la tercería de dominio, aquí el ejercicio del derecho tendría un carácter declarativo, bastándose con la constatación de la titularidad por parte del tribunal cuando el bien se encuentre en poder del deudor al tiempo de la apertura del concurso, de forma tal que probablemente habrá sido objeto de incautación e inventario por el liquidador concursal. Así, aun cuando se deje constancia de su pretensión (artículo 164.4 LC), no corresponde a este último una decisión sobre el punto, por cuanto ello impacta a los acreedores y al deudor. A los primeros, porque tal declaración implicará que el bien en cuestión no podrá ser objeto de realización al no formar parte de la masa activa (de derecho), y al segundo porque no debe olvidarse que el desasimiento no significa una pérdida del dominio por parte del deudor (artículo 130.2 LC), sino sólo una privación de las facultades administrativas y de disposición del patrimonio embargable y de sus frutos.

Siendo así, esta acción se construye como una "declarativa de dominio", y, como expresa Lathrop Gómez, "persigue no una condena del demandado ni la

<sup>152</sup> ALCALDE (2016) p. 1245, expresa que aquí el Código Civil volvió al criterio general de la ley de prelación de 1845, "formulando de manera genérica el derecho de separación concursal, sin incurrir en el casuismo de la Ley de 1854 (artículo 2466)".

<sup>153</sup> GUZMÁN (2014) p. 117.

<sup>154</sup> GUZMÁN (2013) p. 796.

<sup>155</sup> ALCALDE (2016) p. 1251.

<sup>156</sup> ABELIUK (2014) p. 895.

constitución de nuevas relaciones jurídicas o la alteración de un estado de hecho preexistente, sino la declaración de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida”, y que, en este caso, “el demandante busca obtener que el juez lo declare propietario de un determinado bien, frente a un sujeto, el demandado, que está poniendo en duda ese dominio, sin violarlo”<sup>157</sup>.

Desde una perspectiva estructural, agrega Larroucau Torres, “[e]sta acción separa la pregunta respecto de quién es el dueño de la cosa, de la pregunta acerca de restitución”, donde “su fuerte estaría en aquellos casos en que al dueño solo le interesa el reconocimiento de tal y no la restitución de la cosa”<sup>158</sup>. En efecto, siguiendo la construcción propuesta por Rivero Hurtado<sup>159</sup>, estamos frente a un supuesto en que: (i) existe un derecho concreto, actual y presente, como es el de la titularidad de un bien reclamado por un tercero diverso al deudor en concurso; (ii) existe una incertidumbre jurídica respecto a tal derecho, precisamente porque, al tiempo de la incautación e inventario que intentaba la singularización de la masa activa, el bien estaba en poder del deudor; (iii) existe un riesgo de perjuicio, como es el que, sin tal declaración, el bien sea objeto de realización en el procedimiento liquidatorio; y (iv) no existen otras acciones más adecuadas para la tutela del derecho porque, como hemos visto, otras medidas (tales como el ejercicio de la acción reivindicatoria) sobrepasan el objeto querido, como es la mera separación del bien del concurso.

Ahora bien, desde la perspectiva probatoria, esta posibilidad implica la necesidad de prueba del dominio por parte del tercero<sup>160</sup>, como se enuncia expresamente en el artículo 2466 CC para respaldar la pretensión, sumada a la identificabilidad del bien. La cuestión entraña sus dificultades, por lo que la cuestión generalmente conduce a la necesidad de procedimientos de lato conocimiento<sup>161</sup>, como incluso ocurre con la tercería de dominio en los términos del artículo 521 CPC, aunque se simplifique por medio de la ausencia de escritos de réplica y dúplica. En el concurso liquidatorio, esta solución sería ineficaz en aras de la celeridad pretendida como principio de base<sup>162</sup>. Ello permitiría concluir las razones por las que, con la reforma del artículo 131 LC, la cuestión debe resolverse por medio de una tramitación incidental especial prevista en la misma regla<sup>163</sup> (aplicando supletoriamente las dis-

<sup>157</sup> LATHROP (2011) p. 10.

<sup>158</sup> LARROUCAU (2015) p. 117.

<sup>159</sup> RIVERO (2019) pp. 97-115.

<sup>160</sup> LARROUCAU (2015) p. 117.

<sup>161</sup> LARROUCAU (2015) p. 119.

<sup>162</sup> CONTADOR y PALACIOS (2015) pp. 44-46, y RUZ (2017) pp. 648-649. En este sentido, precisamente en torno al punto de la celeridad y el debido proceso, declarando inaplicable por inconstitucionalidad la regla limitativa de los recursos en la redacción original del artículo 131 LC, Tribunal Constitucional, 22/06/2022.

<sup>163</sup> En este sentido se pronunció la Corte Suprema en la tramitación de la Ley N° 21.563 por medio de Oficio de 24 de febrero de 2021. Así, si bien la LC es restrictiva en cuanto a la procedencia de los incidentes (artículo 5°), ella admite aquellos reconocidos o regulados en su texto. De este modo, no cabe duda de que entre estos casos de excepción encontraremos la actual regulación del artículo

posiciones del Título IX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil)<sup>164</sup>, sumando las exigencias documentales exigidas por la Ley 21.563, que reformó la Ley 20.720, para la acreditación del dominio en la liquidación voluntaria (artículos 115.2 y 273A LC), aplicable también a la liquidación simplificada forzosa (artículo 285 LC).

Por tanto, sin perjuicio de que por cierto que puede ejercerse la acción reivindicatoria en el contexto liquidatorio, ella tiene sentido cuando el dueño pretende asimismo la restitución. Para la sola detracción del bien en cuestión de la masa concursal, le bastará con el ejercicio de la acción de separación que prevé el artículo 2466 CC, que tendrá un carácter meramente declarativo y logrará el objetivo directo de la depuración negativa de la masa activa. Si se quiere decir que esta pretensión comporta una “tercería de dominio” en clave concursal, no parecen existir razones dogmáticas para negarlo, pero con los ajustes que implica una discusión en un juicio de carácter universal y que, para fines de eficiencia, se ha construido a partir de reglas que propenden a la concentración y celeridad procesal.

## VI. CONCLUSIONES

La depuración negativa de la masa activa del concurso por razones de ajenidad debe seguir un camino paralelo al de la tercería de dominio en el contexto de la ejecución singular, satisfaciéndose, en principio, por la mera desafección del bien de los efectos del desasimio y de las labores de realización del liquidador previo a proceder al pago de las deudas. Para ello, la pretensión no envuelve la restitución, bastándose con la mera declaración del dominio por parte del actor, distanciándose de las pretensiones reivindicatorias.

Esta cuestión, que en el Derecho romano se articulaba sobre la base de una *separatio ex iure domini*, se fue oscureciendo en su tránsito por el Derecho intermedio hasta ubicar la discusión en una sede impropia: la prelación de créditos. Así, el

---

131 LC (que la propia regla alude como “incidente”) y que, con la reforma propiciada por la Ley 21.563, amplió su ámbito de aplicación a cualquier discusión relativa al dominio, sin limitarlo a pretensiones restitutorias. En este sentido, el Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento, don Hugo Sánchez Ramírez, expresó que la modificación propuesta atendía a “que esta resolución de controversias que se plantea, se relaciona con que en la práctica se plantean con referencia al dominio y se busca aclarar esta situación en el artículo” (*Historia de la Ley 21.563*, Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, p. 104), aludiendo a un conjunto de procedimientos concursales de liquidación previos a la reforma donde las controversias dominicales fueron resueltas por una escasamente regulada audiencia de solución de controversias según el texto original del artículo 131 LC.

<sup>164</sup> Ejemplo de la interposición de una tercería de dominio para el solo fin de declaración de dominio y exclusión del procedimiento, véase 1er Juzgado de Letras de Coquimbo, 21/03/2024. Otros casos similares se encuentran en 29° Juzgado Civil de Santiago, 05/12/2023, donde se discute el dominio, pero sin calificar la acción intentada, sino solicitando la exclusión de ciertos bienes para su posterior entrega al tercero, y en 1er Juzgado Civil de Puerto Montt, 06/03/2024, aunque en este caso se calificó como una suerte de “tercería de posesión”.

tercero pasó a denominarse “acreedor de dominio”, debiendo concurrir al concurso a fin de ser pagado con la mejor graduación posible, a pesar de estar invocando un derecho real y no personal. Esta formulación fue conocida en los primeros intentos normativos en Chile, evidenciado en las normas procesales y sustantivas en las que la prelación tenía lugar, pero ella fue luego reemplazada por una respuesta diversa en el Código Civil, ajena a la graduación y más cercana a la identificación de la correcta extensión de la regla de la responsabilidad patrimonial universal: este es el origen y contexto del artículo 2466 CC.

La reubicación de la cuestión desde la óptica de las reglas de la reivindicación en el Código de Comercio y en las leyes de quiebra que le sucedieron, al igual como se dispone hoy en la Ley 20.720, no alteran tal conclusión, pues la separación y la reivindicación responden a pretensiones diversas, pudiendo coexistir sin que esta última desplace a la anterior. La primera, en la que enfocamos nuestra atención, se basta por la declaración del dominio de una especie identificable por parte del tribunal, sin pretensión de restitución. Funciona a modo de tercería de dominio, tan discutida en el proceso concursal si no es por la alusión a las intentadas previo a su inicio, y que, dada la nueva redacción del artículo 131 LC, permite una tramitación incidental para resolver cualquier cuestión referida a la propiedad de los bienes. La reivindicación, en cambio, cumple el objetivo restitutorio del que el “derecho de separación” carece, sobrepasando el objetivo de la mera depuración negativa de la masa activa, sin necesidad de efectuar matiz alguno respecto a sus reglas generales en el Código Civil, tal como dispone el artículo 150 LC.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVIC, René (2014): *Las obligaciones* (Santiago, Legalpublishing / Thomson Reuters).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016): “La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, fasc. IV: pp. 1195-1258.
- ACOSTA, Nonius (1739): *De privilegiis creditorum. Tractatus absolutissimus* (Génova, s.e.).
- ALEJANDRE GARCÍA, José Antonio (1970): *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación* (Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla).
- ALEMÁN MONTERREAL, Ana (2010): *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica* (Santiago de Compostela, Andavira editora).
- ALFERILLO, Pascual Eduardo (1997): *La reivindicación en concursos y quiebras. Restitución de bienes de terceros. Readquisición de la posesión* (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo).
- AÑOVEROS TRÍAS DE BES, Xavier (1996): “Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, volumen III (Madrid, Civitas) pp. 3463-3477.
- AÑOVEROS TRÍAS DE BES, Xavier (2005): “El Derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I (Madrid, Marcial Pons) pp. 55-77.

- ARIAS VARONA, Francisco Javier (2001): *El derecho de separación en la quiebra* (Elcano, Aranzadi Editores).
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2015): *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la cultura a través de un libro* (Santiago, s.e.).
- BASAS FERNÁNDEZ, Manuel (1961): “La quiebra del Banco-Aguilar, de Burgos, de 1557”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 82: pp. 349-380.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (1996): “El derecho de separación en la quiebra”, en NIETO CAROL, Ubaldo y BONET SÁNCHEZ, José (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo I (Madrid, Civitas) pp. 251-299.
- BETANCOURT, Fernando (2005): “El concurso de acreedores en el Derecho romano clásico”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I (Madrid, Marcial Pons) pp. 97-124.
- BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico* (Sevilla, Publicaciones Universidad de Sevilla).
- BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel (2016): “Estudio preliminar a la traducción castellana del Tractatus”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 38: pp. 131-148.
- BONELLI, Gustavo (1936): *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, vol. II (Milán, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi).
- BRAVO LIRA, Bernardino (1983): “Una codificación parcial: las Leyes de Prelación de Créditos de 1845, 1854 y 1857 en Chile”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 9: pp. 281-324.
- CANO FERNÁNDEZ, Sonia (2014): *Los terceros en el proceso de ejecución* (Madrid, Marcial Pons).
- CARRASCO VÁSQUEZ, Jorge (1963): *Evolución del Derecho de quiebras en Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián (2015): *Procedimientos concursales* (Santiago, Thomson Reuters).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2010): *Insolvencia y quiebra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORDÓN MORENO, Faustino (1999): *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial* (Elcano, Aranzadi Editorial).
- CORDONES RAMÍREZ, Mercedes (2005): “Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra de los comerciantes (especial referencia a las Ordenanzas Consulares de Málaga: un precedente olvidado en la historia del Derecho concursal español”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I (Madrid, Marcial Pons) pp. 147-154.
- DE LA RÚA NAVARRO, Jorge (2021): “Principio de universalidad”, en PRENDES CARRIL, Pedro y FACHAL NOGER, Nuria (dirs.), *Comentarios al texto refundido de la Ley Concursal*, Tomo I (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi) pp. 941-946.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A. (2013): *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano* (Madrid, Marcial Pons).
- DIEZ-PICAZO, Luis (1982): “Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, en AA.VV., *La reforma del derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español)* (Madrid, Civitas / Fundación Universidad Empresa) pp. 293-311.

- ESCRICHE, Joaquín (1851): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, Librería de Rosa, Bouret y Cía, novena edición).
- FERNÁNDEZ LARREA, Ignacio (2018): *La separación de la masa en el concurso de acreedores* (Cizur Menor, Thomson Reuters).
- FOSTER, Wolfgang (2017): *La invención del juicio de quiebra. Francisco Salgado de Somoza (1591-1665)* (Pamplona, Eunsa).
- GARRIDO, José María (2000): *Tratado de las preferencias del crédito* (Madrid, Civitas).
- GARRIGUES, Joaquín (1993): *Curso de Derecho mercantil*, tomo II (México, Editorial Porrúa, novena edición).
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2023a): “Artículo 2466”, en AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (edit.), *Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, tomo II (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 2157-2161.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2023b): “La necesidad de cesión de bienes o de apertura del concurso para el ejercicio de la acción pauliana prevista en el artículo 2468 CC”, en PINOCHET OLAVE, Ruperto (dir.), *Estudios de Derecho Civil XVIII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 433-451.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José (1859): *Código de Comercio, concordado y anotado* (Madrid, Revista de Legislación, tercera edición).
- GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo (1889): *Tratado de Quiebras* (Buenos Aires, Librería Nouvelle-La Anticuaria).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): “La prenda irregular o anómala con desplazamiento sobre muebles corporales en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 3: pp. 779-799.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): “El depósito irregular en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23: pp. 87-137.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2019): *Curso de Derecho comercial. Derecho concursal*, tomo III, vol. 1 (Santiago, Thomson Reuters).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015): “Acciones reales y estándares de prueba”, *Ius et Praxis*, Año 21, N° 2: pp. 109-160.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2011): “Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el Derecho chileno”, *Ius et Praxis*: vol. 17, N° 2, pp. 3-24.
- LEDRU-ROLLIN, Alexandre (1847): *Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 á 1847. L'Histoire du Droit, la législation et la doctrine des auteurs*, tomo VII (París, Bureau du Journal du Palais).
- LYON-CAEN, Charles y RENAULT, Louis (1913): *Manuel de Droit commercial* (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, undécima edición)
- MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón (1875): *Instituciones del Derecho mercantil de España* (Barcelona, Librería de Álvaro Verdaguer, séptima edición).
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José (2004): *La tercería de dominio* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MURILLO DE VELARDE, Pedro (1743): *Cursus juris canonici, hispani et indici* (s.e.)
- NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo (1994): *Embargo y realización de bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- PALMA ROGERS, Gabriel (1940): *Legislación de quiebras* (Santiago, Talleres Gráficos Samaniego).
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar (2000): *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico* (Madrid, Mira Editores).
- PERONA TOMÁS, Dionisio (2015): *Notas sobre el proceso de la codificación mercantil en la España del siglo XIX* (Madrid, Dykinson).
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1983): *Curso de Derecho de quiebras* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2014): *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RAMÍREZ, José Antonio (1998): *La quiebra. Derecho concursal español* (Barcelona, Bosch, segunda edición).
- RECALDE CASTELLS, Andrés (2004): "Artículo 80. Separación", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario de la Ley concursal* (Madrid, Thomson Civitas) pp. 1441-1466.
- RECALDE CASTELLS, Andrés (2012): "Separación concursal", en BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y GARCÍA CRUCES, José Antonio (dirs.) y ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo y CAMPUSANO, Ana Belén (coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II (Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi) pp. 2707-2727.
- RENOUARD, Augustin-Charles (1851): *Traité des faillites et banqueroutes* (Bruselas, Librairie du Panthéon Classique et Littéraire).
- RICHTER, Christophori (1750): *Tractatus de iure et privilegiis creditorum* (Ienae, s.e.).
- RIPERT, Georges (1951): *Traité élémentaire de Droit commercial* (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).
- RIVERO HURTADO, Renée (2019): "La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno", *Ius et Praxis*, año 25, N° 1: pp. 89-130.
- RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, Bruno (2020): "La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXIII, fasc. II: pp. 491-558.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín (1951): *La separación de bienes en la quiebra* (México, Imprenta Universitaria).
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2017): *Nuevo Derecho concursal chileno*, tomo II (Santiago, Thomson Reuters).
- SAGRERA TIZÓN, José María (1989): *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, vol. IV (Barcelona, José María Bosch Editor).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2014): *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOZA RIED, María de los Ángeles (2008): *Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor* (Madrid, Dykinson, S.L.).
- STRACCHA, Benvenuto (2016): "Tratado de los quebrados o fallidos" (trad. Juan Manuel Blanch Nougues), *Anuario de Derecho Concursal*, N° 38: pp. 149-246.
- TOMÁS TOMÁS, Salvador (2022): *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal* (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi).

TORRES DE CRUELLS, Joaquín y MAS Y CALVET, Román (1995): *La suspensión de pagos* (Barcelona, Bosch).

URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (2001): “La masa de bienes de la quiebra”, en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho mercantil*, tomo II (Madrid, Civitas) pp. 947-972.

VAN GYSEL, Alain-Charles (1994): *Les masses de liquidation en Droit privé* (Bruselas, Bruylant).

VÁSQUEZ BARROS, Sergio (2011): *Las tercerías de dominio y de mejor derecho. La traba de bienes* (Valencia, Tirant lo Blanch).

YADAROLA, Mauricio L. (1927): “La reivindicación en la quiebra”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año 14, N° 9-10: pp. 3-102.

ZANCHI, Carolo (1767): *Tractatus de praelatione creditorum in foro utilissimus* (Roma, s.e.).

ZIINO, Michele (1908): *La rivendicazione nel fallimento* (Milán, Società Editrice Libreria).

## NORMAS CITADAS

ALEMANIA, *Konkursordnung* (10/2/1877).

CHILE, Decreto del juicio ejecutivo (8/2/1837).

CHILE, Ley de prelación de créditos (31/10/1845).

CHILE, Ley de prelación de créditos (25/10/1854).

CHILE, *Código Civil* (14/12/1855).

CHILE, *Código de Comercio* (23/11/1865).

CHILE, Ley N° 20.720 (9/1/2014): *sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.*

ESPAÑA, *Código de Comercio* (30/5/1829).

ESPAÑA, *Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas del comercio* (24/7/1830).

FRANCIA, *Code de Commerce* (15/9/1807).

ITALIA, *Codice di Commercio* (25/6/1865).

ITALIA, *Codice di Commercio* (2/4/1882).

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23/10/1934, apelación, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XXXI, 2ª parte, Sección segunda, p. 65.

Tribunal Constitucional, 22/06/2022, rol 10.957-2021, inconstitucionalidad (artículo 131 de la Ley 20.720).

29<sup>no</sup> Juzgado civil de Santiago, 05/12/2023, rol 7057-2023, procedimiento concursal de liquidación forzosa.

1<sup>er</sup> Juzgado de Letras de Coquimbo, 21/03/2024, rol 1255-2020, procedimiento concursal de liquidación voluntaria.

1<sup>er</sup> Juzgado Civil de Puerto Montt, 06/03/2024, rol 4378-2023, procedimiento concursal de liquidación forzosa.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIÓN LABORAL. A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LA UNIÓN EUROPEA, REFERIDA AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL TRABAJO

### FUNDAMENTAL RIGHTS AND EMPLOYMENT RELATIONSHIP, IN LIGHT OF A JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION CONCERNING RELIGIOUS FREEDOM IN THE WORKPLACE

Rebeca Karina Aparicio Aldana \*

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objeto plantear el alcance de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung* en las relaciones jurídico-laborales. Pone especial énfasis en la necesaria delimitación de estos derechos, atendiendo a las características principales de la relación de trabajo: el poder de dirección y el principio de buena fe laboral, aplicando dicho análisis al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Este artículo se detiene, particularmente, en el estudio de una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de “no discriminación” por razones religiosas dentro de la empresa.

**Palabras clave:** Eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Drittwirkung*, poder de dirección, buena fe, no discriminación, principio de igualdad, libertad religiosa.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the scope of the horizontal effectiveness of fundamental rights or *Drittwirkung* in legal-labor relations. It places special emphasis on the necessary delimitation of these rights, according to the main characteristics of the employment relationship: steering power and the principle of labor good faith, applying this to the analysis of the exercise of the right to religious freedom. This article analyzes, particularly, a recent ruling by the Court of Justice of the European Union on “non-discrimination” for religious reasons inside the company.

**Keywords:** Horizontal effectiveness of fundamental rights, *Drittwirkung*, steering power, good faith, non-discrimination, principle of equality, religious freedom.

---

\* Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora y Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Dirección postal: Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima, 15088. Correo electrónico: raparicioa@pucp.edu.pe.  0000-0002-7145-3731.

## I. INTRODUCCIÓN

El efecto de irradiación de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad religiosa, hace que estos puedan ser ejercidos por sus titulares en cualquier ámbito en el que se desenvuelvan, encontrándose los poderes públicos y los privados sujetos a su desarrollo e impedidos de contradecir su contenido constitucionalmente protegido. La relación entre los derechos fundamentales y los poderes públicos en el ordenamiento jurídico español supone no sólo una relación de sujeción, sino de vínculo, que hace posible que estos se encuentren obligados a no obstaculizar y facilitar su ejercicio. Sin embargo, esta relación entre poderes públicos y derechos fundamentales puede ser aplicada de manera análoga a la relación jurídica laboral privada.

Este artículo tiene como objeto, en primer lugar, destacar la eficacia de los derechos fundamentales, que imponen un deber de respeto dentro de cualquier tipo de relación jurídica, ya sea entre frente al poder público o entre privados, aunque con sus diferencias. En segundo lugar, busca precisar cómo estos derechos se ejercen dentro de la relación laboral desde una perspectiva armonizadora de los derechos fundamentales, que permita comprender que estos se ajustan o modulan atendiendo a las particularidades propias de la relación laboral (subordinación de los trabajadores y ejercicio del poder de dirección del empleador) y al contexto en que se produce su ejercicio. Por último, busca introducirse al *quid* de la cuestión: el análisis del posible ejercicio abusivo del poder de dirección del empresario frente al ejercicio del derecho a la libertad religiosa de los trabajadores, en particular, en lo que se refiere a su posibilidad de imponer reglas de neutralidad. Lo hace a propósito del análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2022.

## II. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS: UNA RELACIÓN DE SUJECIÓN

Dado el carácter generalmente privado de la relación laboral, y el hecho innegable de que muchos de los empleadores son particulares, ya sean personas físicas o sociedades mercantiles<sup>1</sup>, es necesario sentar opinión sobre el efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares. Algunos autores opinan que la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares resulta incompatible con el principio de autonomía de la voluntad, baluarte de toda relación jurídica privada<sup>2</sup>, pues sometería a las partes a obligaciones que no fueron asumidas por ellas en su acuerdo, restringiendo derechos que, en estricto sentido, sí han sido generados por el contrato. Sin embargo, es indudable que el abuso en el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede causar lesiones a

<sup>1</sup> MARTÍN y otros (2001) p. 214.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ - PUJALTE y DE DOMINGO (2011) p. 107.

los derechos fundamentales, sobre todo si una de las partes se encuentra en relación de superioridad, como sucede en las relaciones laborales.

Esta contradicción entre la primacía del principio de autonomía de la voluntad y la evidente vulneración de los derechos fundamentales, producto del ejercicio arbitrario de la primera, origina controversias en torno a la eficacia horizontal o extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares<sup>3</sup>. La doctrina alemana denomina esto *Drittwirkung* en su intento de “articular el ejercicio de los derechos fundamentales a determinadas situaciones que, como las basadas en la autonomía de la voluntad, parecen incompatibles con la vigencia efectiva de alguno de estos derechos”<sup>4</sup>. Resulta pertinente, por ello, analizar si en el ordenamiento constitucional español los derechos fundamentales pueden regir directamente las relaciones jurídicas particulares.

La dignidad de la persona y los derechos fundamentales son, de acuerdo con la Constitución Española, la base axiológica sobre la que reposa el orden político y la paz social (artículo 10.1). El carácter de fundamento de estas dos características propiamente humanas dota al texto constitucional de un sistema de valores objetivos inspirador de todos los ámbitos de la vida social del hombre<sup>5</sup> y, por ello, los ciudadanos y los poderes públicos se encuentran sujetos a su fuerza normativa (artículo 9.1 CE).

La vertiente institucional de los derechos fundamentales está compuesta por el conjunto de valores objetivos que emanan de la Constitución, cuyo efecto de irradiación reclama, no solo su protección por parte del Estado, sino también su materialización efectiva, tanto por el poder público como por los particulares<sup>6</sup>. Así, de acuerdo con la Constitución española resulta indiscutible que, en sus relaciones, los privados también se sujetan al respeto de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Esta afirmación se refuerza con la declaración constitucional del Estado español como Estado Social de Derecho (artículo 1.1), lo que supone una superación de la forma tradicional de entender los derechos fundamentales y el bienestar general. Los derechos fundamentales dejan de concebirse como esferas de total autonomía de la sociedad civil frente al Estado, y el bienestar general ya no es aquel que se consigue cuando se alcanza mayor libertad para el beneficio privado<sup>8</sup>. El Estado Social de Derecho supone una nueva concepción de los derechos fundamentales como principios de la vida social que encaminan a los ciudadanos y a los poderes públicos, no solo hacia la materialización de cada uno de los bienes individuales de las personas, sino, principalmente, hacia el logro del bien común.

Ahora, la forma en que los poderes públicos y los privados se relacionan con los derechos fundamentales tiene, en el ordenamiento jurídico español, sus diferen-

<sup>3</sup> SAGARDOY (2005) p. 30.

<sup>4</sup> DE DOMINGO (2006) p. 291.

<sup>5</sup> DE DOMINGO (2006) p. 299.

<sup>6</sup> SHNEIDER (1991) p. 39.

<sup>7</sup> SAGARDOY (2005) p. 30 y PRIETO (1990) p. 210.

<sup>8</sup> BALLESTEROS (1980) p. 40.

cias. De acuerdo con lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución, los poderes públicos se vinculan a los derechos fundamentales. La vinculación supone "la obligación de respetar, el deber de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales, es decir, crea una obligación de potenciar la efectividad en el cumplimiento de los derechos fundamentales"<sup>9</sup>. En este sentido, el Estado debe "promover las condiciones" jurídicas, sociales y económicas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten el pleno desenvolvimiento de los derechos fundamentales en la vida social (artículo 9.2)<sup>10</sup>. Esto comprende acciones directas que optimicen y faciliten el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, incluyendo las laborales, asegurando de esta manera su vigencia horizontal y la concreción inmediata de las exigencias implícitas en el Estado Social de Derecho<sup>11</sup>. En cambio, los particulares solo se encuentran sujetos a los derechos fundamentales<sup>12</sup>, debido al artículo 9.1 de la Constitución que les impone únicamente "una obligación de respeto a los preceptos constitucionales, es decir, una obligación de no realizar conductas o adoptar actos en contradicción a la Constitución"<sup>13</sup>. Así, las relaciones entre particulares y los poderes públicos con los derechos fundamentales son distintas, pero no por ello puede verse desmerecida la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, independientemente del ámbito en el cual ésta se localice y desenvuelva.

Esta plena vigencia de los derechos fundamentales en cualquier ámbito de la vida del ser humano adquiere particular importancia con respecto al reconocimiento de aquellos derechos que se caracterizan por desarrollar la interioridad del sujeto, como lo es el derecho a la libertad religiosa. Por ello, tales derechos son, en principio, inmunes a toda coacción por parte de los poderes públicos o de los privados. Por ejemplo, nadie puede imponerle a una persona adherir a determinada creencia. El ejercicio de estos derechos se constituye como un medio personalísimo de desarrollo humano al ser expresión de nuestro ser trascendente<sup>14</sup>.

Sin embargo, el hecho de que estos derechos nazcan de nuestro ser personal (denotando, en el caso del derecho a la libertad religiosa, una particular relación del sujeto con Dios) no quita que, como cualquier otro derecho, necesiten una manifestación externa para configurar una relación jurídica. Por ello, no puede hablarse de una absoluta imposibilidad jurídica de realizar acciones que condicionen su ejercicio o, en caso de los poderes públicos, intervengan legítimamente e, incluso, impongan sanciones ante acciones que, bajo el *nomen iuris* de ejercicio del derecho a la libertad

<sup>9</sup> MOLINA (1991) p. 68.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ - PUJALTE (1997) p. 115.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ - PUJALTE (2005) p. 133.

<sup>12</sup> Al respecto: MARTÍNEZ - PUJALTE y DE DOMINGO (2011) p. 117. Posición en contrario: MOLINA (1991) p.75.

<sup>13</sup> GAVARA (1994) p. 340.

<sup>14</sup> VILADRICH y FERRER (2010), p. 92-93.

religiosa, produzcan un acto injusto o perturbador del ordenamiento jurídico, en cuanto vulnerador o desalentador de los derechos fundamentales de otros<sup>15</sup>.

En lo que a las relaciones laborales se refiere, la vigencia de los derechos fundamentales se mantiene intacta cuando la persona ingresa a formar parte de una relación laboral, adquiriendo la calidad de trabajador. De igual forma, quien adquiere la condición de empleador tampoco se verá privado de sus derechos fundamentales por el solo hecho de formar parte de una relación laboral, pues la vigencia efectiva de los derechos constitucionales de trabajadores y empresarios proviene, reiteramos, del reconocimiento y garantía de que los mismos le son inherentes, inviolables e inalienables, en cuanto personas, independientemente del ámbito de desarrollo de sus actividades públicas o privadas<sup>16</sup>. Ahora, la particular forma en que el derecho a la libertad religiosa se ejerce en la relación laboral se desarrollará más adelante.

### III. DRITTWIRKUNG: MÁS ALLÁ DEL CONFLICTIVISMO

La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es vista, desde el conflictivismo, como una fuente de colisiones entre derechos fundamentales, sobre todo, porque la autonomía de la voluntad suele equipararse al derecho general de libertad como manifestación de la igualdad jurídica entre las partes. En consecuencia, ambos sujetos de la relación jurídica, en condición de igualdad, serán poseedores de derechos ilimitados de difícil o imposible articulación. Un contrato será resultado de la cesión o restricción de los derechos o libertades de las partes, las que, con el objeto de alcanzar sus objetivos contractuales, podrán consentir, incluso, la restricción de sus derechos fundamentales.

Esta visión de las relaciones contractuales entre particulares percibe, naturalmente, una colisión entre derechos cuya solución dependería de un análisis casuístico, ponderando los derechos en conflicto, con el fin de determinar el alcance concreto de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares<sup>17</sup>. Esto desemboca en el triunfo de uno de los derechos o principios en pugna sin sacrificar, *a priori*, las libertades de los particulares inmersos en la relación jurídica. Así, se logra que el conflicto solo se produzca en algunos supuestos de aplicación, no existiendo colisión “en abstracto” entre las normas que contienen los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

La identificación de los derechos como *derechos libertad* y límite de los poderes públicos hace difícil comprender la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares como asentada en el respeto mutuo a la dignidad de los sujetos involucrados dentro de la relación jurídica privada. La ausencia de la dignidad como premisa básica de toda relación jurídica, o su reconocimiento como secundaria, genera para el conflictivismo la necesidad de justificar en otros factores la

<sup>15</sup> APARICIO (2017) p. 32.

<sup>16</sup> CASTILLO (2006) pp. 109-110.

<sup>17</sup> BILBAO (1997) pp. 378-379.

<sup>18</sup> PRIETO (1990) pp. 207-209 y PRIETO (2000) pp. 472-479 y 494.

obligación de respetar los derechos fundamentales entre particulares. Por ejemplo, en la presencia de grupos sociales o económicos, cuando se registre la existencia de factores de dominación o de dependencia análogos a los del Estado, o en la escasez de los bienes objeto del contrato (lo que atribuye a una de las partes una posición de manifiesta debilidad respecto a su contraparte)<sup>19</sup>.

Estos factores de justificación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares son bastante débiles, pues implican que el respeto a los derechos fundamentales entre particulares se encontraría absolutamente limitado a determinadas relaciones jurídicas, dejando desamparados a quienes se les vulneran sus derechos fundamentales en otro contexto. Sin ir más lejos, no reconocería la existencia de este tipo de derechos a la otra parte de la relación laboral (el empleador), pues, al gozar de una posición de poder, no contaría con derecho fundamental alguno que proteger. Con ello, se desconoce a la libertad de empresa como derecho fundamental, así como cualquier otro derecho que puede ser ejercido o desarrollado por las personas jurídicas o grupos, olvidando lo señalado por el artículo 9.2 de la Constitución Española.

La ponderación adquiere, desde esta perspectiva, una mayor importancia en aquellas relaciones privadas donde una de las partes es superior a la otra, como sucede en el caso de la relación laboral entre empresario y trabajador, pues la actividad ponderativa se abocaría, según el conflictivismo, a proteger con más intensidad a la parte débil<sup>20</sup>. De esta manera, la vigencia en la empresa de los derechos fundamentales de los trabajadores significará, en concreto, un menoscabo o no reconocimiento de los derechos fundamentales del empleador, debido a su particular situación de poder.

Dicho esto, resulta necesario replantear la eficacia horizontal (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares desde una perspectiva armonizadora, pues no hacerlo implicaría aceptar que la mera relación de desigualdad entre las partes hace posible restringir los derechos fundamentales, o admitir que los sujetos inmersos en relaciones donde no existe desigualdad, pueden acordar la renuncia al ejercicio de determinados derechos, incluyendo los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

La sujeción de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas particulares implica que las partes no pueden desconocer que el fundamento que guía todo actuar humano se sustenta en la dignidad de la persona y, en consecuencia, todos sus actos, incluyendo los jurídicos, deben ordenarse siempre al respeto del ser personal de los sujetos involucrados en la relación. El artículo 1255 del Código Civil español otorga a las partes la posibilidad de establecer cláusulas, pactos o convenciones en la relación contractual, pero ello no supone, en ninguna circunstancia, la restricción de derechos fundamentales o de aquellas normas positivas que permitan

<sup>19</sup> Esta circunstancia suele darse junto a la presencia de un grupo de poder, como sucede en las relaciones laborales. RODRÍGUEZ - PIÑERO (2003) pp. 35 y ss. y RIVERO (2003) p. 25.

<sup>20</sup> BILBAO (1997) pp. 368-370.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ - PUJALTE y DE DOMINGO (2011) p. 122.

hacer efectivo un derecho fundamental, desarrollando su dimensión subjetiva o institucional. Por esta razón, todo acto humano se considerará exigible jurídicamente solo cuando los acuerdos generados entre las partes respeten los derechos fundamentales delimitados internamente por la natural coexistencialidad humana; de ahí la exigencia de que ningún acto jurídico sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público<sup>22</sup>, en tanto medios necesarios para garantizar la convivencia pacífica, no solo entre las partes, sino entre todos los ciudadanos.

La eficacia directa de los derechos fundamentales o el desarrollo legislativo que permite su materialización efectiva posibilitan el ejercicio pleno de la dignidad humana. Por ello, los derechos fundamentales son innegociables desde cualquier punto de vista, resultando imposible cualquier renuncia privada que obstruya su realización<sup>23</sup>. Al ser ellos inalienables, su renuncia es un acto nulo de pleno derecho<sup>24</sup>. Ningún hombre tiene la capacidad de realizar actos de disposición sobre ellos. Afirmar lo contrario significaría admitir que todo ser humano tiene potestad para despojarse de su dignidad, lo cual es imposible, dado que la dignidad es un atributo humano irrenunciable e inexorable<sup>25</sup>.

Atendiendo a lo anterior, son nulas *ipso iure* las renunciaciones de los trabajadores a sus derechos fundamentales o a las normas que permitan su desarrollo, aun siendo voluntarias<sup>26</sup>. En efecto, los actos jurídico-privados no tienen potestad suficiente para despojar de estos derechos, incluso al individuo titular de los mismos, ni para desconocer los preceptos constitucionales que reclaman su respeto y su pleno ejercicio. Por su parte, los actos del empresario que compelen a su trabajador a realizar la supuesta renuncia constituyen una arbitrariedad, un abuso de su poder de dirección, pues los privados, al estar sujetos a los derechos fundamentales, no pueden realizar actos que contravengan, impidan o tergiversen su ejercicio.

El artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores reconoce el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. La razón de dicho reconocimiento no radica, en sentido estricto, en la innegable desigualdad entre trabajadores y empresarios, en un beneficio a favor de la parte débil para generar cierta situación de equilibrio<sup>27</sup>. Tal principio se fundamenta en el reconocimiento de la inalienabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, que por ningún motivo debe ser desconocida por el empresario. Éste, además, se encuentra impedido de aprovechar su situación de poder propiciando acciones que compelen a los trabajadores a la

<sup>22</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero (RTC 1985\19), fundamento jurídico 1.

<sup>23</sup> Las renunciaciones de derechos quedan reservadas a los actos que se encuentren dentro del ámbito comercial. ESPAÑA, Código Civil, artículo 1271.

<sup>24</sup> EMBID (1980) pp. 204-205.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ – PUJALTE (1992) pp. 86-99.

<sup>26</sup> Hay quienes afirman que el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores se fundamenta en que la renuncia no es un acto libre, sino, condicionado: RAMOS (2002) p. 53.

<sup>27</sup> OJEDA (1971) pp. 261-262.

aparente renuncia de sus derechos fundamentales o de las normas que permiten su materialización efectiva.

Por ello, aun cuando el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales no fuera reconocido por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, sería posible exigirlo judicialmente, porque las raíces de este reconocimiento normativo van más allá de lo simplemente legal. La protección y defensa de los derechos fundamentales y su carácter de inalienables es el origen mismo del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, por lo que resulta constitucionalmente exigible que se reconozca judicialmente la nulidad de todo acto de disposición de los mismos, en virtud del artículo 10.1 de la Constitución española, que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son el fundamento del orden político y de la paz social<sup>28</sup>.

En este orden de ideas, resultará, por ejemplo, una vulneración al derecho de libertad religiosa de los trabajadores el colocar en su contrato alguna cláusula que les obligue a asistir a alguna práctica religiosa o a ejecutar determinada actividad referida a una creencia que no profesen, aun cuando estos trabajadores estuvieran dispuestos a aceptar hacerlo con la finalidad de no ver amenazado su puesto de trabajo o de recibir cualquier otro tipo de represalia de su empleador<sup>29</sup>. Estas imposiciones del empleador configuran un ejercicio abusivo o arbitrario de su poder de dirección. Por ello, en ejercicio del *ius resistentiae*, el trabajador se encontrará habilitado para no acatar tales disposiciones, resultando posible que impugne ante los tribunales tal exigencia del empleador, como lesiva de su derecho fundamental a la libertad religiosa, con las garantías del proceso especial contemplado en los artículos 177 y siguientes de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social<sup>30</sup>.

#### IV. DRITTWIRKUNG Y LA DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL

##### 4.1. ASPECTOS GENERALES

En términos jurídicos, la delimitación es la operación hermenéutica por la cual, a través del uso de una recta razón práctica prudencial, se determina, en cada situación en concreto, el ámbito jurídicamente protegido de un derecho fundamental, conformado "por las facultades o posibilidades de actuación que cada uno de estos derechos ofrece a su titular"<sup>31</sup>. Todo aquello que en un específico caso se comprenda dentro del ámbito delimitado de un derecho fundamental contará, en su integridad, con una protección constitucional absoluta<sup>32</sup>. Por el contrario, toda actuación que se realice en esa misma situación, más allá de aquello que se perfila como el

<sup>28</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE (1992) pp. 97-98.

<sup>29</sup> FAHLBECK (2004), p. 48.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ y otros (2006) p. 18.

<sup>31</sup> DE DOMINGO (2001) p. 95.

<sup>32</sup> FERRAJOLI (1995) p. 861.

bien jurídico protegido de un derecho fundamental, no constituye parte de su ejercicio legítimo y, en consecuencia, no cuenta con protección jurídica de ningún tipo<sup>33</sup>.

Aceptar la delimitación de los derechos fundamentales permite comprender que entre ellos no existe conflicto alguno<sup>34</sup>. Los derechos fundamentales adecuadamente delimitados en un caso en concreto se ejercen de forma coordinada como bienes al servicio de sus titulares. Así, una adecuada delimitación hace posible el desarrollo legítimo de cada uno de los derechos fundamentales que se materializan en una particular relación jurídica pública o privada. La aplicación al *Drittwirkung* de la delimitación de los derechos fundamentales supone un análisis de los casos concretos que tenga como premisa que el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales merece, también en una relación particular, respeto absoluto<sup>35</sup>.

En líneas generales, la delimitación supone tener en cuenta el carácter coexistencial del hombre y su desenvolvimiento dentro de un contexto histórico, adecuando las condiciones sociales a una auténtica convivencia con los semejantes. Las relaciones privadas también deben encaminarse a la consecución de una serie de bienes jurídicos conducentes al perfeccionamiento de sus condiciones o al logro de ciertas ventajas particulares que no pueden oponerse, debido a su disposición hacia la convivencia social pacífica, al desarrollo del bien común y, por ello, deben sujetarse a las leyes, a la moral y al orden público.

Sin embargo, es innegable que la natural relacionalidad histórica entre los hombres produce desajustes que permiten el surgimiento convencional de relaciones jurídicas privadas en donde una de las partes se coloca en situación de superioridad o poder sobre otra que se somete, como sucede en la relación jurídica laboral. Este tipo de relaciones jurídicas se desarrollan dentro de un contexto vital particular, generando ciertas reglas de funcionamiento que deberán tenerse en cuenta al delimitar adecuadamente el contenido de los derechos fundamentales que se producen dentro de su ámbito. Para estos efectos, resultará necesario estudiar en profundidad los fines y el funcionamiento del espacio donde surgen estas particulares relaciones. Ello, con el objeto de perfilar, en cada caso concreto, los contornos de los derechos fundamentales ejercidos como consecuencia de la interacción de las partes, y realizar una interpretación sistemática entre el precepto que reconoce el derecho fundamental y el resto de los preceptos constitucionales. Así se determinarán las características propias del bien jurídico protegido, ajustando el funcionamiento de la relación jurídica particular.

Justamente, en relación con el contexto en que surge una relación jurídica laboral y las particularidades propias del ejercicio de las prestaciones que pueden darse dentro de ella, resulta pertinente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

<sup>33</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE y DE DOMINGO (2011) pp. 128-129.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE (2005) p. 213.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE y DE DOMINGO (2011) pp. 128-129.

Europea de 17 de abril de 2018<sup>36</sup>. Esta sentencia desarrolló el alcance de la facultad del empleador de exigir como un requisito profesional para el desempeño de un puesto de trabajo, el pertenecer a una determinada religión. Este tribunal entiende que el artículo 4.2 de la Directiva 2000/78/CE permite al empleador determinar por sí mismo, de forma vinculante, que una determinada confesión religiosa constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado para la contratación de un trabajador, siempre que por la naturaleza o contexto en que se desarrolla la actividad laboral, esta resulte imprescindible para realizar las funciones propias del puesto. Estamos, por tanto, frente a un trabajador de tendencia, es decir, aquel que presta servicios a una empresa o institución que ostenta la calidad de empleador ideológico o religioso, en tanto que su actividad productiva tiene como objeto la defensa y promoción pública de un determinado sistema de ideas o creencias<sup>37</sup>. Por ello, debido a la existencia de tareas con inseparable contenido ideológico o religioso, el empleador necesita de cierto personal capacitado para desempeñar de manera eficaz y eficiente el sistema de ideas y de creencias que la empresa defiende<sup>38</sup>. El TJUE precisa que, cuando esto se produzca, será necesario garantizar un control judicial de esta decisión del empleador, porque en una empresa de tendencia "no todos los trabajadores sufrirán las mismas modulaciones, sino que vendrán definidas por la afectación al contenido del ideario que pueda producir su prestación laboral"<sup>39</sup>.

En este sentido, el TJUE señala que la legalidad en el uso de la religión como requisito profesional queda supeditado a que haya un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Incluso, ejemplifica exponiendo que este vínculo podría derivarse, bien de la naturaleza de la actividad (porque implique colaborar con la tarea de predicación o de participar en la fijación de la ética de la organización en cuestión), o bien de las circunstancias de la actividad (como sucede cuando es necesario representar al empleador a efectos externos)<sup>40</sup>.

#### 4.2. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL

La delimitación de los derechos fundamentales en relaciones privadas pasa por comprender su propio ámbito de actuación, que determinará una forma parti-

<sup>36</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), creado en 1952 y con sede en Luxemburgo, es una de las siete instituciones de la Unión Europea y tiene por misión garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados de la Unión (artículo 19 TUE). Para cumplir la misión de velar por la aplicación e interpretación uniforme del derecho de la Unión, el TJUE: (i) controla la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión; (ii) vela por que los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados; y (iii) interpreta el derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales. El procedimiento de cuestión prejudicial tiene su origen en la petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Unión.

<sup>37</sup> PEDRAJAS (1992), p. 47.

<sup>38</sup> APARICIO (2021), p. 126.

<sup>39</sup> CASTILLO (2006), p. 448.

<sup>40</sup> PUNSET (2021), p. 4.

cular de ejercerlos, respetando los condicionantes propios en los que está inmersa la relación jurídica. El ejercicio legítimo de un derecho fundamental dentro de una relación jurídica privada supondrá, entonces, un ajuste de su desarrollo a los fines que se proponen conseguir los sujetos que se obligan con dicha relación. Para tal efecto, las partes deberán asegurarse, en las situaciones concretas que se les presenten, que el ejercicio legítimo de cada uno de los derechos fundamentales que se desarrollan dentro de su ámbito cuenta con el máximo marco de actuación que sea posible.

En este sentido, al igual como sucede en las relaciones con los poderes públicos, las específicas controversias que surjan en las relaciones particulares no son entre derechos, sino entre pretensiones o intereses que *prima facie* son consideradas por las partes como ejercicio legítimo de un derecho fundamental, y cuya actividad irregular o anormal desequilibra la relación. La delimitación consistirá en armonizar estas pretensiones de la mejor forma posible, analizando las circunstancias específicas en las que se desarrolla la relación jurídica, para determinar si, en razón de los fines que se proponen conseguir las partes, se podría permitir modificar sus normales condiciones sin causar perjuicios, en tanto la pretensión, aunque suponga una actividad irregular o anormal en la relación jurídica, puede quedar incluida dentro del marco del contenido de algún derecho fundamental que en su virtud se desarrolla. De esta forma, se evita incurrir en arbitrariedades que causarían efectivas lesiones a la otra parte, vulneraciones que podrían evitarse con actos específicos que permitan el ejercicio efectivo de un derecho fundamental dentro de un marco jurídicamente protegible.

En lo que a la relación laboral se refiere, los derechos fundamentales de trabajadores y empresarios se mantienen vigentes dentro de la relación laboral. Sin embargo, debido al contexto vital en que tales derechos se desenvuelven, y a las características propias de la relación laboral "su contenido ejercitable será diferente al que cae fuera" de su ámbito<sup>41</sup>. Por ello, para delimitar el ejercicio lícito de los derechos fundamentales dentro de una relación laboral es necesario, como el propio Tribunal Constitucional lo reconoce, modular o adaptar su ejercicio en el marco laboral, con la finalidad de compaginar su respeto y protección con los requerimientos consustanciales del normal desenvolvimiento de la prestación de trabajo y de la organización de la producción en la empresa<sup>42</sup>.

Modular quiere decir "variar o modificar con propósito de armonización. Y es precisamente esta la labor que corresponde llevar a cabo, en aplicación voluntaria y en la aplicación jurisdiccional del ordenamiento laboral, para ajustar o concretar los derechos constitucionales con los deberes contractuales de los trabajadores"<sup>43</sup>. Entonces, para modular o armonizar los derechos fundamentales dentro de la relación laboral no se puede olvidar sus características propias, entre la que destaca la particular situación de subordinación en la que se encuentran los trabajadores con

<sup>41</sup> CASTILLO (2006) p. 111.

<sup>42</sup> ÁLVAREZ (2014) p. 2.

<sup>43</sup> MARTÍN (2008) p. 279.

respecto del empresario<sup>44</sup>, que en su ejercicio se asemejan a las relaciones jurídicas entre los poderes públicos y los particulares.

El ajuste o acomodo de los derechos fundamentales de las partes de la relación jurídica laboral debe producirse atendiendo a sus características. Así, deberá tenerse en cuenta la mencionada particular relación de subordinación que existe entre trabajadores con respecto a su empleador, las obligaciones mutuas de cumplimiento de sus respectivas prestaciones, los derechos propios del contrato de trabajo, así como la presunción de que las actividades que se realizan, en virtud de esta relación contractual, se basan en el cumplimiento del principio de buena fe laboral. La subordinación del trabajador al poder de dirección del empresario, los derechos y obligaciones propios de contrato de trabajo y el deber de respeto al principio de buena fe constituyen los elementos moduladores o delimitadores de la vigencia de los derechos fundamentales, en el seno de una relación laboral<sup>45</sup>.

Ahora, particular atención reclama el ejercicio del principio de buena fe laboral, pues este "ayuda a determinar el significado de ejercicio normal de un derecho"<sup>46</sup>. En este orden de ideas, el principio de buena fe laboral permite establecer el ámbito jurídicamente protegible del ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral, pues determina cuándo su ajuste resulta imprescindible para el logro del buen funcionamiento de la empresa. Así, por ejemplo, en su sentencia de 11 de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) hace referencia a las circunstancias en que el incumplimiento de determinados preceptos religiosos puede afectar al principio de buena fe y lealtad por parte del trabajador que desempeña funciones para un empleador de tendencia<sup>47</sup>. El caso era el siguiente: una sociedad empleadora, ligada a *Caritas*, despidió a un trabajador por incumplimiento de las obligaciones contractuales de buena fe y lealtad hacia la doctrina católica de la empresa, por contraer segundas nupcias, luego de su divorcio. El trabajador desempeñaba un cargo directivo que gestionaba los servicios de medicina interna de un hospital.

El Tribunal afirmó que el desempeñar un puesto directivo en una organización ideológica o religiosa no supone, en la generalidad de los casos, un tratamiento diferenciado en lo que al cumplimiento del deber de buena fe y lealtad laboral se refiere. En consecuencia, *a priori*, a los directivos no les será exigible pertenecer a la religión o adherirse a las convicciones de su empleador. La excepción a esto se produce cuando la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate, o el contexto en que se desarrollen, haga que la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto del ideario de la empresa de tendencia. Por ello, en este caso, la función del trabajador no se encontraba ligada al desarrollo ideológico o religioso de la Iglesia católica, por lo que la

<sup>44</sup> PEDRAJAS (2000) p. 52.

<sup>45</sup> CASTILLO (2006) pp. 112 -113.

<sup>46</sup> MONTOYA (2001) p. 77.

<sup>47</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *IR vs. JQ*, fundamento 55.

inobservancia de un precepto de la Iglesia Católica, aunque fuera primordial –como el carácter indisoluble del matrimonio–, no tiene incidencia en el ejercicio de su prestación. En consecuencia, contraer nuevas nupcias luego de un divorcio no podría considerarse vulneración del principio de buena fe laboral.

Otra cuestión propia de la relación laboral, que hemos mencionado someramente y que toca desarrollar con detenimiento, es que el empleador se encuentra, con respecto a sus trabajadores, en una posición análoga a la relación que existe entre los poderes públicos y los ciudadanos o administrados, en tanto el empleador ejerce un efectivo poder de dirección y control, encontrándose facultado para dirigir y organizar las actividades de sus empleados dentro del ámbito de la relación laboral. Por su parte, los trabajadores deberán colaborar o cooperar para lograr el normal desenvolvimiento de la actividad productiva<sup>48</sup>, de forma similar a como un ciudadano debe ajustar sus actos y el ejercicio de sus derechos al adecuado logro del bien común. De igual forma, así como las organizaciones del Estado o quienes detentan poder público tienen la facultad de sancionar a los ciudadanos que no cumplan con las obligaciones o normas impuestas para garantizar la convivencia y la paz social, el empleador está facultado para sancionar a los trabajadores que no cumplan con sus obligaciones laborales o que, incluso, perturben el adecuado desarrollo de las actividades empresariales.

Ahora, así como el empleador goza, dentro del ámbito laboral, de este privilegio de las entidades públicas, también tiene la obligación, como los poderes públicos con respecto a los ciudadanos, de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus trabajadores. Esto se debe a que los derechos fundamentales constituyen el límite natural al ejercicio de una potestad, como lo es la de los poderes públicos o la otorgada a los empleadores, pues, en tanto bienes que las personas deben desarrollar u obtener para alcanzar su propia realización, reclaman que cualquiera, sea público o privado, atienda a su materialización real y efectiva.

Esta armonización de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-laborales tiene como fin evitar que, como causa de la no realización de estos en la relación jurídica de trabajo, se produzcan daños en sus titulares<sup>49</sup> y, al mismo tiempo, que tales acciones facilitadoras del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores no pongan en riesgo la actividad productiva de la empresa<sup>50</sup>.

El empleador tendrá, entonces, la obligación de respetar y evitar, en la medida de lo posible, los daños que podría ocasionar a sus empleados el no ejercer los derechos fundamentales. Por ello, debe poner a su disposición los medios ya existentes en la empresa para tal fin, lo que se justifica en virtud de “la norma constitucional según la cual debe favorecerse, siempre y en todo momento, la plena eficacia de los derechos constitucionales, (...) [en la medida que la] dignidad de la persona [y] los derechos inviolables que le son inherentes (...) son fundamento del orden

<sup>48</sup> ALONSO y CASAS (2000) pp. 59-60.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE y DE DOMINGO (2011) pp. 136-137.

<sup>50</sup> Véase STC 281/2005, de 7 de noviembre, fundamentos 9 y 10.

político y la paz social (artículo 10.1 CE); (...) [e incluso –en las relaciones entre particulares–, en la medida que] (...) los ciudadanos están sujetos a la constitución (artículo 9.1 CE) [y sujetos de modo particular a aquellas disposiciones constitucionales que reconocen derechos]<sup>51</sup>.

Esto no significa que el empresario, dada su situación análoga a los poderes públicos, tenga el deber de financiar o adquirir medios materiales para que los trabajadores ejerciten sus derechos fundamentales<sup>52</sup>, porque, pese a la gran similitud de la relación *empleador-trabajador* con la relación entre *poderes públicos-particulares*, la diferencia entre vinculación y sujeción a los derechos fundamentales que existe entre los poderes públicos y los privados, respectivamente, sigue latente en la relación laboral y, en consecuencia, el ajustamiento de los derechos fundamentales en este tipo de relaciones debe atender a las características propias del contrato de trabajo que, salvo acuerdo entre las partes, no obliga al empresario a adquirir bienes para fines particulares de sus trabajadores o representantes. En este sentido, la relación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes de dirección de los empresarios no es idéntica a la relación entre ciudadanos y el poder público, dado que éste sí se encuentra obligado a promover el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, tiene también el deber de implementar o adquirir, siempre que ello le resulte económicamente posible, los bienes o medios que sus ciudadanos requieran para garantizar el desarrollo y adecuado ejercicio de sus derechos fundamentales.

El empresario se diferencia de los poderes públicos en este aspecto, por su calidad de privado. Los empleadores no tienen la obligación de promocionar, dentro de la empresa, el ejercicio de los derechos fundamentales, entendiéndose por promoción la adquisición o generación de medios o bienes de los que la empresa carece o que le resultan demasiado onerosos para permitir el desarrollo de estos derechos. Sin embargo, sí tienen el deber de facilitar su ejercicio, permitiendo el uso de los medios o bienes existentes, no adoptando “decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad”<sup>53</sup>.

Por su parte, los trabajadores deben cumplir con su deber de buena fe al utilizar medios o bienes del empleador para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Así, deberán usarlos de forma racional, cuidando que dicho uso no cause perjuicios ni perturbe la actividad productiva de la empresa, la que podrá determinar las reglas de su uso y disfrute<sup>54</sup>. Por ejemplo, el empleador no está obligado a construir un espacio para permitir a los trabajadores realizar actividades de culto, pero sí se encontraría obligado a permitir que usen determinado espacio, por ejemplo, la sala de reuniones, para realizar alguna práctica religiosa, siempre que esté disponible, lo de-

<sup>51</sup> CASTILLO (2006) p. 127.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ (2003) pp. 126-127 y DESDENTADO y MUÑOZ (2012) pp. 173 -174.

<sup>53</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005\281), fundamento 3.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ (2003) p. 127.

seen, y su uso resulte razonable (respetando los horarios que les señale el empleador, los tiempos de uso que este indique para tales fines y cuidando que los bienes de la empresa no se perjudiquen con dichas prácticas). Ahora, si realizado el esfuerzo de acomodación por parte del empleador para permitir el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores este resulta imposible, por ser perjudicial u oneroso para la empresa, esta no se encuentra obligada a realizar tal acomodo<sup>55</sup>.

Al respecto, por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, en el caso *Donald WREN* contra *T.I.M.E.-D.C., INC.*, siguiendo los criterios de la Corte Suprema en el caso *Trans World Airlines* contra *Hardison*, entiende que el empresario no está obligado a adoptar medidas de ajuste de la relación laboral en beneficio del trabajador cuyas creencias religiosas le impiden realizar labores los sábados, cuando ellas supongan un coste superior a los mínimos razonables. Así, en el caso concreto, dado que se trataba de un transportista cuya inasistencia los sábados supondría no entregar la carga a los clientes, o la contratación extraordinaria de otros transportistas –siendo que la compañía se encontraba en una grave crisis económica que había supuesto, incluso, reducción de personal–, exigir tal acomodo iría más allá de lo razonable, resultando una carga excesiva (*undue hardship*) para la empresa<sup>56</sup>.

#### 4.3. DISTINCIÓN ENTRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL LABORAL Y EL EJERCICIO ILEGÍTIMO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Todas las facultades propias del poder de dirección del empresario deben realizarse con el debido respeto a la dignidad del trabajador<sup>57</sup> y a sus derechos fundamentales. El poder de dirección del empleador –manifestación de la dimensión subjetiva de su derecho de libertad de empresa– se encuentra internamente limitado en su ejercicio por su natural coexistencialidad con el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores y, en consecuencia, no puede desarrollarse lesionando o vulnerando estos derechos. Lo contrario, supondría un abuso o un ilegítimo ejercicio del poder de dirección y, con ello, del derecho fundamental a la libertad de empresa<sup>58</sup>.

Por esto resulta importante distinguir entre un incumplimiento contractual y el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, pues sólo las exigencias del trabajador que se encuentran dentro del marco jurídicamente protegible de un derecho fundamental se configuran como verdadero derecho. En consecuencia, determinadas exigencias de los trabajadores, que *a priori* ostenten la calidad de ejercicio de derechos fundamentales, pueden resultar ilegítimas al configurar un real incumpli-

<sup>55</sup> APARICIO (2017), p. 218.

<sup>56</sup> SUPREME COURT, *Trans World Airlines, Inc. vs. Hardison*, 432 U.S. 63, dec16 de junio de 1977, fundamento 49 y UNITED STATES COURT OF APPEALS, *Eighth Circuit*, Caso *Donald WREN* contra *T.I.M.E.-D.C., INC.*, 595 F.2d 441, de 3 de abril de 1979, fundamentos 26, 27 y 28.

<sup>57</sup> ESPAÑA, Estatuto de los Trabajadores, artículos 4.2 e), 18, 20.3, 39.1 y ESPAÑA, Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 22.2.

<sup>58</sup> STS, de 7 de marzo de 2007, fundamento jurídico 2 y 3 (RJ 2007\2390).

miento de las obligaciones laborales, por desconocer principios esenciales dentro del contrato de trabajo como el de buena fe laboral.

Al respecto, resulta interesante una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>59</sup>. A continuación, relatamos los hechos de dicho fallo, de 13 de abril de 2006<sup>60</sup>. Se sancionó a un trabajador por no asistir a su puesto de trabajo, pese a las instrucciones de su superior, según las cuales ningún empleado debía tomarse días libres durante esa semana debido a la fuerte carga laboral. El trabajador justificó su ausencia afirmando que era de religión musulmana y que el día que no asistió a trabajar era no laborable según los preceptos de su fe, tal como lo había reconocido legalmente el Ministerio de Trabajo y Política Social de Macedonia. Sin embargo, durante el tiempo en que el trabajador venía desempeñando labores en la empresa había celebrado las fiestas religiosas cristianas, sus padres eran cristianos, nunca se había ausentado del trabajo por celebrar fiestas religiosas musulmanas y su manera de vestir y de vivir no denotaban situación alguna que revele su pertenencia a esa religión.

Debido a la sanción impuesta, el trabajador inicia un procedimiento ante los tribunales macedonios, los que le solicitan que presente pruebas de su pertenencia a la religión musulmana, razón por la cual el trabajador interpone una demanda ante el Tribunal Constitucional, alegando que se había discriminado por motivos religiosos, pues los tribunales de instancia y apelación, no habían creído sus afirmaciones solicitándole pruebas sobre sus creencias y su pertenencia efectiva a la religión de la que alega ser parte.

Tribunal Constitucional concluye que el trabajador no demostró que los contenidos de sus creencias religiosas (incluso su forma) correspondían objetivamente a los de una creencia musulmana por varios motivos, el principal, la falta de conocimiento de los más importantes dogmas de la religión mediante los que expresa su esencia o la forma en la que la persona se une a las creencias musulmanas, entre otros. Así, dado que el trabajador no pudo probar, efectivamente, su pertenencia a la fe religiosa musulmana no existía discriminación, rechazando la demanda.

Vistas, así las cosas, el trabajador acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien resuelve señalando que, en el contexto de una relación laboral que tiene determinadas características propias, entre ellas, la especial relación de subordinación del trabajador con respecto a su empleador, es razonable que este último pueda considerar la ausencia del trabajo sin permiso, como es el caso, como una cuestión disciplinaria. Tampoco resulta una medida desproporcionada que los tribunales le

---

<sup>59</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es un organismo internacional de justicia que no pertenece a las instituciones Unión Europea (no debe de confundirse con Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Fue creado por el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH). De acuerdo con este tratado, tiene como función interpretar y garantizar su aplicación y la de sus protocolos adicionales. Tiene jurisdicción sobre los países que hayan ratificado dicho convenio. Tiene su sede en Estrasburgo (Francia).

<sup>60</sup> Un análisis respecto de esta sentencia en: GARCÍA (2016) pp. 347-349.

exigieran al trabajador probar la pertenencia a la religión de la que afirma ser parte, dado que su conducta planteaba dudas sobre sus creencias, por lo que no es discriminatorio exigir una prueba que diera algún nivel de respaldo a su reclamación<sup>61</sup>.

Más allá de estar de acuerdo con lo resuelto por el TEDH en lo que se refiere a la cuestión de la necesidad de prueba en este supuesto específico, lo cierto es que el tribunal deja en claro que en las relaciones jurídico-laborales existen una serie de obligaciones contractuales que las partes deben cumplir. En este caso, de ser posible, el trabajador tiene el deber de comunicar previamente a sus empleadores sus ausencias.

En este caso, aun si la ausencia se asentara efectivamente en el cumplimiento de un precepto religioso, ella era totalmente previsible para el trabajador. En consecuencia, dado el desconocimiento de la empresa de su pertenencia a la religión musulmana, su deber era informar a su empleador previamente su inasistencia en el día festivo musulmán, reconocido legalmente por el Ministerio de Trabajo y Política Social de Macedonia, con el fin de que la empresa pudiera tomar las previsiones que resultasen necesarias, dada su ausencia.

Por ello, en este caso concreto, que el trabajador se haya ausentado de su puesto de trabajo por motivos religiosos, no legitima su conducta frente a su empleador, pues le correspondía comunicar a la empresa su ausencia, y no hacerlo constituye un incumplimiento de sus obligaciones laborales. Por ende, el empleador se encontraba facultado para imponer una sanción.

Cosa distinta hubiera sucedido si el trabajador hubiera comunicado a su empleador la ausencia a sus labores por motivos religiosos, pues de ello devienen una serie de obligaciones, derechos y deberes para ambas partes, la más importante es la obligación del empleador de adaptar su organización y las obligaciones del trabajador, para que este pueda ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa, siempre que tal modulación resulte posible, en tanto no altere drásticamente la actividad productiva de la empresa. Ahora, si tal ajuste no resulta razonable, por resultar demasiado gravoso o perjudicial para el empleador, el trabajador tendría derecho a conocer las razones que llevaron a la empresa a negar su solicitud de no asistir a sus labores por razones religiosas, con la finalidad de que este pueda comprender los motivos que justifican tal negativa y que hacen imposible que pueda ejercer este derecho<sup>62</sup>.

En este sentido, pese a los diversos e, incluso, opuestos intereses que existen entre trabajadores y empleadores, ambos deberán mantener una actitud de mutuo respeto en lo que respecta al ejercicio de sus derechos fundamentales, de tal manera que se logre una real coexistencia pacífica entre ambas partes. Así, en sentido estricto, los trabajadores no se encuentran subordinados al poder de dirección de su empleador, sino que, en tanto forman parte de la relación laboral –por lo que, al igual que el empleador, tienen como mira el buen funcionamiento de la empresa– deben respetar su organización, ordenación y normas disciplinarias. El empleador, por su parte, también

<sup>61</sup> STEDH, de 13 de abril de 2006, Caso Caso Kosteski contra Antigua República Yugoslava de Macedonia (TEDH 2006\30), fundamento 39.

<sup>62</sup> APARICIO (2017) pp. 219 y 241.

deberá articular y hacer compatible el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa con los derechos fundamentales de sus trabajadores, de tal forma que la convivencia entre los derechos de unos y otros se desarrolle de modo armonioso.

Así, por ejemplo, si un trabajador solicita a la empresa no asistir los sábados a su centro de trabajo por razones religiosas<sup>63</sup>, el empleador no puede simplemente desatender la solicitud sin razón alguna; sino que debe analizar el requerimiento con detenimiento, y solo si concluye que tal acción desestabiliza drásticamente la gestión de la empresa, su negativa estará dentro del marco de su legítimo derecho a ejercer su poder de dirección. Por su parte, el trabajador no puede simplemente dejar de asistir a su puesto de trabajo, sin permitirle a la empresa analizar su solicitud, ni tampoco debe considerar que se vulnera su derecho a la libertad religiosa si la empresa se niega a atender su requerimiento, luego de una negativa efectivamente sustentada y razonada, pues dentro del marco jurídicamente protegido del derecho a la libertad religiosa de los trabajadores no se contempla la posibilidad de que ellos desatiendan sus actividades o incumplan sus obligaciones, perjudicando a su empleadora.

Como se puede observar, las actuaciones fuera del marco jurídicamente protegible de los derechos fundamentales se han producido cuando las partes no han atendido a sus intereses comunes, sino solo a su bien particular. Por ello, las medidas que contra estas acciones realicen los poderes públicos o, en el caso de incumplimiento del trabajador, directamente los empleadores, no pueden considerarse vulneradoras de ningún derecho fundamental, pues quienes actuaron lo hicieron con un evidente exceso, lo que legitima la reacción sancionatoria o disciplinaria<sup>64</sup>.

#### IV. EL SUPUESTO TRATO “NO DISCRIMINATORIO” EN MATERIA RELIGIOSA COMO EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER DE DIRECCIÓN

Como se ha dicho, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales supone que estos acompañan a su titular en todos los ámbitos en donde este se desenvuelve, incluida, obviamente, la relación jurídica laboral. En este orden de ideas, el empleador –así como goza de ciertas facultades exorbitantes, concedidas por el ordenamiento jurídico, con el objetivo de conseguir que se materialice la buena marcha de su negocio, al dirigir, controlar e, incluso, tener la posibilidad de sancionar a sus trabajadores– tiene, también, la obligación de realizar todas las acciones que, sin perjudicar la actividad productiva de su empresa, permitan a estos ejercer y desarrollar sus derechos fundamentales. Por ello, *prima facie*, el empleador debe reconocer y permitir, en todo lo que sea posible, el ejercicio de los diversos derechos fundamentales de sus trabajadores dentro del ámbito laboral.

Actualmente, sin embargo, en un intento por asegurar un tratamiento “no discriminatorio”, se olvida que una adecuada comprensión del principio de igualdad supone un reconocimiento de la individualidad y singularidad de cada persona,

<sup>63</sup> GARCÍA-PERROTE y MERCADER (2003) p. 271.

<sup>64</sup> Véase STC 241/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999\241) fundamento 6.

y de las diferentes formas de expresión de sus derechos, cosa que no se logra con un tratamiento igualitario masivo y sin distinciones entre los trabajadores. Por el contrario, una igualdad real y efectiva atiende a la diferencia, la acepta y la respeta.

Cuando se desconoce una de las dimensiones humanas, en este caso la individualidad en el ejercicio de los derechos, por parte de quien debe respetarlos se origina su lesión o vulneración. Así, si dentro de la relación laboral, el empleador no atiende a aquello que le corresponde a su trabajador como persona, de acuerdo con su naturaleza de ser doble dimensional, tanto individual como social, estaría vulnerando sus derechos fundamentales, aun cuando su intención sea, en ejercicio de su poder de dirección, igualar en el trato a todos ellos, atendiendo, *a priori*, a fines legítimos como la neutralidad religiosa en el centro de trabajo.

La neutralidad ideológica o religiosa dentro de la empresa –que constituye una de las facultades de ejercicio del poder de dirección del empresario– no puede ser entendida como una negación de cualquier expresión ideológica o religiosa de todos los trabajadores. En efecto, supone un adecuado entendimiento del principio de pluralismo y respeto a la diferencia, es decir, debe entenderse como una herramienta que garantice las diversas expresiones religiosas o ideológicas de la persona de sus trabajadores, sin distinción. En este sentido, el empresario no puede, en orden al respeto del derecho a la libertad religiosa de sus trabajadores, imponer a sus empleados sus propias creencias ni impedir a sus trabajadores profesar o ejercer la religión que hayan decidido asumir como propia<sup>65</sup>.

Los empresarios, como ya hemos hecho referencia anteriormente, al colocarse en una posición análoga a la de los poderes públicos, en atención a la dimensión institucional del derecho a la libertad religiosa de sus trabajadores, deberán no solo abstenerse de entorpecer su ejercicio, permitiendo, por ejemplo, su rezo a determinadas horas o el portar sus símbolos religiosos, sino que, de ser posible, y en tanto no entorpezca la actividad productiva de la empresa, facilitar su realización, permitiendo a los trabajadores vivir de acuerdo con las exigencias que se deriven de sus convicciones religiosas<sup>66</sup>. Ello, insistimos, atendiendo a un adecuado entendimiento del principio de igualdad, que supone un respeto a la diferencia y a la diversidad de confesiones religiosas que profesan los trabajadores.

La no intromisión de los empresarios en las diversas manifestaciones ideológicas y religiosas de sus trabajadores dentro de la empresa ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español<sup>67</sup>, al afirmar que el empleador debe respetar los comportamientos de sus trabajadores que no supongan mayor perjuicio para la empresa<sup>68</sup>. Así, resulta una obligación del empleador “realizar determinadas adaptaciones o modulaciones que aseguren el pleno respeto a la libertad religiosa de sus

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ – PIÑERO lo denomina “empresa laica”. RODRÍGUEZ-PIÑERO (2004) p. 364.

<sup>66</sup> APARICIO (2017) p. 168.

<sup>67</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (RTC 1985\19). En el mismo sentido: VALDÉS (2004) p. 98.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ (2011) p. 33.

trabajadores”<sup>69</sup> con la finalidad de conseguir un ajuste razonable entre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la organización del trabajo<sup>70</sup>, de tal forma que, en la medida que le sea posible, acomode su organización a las necesidades particulares de sus trabajadores en atención a sus costumbres religiosas, como la oración, normas de vestimenta, usos alimenticios, manipulación de alimentos, la salud laboral, etc.<sup>71</sup>.

Por todo lo dicho, no estamos de acuerdo con lo resuelto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2022<sup>72</sup>, de la que se hablará ahora. Esta sentencia desarrolla varias cuestiones, pero solo nos referiremos al desarrollo de la tercera cuestión prejudicial consultada, referida a si el que exista una norma que proscriba el uso a todos los trabajadores de símbolos religiosos constituye o no una causal de discriminación. Los hechos del caso son los siguientes: Una trabajadora de confesión musulmana y que lleva pañuelo islámico, presentó una candidatura a su empleadora para realizar unas prácticas no remuneradas de seis semanas. La empresa le manifestó tener una opinión positiva en cuanto a su candidatura y le preguntaron si podía aceptar atender a la regla de neutralidad de la corporación, contenida en su reglamento laboral, según la cual se establece que todos los trabajadores se “comprometen a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa” y “velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de su forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas y filosóficas o políticas, del tipo que sean”.

La trabajadora se negó a retirarse el pañuelo, por lo cual no se dio curso a su candidatura. La trabajadora volvió a presentar su solicitud proponiendo cubrirse la

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ (2013) p. 274.

<sup>70</sup> VALDÉS afirma que la jurisprudencia norteamericana utiliza indicios para identificar la necesidad de una acomodación razonable entre el derecho a la libertad religiosa del trabajador y la organización empresarial: “a) Tener una creencia religiosa de buena fe, que no exige pertenencia a una iglesia determinada y que entra en conflicto con las obligaciones contractuales; b) Informar al empresario sobre dicha creencia, ya sea en la estipulación del contrato, como en su ejecución y c) Haber sido sancionado por negarse a cumplir las obligaciones derivadas del contrato. Ofrecidos estos indicios, al empleador le corresponde demostrar que no cabe una *reasonable accommodation* (razonable acomodación) sin incurrir en *undue hardship* (carga excesiva)”. VALDÉS (2004) p. 101.

<sup>71</sup> LÓPEZ (2012) p. 341.

<sup>72</sup> Con respecto a la normativa europea que protege el derecho de libertad religiosa, habría que señalar lo siguiente: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece en su artículo 9 el derecho a la libertad de conciencia y pensamiento, proscribiendo en su artículo 14 la discriminación por razón de religión. Por su parte, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en sus artículos 10 y 15 el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad profesional y el derecho al trabajo, reconociendo igualmente el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad, en sus artículos 16 y 17. La Directiva 2000/78/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación recoge en sus artículos 1 y 2.2 a) y b) la prohibición de discriminación basada en las creencias religiosas, y a su vez regula el concepto de discriminación directa e indirecta como decisiones que incidan en la creación de dicha diferenciación injustificada. Al respecto: SÁNCHEZ (2022) p. 2.

cabeza con otro tipo de tocado, pero la empresa le informó que no podía ofrecerle tales prácticas, dado que sus instalaciones no permitían ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, gorros o pañuelos. Por este motivo, la trabajadora inicia acciones ante un organismo público competente en la lucha contra la discriminación, y tiempo después la empresa no le renueva el contrato, decisión empresarial que la trabajadora atribuye a sus creencias religiosas, por lo que inicia acciones ante los tribunales belgas.

La empresa alega en su defensa que no ha cometido discriminación directa, porque trata igual a todos los trabajadores, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, una neutralidad indumentaria que se opone al uso de signos visibles de sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas.

El Tribunal de lo Laboral de Bruselas decide plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial al respecto, resolviendo este último, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

El caso materia de análisis se refiere a una norma que no prohíbe el uso de signos vistosos de gran tamaño, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Al respecto, afirma que el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye discriminación directa "por motivos de religión o convicciones", en el sentido que dicha disposición atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos.

Por ello, dado que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia nacional se desprende que no se alega que la empresa no haya aplicado el reglamento laboral controvertido en el litigio principal de manera general e indiferenciada o que la demandante en el litigio principal haya sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado su religión o sus convicciones religiosas o filosóficas mediante el uso visible de signos, de prendas de vestir o de cualquier otro modo, no se ha producido ningún acto de discriminación directa.

El tribunal también afirma que la norma controvertida en este litigio puede constituir una diferencia de trato indirecto basado en la religión o las convicciones, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que la obligación aparentemente neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Ahora, puede ser que tal diferencia de trato no constituya una discriminación indirecta, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

En cuanto al requisito de finalidad legítima, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que resulta legítima la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con

los clientes, tanto del sector público como del sector privado. Así, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculada a la libertad de empresa, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, supuestamente, van a estar en contacto con sus clientes.

La sentencia aclara que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya en sí una finalidad legítima, no basta por sí sola para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o en las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante la necesidad real de ese empresario, que incumbe a este demostrar. Esta interpretación, sigue el tribunal, se inspira en el deseo de fomentar por principio la tolerancia, el respeto y la aceptación de un mayor grado de diversidad, y de evitar que el establecimiento de una política de neutralidad en el seno de la empresa se use indebidamente en perjuicio de trabajadores que observen preceptos religiosos que les exigen vestirse de un determinado modo.

Dicho todo lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a la cuestión prejudicial señalando que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretenden ejercer su derecho a la libertad religiosa, una discriminación directa por motivos de religión o convicciones, siempre que dicha disposición se aplique de forma general e indiferenciada<sup>73</sup>.

Contrario a lo que opina el tribunal, esta investigación considera que, en tanto los trabajadores no pueden dejar de concebirse como seres humanos dignos y distintos unos de otros, con diferentes ideas y creencias, lo que le corresponde al empleador es reconocer, como propia, la obligación de permitir las diversas manifestaciones religiosas o ideológicas dentro de la empresa, siempre que no se afecte su actividad productiva. Así, la neutralidad religiosa o ideológica de la empresa no debe ser concebida como una facultad del empleador de imponer criterios secularizadores a sus empleados pretendiendo eliminar, a través de su normativa o regulaciones internas, toda manifestación de sus ideas o creencias<sup>74</sup>. Ello, porque el verdadero ejercicio de los derechos a la libertad religiosa o ideológica no supone reservarlas a la intimidad o al ámbito privado de las personas, sino que, principalmente, consiste en la posibilidad real de expresarse, en cualquier ámbito, siempre con respeto hacia los demás, de tal forma que se permita, en el centro de trabajo o el lugar donde se presten los servicios, la concurrencia justificada y de mutua con-

<sup>73</sup> Posición similar es desarrollada en las STJUE (Gran Sala), de 15 de julio de 2021, (asuntos C-804/18 y C-341/19), fundamento 52. Comentarios al respecto: López (2021), pp. 1-11.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ y otros (2006) p. 17.

vivencia del ejercicio del derecho a la libertad religiosa del trabajador y los derechos económicos y de poder de dirección de la empresa<sup>75</sup>.

El problema del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que parte de una premisa equivocada: para asegurar la neutralidad dentro de la empresa hay que eliminar cualquier forma de manifestación religiosa a través de disposiciones internas por las que ningún trabajador se sienta facultado a expresar su religiosidad dentro del centro laboral o lugar donde deba prestar sus servicios. Sin embargo, dicha premisa desconoce, en estricto sentido, la posibilidad de ejercicio de un derecho fundamental, derecho que parte de la premisa de que las formas de expresión religiosa son diversas y de que su real materialización se logra cuando esas manifestaciones pueden ser expresadas sin intromisiones o impedimentos, siempre que tal ejercicio se produzca dentro de sus contornos jurídicamente protegibles.

Es decir, el derecho a la libertad religiosa incluye, dentro de su contenido constitucionalmente protegido, el respeto al principio de igualdad, principio que empieza con la comprensión del aforismo "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", entendiendo este como el tratamiento digno de toda persona que, a diferencia de otras, manifieste su fe, independientemente de la religión que profese, en el ámbito que desee hacerlo, incluido el laboral, persona que debe ser respetada en su diferencia, tanto con respecto de aquellos que no tienen creencias o no desean manifestarlas, como con respecto de otra persona que manifieste y profese una religión distinta.

Dicho esto, consideramos que toda regulación que, *a priori*, elimine cualquier manifestación religiosa no puede considerarse como una normativa que se asiente en una finalidad legítima, porque concebir la neutralidad de la empresa como la posibilidad de que el empleador imponga una política de comportamiento secularizado, donde no exista manifestación alguna de fe por parte de sus trabajadores, supone, como ya se ha dicho, una vulneración al derecho a la libertad religiosa, dado que sería un obstáculo a su real ejercicio y, sobre todo, un desconocimiento, como se acaba de decir, del principio de igualdad.

Asimismo, el tribunal afirma que la regulación que prohíbe manifestaciones religiosas dentro de la empresa solo podría producir discriminación indirecta si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

Al respecto, las preguntas que surgen son ¿acaso el prohibir de manera general que los trabajadores porten símbolos religiosos no supone, por ese solo hecho, una desventaja frente a aquellos, entre los cuales se encuentra el empleador, que no consideran necesario portarlos por falta de fe?, ¿no estaría acaso el empleador imponiendo con esta norma sus ideas secularizadoras a sus trabajadores, impidiéndoles manifestar su religión?

<sup>75</sup> LÓPEZ (2012) p. 361.

Además, si aceptamos que la norma que prohíbe de forma general manifestaciones religiosas dentro de la empresa tiene una finalidad legítima, aparentemente neutra, y que situaciones como la descrita por la trabajadora demandante no configuran discriminación, con lo cual el no portar símbolos religiosos es la regla, cualquier acción del empleador dirigida a permitir el ejercicio legítimo de portar símbolos religiosos dentro de una empresa, resultaría, contradictoriamente, prohibida, pese a que permite que cualquier trabajador manifieste su religiosidad sin distinción y fomenta el respeto entre los compañeros de trabajo. Además, tal prohibición podría considerarse también limitadora de decisiones empresariales que, legítimamente y con respeto de los derechos fundamentales, podría tomar una empresa, por ejemplo, alguna cadena hotelera podría considerar valioso que sus trabajadores porten sus símbolos religiosos con la finalidad de visibilizar la diversidad, pluralidad e intercambio cultural.

Cabe señalar que la sentencia aclara que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya una finalidad legítima, no es suficiente por sí sola para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o en las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante la necesidad real de ese empresario que incumbe a este demostrar. Esta interpretación, sigue el tribunal, se inspira en el deseo de fomentar por principio la tolerancia, el respeto y la aceptación de un mayor grado de diversidad y del evitar que el establecimiento de una política de neutralidad en el seno de la empresa se use indebidamente en perjuicio de trabajadores que observen preceptos religiosos que les exigen vestirse de un determinado modo.

Al respecto, el tribunal se equivoca al considerar que el ejercicio del derecho a la libertad de religiosa debe ser tolerado dentro de la empresa, porque tolerar no es lo mismo que respetar. La tolerancia supone que se permita una conducta que en sí misma no es legítima, con la finalidad de evitar que se produzca un daño. Este fin exige que los demás soportemos, generalmente por motivos de prudencia política, actividades que, en sentido estricto, en tanto no son buenas para el hombre, no son derecho, pero que han de permitirse para evitar un perjuicio mayor, y de esa forma garantizar que no produzcan ciertos conflictos<sup>76</sup>.

El derecho a la libertad religiosa, por el contrario, como el mismo tribunal afirma inmediately después, exige *respetar* su ejercicio, debido a que éste es lo que corresponde frente al ejercicio de reales derechos fundamentales. El respeto es el reconocimiento de que quién actúa lo hace con una legitimidad, no solo basada en criterios externos, como lo son la prudencia política con el fin de reconocer la diversidad religiosa<sup>77</sup>, sino que tiene su sostén en la identificación de otro como un *alter ego* igual a mí, y que, en consecuencia, tal como yo, tiene la necesidad de

<sup>76</sup> MARTÍN DE AGAR (1999) p. 932.

<sup>77</sup> Las causas externas pueden servir como un síntoma de la efectiva condición fundamental del derecho a la libertad religiosa: OLLERO (1998) p. 342.

expresar su espiritualidad con el fin de lograr su plena realización, la misma que puede concebir como manifestación religiosa al creer, desde su fe, en la existencia de un ser supremo. Entonces se configura el derecho a la libertad religiosa que supone la facultad de expresar esta creencia externamente, y la exigencia de que tal manifestación sea respetada por los demás, siempre que el ejercicio de este derecho se encuentre dentro de sus contornos jurídicamente protegibles.

Por ello, lo que corresponde al empleador frente al derecho a la libertad religiosa de sus trabajadores es permitir su ejercicio y, si ese ejercicio puede causar algún inconveniente al desarrollo normal de las actividades de la empresa, buscar alternativas para modular o ajustar la relación laboral para lograr su realización. Ahora, con esto no queremos decir que cualquier manifestación de fe, siempre y en todo caso, se considerará como ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa. Es más, cuando hemos hecho referencia a su desarrollo dentro de la empresa, siempre se ha mencionado que este derecho debe ser ejercido dentro de sus contornos jurídicamente protegibles. Por ello, habrá de atender a la existencia de razones objetivas que puedan justificar que determinada expresión de religiosidad, como el portar algún símbolo de fe, no pueda encontrarse dentro del marco jurídico protegido del derecho a la libertad religiosa en un caso concreto, porque pueda afectarse la productividad o los fines propios de la actividad empresarial<sup>78</sup>.

Pero tal situación de excepción es la que debe regularse. Así, por ejemplo, si en determinado sector de la empresa no puede portarse pañuelo islámico, algún tipo de turbante o cualquier bufanda o pañuelo, pues ello colocaría en peligro a quien lo porta, por el tipo de maquinaria que se utiliza, esa específica prohibición es la que debería normarse. Además, tal disposición debería tener una suerte de fundamentación que se asiente en razones objetivas que justifican la excepción a la regla general de permitir las expresiones religiosas dentro de la empresa. Es más, la prohibición, en sentido estricto, no estaría dirigida a que no se porte determinada manifestación de fe, sino a que determinados accesorios o implementos, sean estos religiosos o no, como collares o bufandas, telas largas, etc., por motivos de seguridad y salud en el trabajo no deben portarse en determinadas zonas de la empresa, para garantizar que no sucedan accidentes en la producción, seguridad o actividad de la corporación o lesiones en las personas o bienes. Tal disposición, que prohíba el portar determinadas prendas con el fin de asegurar la seguridad y salud de los trabajadores y personas en la empresa, al basarse en razones objetivas, deberán ser respetadas estrictamente por los trabajadores en cumplimiento de su deber de buena fe laboral y de no ser cumplidas, el empleador se encontraría legitimado plenamente para sancionar a los trabajadores por tal conducta infractora.

<sup>78</sup> Resulta interesante la STEDH, de 15 de enero de 2013, Caso Chaplin contra el Reino Unido (TEDH 2013\12), fundamento 100, que considera lícita la prohibición de portar un crucifijo en un hospital por riesgo de que se produzcan infecciones cruzadas. Al respecto: APARICIO (2015) pp. 65-66. Respecto a esta sentencia: OJEDA (2019) pp. 54 a 55.

## V. CONCLUSIONES

La persona que forma parte de una relación laboral no se despoja de sus derechos fundamentales, sino que, en virtud del contrato de trabajo, estos derechos deben ajustarse o modularse debido a las características propias de esta relación. Una de ellas es la particular situación de subordinación en que se encuentra una de las partes –el trabajador–, que faculta a la otra a ejercer la dirección y control de la empresa, teniendo, en consecuencia, potestad para ordenar, supervisar, e, incluso, sancionar al trabajador. Para ejercerse legítimamente, estas facultades deberán atender siempre al objeto de su prestación y al desarrollo adecuado de las actividades laborales.

Asimismo, ambas partes se encuentran sometidas, en virtud del contrato de trabajo, al respeto del deber de buena fe. Este debe ser considerado un elemento adecuado para modular o ajustar el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, pues a través de este principio las características o peculiaridades de la relación laboral se hacen manifiestas, permitiendo la concreción de las particularidades y exigencias propias de la relación de trabajo. Con ello se determina cuándo resulta imprescindible modular los derechos fundamentales de trabajadores y empresarios, para asegurar la buena marcha de la empresa.

Además, debe tenerse en cuenta que las facultades de dirección y control que ejerce el empleador sobre los trabajadores hacen de la relación laboral una relación análoga a la de los poderes públicos y sus ciudadanos. Así, la obligación de sujeción o respeto que los empleadores tienen –como particulares– con respecto a los derechos fundamentales de sus trabajadores, se extiende a la que podría desarrollar cualquier otro privado, y no es una relación meramente pasiva, sino que exige al empleador, siempre que ello no produzca un perjuicio a la empresa, realizar una serie de acciones para ajustar o acomodar las actividades laborales del trabajador, con el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Ahora, si el trabajador no obtiene una respuesta favorable a su solicitud de acomodación del ejercicio de sus derechos fundamentales a sus obligaciones laborales, no puede afirmarse que se restrinja el ejercicio de estos derechos, siempre que el empleador tenga motivos justificados que impiden que tal ajuste se produzca. Es decir, lo que existe es una imposibilidad fáctica o jurídica para que la modulación entre la organización de la empresa y el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador se haga efectiva, no una merma o sacrificio de un derecho por otro.

Por su parte, el que el trabajador detente la titularidad de derechos fundamentales dentro de la relación laboral, no supone que se encuentre habilitado para incumplir los deberes asumidos válidamente en virtud del contrato de trabajo. A manera de ejemplo, en lo que respecta al derecho a la libertad religiosa, el empleador debe permitir su ejercicio, siempre que el mismo no suponga un entorpecimiento o un obstáculo al adecuado desarrollo de la actividad productiva de la empresa. Por ello, si el portar símbolos religiosos no supone ningún problema para el actuar de la corporación, debería permitirse su uso en el entorno laboral, resultando ilegítima cualquier normativa empresarial que –asentada en una política general de

neutralidad del empresario que pretende imponer criterios secularizadores— restrinja el porte de dichas manifestaciones de la religiosidad de los trabajadores. Por el contrario, si existieran razones objetivas que justifiquen la prohibición, tal decisión del empleador debe ser acatada por los trabajadores en estricto cumplimiento de sus obligaciones laborales; y, no cumplir con tal disposición, supondría una infracción a sus deberes como tales.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONTE, María Emilia (2000): *Derecho del Trabajo* (Madrid, Editorial Civitas).
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2014): “Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad. ¿Un paradigma en retroceso?”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Actas del XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Pamplona, 29-30 de marzo de 2014): Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social* (Madrid, Editorial Cinca) CD de comunicaciones que acompaña al libro de actas.
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina (2021): “Las empresas ideológicas. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 17 de abril y 11 de septiembre de 2018”, en TUPINAMBÁ, Carolina (coord.), *As novas relações trabalhistas e o futuro do Direito do Trabalho*, Tomo 4 (Belo Horizonte, Forum) pp. 123-144.
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina (2017): *Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones jurídico-laborales* (Cizur Menor, Editorial Thomson Reuters – Aranzadi).
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina (2015): “El deber de modulación o acomodación de los derechos fundamentales de los trabajadores: La libertad religiosa y de conciencia en las relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, N° 391: pp. 49-100.
- BALLESTEROS LLOMPART, Jesús (1980): “Los principios básicos de la Constitución I: Estado social y democrático de derecho”, en AAVV. *Estudios sobre la Constitución Española* (Valencia, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia) pp. 37-44.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006): *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- DE DOMINGO LÓPEZ, Tomás (2001): *¿Conflicto entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad* (Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (2012): *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo* (Valladolid, Editorial Lex Nova).

- EMBED IRUJO, Antonio (1980): "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 25: pp. 191-206.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ROBERTO; TASCÓN LÓPEZ, RODRIGO; ÁLVAREZ CUESTA, Henar y QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo (2006): "Credo religioso y prestación laboral: ora et labora", *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, N° 67: pp. 3-58.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio (2003): *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral* (Pamplona, Editorial Thomson Reuters- Aranzadi).
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal* (Madrid, Editorial Trotta).
- GARCÍA GONZÁLES-CASTRO, Guillermo (2016): "Libertad religiosa y contrato de trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una propuesta armonizadora", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, N° 1: pp. 326-352.
- GARCÍA-PERROTE, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús (2003): "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", en SEMPERE NAVARRO, Antonio y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (edits.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Editorial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) pp. 249-272.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos (1994): *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales).
- FAHLBECK, Reinhold (2004): "Ora et labora. On freedom of Religion at the Word Place: A Stakeholder cum Balancing Factors Model", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 20, N° 1: pp. 27-64.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo (2022): "Prohibición de uso de velo y libertad religiosa frente a un régimen de neutralidad de la empresa: a propósito del juicio de no discriminación del TJUE", *Trabajo y Derecho*, N° 83: 1-11.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo (2012): "La libertad religiosa en las relaciones laborales: Factores de litigiosidad y supuestos fácticos conflictivos en clave contractual", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 28: pp. 335-395.
- MARTÍN DE AGAR, José Tomás (1999): "Tolerancia y Libertad", *Ius Canonicum*, Vol. Especial en honor de Javier Hervada: pp. 931-939.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. (2008): "Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 138: pp. 275-311.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín (2001): *Derecho del trabajo* (Madrid, Editorial Tecnos).
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis (1992): "Los derechos humanos como derechos inalienables", en BALLESTEROS LLOMPART, Jesús (edit.) *Derechos Humanos* (Madrid: Tecnos) pp. 86-99.
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio Luis (2005): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Trujillo, Editores Tabla).

- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis y DE DOMINGO LÓPEZ, Tomás (2011): *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. (Granada, Editorial Comares).
- MOLINA NAVARRETE, Carlos (1991): “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la Drittwirkung laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 3: pp. 63-106.
- MONTOYA MELGAR, Antonio (2001): *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número* (Madrid, Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación).
- OLLERO TASSARA, Andrés (1998): “La Constitución: entre el normativismo y la axiología”, en AA.VV. *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. I (Madrid, Editorial de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado) pp. 389-402.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (1971): *La renuncia de los derechos del trabajador* (Madrid, Editorial del Instituto de Estudios Jurídicos).
- OJEDA AVILÉS, Antonio (2019): “Libertad religiosa vs. libertad de empresa: las técnicas de ajuste”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 225: pp. 31-56.
- PEDRAJAS MORENO, Antonio (2000): “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: La Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, *La Ley - Asesoría Laboral*, N° 4: pp. 51-61.
- PEDRAJAS MORENO, Antonio (1992): *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia* (Madrid, Trotta).
- PRIETO SANCHIS, Luis (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Editorial Debate).
- PUNSET FERNÁNDEZ, Jorge (2021): “La discriminación en el empleo por motivos religiosos y de convicciones en la jurisprudencia reciente del TJUE”, *La Ley*, N° 12160: pp. 1-7. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/12/09/la-discriminacion-en-el-empleo-por-motivos-religiosos-y-de-convicciones-en-la-jurisprudencia-reciente-del-tjue>. Fecha de consulta 17/10/ 2023.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (2002): *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)* (Madrid, Editorial Lex Nova).
- RIVERO LAMAS, Juan (2003): “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: Eficacia horizontal y control constitucional”, en MONTOYA MELGAR, Antonio (coord.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al profesor Alonso Olea* (Madrid, Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) pp. 497 -521.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2011): “La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, N° 15: pp. 17-39.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2013): “Libertad religiosa y contrato de trabajo: Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional* (Cizur Menor, Editorial Thomson Reuters – Aranzadi) pp. 269-300.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2003): “La buena fe y el ejercicio de los poderes empresariales”, *Relaciones Laborales*, N° 2, pp. 35-46.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2004): "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", *Persona y Derecho*, N° 50: pp. 355-372.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio (2005): *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo* (Pamplona, Editorial Thomson – Civitas).
- SÁNCHEZ QUIÑONES, Luis (2022): "El fenómeno religioso en el marco de las relaciones laborales", *Diario La Ley*, N° 10054, pp. 1-13. Disponible en <https://lnkd.in/ekq-Ahmb>. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2023.
- SHNEIDER, Hans Peter (1991): *Democracia y Constitución* (Madrid, Editorial del Centro de Estudios Constitucionales).
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando (2004): "La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo", *Relaciones Laborales*, N° 2: pp. 97-112.
- VILADRICH BATALLER, Pedro Juan y FERRER ORTÍZ Javier (2010): "Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español", en FERRER ORTÍZ, Javier (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español* (Pamplona, Eunsa) pp. 85 -111.

## NORMAS O INSTRUMENTOS CITADOS

- ESPAÑA, Constitución española (29/12/1978).
- ESPAÑA, Estatuto de los Trabajadores de España (24/10/2005), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015.
- ESPAÑA, Ley 31/1995 (10/11/1995) de Prevención de Riesgos Laborales.
- ESPAÑA, Ley 36/2011 (10/10/2011) Reguladora de la Jurisdicción Social.
- ESPAÑA, Código Civil (24/07/1889).
- UNIÓN EUROPEA, Directiva 2000/78/CE del Consejo (27/11/2000) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- UNIÓN EUROPEA, Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (7/12/2000), Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01).
- UNIÓN EUROPEA, Convenio Europeo de Derechos Humanos (4/09/1950), relativo a la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Kosteski vs. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Tribunal Europeo de DDHH., 13/04/2006.
- Chaplin vs. el Reino Unido*, Tribunal Europeo de DD.HH., TEDH 2013\12, 15/01/2013.
- Vara Egenberger vs. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-414/16, 17/04/2018.
- IR vs. JQ*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), C-68/17, 11/09/2018.
- X vs. WABE eV & MH Müller Handels GmbH vs. MJ.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), C-804/18 y C-341/19, 15/07/ 2021.
- L.F vs. S.C.R.L.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), C344/20, 13/10/2022.

TRANS WORLD AIRLINES, INC. vs. HARDISON, U.S. SUPREME COURT, 432 U.S. 63, 16/06/1977. Disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/63/case.html>. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2023.

*Donald Wren vs. T.I.M.E.-D.C., INC.*, UNITED STATES COURT OF APPEALS EIGHTH CIRCUIT, 595 F.2d 441, 3/04/1979. Disponible en <http://openjurist.org/595/f2d/441/wren-v-time-dc-inc>. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2023.

STC 19/1985, de 13 de febrero (RTC 1985\19).

STC 241/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999\241).

STC 213/2002, de 11 de noviembre (RTC 2002\213).

STC 281/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005\281).

STS, de 7 de marzo de 2007, fundamento jurídico 2 y 3 (RJ 2007\2390).

STSJ Cataluña, de 15 de junio de 1995 (AS 1995\2396).

STSJ Granada, de 14 de noviembre de 2001 (AS 2001\4049).



## LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU DESVINCULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVAS

### *ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AND THEIR DELINKING FROM THE RIGHT TO REPRODUCTIVE HEALTH AND AUTONOMY*

Adriana Melgar Rimachi\*

**RESUMEN:** El objeto de este artículo es proveer de una justificación suficiente a la objeción de la tesis actual que postula a las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) como parte de los derechos reproductivos. Se discutirá que la prohibición de las TERAS supone una violación del derecho a la salud y autonomía reproductivas; que del derecho a fundar una familia se deriva el derecho a acceder libremente a las TERAS; y que los denominados “derechos” al hijo o a la reproducción asistida por motivos sociales forman parte de los derechos reproductivos. Este trabajo tratará estas cuestiones en el contexto de parejas infértiles. Se ofrece una perspectiva femenina renovada que reconoce la reivindicación de la mujer, de la maternidad y paternidad, y abre paso a un nuevo debate acerca de los derechos reproductivos en el marco del continuo repensar de los derechos humanos.

**Palabras clave:** derechos reproductivos, salud reproductiva, autonomía reproductiva, TERAS, derecho al hijo.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to provide sufficient justification for the objection to the current thesis that postulates assisted reproductive techniques (ART) as part of reproductive rights. It will be disputed that the prohibition of ART represents a violation of the right to reproductive health and autonomy; that the right to freely access ART derives from the right to found a family; and that the so-called “rights” to a child or to assisted reproduction for social reasons are part of reproductive rights. This work will address these issues in the context of infertile couples. A renewed feminine perspective is offered that recognizes the vindication of women’s rights, of motherhood and paternity, and paves the

---

\* Máster en la Teoría y Práctica de los Derechos Humanos por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo (Noruega). Docente a tiempo completo en el Departamento de Derecho y Ciencia Política, Universidad Católica San Pablo. Dirección Postal: Urb. Campiña Paisajista, s/n, Quinta Vivanco, Arequipa, 04001. Correo electrónico: amelgar@ucsp.edu.pe.  0000-0001-9372-702X. Agradezco especialmente los comentarios y sugerencias de la profesora Ligia Castaldi. Esta investigación ha sido desarrollada gracias al financiamiento del concurso “25 Años al servicio de la Investigación de la Universidad Católica San Pablo”.

way to a new debate about reproductive rights within the framework of the continuous rethinking of human rights.

**Keywords:** reproductive rights, reproductive health, reproductive autonomy, ART, right to a child.

## I. EL RECONOCIMIENTO Y LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Las últimas décadas han visto surgir nuevos derechos humanos que traen consigo el desafío de lograr su armonización con otros derechos de su misma especie, pues como es sabido los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí<sup>1</sup>. En ese sentido, el tránsito hacia la posmodernidad trajo consigo el derecho a un medio ambiente limpio y saludable, directamente relacionado con el derecho a la vida<sup>2</sup> y al respeto de la vida privada y familiar<sup>3</sup>; o, recientemente, el derecho al cuidado<sup>4</sup>, estrechamente vinculado con el derecho a la igualdad y no discriminación, a la salud, a la vida familiar, entre otros.

Por otra parte, la sexualidad y procreación, asuntos antes pertenecientes estrictamente al ámbito privado de las personas, han adquirido un protagonismo relevante dando lugar a los denominados derechos sexuales y reproductivos. Estos derechos se asientan en la premisa innegable de que “la sexualidad forma parte del conjunto de atributos y facultades de la persona humana, que es inherente a su naturaleza, que posee un carácter universal, y que la reproducción debe ser, en el ser humano, una expresión de libertad, voluntad y responsabilidad”<sup>5</sup>; así como de decisiones lo mejor posible informadas, debiendo las personas contar con la información, la educación y el acceso a los servicios y medios que se requieran para tal fin<sup>6</sup>.

Hoy en día la protección de los derechos reproductivos se encuentra circunscrita, entre otras cosas, a garantizar el libre acceso a las TERAS y a favorecer nuevos “derechos” como “el derecho al hijo o a la procreación” o el “derecho a la procreación asistida por motivos sociales”. Sin embargo, como veremos más adelante, la nominación de estos “derechos” no obedece a una realidad deóntica, es decir, no se trataría de bienes básicos debidos en justicia que resultan históricamente imprescindibles.

<sup>1</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.157/23.

<sup>2</sup> Tribunal Europeo de DD.HH., *L.C.B. c. REINO UNIDO*; Tribunal Europeo de DD.HH., *ÖZEL Y OTROS c. TURQUÍA*.

<sup>3</sup> Tribunal Europeo de DD.HH., *GUERRA Y OTROS c. ITALIA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *VILNES Y OTROS c. NORUEGA*.

<sup>4</sup> Discutido en el Sistema Interamericano con motivo de la solicitud de opinión consultiva de Argentina a la Corte Interamericana de DD.HH.

<sup>5</sup> PÉREZ DUARTE (2002) p. 1004.

<sup>6</sup> Si bien los derechos sexuales y los reproductivos son dos categorías de derechos interrelacionadas, en este trabajo nos enfocaremos únicamente en los derechos reproductivos dado que son estos los que se vinculan con las TERAS y es esta relación lo que se pretende discutir en este artículo.

dibles para el desarrollo o florecimiento humano, que se caracterizan por su universalidad, su fundamentalidad, su moralidad, su abstracción y su prioridad. Además, que la conjunción de las TERAS con los derechos reproductivos es inconsistente e innecesaria para la realización efectiva de los mismos.

Conviene recordar, asimismo, que el surgimiento de los derechos reproductivos estuvo muy asociado con la lucha por la reivindicación de la mujer a quien históricamente se le ha asignado un estatus subordinado en términos de poder económico, toma de decisiones y opciones con respecto al trabajo, la educación, la salud y la familia. Es más “(...) el concepto de derechos reproductivos surge, inicialmente, como una elaboración teórica para fundamentar y tratar de construir nuevas estructuras sociales que favorecieran la maternidad libre y la paternidad responsable; estructuras en las que se reconociera la función que ambas relaciones tienen en la construcción de la personalidad tanto de los varones como de las mujeres (...)”<sup>7</sup>.

Para un sector, los derechos reproductivos vieron la luz en la esfera internacional en la Conferencia de Teherán de 1968, cuando primeramente se estableció que los padres tienen un derecho intrínseco a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y a obtener la información necesaria para ello<sup>8</sup>. Asimismo, se considera que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), que es el tratado de derechos humanos contemporáneo más relevante en materia de derechos de las mujeres, proporciona el marco normativo internacional más acabado para los derechos reproductivos, por ser el único instrumento que a nivel universal se refiere de forma específica a la planificación familiar<sup>9</sup>. En el artículo 12.1 se establece que los Estados parte deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, en los que se comprenden los relacionados con la planificación de la familia<sup>10</sup>. Mientras que en el artículo 16.1.e se establece que, en la familia, la mujer debe tener los mismos derechos que el varón, entre otras cosas, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos<sup>11</sup>.

En los años noventa, los avances dentro del sistema universal de derechos humanos, las normas y políticas nacionales, así como las iniciativas de ONGs hicieron adelantar la comprensión de los derechos humanos de las mujeres y, por ende, de

<sup>7</sup> PÉREZ DUARTE (2002) p. 1008. Para Turner el origen de estos derechos se debió a la preocupación de los países desarrollados por la explosión demográfica de los países pobres. Esto llevó a establecer derechos y crear políticas que influyesen sobre el comportamiento reproductivo de las personas, con el fin de controlar el crecimiento poblacional a través del control de natalidad. TURNER (2001) pp. 208-209.

<sup>8</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.32/41; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, E/CONF.66/34; NACIONES UNIDAS, ECOSOC, E/5585; NACIONES UNIDAS, ECOSOC, E/CONF.76119.

<sup>9</sup> PÉREZ DUARTE (2002) p. 1009.

<sup>10</sup> CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

<sup>11</sup> CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

los derechos reproductivos. Esto se hizo evidente durante las conferencias sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y sobre Derechos Humanos<sup>12</sup>, en las que se reconoció que no se puede hablar de derechos humanos sin hablar de los derechos de la mujer y no se puede hablar de derechos de la mujer sin hablar de derechos reproductivos, ya que éstos son una parte integral de aquellos. No obstante, no es sino hasta 1994 cuando surgió el concepto de salud reproductiva, así como el derecho correspondiente. En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (en adelante, CIPD) celebrada en ese año en El Cairo y la IV Conferencia Internacional de la Mujer que se realizó el año siguiente en Pekín se reconoció que:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legamente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos<sup>13</sup>.

El principio 8 del Programa de Acción de El Cairo destaca por el planteamiento que hace de la salud reproductiva desde la perspectiva de los derechos humanos, recogiendo lo estipulado en los artículos 12 y 16 de la CEDAW antes mencionados. Además, en ese principio se destaca que “(...) los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción”<sup>14</sup>. Esta aproximación a la salud reproductiva evoca el papel fundamental que cumplen los contextos institucionales, culturales y políticos en que tienen lugar las decisiones y comportamientos reproductivos<sup>15</sup>. Lo que más adelante nos servirá para entender la importancia del contexto que enmarca las decisiones de las parejas infértiles que optan por las TERAS.

Por su parte, con el mismo enfoque de derechos humanos, la Plataforma de Pekín hizo un llamado a los Estados parte de los tratados de derechos humanos y a los comités que supervisan su cumplimiento a tener en consideración los compromisos de la Plataforma durante el proceso de presentación de informes estatales<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.151/26/Rev.1; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.157/23.

<sup>13</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párrafo 7.2; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 94.

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1.

<sup>15</sup> ESPARZA y CANO (2018) p. 19.

<sup>16</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.177/20/Rev.1, Capítulo V Disposiciones institucionales, C. Actividades en el plano internacional, párr. 322.

Este llamamiento ha sido acogido por el Comité que monitorea la CEDAW que en muchas ocasiones ha aplicado los estándares de El Cairo y Pekín al determinar si los Estados han cumplido con sus obligaciones de tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en el área de la salud sexual y reproductiva<sup>17</sup>. Esto demuestra que, aunque los compromisos estatales hechos en El Cairo y Pekín no son legalmente vinculantes, los dos documentos resultantes simbolizan el consenso de la comunidad internacional sobre la importancia de la protección y promoción de la salud reproductiva.

Es importante mencionar que, los derechos reproductivos como tales no están explicitados en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, pero se puede entrever consenso estatal<sup>18</sup> y doctrinal en observar su inclusión, dispersa, en los mismos<sup>19</sup>, de lo que resulta su aplicabilidad<sup>20</sup>. Además, en diversos instrumentos constitucionales<sup>21</sup> y jurisprudencia nacional<sup>22</sup> e interamericana<sup>23</sup> se ha reconocido a los derechos reproductivos como derechos humanos. En ese sentido, se puede afirmar que “los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes”<sup>24</sup>.

Sin perjuicio de ello, hay que aclarar que tanto el Programa de Acción de El Cairo como la Plataforma de Pekín se basan en un modelo de reivindicación femenina bastante contradictorio. En unas ocasiones destaca la visión de que la mujer es titular en exclusiva y total independencia con respecto al varón de la reproducción<sup>25</sup>

<sup>17</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, CEDAW/C/GC/35, párrafo 2.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *CASO I.V. vs. BOLIVIA*, párrafo 140; *CASO GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS vs. ECUADOR*, párrafos 237-238; *GONZÁLES LLUY Y OTROS vs. ECUADOR*, párrafo 381.

<sup>19</sup> Según Facio son doce los derechos humanos que se encuentran vinculados con los derechos reproductivos o que los conforman. FACIO (2008) pp. 26-28.

<sup>20</sup> REGUERA (2013) p. 144.

<sup>21</sup> La Carta ecuatoriana menciona explícitamente a los derechos reproductivos en los artículos 32, 66, 332 y 363.3. La Constitución de Nicaragua reconoce la protección al proceso de reproducción humana en el art. 74. Textos constitucionales provinciales o locales como la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, reconoce los derechos reproductivos en el artículo 21.4. Constitucionalmente el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento, que es un derecho reproductivo, está reconocido en Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay.

<sup>22</sup> Por citar un ejemplo, en el Perú: *ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN”* (2009), párrafos 5-6; *DIEZ MIL SEISCIENTOS CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA* (2012) párrafo 85; *ANDREA ÁLVAREZ* (2015) párrafo 15.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *CASO I.V. CONTRA BOLIVIA*, párrafos 157-158, 297-305; *CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) vs. COSTA RICA*, párrafo 148; *CASO GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS vs. ECUADOR*, párrafos 139,143; *CASO GONZÁLES LLUY Y OTROS vs. ECUADOR*, párrafo 197; *CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS vs. GUATEMALA*, párrafo 133.

<sup>24</sup> FACIO (2008) p. 25.

<sup>25</sup> En el principio 4 del Programa de Acción de la CIPD se estipula que sea la mujer quien controle su propia fecundidad, como uno de los requisitos para promover la equidad y la igualdad de los sexos y derechos de la mujer. Asimismo, en la primera parte del principio 96 de la Plataforma de Acción de Pekín se señala que “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control

y en otras ocasiones se refleja el modelo que concibe una titularidad compartida porque se reconoce que la reproducción es asunto de dos, y se hace un llamamiento a la corresponsabilidad en el ejercicio de la paternidad y maternidad<sup>26</sup>. Estas inconsistencias, que desde luego han afectado la correcta fundamentación y caracterización de los derechos reproductivos porque a la par que se exige la responsabilidad paterna también se elimina la decisión del padre progenitor reivindicando la autonomía absoluta de la mujer en decisiones referidas al número de hijos, no son óbice para intentar ofrecer un nuevo entendimiento de estos derechos ni para abandonar su defensa y promoción.

Y en ese sentido, bajo la premisa que reconoce el valor y la importancia que tiene la reproducción humana como un bien que contribuye al despliegue de la persona humana, somos de la idea de que el modelo de reivindicación femenina que funge de base para una mejor comprensión de los derechos reproductivos de todos es aquel en el que la maternidad no es vista como una carga ni como un deseo del que la mujer se debe liberar o puede reclamar su realización respectivamente, con miras a obtener un lugar en el ámbito público o concretar un anhelo. A la luz de este modelo, los derechos reproductivos nacen de la interrelación e interdependencia que existe en la diferencia entre lo femenino y lo masculino, y se fundamentan en el reconocimiento de la diferencia que atañe a la mujer y a su ser femenino y en el llamado a la reivindicación de lo masculino y de la paternidad, para el logro de un reparto de roles equitativo entre varón y mujer tanto en el ámbito privado como en el público<sup>27</sup>.

Lamentablemente, las confusiones y claroscuros que los derechos reproductivos entendidos erróneamente planteaban desde entonces continuaron reflejándose más adelante. En el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo que se celebró en 2013 se corroboró el limitado progreso en el objetivo de acceso universal a la salud sexual y reproductiva y, debido a ello, se propuso que el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo debe incluir la garantía del acceso universal a las TERAS<sup>28</sup>. Lo paradójico es que ni el debate nacional ni el internacional han encontrado claridad ni consenso sobre este tópico, dándole un tratamiento fragmentado y, muchas veces, contradictorio.

---

sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia”.

<sup>26</sup> En la segunda parte del principio 96 señala que “Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.

<sup>27</sup> ELÓSEGUI (2002) p. 133.

<sup>28</sup> El párrafo 43 señala: “Asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida”. NACIONES UNIDAS, CEPAL, LC/L.3697.

## II. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LAS TERAS

En la línea de lo anteriormente expuesto, hay quienes piensan que la omisión o negativa para incorporar los avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud reproductiva, tales como tecnologías y avances de reproducción asistida, pone en peligro la calidad de cuidado<sup>29</sup>. Y otros que explícitamente han señalado que las TERAS forman parte de los derechos reproductivos de toda persona, los cuales le permiten tomar decisiones en torno a cuándo y cómo quieren reproducirse<sup>30</sup>. Estos planteamientos parten de la premisa de que las TERAS y los derechos reproductivos, concretamente la salud y autonomía reproductivas, guardan una relación de medio a fin y que, por tanto, una medida para proteger estos derechos será el facilitar el acceso a las TERAS. Sin embargo, la asociación de estas técnicas con el derecho a la salud reproductiva es ilógica porque las primeras no son medios adecuados, necesarios, asequibles y de calidad para la realización de lo segundo.

En primer lugar, las TERAS son un conjunto de técnicas y procedimientos onerosos que sustituyen el proceso natural de reproducción con el objetivo (la mayoría de las veces fallido) de facilitar el embarazo, y que no pueden garantizar la gestación a término. Estas técnicas no cumplen los requisitos que la atención de la salud reproductiva exige, esto es, la provisión de técnicas y servicios que eviten y resuelvan problemas relacionados con la salud reproductiva y en ese sentido contribuyan a la salud y bienestar reproductivo<sup>31</sup>. Las TERAS no son técnicas que remedien enfermedades ni reparen el funcionamiento de órganos, ni se ha demostrado que prevengan o sorteen problemas de salud reproductiva. Se trata de procedimientos que no son restaurativos o terapéuticos y que, por lo tanto, no contribuyen al derecho de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud en materia reproductiva.

En segundo lugar, las TERAS<sup>32</sup>, que se aplican principalmente en el cuerpo de la mujer, conllevan altos riesgos o efectos indeseados para su vida, salud e integridad personal. El uso de estas técnicas supone el sometimiento de la mujer a la influencia de una serie de fármacos y hormonas que tienden a incrementar los estados de estrés severo corporal y psicológico que conlleva la enfermedad que causa la infertilidad, y que afectan directamente la integridad personal y la salud de la mujer al generarle nuevos padecimientos físicos y mentales. Esta afectación física y psíquica también se evidencia en la transformación que el uso de las TERAS hace del cuerpo de las mujeres, los que convierte en lugares de intervención pública<sup>33</sup>, no

<sup>29</sup> BLADILLO, DE LA TORRE y HERRERA (2017) p. 14.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ (2019) p. 855.

<sup>31</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, Capítulo VII.

<sup>32</sup> No solo las técnicas de alta complejidad como la fecundación in vitro con transferencia embrionaria (FIVET) o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) conllevan riesgos graves. Todos los tratamientos de reproducción asistida requieren hormonas estimulantes (gonadotropinas) a veces combinadas con otras sustancias, que pueden en cualquier caso atentar contra la vida, salud e integridad de la mujer receptora y donante. BACARDIT (2020) p. 98.

<sup>33</sup> CAMBRÓN (2001) p. 180.

sólo para asegurar descendencia sino también para otros fines, como el perfeccionamiento de las técnicas reproductoras.

En tercer lugar, reconocer el uso de las TERAS como parte integrante de los derechos reproductivos significaría admitir que estos derechos no son en realidad derechos humanos, sino derechos que solo les pertenecen a las mujeres, dado que es en sus cuerpos donde exclusivamente dichas técnicas se aplican, y bajo esa lógica solo las mujeres podrían ejercer derechos reproductivos. La otra posibilidad es admitir que los varones estarían lícitamente aptos para servirse de los cuerpos femeninos con el fin de ejercer sus derechos reproductivos a través de las TERAS. En el contexto de la infertilidad, la reproducción asistida se enfoca principalmente en el cuerpo de la mujer que quiere tener un hijo, inclusive si es el varón el que tiene el impedimento. Si el varón es infértil las TERAS no pueden tratarlo, ayudarlo a prevenir dicha infertilidad ni a regular su fecundidad. Por el contrario, el lugar que las TERAS ofrecen a los varones es el de proveedores, acompañantes o colaboradores, sin reconocerles su posición como sujetos merecedores de una atención de su estado de salud personalizada, como todo sujeto de derecho merece.

Dado que las TERAS son exclusivas para las mujeres y excluyentes para los varones<sup>34</sup>, el considerar su acceso como parte del contenido protegido del derecho a la salud reproductiva implica que en la práctica se promueva un sistema de atención de la salud reproductiva discriminatorio que brinde un trato diferenciado injustificado en perjuicio de los varones, y lesione su derecho a la igualdad y no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva. Además, en cuanto a justicia distributiva se refiere, no habría una asignación equitativa de recursos para la atención de la salud reproductiva femenina y de la salud reproductiva masculina, sin razones que justifiquen la diferenciación más aún cuando hoy en día se sabe que el 50% de los problemas de infertilidad se deben a factores masculinos.

En cuarto lugar, las TERAS son procedimientos innecesarios porque existen otros procedimientos más asequibles y efectivos cuya finalidad principal sí es restaurativa. Estos tratamientos están orientados a recuperar la fertilidad natural femenina y masculina para que varón y mujer por sí mismos y con cuerpos sanos puedan procrear. La rama de la Medicina que se encarga de esos tratamientos restaurativos es la Naprotecnología.

### III. UNA EXPLICACIÓN TELEOLÓGICA DEL DERECHO A LA SALUD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVAS

Los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que abarca el derecho de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos; el derecho a recibir toda la información necesaria para tomar decisiones en el ámbito reproduc-

<sup>34</sup> Reconocido por la Corte IDH en el caso Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA*, párrafo 299.

tivo y disponer de los medios para ello; el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud reproductiva y el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia<sup>35</sup>. Se aprecia, entonces, que los derechos reproductivos tienen un contenido de libertad que exige la no injerencia ilegal o arbitraria de los Estados (y de particulares) en las decisiones relativas a la reproducción y un contenido prestacional que exige la intervención de los Estados con la provisión de la información necesaria y los recursos adecuados, asequibles y de calidad que garanticen el disfrute de la salud reproductiva en condiciones de igualdad.

Como derechos vigentes requieren que los Estados cumplan con obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción para su realización efectiva. En lo que sigue defenderemos que hay falsas atribuciones y posiciones jurídicas que no forman parte del contenido protegido de los derechos reproductivos, con el fin de evidenciar que el posibilitar el acceso a las TERAS o su financiación (que devienen como reclamaciones de dichas posiciones) no forman parte de las obligaciones estatales para garantizar los derechos reproductivos. Es más, se revelará que el uso de las TERAS aumenta las posibilidades de tensiones y contradicciones en el contenido de estos derechos porque exalta la autonomía reproductiva y la impone sobre la salud reproductiva, lo que desequilibra o atomiza su relación. Consecuentemente, el acceso a estas técnicas contribuye a que los derechos reproductivos ya no se consideren tanto al servicio de la dignidad humana como de una autodeterminación casi absoluta<sup>36</sup>.

Afirmamos ello porque, si bien la dignidad incluye el reconocimiento del valor de la libertad y el albedrío de cada persona, no puede reducirse a la autonomía individual. De lo contrario, “nos encontraríamos con que la dignidad del ser humano sería una contingencia en su vida, algo que puede darse o no (...)”<sup>37</sup>. El ensalzamiento de un derecho humano por encima de otro contradice el acuerdo básico y mínimo sobre el significado de la dignidad humana recogido en la DUDH, donde la dignidad humana es entendida de manera integrada<sup>38</sup> como el fundamento de los derechos humanos, es decir, la dignidad de cada ser humano no se puede reducir a un aspecto u otro de la personalidad humana, sino que es respetada y garantizada en la totalidad de los derechos reconocidos.

Así, no nos adentraremos a describir las obligaciones que los derechos reproductivos exigen de parte de los Estados sino más bien a desmontar aquello que no forma parte de estos derechos ni de las obligaciones estatales para protegerlos.

<sup>35</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párr. 7.3; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 95.

<sup>36</sup> MONTORO (2019) p. 552.

<sup>37</sup> BELLVER (2022) p. 679.

<sup>38</sup> CAROZZA (2022).

1. NO EXISTEN LOS LLAMADOS “DERECHO AL HIJO”, “DERECHO A LA PROCREACIÓN” O “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN” Y ESTOS PSEUDODERECHOS NO SON PARTE DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

La infertilidad como padecimiento personal y a la vez con gran proyección social ha dado paso a que el deseo insatisfecho del hijo se convierta en el “derecho al hijo”. Sin embargo, no existe como tal un derecho que ampare un bien de esta naturaleza, el hijo deseado, es decir, un hijo fabricado. Ningún tratado internacional ni carta fundamental reconoce un derecho humano o constitucional a tener hijos.

La comunidad internacional entiende que la existencia de este derecho contradeciría la dignidad del hijo<sup>39</sup>, pues se le trataría como objeto de un derecho subjetivo de otro ser humano, susceptible de apropiación, en lugar de como un sujeto con vida y dignidad propia, como un valor en sí mismo<sup>40</sup>. De lo contrario, si tal derecho humano existiera, nada impediría a una mujer exigir al Estado que le diera descendencia por cualquier medio y a cualquier precio, a través, por ejemplo, de una clonación o del uso del semen de su marido muerto hace años<sup>41</sup>. Sin embargo, vemos que estas cuestiones siguen siendo bastante discutibles desde el punto de vista bioético y también desde el jurídico en términos de la *res justa*, precisamente porque todos entendemos que un hijo no es una cosa debida a una persona, cuya garantía se le pueda reclamar al Estado.

Algunos autores admiten que en el campo de las TERAS lo que existe es un “derecho a la procreación”<sup>42</sup>, y que la limitación de este, es decir, no permitir que una mujer sola pueda utilizar las TERAS bajo la invocación del interés superior de un niño que no ha sido procreado, es una falacia<sup>43</sup> porque en el campo de la reproducción asistida lo que se tiene en consideración es, en primer término, a los adultos y por lo tanto se protege su autonomía y libertad<sup>44</sup>.

Sin embargo, un supuesto derecho a la procreación mediante las TERAS se sostiene con base en dos ilusiones que estas técnicas han tratado de transformar en realidades irrefutables. La primera es que el resultado del acto reproductivo depende de una libertad, cuando, en realidad, este resultado (el hijo) es dependiente de fac-

---

<sup>39</sup> Y con ello se contradeciría normas *ius cogens* como la prohibición de discriminación, tratados internacionales de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño, normas nacionales referidas a los derechos de niños y adolescentes, que reconocen a los hijos como verdaderos sujetos de derecho y todos los principios de la doctrina de protección integral que nos señalan al niño como una persona con iguales derechos que los adultos. El Comité de los Derechos del Niño se refiere, por ejemplo, al principio del interés superior del niño. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/GC/14, párrafo 5.

<sup>40</sup> PUERTO (2000) p. 136.

<sup>41</sup> PUERTO (2000) p. 136.

<sup>42</sup> ISLER (2010) pp. 4-7, GONZÁLEZ (2017) p. 519; GÓMEZ (1988), pp. 90-93.

<sup>43</sup> HERRERA (2017) p. 76.

<sup>44</sup> HERRERA (2017) p. 77.

tores inciertos sobre los que el ser humano tiene solamente un dominio relativo<sup>45</sup>. El mismo pedido de ayuda de parejas infértiles deseosos de tener un hijo demuestra que la existencia de un hijo no depende de una libertad. De ahí la baja tasa de éxito de las TERAS. Es decir, el tener un hijo no es una libertad, intentar tenerlo sí.

En ese sentido, el Estado, en mérito a su obligación de respeto, no debe interferir en la libertad de las personas de buscar y usar los medios a su alcance para lograr tal fin y debe más bien garantizar, en otras palabras, proveer los medios que ayuden a las personas a alcanzar el propósito de tener hijos. Ello con la consideración, como dijimos antes, de que los medios que el Estado está obligado a facilitar deben ser adecuados, necesarios, asequibles y de calidad, que coadyuven a la finalidad reproductiva al tiempo que respetan la dignidad de todos los involucrados.

Además, con relación a la invocación del interés superior de un hijo que todavía no existe, como indica Álvarez, cuando los adultos manifiestan su intención de procrear y cuando dicha intención necesita para su concreción recurrir a acuerdos, contratos de servicio u otros, como sucede cuando se recurre a las TERAS, entonces el interés y las necesidades del menor deberían ser tuteladas desde el momento en que se manifiesta dicha intención<sup>46</sup>. De forma complementaria, uno de los compromisos internacionales en materia de derechos reproductivos establece que “en el ejercicio del derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad (...)”<sup>47</sup>.

Y la segunda ilusión es que está, *a priori*, justificado que una sociedad proporcione todos los recursos para que sus miembros puedan procrear. Esto se muestra en la pregunta retórica de Herrera –“¿Acaso no es el interés superior de los niños que estos puedan nacer y que ello sea producto de una decisión de los adultos?”<sup>48</sup>– para justificar el acceso libre a las TERAS. Todo ello revela que el paso del deseo al derecho es patrimonio de la sociedad en la que vivimos, según la cual es socialmente aceptado que los hijos deben ser deseados. Como explica Calise, bajo esa premisa, la instrumentalización orientada por la satisfacción del deseo de tener un hijo es algo validado por la comunidad, la cual justifica que la cosificación de un ser humano no responde a motivos egoístas sino al deseo natural de formar una familia. Por lo tanto, la sociedad le exige al Derecho que reconozca tal prerrogativa y facilite los medios necesarios para su realización, especialmente en el caso de las personas infértiles<sup>49</sup>. Además, están ciertos principios de solidaridad procreativa, a partir de los cuales como el deseo del hijo puede ser visto como un ‘bien’ esencial para la

<sup>45</sup> El Tribunal Europeo de DD.HH. se ha referido, por ejemplo, a un respeto a la “voluntad procreacional”, pero no a un reconocimiento expreso del “derecho a procrear” como tal derecho. Tribunal Europeo de DD.HH., *KNECHT C. RUMANÍA*.

<sup>46</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 164.

<sup>47</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párr. 7.3.

<sup>48</sup> HERRERA (2017) p. 78.

<sup>49</sup> CALISE (2014) p. 49.

realización de ciertas personas, conviene favorecer su realización como un acto de solidaridad y de defensa de la libertad individual, dado que no hay razones para entender que la vida humana deba construirse sobre la base de algunos modelos, sino que cada uno pueda definir el modelo de su existencia de manera propia<sup>50</sup>.

Sin embargo, desde el Derecho hay que decir que un “derecho al hijo” supone que el Estado estaría obligado a garantizar el objeto de este derecho. A pesar de ello, no es factible en la realidad que el Estado pueda asegurar la realización del objeto de tal derecho, es decir, la existencia del hijo. Se estaría admitiendo que los Estados están habilitados *ex ante* a incumplir con una de sus principales obligaciones en materia de derechos humanos. Así también, si existiera un “derecho al hijo”, cuando las parejas que han congelado embriones se separan, la persona que desea tener el hijo tendría una pretensión más fuerte que la que no lo desea para exigirle al Estado su protección. Una especie de “derecho implícito a la implantación”. ¿Cómo podría de otra manera el Estado proteger y garantizar el derecho de quien quiere tener un hijo biológico (siendo esta su única oportunidad) ante la negativa de la expareja que ya no desea tenerlo? Y si un tribunal rechazara la petición de una mujer de que se le transfiera el embrión congelado ante la negativa de su expareja, que fue lo que precisamente pasó en el caso *Evans vs. Reino Unido* ¿cómo podría dicho tribunal justificar que con esa decisión está actuando a favor de la mujer y de su derecho al hijo, a la luz del principio *pro homine*? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no tuvo que desarrollar una justificación porque no reconoce este derecho como tal.

En esa línea, se dice que en la jurisprudencia varios tribunales regionales han hecho eco del “derecho a tener hijos” a partir de otros derechos reconocidos en el tratado que supervisan. Debemos aclarar que si bien el TEDH ha concedido protección, especialmente en su primera jurisprudencia, a los nacionales a los que se les había privado del acceso a la reproducción asistida en determinadas circunstancias concretas a través de una interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH<sup>51</sup>; en ningún momento esta Corte ha reconocido explícitamente un “derecho a la procreación” y como parte de este el acceso incondicionado a las TERAS.

<sup>50</sup> CALISE (2014) p. 50.

<sup>51</sup> Según la cual, el respeto a la privacidad incluye el derecho de las personas a decidir tener hijos y a acceder a las técnicas necesarias para ser madres y padres biológicos. Tribunal Europeo de DD.HH., *DICKSON VS. THE UNITED KINGDOM*; Tribunal Europeo de DD.HH., *COSTA AND PAVAN VS. ITALY*. Se afirma que la Corte IDH en su sentencia del caso *Artavia Murillo* refuerza la jurisprudencia del TEDH porque adscribe derechos de autonomía reproductiva, entre otros, al artículo 11.2 de la CADH que reconoce el derecho a la privacidad. Corte Interamericana de DD.HH., *ATALA RIFFO C. CHILE*. Mientras que, a nivel nacional, la Corte Suprema de Estados Unidos ha desarrollado jurisprudencialmente la tesis de que el derecho a la privacidad incorpora intereses de autonomía. *GRISWOLD ET AL. V. CONNECTICUT*, 381 U.S. 479 (1965); *PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PA. V. CASEY*, 505 U.S. 833 (1992).

Es más, cada día se advierte que este tribunal viene reconociendo un creciente margen de apreciación nacional a los Estados en materia reproductiva<sup>52</sup>. Esto refuerza que no hay consenso internacional entre los Estados respecto a la existencia de aquellos supuestos derechos y que en todo caso las autoridades nacionales se encuentran en una mejor posición que un tribunal internacional para la regulación de las cuestiones privadas de índole ético vinculadas a la reproducción.

En conclusión, no existe el “derecho al hijo” o “a la reproducción” y estos pseudoderechos al no formar parte de los derechos reproductivos no son atribuciones que se puedan limitar o lesionar, dado que solo es posible restringir de un derecho aquello que forma parte del ámbito de su funcionamiento regular. Todo lo que está fuera de ese espacio, como la pretensión de obtener un hijo a través de las TERAS, no es un auténtico derecho porque está precisamente fuera de la actuación armónica de los derechos reproductivos entre sí y con otros derechos humanos, y en aplicación del *pro homine* no debiera ampararse.

## 2. EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA NO SUPONE LA GARANTÍA DEL HIJO, PROTEGE LA FAMILIA COMO UN BIEN EN SÍ MISMO Y ESTABLECE RELACIONES DE JUSTICIA ENTRE SUS MIEMBROS, POR LO QUE NO DEBERÍA SER REDUCIDO A CONVERTIRSE EN LA VALIDACIÓN DEL DESEO INDIVIDUAL ILIMITADO DE SUS MIEMBROS.

Para algunos autores, no existiría un “derecho al hijo”, sino la manifestación de la autonomía de la voluntad en el ejercicio del derecho a formar una familia, siendo las TERAS un modo o medio para su ejecución o por lo menos para procurar ejercer este derecho.

El derecho a fundar una familia no contempla dentro de su contenido la obtención de un hijo y, por tanto, no supone la garantía de este. Lo contrario nos haría suponer que solo son familias las que tienen hijos. Es decir, ni el particular puede exigirle al Estado que le dé un hijo en mérito a su derecho a fundar una familia, ni el Estado está obligado a proveer hijos en razón a su obligación de proteger y garantizar el derecho a fundar una familia de los particulares. Dicho esto, si las TERAS tienen como propósito único (exclusivo) y posible (no pueden lograr otra cosa) la obtención de un hijo es válido decir que el uso de las TERAS no forma parte del contenido del derecho a fundar una familia, que esta tecnología reproductiva no es una manera de alcanzar el fin o realizar el bien más amplio que protege aquel derecho que, como dijimos, no es exclusivamente el tener hijos. Por lo tanto, del derecho a fundar una familia no se sigue el “derecho” a acceder libremente a las TERAS.

Además, por ser la familia un lugar de relaciones fundamentales que son constitutivas del florecimiento humano constituye en sí misma un bien necesario para la persona y la sociedad. Por consiguiente, la familia no debería ser reducida al sostenimiento de relaciones interpersonales para satisfacer intereses individualistas, es decir,

<sup>52</sup> Tribunal Europeo de DD.HH., *EVANS vs. REINO UNIDO*; Tribunal Europeo de DD.HH., *S.H. Y OTROS vs. AUSTRIA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *D. Y OTROS vs. BÉLGICA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *PARRILLO vs. ITALIA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *PARADISO Y CAMPANELLI vs. ITALIA*.

a una forma de relación instrumental. Las familias se caracterizan fundamentalmente por las relaciones íntimas y constitutivas entre las personas que las conforman y, como tales, existen deberes mutuos en la relación, así como derechos recíprocamente correlativos. Tanto los derechos como los deberes protegen los intereses de la relación misma, de la unidad relacional que existe en el marco de la familia<sup>53</sup>. Es decir, los derechos de las familias y en las familias son ante todo derechos relacionales.

El concebir el uso de las TERAS como una parte o manifestación del derecho a fundar una familia supone reducir la misma a un conglomerado de intereses individuales y, por ende, a la instrumentalización de sus miembros para la validación de deseos individualizados, en violación directa de sus derechos y deberes como parte de la sociedad familiar. Las familias como tales tienen un significado y un propósito social más amplio que el de promover el deseo ávido del hijo biológico. En ese sentido, ningún miembro presente o futuro de la familia debería ser usado para satisfacer deseos personales de otros miembros de la unidad familiar.

Como indica Aparisi “Del reconocimiento de la dignidad se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalización del ser humano (...)”<sup>54</sup>, lo cual implica la necesidad de defender la cualidad de cada persona integrante del grupo familiar de ser fin en sí mismo, frente a cualquier tipo de interés de su entorno o de la sociedad, y de no ser rebajado a la categoría de medio en ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional.

En ese sentido, es infundado el argumento que plantea el caso de menores que nacen en familias sin padre al existir madres solteras para afirmar que no habría razones suficientes por las que debería impedirse a una mujer soltera infértil tener un hijo a través de las TERAS, especialmente si permitiéndoles tener hijos con la reproducción asistida servirá para que estas mujeres puedan vivir en condiciones de igualdad respecto a las mujeres solteras que pueden engendrar de forma natural, sin que nadie pueda impedirlo<sup>55</sup>. Es infundado porque la existencia de circunstancias lamentables de desamparo de menores o de familias en las que falta el padre no conlleva que el Derecho tenga que crear o alentar este tipo de situaciones. Efectivamente un niño puede ser adecuadamente criado en una familia en la que la madre se ve compelida, por otras circunstancias, a sacar a su hijo adelante ella sola; pero la falta del padre no es un valor social que la norma deba fomentar o proteger, porque el rol del padre en la educación del hijo también resulta importante y ha de proporcionarse al niño siempre que fuera posible<sup>56</sup>.

Además, en términos bioéticos, el reconocer que mujeres solteras infértiles puedan tener hijos a través de las TERAS atentaría contra el principio de la autonomía, ya que el individuo por nacer no sería libre, sino una mercancía fabricada para

---

<sup>53</sup> CAROZZA (2022).

<sup>54</sup> APARISI (2013) p. 217.

<sup>55</sup> PUERTO (2000) p. 136.

<sup>56</sup> PUERTO (2000) p. 137.

satisfacer los deseos de otros y para que sus madres conformen familias similares a las de las madres solteras.

Asimismo, debemos tener presente que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad donde la vulnerabilidad es cotidianamente encontrada en un “otro” y reconocida a la vez en uno mismo. Dicha vulnerabilidad, entendida como una condición fáctica y constitutiva del ser humano, nos remite necesariamente a la interdependencia<sup>57</sup> entre los integrantes de la familia. Una interdependencia que, no solo es necesaria, sino además idónea para la consecución de los bienes imprescindibles para el florecimiento de la vida personal y familiar. Dicho esto, es evidente que la infertilidad representa para la familia que la padece una condición de vulnerabilidad inevitable y, en ese sentido, la interdependencia debería expresarse en relaciones de cooperación y ayuda mutua. Cuando se acuden a las TERAS la interdependencia se expresa de forma meramente instrumental y poco responsable porque se dispone de la integridad corporal y psíquica de uno o más miembros como un medio para obtener un hijo. Es decir, la vulnerabilidad de unos termina siendo superada a costa de la instrumentalización de otros, causando daño tanto al que instrumentaliza como al que es usado, igual o peor que el daño que pueda ocasionar la infertilidad. Así pues, estas técnicas distorsionan la percepción de los valores jurídicos, desconectan las consecuencias de los actos humanos de su finalidad inicial y difuminan el sentido de la responsabilidad de las personas que integran la familia<sup>58</sup>.

3. LOS ESTADOS NO ESTÁN OBLIGADOS A PERMITIR Y A FINANCIAR EL ACCESO A LAS TERAS PARA PROTEGER Y GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA. LAS TERAS NO SE DEBERÍAN ACEPTAR COMO ALTERNATIVAS PARA LA REPRODUCCIÓN HUMANA POR EL DAÑO QUE PRODUCEN A LOS INTERVINIENTES.

Dentro de los derechos reproductivos está el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En el Sistema Interamericano, el Protocolo de San Salvador contiene un desarrollo notable del derecho a la salud que se puede hacer extensivo al derecho a la salud reproductiva, porque no solo reconoce el derecho de las personas a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental, sino que también establece que los Estados parte reconocen la salud como un “bien público”, y describe un conjunto de medidas para el cumplimiento y la garantía de este<sup>59</sup>. Una de estas medidas es el tratamiento y prevención de enfermedades. Lamentablemente, uno de los problemas más graves que continúa afectando la salud reproductiva de mujeres y varones es la infertilidad, que, como sabemos, es síntoma o consecuencia de diversas enfermedades en los sistemas relacionados con la reproducción. También en ese sentido lo entendió el Programa de Acción de El Cairo

<sup>57</sup> BELLVER (2022) pp. 681-682.

<sup>58</sup> VIDAL (2019) p. 507.

<sup>59</sup> PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

cuando estableció que la atención primaria de la salud debería abarcar, entre otras cosas, la prevención y el tratamiento adecuado de la infertilidad<sup>60</sup>. Es lógico que las TERAS, al no tener efecto terapéutico alguno sobre el incapaz de concebir ni servir para prevenir la infertilidad, no sean incluidas en los servicios específicos de salud reproductiva.

Además, la atención de la salud reproductiva debería incidir más en la prevención de la infertilidad. Tal como lo establece el Comité DESC, en su Observación General No. 14, una

estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia reproductiva<sup>61</sup>.

Es decir, los Estados en atención a su obligación de cumplir, deben garantizar la atención de la salud reproductiva, en particular estableciendo programas de detección temprana y tratamiento de enfermedades, como el síndrome de ovario poliquístico, la endometriosis y el hipotiroidismo, que puedan afectar la salud reproductiva de las mujeres; sin dejar de lado las necesidades de salud reproductiva de los varones. Mientras la protección del derecho a la salud reproductiva debe enfocarse en prevenir, investigar e informar posibles enfermedades, las TERAS nada tienen que ver con esos asuntos puesto que se aplican innecesariamente en un segundo momento, cuando ya hay cuerpos enfermos e infértiles.

Las TERAS no tienen ninguna aplicabilidad e incidencia en la promoción, mantenimiento y restablecimiento de la salud reproductiva. Es más, estas técnicas operan y pueden mantenerse vigentes bajo el supuesto de que más personas y parejas no puedan tener hijos debido a su infertilidad, creando así un círculo vicioso en la medida que su mayor difusión y accesibilidad repercute en que desde los sistemas de salud se ponga menos atención a la eliminación de los factores o causas que favorecen la infertilidad<sup>62</sup>. Los Estados que promueven, financian o incluyen las TERAS en sus servicios de salud, incumplen su obligación: i) de no difundir información errónea e imponer restricciones al derecho de las personas a tener acceso a información sobre la salud reproductiva; ii) de aplicar leyes y políticas que prohíban los comportamientos de terceros que causen daño a la integridad personal o menoscaben el pleno disfrute del derecho a la salud reproductiva; iii) de velar para que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación integral sobre salud reproductiva; iv) de apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones referidas a su salud reproductiva; v) de velar por la apropiada formación

<sup>60</sup> NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párr. 7.6.

<sup>61</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, E/C.12/2000/4, párr. 21.

<sup>62</sup> BALLESTA (2011) p. 42.

de médicos y demás personal de salud para que estos se informen sobre los diversos tratamientos para la infertilidad, sepan aplicar dichos tratamientos y brinden a sus pacientes diferentes opciones de tratamiento, vi) de brindar un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos<sup>63</sup>, que cubra tratamientos de infertilidad como la Naprotecnología; vii) de fomentar investigaciones médicas para conocer con detalle las causas de enfermedades que producen infertilidad y viii) de garantizar el acceso universal y equitativo a servicios aceptables y de calidad en materia de salud reproductiva<sup>64</sup>.

Este Estado en lugar de incidir en la prevención de la infertilidad y el restablecimiento de la salud reproductiva, utiliza dicha infertilidad como legitimación para la utilización de unas técnicas<sup>65</sup> que además de tener una nula relación con la salud reproductiva, son invasivas y en la mayoría de los casos ineficaces con unas tasas de éxito muy reducidas.

Los Estados no solo no están obligados a permitir o financiar el uso de las TERAS para respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud reproductiva, sino que además no deberían aceptarlas como medios alternativos de reproducción por los riesgos y efectos indeseados que producen en sus usuarios, especialmente en las mujeres, ante los cuales los Estados mantienen el imperioso deber de intervenir para resguardar la integridad personal de aquellos. Si lo que se busca es la realización efectiva del derecho a la salud reproductiva en conjunto con el respeto a la dignidad y otros derechos humanos de los involucrados, entonces los Estados deben adoptar medidas en las que se tenga en cuenta la especificidad de las necesidades y los riesgos en materia de salud reproductiva tanto para mujeres como para varones. Particularidades que, como indica Noroña, se pueden enfocar desde dos aspectos: aquellos problemas específicos de cada sexo, asociados con causas estrictamente biológicas, y las formas en que ciertas normas, usos y costumbres repercuten en la salud reproductiva de varones y mujeres<sup>66</sup> (que las TERAS utilizan en perjuicio de las mujeres). Solo así se garantizará la satisfacción progresiva del derecho a la salud reproductiva de todas las personas independientemente de su sexo.

#### 4. EL RECONOCIMIENTO DEL LLAMADO “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA” SUPONE UNA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y NO ES EL MEDIO MÁS IDÓNEO PARA GARANTIZAR SU IGUALDAD, AUTONOMÍA Y SALUD REPRODUCTIVA.

Reguera Andrés ha planteado la existencia del derecho a la protección de la salud reproductiva asistida, como un derecho que surge ante la mayor presencia de la mujer en el ámbito público, lo que la lleva no pocas veces a tener que optar entre posición económica-laboral o maternidad, con el consecuente aumento de la infer-

<sup>63</sup> FACIO (2007) p. 79.

<sup>64</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, E/C.12/GC/22, párr. 39-47.

<sup>65</sup> LEMA (1999) p. 191.

<sup>66</sup> PÉREZ DUARTE (2002) p. 1025.

tilidad por motivos sociales. Según Reguera, no es inusual que la edad reproductiva se posponga por la necesidad de acceder, mantener o progresar en la carrera profesional; dando lugar a la consecuente infertilidad por el factor edad. Esto, además, es producto de un contexto sociolaboral que, en lugar de apoyar el ejercicio del derecho a la salud reproductiva mediante las TERAS, la perturba<sup>67</sup>. Situación que es alarmante con la actual crisis económica que puede imposibilitar, aún más, la maternidad a muchas mujeres en edad fértil<sup>68</sup>.

Se trataría de un derecho a la preservación de la fertilidad por los motivos sociales antes descritos, de modo que se facilite el ejercicio de la maternidad a través de las TERAS a edades más avanzadas. Un derecho que protegería a los trabajadores especialmente a las mujeres, con o sin pareja, que desean posponer sus deseos reproductivos hasta que su situación haga más favorable el intento de tener hijos. La defensa de un ‘derecho a la reproducción humana asistida’ por la discriminación que históricamente han sufrido las mujeres a quienes por mucho tiempo se había limitado su participación en el ámbito público (espacio laboral concretamente) en las mismas condiciones que los varones, se enmarca en un modelo feminista que data de los años sesenta. Con base en este modelo se cree que la lucha por la reivindicación de la mujer está superada cuando ésta logra su total independencia con respecto al varón y ocupa los lugares que en el mundo público solo habían pertenecido a los hombres, adoptando sus maneras e imitando los modos masculinos<sup>69</sup> para demostrar que las mujeres no son después de todo diferentes, sino que son iguales a los hombres.

Esta lucha por la igualdad de las mujeres justificaría que estas tengan que posponer o liberarse de la maternidad para lograr su competencia y posicionamiento en el espacio público. Sin embargo, el supuesto derecho que se desprende de este “acto emancipador” de la mujer que renuncia a la maternidad así como su modelo base, atentan directamente contra la identidad de la mujer, su feminidad (o modo de ser mujer), su verdad biológica y su propia condición de persona femenina, porque postulan que la única manera en la que las mujeres pueden progresar y autoafirmarse fuera del ámbito privado es la homologación a un modelo masculino en el mundo profesional y de reproducción, en el que además raramente tienen un absoluto control, siendo más bien objetos o instrumentos de la técnica reproductiva.

---

<sup>67</sup> Reguera menciona que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió que una trabajadora que fue despedida una vez fecundados los óvulos in vitro y antes de la transferencia a su útero no estaba protegida por la Directiva 92/85/CEE (relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia) porque no se está aún ante una trabajadora embarazada y para evitar que la posibilidad de criopreservación de embriones, durante largo tiempo, antes de su implantación en el cuerpo de la mujer, pudiese dar lugar a supuestos de utilización abusiva de la técnica como blindaje ante un eventual despido. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *SABINE MAYR VS. BÄCKEREI UND KONDITOREI GERHARD FLÖCKNER OHG*.

<sup>68</sup> REGUERA (2013) p. 148.

<sup>69</sup> ELÓSEGUI (2002) pp. 50-52.

El reconocimiento de un derecho a la reproducción humana asistida por motivos sociales conculca la lucha para la igualdad de la mujer y la protección de sus derechos, en tanto perpetúa la universalización o extensión del modelo masculino de reproducción y paternidad (que permite separar del cuerpo de los varones el material biológico que se desarrollará en el cuerpo femenino) a las mujeres, en el que se separa la maternidad del inicio del proceso gestacional, considerando el cuerpo de la mujer como un receptor o recipiente del material biológico<sup>70</sup>. Al aplicar esta separación se ignoraría la relación que se configura entre la madre-gestante y el concebido, y “el peculiar tipo de imbricación que este vínculo y su especial dimensión corporal y psicológica tiene en relación con la toma de decisiones de la mujer-madre-gestante”<sup>71</sup>. Este pseudoderecho, que tiene como fundamento la ruptura de la mujer con lo biológico tendría como parte de su contenido la ‘libertad’ de las mujeres para adecuarse al único modelo con el que por razones históricas y culturales pareciera que se puede alcanzar cierto despliegue personal, el masculino. Esta supuesta libertad es en realidad la aceptación de una exigencia de autoaniquilación, a partir de la cual se finge que son ‘como’ los varones en tanto adoptan la identidad asumida implícitamente como ‘normal’ y ‘normativa’ de la relación de igualdad sexual, lo que significa que dicha igualdad ha sido definida de modo que nunca puede ser alcanzada<sup>72</sup>.

Es cierto que la incorporación de la mujer al mercado laboral fue un avance importante en su proceso emancipador, que el cambio brusco que ha supuesto dicha incorporación se ha hecho en muchas ocasiones a costa de la maternidad, y que el dilema que hoy enfrentan las mujeres laboralmente activas que además desean ser madres es motivado. Sin embargo, un ‘derecho’ a la reproducción asistida no armonizará ambas realidades: la laboral y la maternal, ni contribuirá a una verdadera relación de igualdad entre varones y mujeres. Al contrario, cuando las mujeres exigen el reconocimiento de este pseudoderecho solo ayudan a que en las relaciones entre maternidad y ámbito laboral las mujeres que desean ser o son madres terminen, siendo ‘trabajadoras deficientes’ porque no pueden dedicarse constantemente al trabajo sin tener un tiempo biológicamente condicionado para la gestación o la lactancia, ni tener que ocuparse mayoritariamente del cuidado de los hijos. En otras palabras, a la vista de este pseudoderecho a la salud reproductiva asistida, las mujeres pueden ser trabajadores ejemplares, pero no madres; o podrían ser trabajadores ejemplares durante su juventud y madres en su madurez<sup>73</sup>.

Este mal llamado derecho no permite para las mujeres y varones una distribución equitativa del trabajo y el cuidado de los hijos, repercute negativamente en la relación de las mujeres con el mercado laboral y contraviene el ejercicio efectivo de su derecho a la igualdad, autonomía y salud reproductivas.

<sup>70</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 158.

<sup>71</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 158.

<sup>72</sup> MACKINNON (1987) citado por FERNÁNDEZ (2023) p. 863.

<sup>73</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 158.

En cambio, si se reconoce la diferencia que existe entre lo femenino y lo masculino, los derechos reproductivos servirán para, desde una visión teleológica, proteger la interdependencia (de lo masculino y lo femenino) de esa diferencia con un sentido de corresponsabilidad en lo privado, público, laboral y político. De esa manera, estos derechos reproductivos podrán contribuir al respeto de las diferencias y a la lucha contra las desigualdades en lo relativo a las condiciones materiales básicas de vida<sup>74</sup>; y a una readaptación del mercado laboral y de la sociedad, en los que prime el valor de que lo familiar y lo laboral es tanto del hombre como de la mujer<sup>75</sup>, y no se perjudique en su carrera profesional a mujeres y varones que realizan labores de cuidado. Este entendimiento de los derechos reproductivos reconoce el igual valor de lo productivo y lo reproductivo<sup>76</sup> a diferencia de la subordinación de este respecto de aquel que el pseudoderecho a la salud reproductiva asistida intenta imponer.

Finalmente, hay que decir que han sido las mismas TERAS las que han inducido esta ‘infertilidad por motivos sociales’ porque desde el momento que ofrecen una forma de reproducción alternativa a la natural favorecen directamente la infertilidad, la cual ha pasado de ser un problema médico a una construcción social<sup>77</sup>. A partir de este constructo, aparecen derechos imaginarios como el que acabamos de explicar o el ‘derecho a la maternidad’. Entendido este como “el derecho de toda mujer de ser madre sin renunciar a ningún ámbito de realización personal, sin verse discriminada por ese motivo y en igualdad de condiciones con los hombres”<sup>78</sup>. Este ‘derecho’ desde luego no podría calificarse como un derecho humano o fundamental, dado que solo tendría como titulares a las mujeres y no a todos los seres humanos lo que atentaría contra el principio de igualdad<sup>79</sup>; además que, desde un punto de vista filosófico-jurídico, no podría justificarse que la maternidad sea una necesidad básica de las mujeres.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ (2023) p. 866.

<sup>75</sup> ELÓSEGUI (2002) p. 88.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ (2023) p. 871.

<sup>77</sup> BALLESTA (2011) p. 33.

<sup>78</sup> MARRADES (2002) p. 65.

<sup>79</sup> Debemos aclarar que no existen derechos humanos o fundamentales reconocidos exclusivamente para una determinada categoría como mujeres o niños, sino el reconocimiento de una protección reforzada de los derechos universales para personas en condiciones vulnerables como niños, ancianos, personas con discapacidad, etc. En el caso del “derecho” a la maternidad, este no se configuraría como un supuesto de protección reforzada sino como la atribución de un derecho diferente y exclusivo para las mujeres, dado que solo ellas podrían ejercer dicha maternidad, lo que contradeciría el carácter universal de los derechos humanos. Como señala Ramírez el calificativo de humano de los derechos humanos se dirige a explicitar la causa de algunos de sus atributos distintivos, por ejemplo, la universalidad. RAMÍREZ (2015) p. 33. Así siguiendo a Rodríguez, sería contradictorio afirmar un derecho humano a la maternidad que no fuera propio de todos los seres humanos. RODRÍGUEZ (2006) p. 27.

5. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA NO INCLUYE LA PRERROGATIVA DE MANIPULAR EL PROCESO REPRODUCTIVO PARA LA SATISFACCIÓN DEL DESEO DEL HIJO Y MÁS BIEN REQUIERE DE CIERTAS CONDICIONES PARA SU CONFIGURACIÓN.

Si bien nadie ni el propio Estado puede interferir en la decisión de ser o no madre o padre, en tanto esta decisión corresponde a la vida privada de las personas y está directamente relacionada con su autonomía reproductiva, el Estado no puede garantizarle a la persona que esta efectivamente llegue a ser padre o madre. La existencia de un hijo no depende de la mera autonomía o decisión; y menos puede el Estado ofrecer esa garantía por cualquier medio, porque, entonces, este accionar conllevaría la manipulación del proceso reproductivo con la consecuente cosificación del hijo que es visto como un producto fabricado y de la madre que es reducida a su función biológica y que pone su cuerpo a disposición para ser intervenido públicamente con miras a obtener dicho producto.

Por lo tanto, la autonomía reproductiva en cuanto a la voluntad o autodeterminación de tener o no hijos tiene límites, tanto naturales o biológicos como sociales. Los primeros marcan claramente una diferencia y distancia entre la voluntad (deseo) y la capacidad efectiva, y los segundos determinan que el ejercicio de la maternidad y paternidad y con ello de las decisiones reproductivas debe ser responsable. Es por tanto un error pensar que como parte del contenido del derecho a la autonomía reproductiva esté la capacidad de tener hijos o la facultad de obtenerlos por pura satisfacción de un deseo, sin un sentido de corresponsabilidad parental. Podríamos recurrir nuevamente al principio *pro homine* para obtener una interpretación más favorable del derecho a la autonomía reproductiva. A la luz de este principio, aclaramos que no son susceptibles de protección lo más amplia posible ni de restricción lo más restringida posible las prerrogativas que ni siquiera forman parte del contenido de un derecho, que están fuera de su alcance y funcionamiento regular con otros derechos. Por lo que, no es posible interpretar el derecho a la autonomía reproductiva como uno que comprende la prerrogativa de manipular el proceso reproductivo.

Muro y Polo haciendo referencia a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia*, indican que “la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”<sup>80</sup> y que ésta incluye “la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás por lo que es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”<sup>81</sup>. Asimismo, las autoras destacan que para la Corte IDH “la vida privada está directamente relacionada con la autonomía reproductiva y con el acceso a los servicios de salud reproductiva, por tanto, la decisión de ser o no madre o padre es parte de este derecho e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido ge-

<sup>80</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 143.

<sup>81</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 143.

nético o biológico”<sup>82</sup>. Sin embargo, las autoras soslayan que la autonomía personal, y, por lo tanto, la autonomía reproductiva, se define como “la capacidad de escribir la propia biografía eligiendo entre diversos bienes, lo cual constituye un ideal particular de la vida del hombre moderno”<sup>83</sup>.

La autonomía reproductiva requiere “de un elenco adecuado de opciones”<sup>84</sup>, en tanto que “la capacidad de construir un proyecto personal de existencia solo se da cuando existe un elenco de opciones entre las cuales elegir”<sup>85</sup>. Es decir, tener ante sí opciones relevantes es una condición necesaria para la configuración de la autonomía reproductiva. Y, en consecuencia, las mujeres y varones con infertilidad que no tienen ante sí una gama de opciones suficientemente importantes no están en condiciones de ejercer su autonomía reproductiva. Las TERAS al no ser procedimientos apropiados para la infertilidad no forman parte del listado de opciones relevantes entre las cuales optar, y si a ello sumamos que muchas veces se las entiende u ofrece como el único o mejor recurso tecnológico disponible, tendremos que en estos casos no se cumplen los criterios necesarios que el ejercicio de la autonomía reproductiva requiere.

Además, dado que la autonomía reproductiva consiste en la capacidad para tomar decisiones que afectan significativamente la vida reproductiva del sujeto, estas decisiones deben reflejar las preferencias de ese sujeto. Sin embargo, cuando las opciones que la persona tiene ante sí son insuficientes o inadecuadas entonces no se dan las condiciones para que sus preferencias puedan expresarse<sup>86</sup>. En materia reproductiva, las opciones son importantes porque le brindan a la persona alternativas u oportunidades entre las cuales elegir y porque le permiten exteriorizar sus preferencias. La misma Corte IDH ha dicho que el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso de la ciencia y tecnología interactúa con el derecho a la libertad y “la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”<sup>87</sup>. En consecuencia, lo que protege el derecho a la autonomía reproductiva no es meramente la capacidad de autodeterminación en lo referido a la reproducción, sino que además la persona cuente con opciones adecuadas que le permitan manifestar sus preferencias, opciones que ayuden a configurar la existencia del bien protegido por este derecho.

Por otro lado, las opciones también son valiosas porque se refieren a un elemento de la autonomía que es externo al sujeto, y que permite hacer una valoración de la autonomía a partir de elementos objetivos que se relacionan con el contexto y

<sup>82</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 143.

<sup>83</sup> YARZA (2018) p. 215.

<sup>84</sup> RAZ (1988) pp. 372-378.

<sup>85</sup> RAZ (1988) pp. 372-378.

<sup>86</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 151.

<sup>87</sup> Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 142 in fine.

las relaciones en las que se inscribe la acción del sujeto<sup>88</sup>. En esa línea, propiciar la autonomía reproductiva desde el ámbito jurídico requiere tomar en cuenta la posición de las personas en su entorno. Para ello las decisiones reproductivas deben ubicarse en el contexto en que son tomadas; en otras palabras, hace falta que se preste atención al entramado de relaciones y significados que intervienen en la construcción de las opciones reproductivas<sup>89</sup>. Así, respecto a las decisiones reproductivas ante la infertilidad ¿no es relevante acaso la afectación mental y social que esta discapacidad acarrea?, ¿no es relevante el imperativo cultural de algunas sociedades de una maternidad mal entendida?, ¿no es relevante la carga simbólica que acompaña al discurso sobre la maternidad biológica?, ¿no es relevante el distanciamiento de los varones del proceso reproductivo que la misma práctica de las TERAS ha normalizado?, o ¿no es relevante la exclusión a la atención de la salud reproductiva de los varones que las TERAS también han secundado? Todos estos elementos desde luego son relevantes, aunque pasen desapercibidos, y de alguna manera influyen y hasta condicionan la decisión de la mujer y pareja de someterse a las TERAS.

La autonomía reproductiva es, entonces, una capacidad cuyo ejercicio se da con arreglo al tipo de estímulos, incentivos, situaciones, relaciones o entorno con que se confronta el agente, y las opciones relevantes se configuran a partir de todos aquellos factores que conforman el marco de toma de decisiones de una persona<sup>90</sup>. Ante esto, el Estado tiene una función importante para que diversas opciones relevantes se presenten como tales ante la persona. Si la persona es consciente de que ser autónomo no es apartarse o aislarse de los demás sino tomar en cuenta el contexto y las relaciones a las que se enfrenta<sup>91</sup>, y si percibe que las opciones que se le presentan son razonables y factibles para sí, entonces podrá de forma autónoma identificar, seleccionar y concretar una forma de obrar. De ese modo, el Estado estará cumpliendo con adoptar medidas que garanticen y promuevan el efectivo ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva.

*A contrario sensu*, cuando las TERAS se ofrecen como una opción pertinente, necesaria o única, y no se toman en cuenta el entramado de relaciones y posiciones en las que se encuentran las personas con infertilidad, no se estarán ofreciendo las condiciones válidas para ejercer con mayor intensidad<sup>92</sup> una autonomía reproductiva. En estas circunstancias, se puede afirmar que la mujer y pareja que se somete a las TERAS se encuentra en una situación de ‘libertad condicionada’. Lo mismo sucede respecto a la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida en el que ser madre o padre

<sup>88</sup> RAZ (1988) pp. 373-390.

<sup>89</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 145.

<sup>90</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 152.

<sup>91</sup> ÁLVAREZ (2017) p. 150.

<sup>92</sup> El ejercicio de la autonomía reproductiva nunca se presenta como una capacidad absoluta, sino que se presenta con mayor o menor intensidad.

sea una aspiración esencial, pues no es posible la realización de este proyecto si el ser humano carece de opciones que le permitan elegir y realizar su proyecto personal<sup>93</sup>.

Por otro lado, la mujer en ejercicio de su autonomía reproductiva no tiene por qué renunciar o deshacerse de la maternidad ni asumir el modelo masculino en sus relaciones y funciones. No es más autónoma al buscar por cualquier medio ser madre ni al postergar la maternidad por motivos sociales. La misma CEDAW, aún con sus propias contradicciones,

destaca y reconoce la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, así como el hecho de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación; en todo caso, la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. En el inciso b) del art. 5 se cita la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de los hijos<sup>94</sup>.

Es decir, el ejercicio de la autonomía reproductiva supone, en primer lugar, admitir la diferencia biológica objetiva entre hombre y mujer, que justifica que las mujeres en lugar de postergar la maternidad le exijan al Estado medidas legislativas diferenciales para la protección del embarazo y la maternidad<sup>95</sup>; y en segundo lugar, reconocer que esta libertad no se justifica en la pura elección individual sino en el bien humano al que sirve. Es decir, la autonomía reproductiva no es un fin en sí misma, sino que posee un *telos* que la justifica, que es su fin y límite. Sobre esto nos referiremos en el siguiente apartado.

6. LA FINALIDAD DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA NO ES EL OBTENER UN HIJO CUANDO ASÍ SE DESEA, DE AHÍ QUE EL ACCESO A LAS TERAS NO FORME PARTE DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA O, EN TODO CASO, ESTE ÚLTIMO NO ES FUNDAMENTO PARA PERMITIR EL USO DE LAS TERAS.

Raz decía “querer algo no es una razón para hacerlo”<sup>96</sup>. Simón Yarza decía que “el hecho de querer algo no es una razón suficiente para hacerlo, en el sentido de que no se justifica por sí mismo”<sup>97</sup>. Respecto al asunto que nos ocupa, podríamos afirmar que querer un hijo no es una razón para tenerlo. El deseo del hijo no es una razón suficiente para tratar de obtener aquello que se desea, y este deseo no es lo que da justificación a la autonomía reproductiva. La autonomía reproductiva entendida como libertad reproductiva es una condición necesaria para una vida humana plena y, en ese sentido, su justificación se encuentra en el desenvolvimiento de la

<sup>93</sup> SESSAREGO (2013) p. 183.

<sup>94</sup> ELÓSEGUI (2002) p. 100.

<sup>95</sup> La misma CEDAW reconoce que “Las medidas encaminadas a proteger la maternidad no se consideran discriminatorias” (art. 2).

<sup>96</sup> RAZ (1986) p. 389.

<sup>97</sup> YARZA (2018) p. 194.

variedad de bienes individuales y sociales, materiales y espirituales, que dan forma a la realización humana.

Así, sin perjuicio de que haya motivaciones emocionales, la libertad en materia reproductiva no se justifica en ellas, sino que se justifica en el obrar conforme a la razón, y el obrar conforme a la razón supone en primer lugar la prosecución de bienes humanos que la razón capta como tales a partir de las propias inclinaciones naturales del hombre.

En este caso, son importantes el bien o el aspecto del florecimiento humano que se procura con el ejercicio de la autonomía reproductiva y la razón que está detrás del deseo del hijo. Sobre esto último Raz en palabras de Yarza explica que los deseos están subordinados a las razones, y “uno no quiere ver satisfecho su deseo si la razón que funda el deseo está equivocada, incluso si uno continúa, por ignorancia, manteniendo el deseo. No es solo que uno no quiera tener deseos equivocados; es que uno no quiere verlos satisfechos”<sup>98</sup>, porque uno no quiere tener una vida basada en la falsedad<sup>99</sup>. De ahí que la satisfacción del deseo del hijo no pueda considerarse, como tal, un bien intrínseco.

Hay que decir además que la libertad reproductiva no es cualquier libertad, el bien que tutela tiene relación directa con otro ser humano dado que involucra la transmisión de la vida humana dando origen a otro ser de la misma especie. Por lo tanto, como plantea Lafferriere “(...) respecto a ese nuevo ser humano existe un concreto y exigible deber de justicia de respetarlo en su única e irrepetible dignidad”<sup>100</sup>. Consecuentemente, es incompatible con el ejercicio de la autonomía reproductiva el pretender que el nuevo ser humano sea engendrado y tratado como mero material biológico manipulable y sujeto a controles de calidad. Lo cual nuevamente guarda relación con los límites del derecho a realizar un proyecto de vida en el que los hijos estén incluidos.

Asimismo, aunque la autonomía reproductiva es un aspecto valioso de la personalidad humana, no es el único, y como la dignidad humana no se reduce simplemente a un aspecto u otro de la personalidad humana, el respeto que tal dignidad exige no se limita a proteger la autonomía reproductiva<sup>101</sup>. Una comprensión errónea de los derechos reproductivos y de su fundamento tomará solo un aspecto aislado de la persona humana: su capacidad de elegir y ejercer cierto control sobre su reproducción, y lo exaltará a expensas de todos los demás aspectos, como su integridad personal, salud, sentido de responsabilidad respecto al florecimiento de otras

<sup>98</sup> YARZA (2018) p. 214.

<sup>99</sup> RAZ (1986) pp. 139-144.

<sup>100</sup> LAFFERRIERE (2021) p. 338.

<sup>101</sup> Siguiendo a Aparisi, en un sentido integral y no reduccionista, el libre desarrollo de la personalidad debe entenderse no sólo como una exigencia de respeto a la autonomía de la persona, sino también como una obligación de garantizar que el desarrollo biológico de un ser humano incluido lo relacionado con su función reproductiva esté libre de toda intervención que lo afecte gravemente. APARISI (2013) p. 218.

personas, negando la integridad de la dignidad que le corresponde a los titulares de derechos reproductivos. Lo más importante es que, el creer que la utilización de las TERAS es una expresión de la autonomía reproductiva, se contradice con la evidencia disponible sobre lo que realmente sirve al bien de las personas involucradas, es decir, a su autonomía reproductiva. La mayoría de las personas infértiles que acuden a las TERAS lo hacen solo porque creen erróneamente que es el mejor o el único recurso tecnológico disponible para paliar su condición<sup>102</sup>, porque sufren a consecuencia del imperativo de la maternidad y paternidad biológicas, porque desconocen el sentido de la fecundidad paternal y maternal, entre otros motivos. Con la información, acompañamiento e instrucción adecuados la recurrencia a las TERAS disminuye significativamente.

Dicho lo anterior, la autonomía reproductiva no es total emancipación o autolegislación, sino que “solo es valiosa si es ejercitada en la prosecución del bien”<sup>103</sup> y, en sintonía, con su indivisibilidad e interdependencia con otros derechos humanos. Y dado que la satisfacción del deseo del hijo no puede considerarse un bien intrínseco, en tanto que “la satisfacción de deseos *qua* satisfacción de deseos no es intrínsecamente valiosa”<sup>104</sup>, podemos afirmar que la finalidad de la autonomía reproductiva no es la de obtener un hijo cuando (porque) se desea el mismo, o por el solo deseo del mismo. Y en ese sentido, dado que el único objetivo de las TERAS es el proveer un hijo biológico a quien desea tener uno (satisfacer el deseo del hijo biológico), podemos concluir que el acceso a las TERAS no forma parte del ejercicio de la autonomía reproductiva o, en todo caso, esta última no es fundamento para permitir el uso de las TERAS.

#### IV. CONCLUSIONES

Los derechos reproductivos no están reconocidos explícitamente en ningún tratado de derechos humanos, pero gozan de amplia aceptación social y del convencimiento estatal de que su cumplimiento es una obligación jurídica internacional. No obstante, estos derechos tienen pendiente un importante cuestionamiento en el aspecto, que no es menor, de su fundamentación y caracterización, lo que ha llevado a que su protección se encuentre circunscrita, entre otras cosas, a garantizar el libre acceso a las TERAS. La vinculación de las TERAS con los derechos reproductivos es incongruente dado que ningún tratado internacional ni la práctica ulterior estatal reconoce consistentemente una obligación de autorizar las TERAS para garantizar los derechos reproductivos. Además, el uso de las TERAS desfigura el contenido y alcance de los derechos reproductivos porque estas técnicas i) no son medios adecua-

<sup>102</sup> Esta es una de las conclusiones de una encuesta realizada en Arequipa (Perú) en el 2023, que se publicará en el artículo “Mitos y verdades de la reproducción humana asistida: un estudio de la percepción arequipeña sobre estas técnicas”.

<sup>103</sup> RAZ (1986) p. 381.

<sup>104</sup> YARZA (2018) p. 214.

dos, necesarios, asequibles y de calidad para tratar problemas de salud reproductiva; ii) contribuyen a que exista una tensión entre el derecho a la salud y la autonomía reproductivas exaltando esta última (erróneamente entendida) por encima de la primera; iii) se presentan equivocadamente como el mejor o único recurso tecnológico disponible y así se utilizan en muchas ocasiones a partir de una libertad condicionada y no del ejercicio de una verdadera autonomía reproductiva, lo que lleva a varones y mujeres a sufrir discriminación y violencia; iv) rompen la indivisibilidad e interrelación de los derechos reproductivos con otros derechos humanos de los intervinientes y vulneran la dignidad del ser humano al que se da origen.

Todos los pseudoderechos que abarcan el supuesto derecho al hijo, a fundar una familia a través de las TERAS, o a la reproducción asistida por motivos sociales no forman parte del elenco de derechos reproductivos. Se trata de pretensiones pertenecientes a la categoría ficticia de ‘derechos del deseo’, en la que el objeto tutelable sería la autonomía del deseo que solo responde al arbitrio de la persona. Para esta categoría de pseudoderechos, las TERAS sí tienen un rol y es el de procurar un remedio complaciente e inmediato para la enfermedad del deseo insatisfecho. Y, si bien el deseo del hijo no es de por sí malo tampoco es un bien valioso en sí mismo, que justifique el tener un hijo o el intentar tenerlo por cualquier medio y sin ninguna intromisión, ni el exigirle al Estado que provea uno o cuantos sean necesarios para hacer prevalecer el deseo del hijo biológico. Como esta categoría de pseudoderechos están despojados de un referente, un *telos* objetivo, en realidad no aportan al florecimiento del ser humano sino más bien a su deshumanización. En consecuencia, no son más libres, reproductivamente hablando, las mujeres y los varones que rendidos a la autonomía de su deseo positivo se fabrican a otro ser humano según sus exigencias o, en otros casos ante el deseo negativo se deshacen de él.

En cambio, los derechos reproductivos son derechos que tienen todas las personas para decidir con libertad y responsabilidad sobre su reproducción, de recibir la información necesaria para adoptar decisiones relativas a la reproducción y tomar estas decisiones sin sufrir discriminación, coacción o violencia, y para disfrutar del más alto nivel de salud reproductiva. El contenido de libertad de estos derechos exige de los titulares el ejercicio de una libertad ordenada de modo que no se vulneren otros de sus derechos humanos, y su sujeción a ciertos límites para su funcionamiento regular con derechos de terceros. Como el ejercicio de la autonomía reproductiva involucra la transmisión de la vida humana dando origen a otro ser de la misma especie, uno de sus límites lo constituye la obligación de respetar la dignidad de este otro ser humano.

En cuanto a su carácter prestacional, los derechos reproductivos exigen la intervención de los Estados con la provisión de recursos que garanticen su disfrute en condiciones de igualdad. En la ejecución de estas prestaciones los Estados no deberían valerse de un discurso que distorsiona el problema de la infertilidad y refuerza en las mujeres y los varones la búsqueda y realización de una identidad que los reduce a su función generativa. Este discurso y el uso extendido de las TERAS como si fuesen parte de los derechos reproductivos contribuyen a que estos derechos sigan

siendo elementos difusos y confusos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en las políticas públicas sobre temas de salud y autonomía reproductivas. Al contrario, el disponer recursos para la prevención, detección y el tratamiento de las causas de la infertilidad y para promover la paternidad y maternidad responsable, evitando limitarlos a su dimensión fisiológica, supondría un avance en el entendimiento y realización del derecho a la salud reproductiva en todas sus dimensiones.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2017): “La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, N° 35 (1): pp. 145-170.
- APARISI MIRALLES, Ángela (2013): “El principio de la dignidad humana como fundamento de un Bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIV, N° 2: pp. 201-221.
- BARCADIT, Júlia (2020): *El precio de ser madre* (Barcelona, Apostroph).
- BALLESTA, Francisco (2011): “El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación?”, *Revista de Bioética y Derecho*, N° 23: pp. 21-34.
- BELLVER CAPELLA, Vicente (2022): “Vulnerabilidad y derechos humanos” en HERRERA, Agustín (coord.), *Derechos Humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas* (Madrid, Tirant lo Blanch) pp. 677-694.
- BLADILO, Agustina y DE LA TORRE, Natalia y HERRERA, Marisa (2017): “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”, *Rev. IUS*, Vol. 11, N° 39: pp. 9-23.
- CALISE, Santiago (2014): “Dos justificaciones de la clonación humana reproductiva: el deseo del hijo y el valor de la vida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32: pp. 46-59.
- CAMBRON, Ascensión (2001): “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en CAMBRON, Ascensión (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 165-210.
- CAROZZA, Paolo (2022): “Fundamental Rights and Fundamental Relationships: The Family as the ‘Fundamental Group Unit of Society’” in *Constitutional Law, conference on Plenary Session on the Family as Relational Good: The Challenge of Love*, The Pontifical Academy of Social Sciences Casina Pio IV, Vatican City April 27-29. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aqy6LOVblac>. Fecha de consulta: 29/11/2023.
- CAROZZA, Paolo (s.f.): “The protean vocabulary of human rights” in Caritas in Veritate Foundation. Disponible en: <https://www.fciv.org/publications>
- FACIO, Alda (2008): *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (Costa Rica, IIDH).
- FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, Encarnación (2023): “Baby boom: feminismo en clave de comedia”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 49: pp. 859-872.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2013): “Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su proyección jurídica”, *Advocatus*, N° 28: pp. 177-197.
- ESPARZA PÉREZ, Rosa y CANO VALLE, Fernando (2018): “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 51, N° 151: pp. 13-50.

- ELÓSEGUI María (2002): *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos* (Madrid, Eiunsa).
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2019): “¿De qué hablamos cuando hablamos de Dignidad?” en ARAGÓN REYES, Manuel (dir.) y otros, *La Constitución de los españoles: Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría* (Madrid, CEPC) pp. 539-558.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1988): “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, N° 26: pp. 85-114.
- GÓNZALEZ ZÚÑIGA, Cynthia (2017): “El derecho a la procreación en el Estado de Derecho” en USCANA, Abril (dir. Congr.) y FERNÁNDEZ, Jesús (dir. Congr.), *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España* (Oviedo) pp. 511-520.
- HERRERA, Marissa (2017): “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”, *RJUAM*, Vol. 35, N° 1: pp. 73-113.
- ISLER SOTO, Erika (2010): “Aproximaciones y alcances del derecho a la procreación”, *Revista de Derecho Privado*, N° 43: pp. 3-25.
- LAFFERRIERE, Nicolás (2021): “Transhumanismo, regulación de las tecnologías reproductivas y dignidad humana”, *Persona Y Derecho*, Vol. 1, N° 84: pp. 329-346.
- LEMA AÑON, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho* (Madrid, Editorial Trotta).
- MARRADES PUIG, Ana (2002): *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento* (Valencia, Universidad de Valencia).
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia (2002): “Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. Panorama internacional entre 1994 y 2001”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, N° 105: pp. 1001-1027.
- PUERTO, Juan José (2000): “La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida”, *Acta bioethica*, Vol. 6, N° 1: pp. 125-140.
- RAMÍREZ, Hugo y PALLARES, Pedro (2015): *Derechos Humanos* (Oxford, OUP).
- RAZ, Joseph (1988): *The morality of freedom* (Oxford, OUP).
- REGUERA ANDRÉS, M<sup>a</sup> Cruz (2013): “El derecho a la protección de la salud reproductiva asistida: una cuestión de igualdad”, *DS : Derecho y salud*, Vol. 23, N° Extra 1: pp. 139-151.
- RODRÍGUEZ, Manuel (2006): “¿Qué son los derechos humanos?”, en MEGÍAS, José (coord.), *Manual de derechos humanos* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor) pp. 13-27.
- SÁNCHEZ HERNANDEZ, Carmen (2019): “La reproducción médica asistida en el marco de la vida privada y familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, N° 275: pp. 837-861.
- SIMÓN YARZA, Fernando (2018): *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada* (Madrid, CEPC).
- TURNER SAELZER, Susan (2001): “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida”, *Revista De Derecho*, Vol. 12, N° 2: pp. 206-216.
- VIDAL MARTINEZ, Jaime (2019): “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 10 bis: pp. 478-513.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (02/11/1969).
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (17/11/1988).
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (18/12/1979).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración y Programa de Acción de Viena”, N° 5, A/CONF.157/23 (12/08/1993).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia Internacional de Derechos Humanos: Acta Final de la Conferencia de Derechos Humanos”, A/CONF.32/41 (13/05/1968).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Primera Conferencia Mundial del año internacional de la Mujer: Documento final”, E/CONF.66/34 (02/07/1975).
- NACIONES UNIDAS, ECOSOC: “Tercera Conferencia Mundial sobre Población: Plan de Acción Mundial sobre Población”, E/5585 (02/10/1974)
- NACIONES UNIDAS, ECOSOC: “Conferencia Internacional sobre Población: Reporte final”, E/CONF.76119 (14/08/1984).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia sobre el Medio Ambiente y Desarrollo: Informe”, A/CONF.151/26/Rev.1 (14/06/1992)
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo: Programa de acción”, A/CONF.171/13/Rev.1 (13/09/1994)
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer: Plataforma de acción”, A/CONF.177/20/Rev.1 (15/09/1995).
- NACIONES UNIDAS, CEPAL: “Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo”, LC/L.3697 (05/09/2013).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4 (11/08/2000).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva”, E/C.12/GC/22 (02/05/2016).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General No. 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, CRC/C/GC/14 (29/05/2013).
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: “Observación General No. 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, CEDAW/C/GC/35 (26/07/2017).

## JURISPRUDENCIA CITADA

- GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS VS. ECUADOR* (2020): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 405.
- CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA* (2018): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 359.

- I.V. CONTRA BOLIVIA* (2016): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 329.
- GONZÁLES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR* (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 298.
- ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239.
- ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 257.
- GUERRA Y OTROS VS. ITALIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 1 16/1996/735/932, 19/02/1998.
- L.C.B. VS. REINO UNIDO*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 14 /1997/798/1001, 09/06/1998.
- EVANS VS. REINO UNIDO*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 6339/05, 10/04/2007.
- DICKSON VS. THE UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 53924/00, 04/12/2007.
- S.H. Y OTROS VS. AUSTRIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 57813/00, 03/11/2011.
- COSTA AND PAVAN VS. ITALY*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 54270/10, 28/08/2012.
- KNECHT VS. RUMANÍA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 10048/10, 2/10/2012.
- VILNES Y OTROS VS. NORUEGA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 52806/09 y 22703/10, 05/12/2013.
- D. Y OTROS VS. BÉLGICA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 29176/13, 08/07/2014.
- PARRILLO VS. ITALIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 46470/11, 27/08/2015.
- ÖZEL Y OTROS VS. TURQUÍA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 14350/05, 15245/05 y 16051/05, 17/11/2015.
- PARADISO Y CAMPANELLI VS. ITALIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 25358/12, 24/01/2017.
- GRISWOLD ET AL. V. CONNECTICUT*, 381 U.S. 479 (1965).
- PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PA. V. CASEY*, 505 U.S. 833 (1992)
- SABINE MAYR CONTRA BÄCKEREI UND KONDITOREI GERHARD FLÖCKNER OHG*, Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (Gran Sala), C-506/06, 26/02/2008.
- ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN”*, Tribunal Constitucional peruano, 02005-2009-PA/TC, 16/10/2009.
- DIEZ MIL SEISCIENTES CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA*, Tribunal Constitucional peruano, 00008-2012-AI, 12/12/2012.
- ANDREA ÁLVAREZ*, Tribunal Constitucional peruano, 01423-2013-PHC/TC, 9/12/2015.



## ¿ES LA CONDICIONALIDAD COMPATIBLE CON UN SISTEMA DE ASISTENCIA SOCIAL QUE ASPIRA A LA UNIVERSALIDAD?

### *IS CONDITIONALITY COMPATIBLE WITH A SOCIAL ASSISTANCE SYSTEM THAT AIMS TOWARDS UNIVERSALITY?*

Viviana Ponce de León Solís<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este artículo busca precisar en qué medida la vocación universal del sistema de asistencia social chileno –encarnado en el Sistema Intersectorial de Protección Social– es compatible con la imposición de condiciones que limiten el acceso y el goce de prestaciones dirigidas a proveer un mínimo social bajo el cual nadie debería caer. La hipótesis que se plantea es que la universalidad que ofrece el sistema chileno es compatible con condiciones relativas al estatus de los beneficiarios de asistencia social y con aquellas que apoyan la autonomía de estos, por oposición a aquellas que tienen un carácter punitivo. Por ende, muchas de las condiciones conductuales que prevé el Sistema, así como las sanciones que trae aparejada la inobservancia de las ellas, deben ser cuidadosamente evaluadas.

**Palabras clave:** universalidad, condicionalidad, protección social, asistencia social.

**ABSTRACT:** This article seeks to clarify to what extent the universal aspiration of the Chilean social assistance system –embodied in the Intersectoral System of Social Protection– is compatible with the imposition of conditions that limit access, and enjoyment of benefits aimed at providing a social minimum below which no one should fall. The hypothesis put forward is that the universality offered by the Chilean system is compatible with conditions relating to the status of social assistance beneficiaries and with those that support their autonomy, as opposed to those that are punitive in nature. Therefore, many of the behavioral conditions of the system, as well as their associated sanctions for non-compliance, need to be carefully assessed.

**Keywords:** universality, conditionality, social protection, social assistance.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, profesora Universidad Diego Portales. Dirección postal: República 112, Santiago, Chile, poncedeleonviviana@gmail.com.  
 0000-0001-7574-1717

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la asistencia social –también llamada protección social no contributiva– se ha convertido en una herramienta indispensable para superar la pobreza, reducir la desigualdad, promover la formación de capital humano y alcanzar el pleno empleo<sup>2</sup>. Ella cumple, asimismo, un rol clave en la realización de diversos derechos, como el derecho a la salud, la educación, la vivienda adecuada, el acceso al agua potable y el saneamiento, entre otros. Justamente por estas razones, ha adquirido creciente protagonismo en la agenda global, como se puede apreciar en tres de las metas vinculadas a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas para 2030: terminar con la pobreza; lograr la igualdad de género (ODS 5, meta 5.4: “reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”); y reducir la desigualdad en los países y entre ellos (ODS 10, meta 10.4: “adoptar políticas, especialmente fiscales, salariales y de protección social, y lograr progresivamente una mayor igualdad”).

Para alcanzar los referidos fines, la asistencia social se expresa en “un conjunto de transferencias, subsidios y servicios públicos orientados principalmente a quienes viven en situación de extrema pobreza, pobreza y vulnerabilidad”<sup>3</sup>, cuyo objetivo primordial es proveer un mínimo social bajo el cual nadie debería caer<sup>4</sup>. Su provisión se caracteriza por que no depende del pago de contribuciones ni de la previa participación de sus beneficiarios en el mercado laboral formal, sino que se financia mediante el presupuesto general de la nación<sup>5</sup>. En este aspecto radica la principal diferencia entre la asistencia social y la seguridad social o protección social contributiva, que “depende de la existencia de contribuciones previas sobre la base de descuentos de los salarios [...] y participación en el mercado laboral formal”<sup>6</sup>. Las prestaciones de esta última están destinadas a financiar prestaciones asociadas a contingencias previsibles e incluyen pensiones de vejez e invalidez, subsidios de cesantía y de incapacidad laboral, subsidios y asignaciones familiares y maternales, etc. Es así como la asistencia social suele ser vista como una “última red de seguridad”<sup>7</sup>, o como un “piso de protección social”<sup>8</sup>, toda vez que busca asegurar mínimos a quienes carecen de los medios para acceder a prestaciones de seguridad social.

Con todo, la nota distintiva de los sistemas de asistencia social contemporáneos está dada por un creciente énfasis en las condiciones relativas a la conducta de

<sup>2</sup> CANTILLON (2022) p. 101.

<sup>3</sup> CECCHINI (2019) p. 100.

<sup>4</sup> LEISERING (2019) p. 78.

<sup>5</sup> ABRAMO, CECCHINI y MORALES (2019) p. 18.

<sup>6</sup> ABRAMO, CECCHINI y MORALES (2019) p. 13.

<sup>7</sup> BAHLE, HUBL y PFEIFER (2011) p. 1; CHIODI (2016) p. 205.

<sup>8</sup> OIT (2012).

los beneficiarios, por sobre otra clase de condiciones de estatus o administrativas. Aquellas pueden tener un carácter positivo o negativo –según exijan hacer o no hacer algo, respectivamente– y estar referidas a una variedad de comportamientos, como la búsqueda activa de trabajo, asistir a programas de capacitación, someterse a tratamientos de salud, o incluso desarrollar ciertas actitudes o atributos psicológicos<sup>9</sup>. De hecho, se observa que cada vez más ordenamientos recurren a la técnica de la condicionalidad, que las condiciones son cada vez más exigentes y que las sanciones aparejadas a su incumplimiento son cada vez más severas<sup>10</sup>. Es así como esta técnica actualmente se emplea en Australia, Canadá, Estados Unidos, el Reino Unido<sup>11</sup> y en más de una veintena de países de América Latina y el Caribe<sup>12</sup>. Las condiciones, por su parte, han penetrado en nuevos ámbitos de la vida de los beneficiarios de asistencia social y son utilizadas para modificar su conducta en variados aspectos: las decisiones reproductivas<sup>13</sup>, el consumo de drogas y alcohol<sup>14</sup> y el ahorro<sup>15</sup>. Paralelamente, es posible apreciar una expansión de los ámbitos de la asistencia social en que se emplea la condicionalidad<sup>16</sup>. Así ocurre, por ejemplo, con el acceso a la vivienda social<sup>17</sup>, a servicios educacionales<sup>18</sup> y a prestaciones de salud<sup>19</sup>.

Así las cosas, esta clase de condiciones es vista con suspicacia por alguna doctrina, en cuanto podría estar fundada en consideraciones paternalistas, dirigidas a “mejorar” la personalidad de los beneficiarios, en lugar de apuntar a promover su autonomía e integración social<sup>20</sup>. Adicionalmente, en términos prácticos, se critica esta técnica regulatoria por sus potenciales implicancias prácticas desfavorables, en cuanto se asocian con mayores riesgos de caer en la extrema pobreza<sup>21</sup> y la indigencia<sup>22</sup>; y de generar efectos negativos desproporcionados en grupos vulnerables, como niños, niñas y adolescentes<sup>23</sup>, personas en situación de calle<sup>24</sup> y minorías étnicas<sup>25</sup>.

<sup>9</sup> FRIEDLI y STEARN (2015) pp. 40-47.

<sup>10</sup> JACOBI y KLUVE (2007) pp. 45-64; WATTS y otros (2014) p. 3; BOTHFELD y ROSENTHAL (2017) pp. 1-20.

<sup>11</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) p. 4.

<sup>12</sup> CECCHINI y ATUESTA (2017) p. 17.

<sup>13</sup> O'BRIEN (2013) p. 740.

<sup>14</sup> PÉREZ-MUÑOZ (2017) pp. 912-929; WINCUP (2014) pp. 1031-1037.

<sup>15</sup> TAYLOR y otros (2016) pp. 3-26.

<sup>16</sup> WATTS y otros (2014) pp. 3-4.

<sup>17</sup> FITZPATRICK y PAWSON (2014) pp. 597-615.; FITZPATRICK y WATTS (2017) pp. 1021-1038.

<sup>18</sup> BASTAGLI (2009) pp. 127-140; BARRIENTOS (2011) pp. 15-26.

<sup>19</sup> BLACK (2016).

<sup>20</sup> GANTCHEV (2020) pp. 262-263.

<sup>21</sup> FITZPATRICK y otros (2016).

<sup>22</sup> BATTY y otros (2015).

<sup>23</sup> PETERS y JOYCE (2006) p. 18; WATTS y otros (2014) p. 1; DE VRIES y otros (2017) p. 15.

<sup>24</sup> OAKLEY (2014); REEVE (2017) pp. 65-78.

<sup>25</sup> DWYER (2009) p. 17; PETERS y JOYCE (2006) p. 23; SCHRAM y otros (2009) pp. 398-422; DE VRIES y otros (2017) p. 12.

De ahí que el denominado “giro condicional” de los sistemas de asistencia social haya concitado gran interés a nivel global, por su particular amplitud de su alcance e impacto<sup>26</sup>. En Chile, sin embargo, salvo notables excepciones<sup>27</sup>, el tópico ha sido escasamente tratado.

Mientras que la seguridad social –también llamada protección social contributiva– ha sido tradicionalmente considerada como objeto de estudio de la teoría de los derechos fundamentales, la asistencia social no ha recibido mayor atención. Esto se refleja en una desatención hacia la asistencia social como un asunto de derechos fundamentales resulta paradójica, en la medida que su diseño, regulación y provisión se sustentan en diversas nociones típicamente iusfundamentales: dignidad, ciudadanía, participación, igualdad, derechos sociales, etc. Por lo demás, la condicionalidad de los beneficios de asistencia social como técnica para cambiar el comportamiento de individuos pertenecientes a grupos vulnerables y el focalizar las prestaciones necesarias para vivir una vida digna, plantea interrogantes en torno al sentido de la universalidad de los derechos y a la relación de estos con el mérito y la responsabilidad. Abordar estas interrogantes es especialmente apremiante en la actualidad, toda vez que la asistencia social se ha erigido en un componente clave para responder a los efectos de las crisis económicas y de salud pública que se han presentado en los últimos años<sup>28</sup>, al tiempo que la condicionalidad como técnica regulatoria cobra renovado atractivo, de cara a la implementación de medidas de austeridad para racionalizar el gasto público<sup>29</sup>.

Esta investigación constituye un primer intento por colmar este vacío desde una perspectiva jurídica, con miras a determinar en qué medida las formas de condicionalidad del sistema chileno de asistencia social son compatibles con su aspiración a la universalidad. La hipótesis que se plantea es que la universalidad de protección del sistema chileno de asistencia social únicamente es compatible con aquellas condiciones que apoyan la autonomía, por oposición a aquellas que tienen un carácter punitivo. A fin de sustentar esta hipótesis, esta investigación se dividirá en cinco secciones. La Sección II expone algunas generalidades en torno a la asistencia social, con especial énfasis en el giro condicional que ha experimentado a nivel global en los últimos años. A continuación, la Sección III analiza la regulación del sistema de asistencia social chileno, tomando como referencia el conjunto de beneficios, programas e instituciones que integran el Sistema Intersectorial de Protección Social. Luego, la Sección IV identifica y sistematiza las diversas expresiones de condicionalidad que se encuentran dispersas en el Sistema. Por su parte, la Sección V precisa qué significa la universalidad en el contexto de la asistencia social y determina los tipos de condiciones que podrían ser compatibles con ella. Para terminar, la Sección VI esboza las conclusiones de rigor.

<sup>26</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) p. 4.

<sup>27</sup> TRONCOSO y HENOCH (2014) pp. 1-56; ROJAS (2018) pp. 127-149; OSORIO (2020).

<sup>28</sup> ROELEN y CARTER (2022).

<sup>29</sup> ADLER y TERUM (2017) pp. 147-177.

## II. GENERALIDADES EN TORNO A LA ASISTENCIA SOCIAL

Si bien pueden existir importantes variaciones locales, en términos comparados, los sistemas de asistencia social suelen presentar cuatro rasgos comunes: ser generales, tener un carácter no contributivo, estar basados en necesidades y proveer beneficios mínimos<sup>30</sup>. Que sean generales significa que no están destinados a cubrir ningún riesgo en particular, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas de seguridad social, que están destinados a cubrir riesgos específicos, como la vejez, la invalidez, la cesantía y la enfermedad, entre otros. Que tengan un carácter no contributivo, a su vez, significa que no se financian con cargo a contribuciones u aportes individuales, sino con cargo al patrimonio fiscal. Que estén basados en la necesidad, por otra parte, significa que están sujetos explícita o implícitamente a la ausencia o insuficiencia de medios de sus beneficiarios. Finalmente, que provean beneficios mínimos significa que su único propósito es asegurar a sus beneficiarios un nivel mínimo de subsistencia, que permitan obtener al menos la atención de salud esencial, alojamiento, vivienda básicos, agua y saneamiento<sup>31</sup>.

Justamente en atención a estas características, se suele concluir que existe un interés público involucrado en el uso óptimo de los recursos que financian estos beneficios, incluso una vez que ya han sido asignados<sup>32</sup>, con el propósito de evitar la dependencia del Estado, disuadir el fraude y promover un uso eficiente de recursos fiscales. Esta es una de las premisas descriptivas fundamentales en que suele reposar el diseño de la mayoría de los sistemas contemporáneos de asistencia social<sup>33</sup>, proyectándose en una serie de enunciados prescriptivos, relativos a cómo debería articularse la respuesta estatal ante la pobreza y cómo deberían comportarse los beneficiarios de asistencia social. En concreto, se asume que, en la medida que existe un interés público comprometido en la correcta inversión de los recursos que posibilitan el financiamiento de la protección social no contributiva, esta puede ser legítimamente supeditada a cualquier condición que el Estado quiera imponer. Ello explica que, en la práctica, la asistencia social se articule de forma predominante sobre la base de una lógica de deberes y no de derechos<sup>34</sup>.

Pero, por otro lado, al tratarse de una “última red de seguridad” o “piso de protección social”, ha cobrado vigor la idea de que la asistencia social debe inspirarse en un enfoque de derechos, “que se basa normativamente en estándares internacionales de derechos humanos y está operacionalmente dirigido a promover y proteger los derechos humanos”<sup>35</sup>. Dicho enfoque “permite orientar procesos de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas públicas, al analizar

<sup>30</sup> VONK y BAMBROUGH (2020) p. 379.

<sup>31</sup> COMITÉ DESC (2007) párr. 78.

<sup>32</sup> REICH (1965) p. 1245.

<sup>33</sup> REICH (1965) p. 1245.

<sup>34</sup> GANTCHEV (2020) p. 258; VONK y BAMBROUGH (2020) p. 377.

<sup>35</sup> GNUDS (s.f.).

los problemas sociales y las condiciones de desigualdad existentes, identificando distribuciones inequitativas de poder que dificultan el desarrollo”<sup>36</sup>. Proyectado a la asistencia social, el enfoque de derechos humanos pretende empoderar a los beneficiarios de esta, quienes dejarían de ser objetos de caridad, para convertirse en verdaderos titulares de derechos<sup>37</sup>. Como contrapartida, los beneficios de asistencia social dejan de ser una suerte de concesión graciosa del Estado y, en lugar de ello, se asume que su otorgamiento constituye el cumplimiento de un deber estatal<sup>38</sup>, conforme a los principios de universalidad, indivisibilidad, igualdad y no discriminación, participación y rendición de cuentas<sup>39</sup>.

A la luz de lo anterior, puede afirmarse que la asistencia social ha perdido su original sentido caritativo o benéfico vinculado a las denominadas “leyes de pobres”<sup>40</sup> y ha pasado a ser considerada como una cuestión de derechos humanos. Conviene destacar que el enfoque de derechos no impone un determinado diseño de los sistemas de asistencia social, de modo que estos admiten diversas configuraciones concretas en cada ordenamiento. No obstante, al mismo tiempo y, como se señaló más arriba, el enfoque de derechos proporciona algunos parámetros normativos para evaluar tales configuraciones, a saber: los principios de universalidad, indivisibilidad, igualdad y no discriminación, participación y rendición de cuentas. El punto es que, dado el considerable nivel de abstracción de estos principios, es necesario determinar qué exigencias en específico imponen en este contexto, de modo que la invocación a aquellos no se convierta en una mera tautología o en un simple catequismo de los derechos humanos<sup>41</sup>.

Estas cuestiones deberían revestir especial interés para Chile, habida cuenta que su actual sistema de asistencia social –cuyas bases se encuentran en la Ley N° 20.379, que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social (en adelante SIPS) e institucionaliza el subsistema de protección integral de la infancia Chile Crece Contigo– tiene por objeto declarado “transitar desde una perspectiva de satisfacción de necesidades hacia una protección social fundada en derechos”<sup>42</sup>. El SIPS es “un modelo de gestión constituido por las acciones y prestaciones sociales ejecutadas y coordinadas por distintos organismos del Estado, destinadas a la población nacional más vulnerable socioeconómicamente y que requieran de una acción concertada de dichos organismos para acceder a mejores condiciones de vida”<sup>43</sup>. Se encuentra integrado por diversos subsistemas, entre los cuales se encuentran *Chile*

<sup>36</sup> ACNUDH (2006) p. 15.

<sup>37</sup> SEPÚLVEDA y NYST (2012) p. 18.

<sup>38</sup> SEPÚLVEDA y NYST (2012) pp. 18 y 19.

<sup>39</sup> GNUDS (s.f).

<sup>40</sup> LEISERING (2019) pp. 66-67.

<sup>41</sup> VONK y BAMBROUGH (2020) p. 380.

<sup>42</sup> CHILE, *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República* (boletín N° 1162-356).

<sup>43</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 1.

*Crece Contigo*<sup>44</sup>, *Elige Vivir Sano*<sup>45</sup>, *Seguridades y Oportunidades*<sup>46</sup> y *Chile Solidario*<sup>47</sup>. Cada uno de ellos se define en función de un determinado grupo objetivo y comprende un conjunto de programas y beneficios diferenciados, cuyo acceso, en distinta medida, está determinado por el cumplimiento de una serie de condiciones y exigencias de diversa índole.

La importancia de este tópico radica en que en el último tiempo han surgido fuertes cuestionamientos en torno a la efectiva medida en que los sistemas contemporáneos de asistencia social obedecen a los estándares propios de un enfoque de derechos humanos. Tales cuestionamientos surgen porque los beneficios que aquellos contemplan suelen estar sujetos a diversas formas de condicionalidad, que excluyen del acceso a los mismos a ciertas categorías de individuos, en potencial tensión con el principio de universalidad. Pero ¿abrazar el estándar de universalidad implica necesariamente un rechazo categórico a cualquier forma de condicionalidad? Alguna literatura se muestra contraria a tal conclusión, por razones pragmáticas, dado que haría inviable a la mayoría de los sistemas de asistencia social en vigor, convirtiendo a la universalidad en una mera declaración de buenas intenciones<sup>48</sup>. En este contexto, es indispensable precisar parámetros objetivos que permitan determinar qué tipo de condiciones podrían estimarse compatibles con un sistema de asistencia social que pretende ser universal y cuáles no.

### III. EL SISTEMA INTERSECTORIAL DE PROTECCIÓN SOCIAL

En Chile, la asistencia social adopta la forma de un complejo sistema de prestaciones no contributivas en favor de quienes se encuentren en situación de necesidad, articuladas entre sí a través del Sistema Intersectorial de Protección Social<sup>49</sup>. El Sistema representa un intento de transición desde un enfoque asistencialista o caritativo hacia un enfoque de protección social universal basado en derechos. Para tal efecto, comprende diversas acciones y prestaciones sociales, ejecutadas y coordinadas por diferentes entidades administrativas, dirigidas a la población nacional socioeconómicamente más vulnerable, para asegurarle el acceso a mejores condiciones de vida. Sus componentes centrales están definidos en la Ley N° 20.379, que establece su estructura institucional básica, los subsistemas que lo integran y los requisitos para la creación de nuevos subsistemas. Dicha Ley incorpora las reco-

<sup>44</sup> CHILE, Ley N° 20.379.

<sup>45</sup> CHILE, Ley N° 20.670.

<sup>46</sup> CHILE, Ley N° 20.595.

<sup>47</sup> CHILE, Ley N° 19.949.

<sup>48</sup> BRODKIN y LARSEN (2013) pp. 57-67.

<sup>49</sup> Fuera de las prestaciones del Sistema Intersectorial, la legislación chilena contempla más de un centenar de prestaciones adicionales dispersas en forma de vales y subsidios, apoyo a cuidadores y personas con discapacidad, formación y ayuda al emprendimiento, apoyo a estudiantes y programas de atención y asesoramiento a víctimas de violencia sexual o delitos. Sin embargo, ellas no se encuentran comprendidas dentro del objeto de estudio de esta investigación.

mentaciones y orientaciones metodológicas proporcionadas por organismos internacionales de desarrollo, como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, adoptando así un enfoque multidimensional y dinámico de la pobreza y la vulnerabilidad<sup>50</sup>.

Como se señaló más arriba, dentro del Sistema coexisten actualmente cuatro subsistemas: *Chile Crece Contigo*, *Chile Solidario*, *Elige Vivir Sano* y *Seguridades y Oportunidades*. Cada uno de ellos –a excepción de *Elige Vivir Sano*<sup>51</sup>– involucra un conjunto de acciones y prestaciones sociales, incluyendo prestaciones en dinero y en especie, ejecutadas y coordinadas intersectorialmente por entidades estatales, focalizadas en un grupo específico de personas y/o familias socioeconómicamente vulnerables. La participación de las personas y familias en cada subsistema es compatible con la participación en otros subsistemas del Sistema. De hecho, en algunos casos, la participación en un subsistema implica el acceso preferencial o garantizado –es decir, sin postulación– a otros subsistemas o a uno o más de sus beneficios específicos. A la inversa, dejar de participar en uno de los subsistemas no excluye necesariamente el acceso a otros subsistemas o la continuación de la participación en ellos.

Pese a que el establecimiento del Sistema refleja un propósito de integración normativa, sus componentes se han desarrollado de manera inorgánica, desarticulada y presentan altos niveles de complejidad. Efectivamente, dado que cada subsistema se creó de forma independiente, en diferentes momentos y bajo diferentes gobiernos, cada uno refleja un conjunto específico de fundamentos normativos y políticos, cuya realización requiere una variedad de técnicas y enfoques. Es por eso que algunos subsistemas enfatizan fuertemente la prestación de servicios, mientras que otros se centran en las transferencias monetarias o impongan formas de condicionalidad más variadas y estrictas que los demás. Los apartados que siguen se destinan al análisis de los principales rasgos de cada uno de ellos, con particular atención en los beneficios que comprenden, más que en sus aspectos orgánicos e institucionales.

### 1. SUBSISTEMA CHILE SOLIDARIO

Este Subsistema se encuentra orientado a promover la incorporación de familias y personas en situación de extrema pobreza a las redes sociales y facilitarles el acceso a mejores condiciones de vida. *Chile Solidario* se creó en 2004 mediante la Ley N° 19.949, como un primer intento de desarrollar un enfoque integrado a los programas de protección social existentes, abordando así las barreras que enfrentan los hogares pobres que luchan por acceder a una oferta poco sistemática, fragmen-

<sup>50</sup> MIDES (2017) p. 111.

<sup>51</sup> Este subsistema, regido por la Ley N° 20.670, tiene por objeto promover hábitos y estilos de vida saludables para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas. A diferencia del resto de los subsistemas, que incluye algún tipo de beneficio de asistencia social monetario o de otra clase, *Elige Vivir Sano* solo contempla orientaciones para el diseño de políticas, planes y programas. Por tal razón, su análisis no será objeto de esta investigación.

tada y sectorial para la reducción de la pobreza<sup>52</sup>. Muchos de los beneficios de *Chile Solidario* fueron absorbidos por el subsistema *Seguridades y Oportunidades*, que originalmente pretendía eliminar al primero, debido a su estrecha focalización y modestos resultados en términos de aumento de los ingresos de los beneficiarios. Sin perjuicio de lo anterior, el subsistema *Chile Solidario* sigue formalmente vigente, y algunas de sus prestaciones se mantienen hasta hoy.

Entre las acciones y prestaciones que contempla *Chile Solidario* se encuentra un programa de apoyo psicosocial, que consiste en un acompañamiento personalizado de sus beneficiarios por parte de un profesional o técnico idóneo. Su propósito es “promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida”<sup>53</sup>. Asimismo, incluye el acceso preferente a la asignación familiar, destinada a personas de bajos ingresos pertenecientes al 60% de la población nacional más vulnerable socioeconómicamente, según el Registro Social de Hogares<sup>54</sup>. El acceso es preferente porque los beneficiarios de *Chile Solidario* no quedan sujetos a los procedimientos de postulación y de asignación generales para acceder a esta asignación, previstos en la legislación pertinente. Por último, corresponde a los beneficiarios este subsistema que cumplan los requisitos legales el subsidio al pago del consumo de agua potable y de servicio de alcantarillado de aguas servidas establecido en la Ley N° 18.778<sup>55</sup>.

## 2. SUBSISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA - CHILE CRECE CONTIGO

*Chile Crece Contigo* está destinado a apoyar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control gestacional hasta que cumplen 18 años de edad<sup>56</sup>. Asimismo, acompaña el proceso de desarrollo de niños y niñas que se encuentren matriculados en establecimientos educacionales públicos, también hasta que cumplan 18 años de edad<sup>57</sup>. Por último, tiene también como beneficiarios a niños, niñas y adolescentes cuyo adulto significativo se encuentre privado de libertad y a los cuidadores de dichos niños, niñas y adolescentes<sup>58</sup>. Este Subsistema se creó junto con el propio Sistema en 2009 en la Ley N° 20.379, para ampliar la cobertura y reforzar aún más la integración de los programas de protección social. En comparación con el resto de los subsistemas, su principal peculiaridad consiste en que todas sus prestaciones corresponden a servicios, en lugar de transferencias monetarias.

El programa eje de este subsistema es el Programa de Apoyo al Desarrollo Biopsicosocial, que entrega orientación y seguimiento personalizado al desarrollo

<sup>52</sup> BARRIENTOS (2010) p. 586.

<sup>53</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 4.

<sup>54</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 7.

<sup>55</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 2.

<sup>56</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 9 inc. 1°.

<sup>57</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 9 inc. 2°.

<sup>58</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 9 inc. 3°.

de sus beneficiarios menores de siete años<sup>59</sup>. Este programa tiene como objetivo promover, proteger y proporcionar apoyo multisectorial a la lactancia materna exclusiva, idealmente hasta los seis meses para los niños amamantados, y su continuación al menos hasta los dos años de edad, complementada con otros alimentos. La protección también se extiende a los métodos de obtención de leche humana distintos de la lactancia materna directa, en particular en lo que respecta a la higiene, la seguridad y la protección en la recogida, la manipulación, el almacenamiento y la distribución de leche humana a los lactantes. Adicionalmente, *Chile Crece Contigo* incluye acceso a ayudas técnicas para niños y niñas que presenten alguna discapacidad, acceso gratuito a sala cuna, jardín infantil o modalidades y acceso garantizado a *Chile Solidario* a las familias de niños y niñas en gestación, que se encuentren en situación de extrema pobreza<sup>60</sup>.

Fuera de estas prestaciones, este subsistema ofrece acceso preferente a sus familias beneficiarias que pertenezcan a aquellos hogares que integren el 40% más vulnerable socioeconómicamente de la población, según lo determine el Registro Social de Hogares, a una amplia oferta de servicios públicos<sup>61</sup>. Los referidos servicios incluyen programas tales como nivelación de estudios, inserción laboral dependiente o independiente, mejoramiento de las viviendas y de las condiciones de habitabilidad, atención de salud mental, dinámica familiar, asistencia judicial, prevención y atención de la violencia intrafamiliar y maltrato infantil. Este acceso preferente se debe concretar tomando en consideración las necesidades de apoyo al desarrollo de los hijos y las múltiples dimensiones que influyen en el desarrollo infantil.

### 3. SUBSISTEMA *SEGURIDADES Y OPORTUNIDADES*

El subsistema *Seguridades y Oportunidades* está destinado a personas y familias que se encuentren en situación de pobreza extrema, entendiéndose para estos efectos que se encuentran en tal situación aquellas personas y familias cuyo ingreso *per cápita* mensual sea inferior al necesario por persona para satisfacer sus necesidades alimentarias<sup>62</sup>. De igual modo, cubre a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, por tener 65 o más años de edad, vivir solas o con una persona y estar en situación de pobreza, o por tratarse de personas mayores de edad en situación de calle<sup>63</sup>. Tal como lo sugiere su nombre, el objetivo de este subsistema es brindar seguridades y oportunidades a sus beneficiarios, de modo de promover el acceso a mejores condiciones de vida para ellas<sup>64</sup>. La incorporación de este Subsistema en 2012, por medio de la Ley N° 20.595, supuso algunas importantes innovaciones en la estrategia de lucha contra la pobreza del país: la introducción de programas de

<sup>59</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 11.

<sup>60</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 12 letra e).

<sup>61</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 13.

<sup>62</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 3 inc. 3°.

<sup>63</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 4.

<sup>64</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 2.

apoyo sociolaboral, la creación de incentivos al empleo y el incremento de transferencias monetarias condicionadas.

Por lo que respecta a su contenido, este subsistema incluye tres programas. Primero, un Programa Eje que tiene por objeto el acompañamiento de todos sus usuarios y que contempla la realización de un diagnóstico, así como la elaboración de un plan de intervención, seguimiento de la participación y evaluación<sup>65</sup>. Segundo, un Programa de Acompañamiento Psicosocial, cuyo propósito es promover el desarrollo de las habilidades y capacidades necesarias que permitan a los usuarios su inclusión social y desenvolvimiento autónomo<sup>66</sup>. Tercero, un Programa de Acompañamiento Sociolaboral, que persigue mejorar la capacidad de los usuarios para generar ingresos de manera autónoma y sus condiciones de empleabilidad y participación en el ámbito laboral<sup>67</sup>. Mientras que las condiciones de incorporación a y participación en los programas de Acompañamiento Psicolaboral y Sociolaboral son definidas en plan de intervención elaborado en el marco del Programa Eje, las condiciones de permanencia en aquellos son definidas en el plan de evaluación.

En cuanto a las transferencias monetarias condicionadas, estas se dividen en tres categorías. La primera corresponde a las transferencias por dignidad, destinadas a proporcionar un alivio inmediato a las familias en situación de pobreza extrema con el fin de garantizar una vida compatible con la dignidad humana<sup>68</sup>. Se caracterizan por estar destinadas a la subsistencia general y, por lo tanto, pueden gastarse de la forma que el beneficiario considere oportuna, como la transferencia de base y la transferencia de protección. La segunda corresponde a las transferencias por deberes, que son transferencias monetarias vinculadas al cumplimiento de obligaciones que contribuyen al desarrollo del capital humano de niños y niñas<sup>69</sup>. La tercera, por último, corresponde a las transferencias por logros, que también son transferencias monetarias condicionadas y cuyo objetivo es premiar el logro de metas cruciales para la superación de la pobreza, como las relacionadas con la educación y el trabajo<sup>70</sup>.

#### IV. FORMAS DE CONDICIONALIDAD

Siguiendo a Watts y Fitzpatrick, se entiende por condicionalidad aquel conjunto de requisitos o exigencias que determinan el acceso a beneficios de asistencia social o la continuidad de su percepción<sup>71</sup>. Estos requisitos o exigencias pueden ser de muy variada índole. Algunos pueden estar referidos al comportamiento de los beneficiarios de la asistencia social y demandar que desplieguen una cierta con-

<sup>65</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 6.

<sup>66</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 7.

<sup>67</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 8.

<sup>68</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Arts. 14-15.

<sup>69</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 16.

<sup>70</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Arts. 19-21.

<sup>71</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) pp. 31.

ducta. Por esa razón, alguna doctrina los designa como “medidas de activación”<sup>72</sup>. Otros, en cambio, no presuponen comportamiento alguno por parte de los beneficiarios de asistencia social, sino que simplemente se basan en su estatus o en algún hecho jurídico, como el transcurso del tiempo. Bajo esta óptica, el fenómeno de la condicionalidad trasciende con creces las transferencias monetarias condicionales, de manera que prácticamente todo el sistema de asistencia social estaría sujeto a una forma de condicionalidad u otra<sup>73</sup>. Si bien existen diversas propuestas de sistematización de las condiciones<sup>74</sup>, en esta sección tomaremos como referencia de la propuesta elaborada por los mismos Watts y Fitzpatrick, ya que comprende categorías analíticas más claramente diferenciadas entre sí. De esta forma, se espera evitar redundancias y superposiciones conceptuales.

### 1. CONDICIONES DE ESTATUS O DE ELEGIBILIDAD

Un primer tipo de condiciones propias de los sistemas de asistencia social corresponde a requisitos de elegibilidad, que definen el universo de posibles beneficiarios de un determinado beneficio<sup>75</sup>. Su establecimiento representa un fenómeno generalizado en los sistemas de asistencia social a nivel comparado, que incluso se puede encontrar en los sistemas que se autoproclaman como verdaderamente universales<sup>76</sup>. Watts y Fitzpatrick las denominan condiciones de estatus precisamente porque están referidas a uno o más estatus de los beneficiarios de asistencia social, como su nacionalidad, ciudadanía, residencia, edad, etc. Resulta interesante notar que estas condiciones suelen estar relativamente dispersas en la regulación de los respectivos subsistemas, programas o beneficios, de manera que la descripción genérica del grupo objetivo en cuestión puede terminar siendo bastante más amplia que el efectivo universo de potenciales beneficiarios. Por consiguiente, este tipo de condiciones, vistas en su conjunto, también amerita ser examinado en cuanto a su eventual impacto excluyente.

Por lo general, el acceso a las prestaciones asistencia social está supeditado a la vulnerabilidad socioeconómica, que a su vez es determinada por medio de algún sistema que permita caracterizar a la población destinataria de las diversas prestaciones, programas y servicios sociales, para determinar si cumplen las condiciones de elegibilidad. En Chile, esta caracterización se realiza a partir de la información contenida en el Registro Social de Hogares, una base de datos funcional para el almacenamiento y tratamiento de la información autodeclarada, así como de la información procedente de bases de datos administrativas. Con el fin de garantizar su exactitud y validez, la información autodeclarada contenida en el registro puede ser objeto de verificación –principalmente mediante su confrontación con aquella

<sup>72</sup> BESHAROV y CALL (2023) p. 2.

<sup>73</sup> LEISERING y WEIBLE (2019) p. 169.

<sup>74</sup> Por ejemplo, BESHAROV y CALL (2023) p. 7.

<sup>75</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) p. 18.

<sup>76</sup> SPICKER (2005) pp. 345-365; CLASEN y CLEGG (2007) pp. 166-197; DWYER (2010) p. 9.

contenida en bases de datos públicas como las del Servicio de Impuestos Internos, el Ministerio de Educación y el Conservador de Bienes Raíces, entre otras—, actualización, rectificación, complementación o cancelación.

Sin perjuicio de lo anterior, el número de nuevos beneficiarios que puede acceder a cada subsistema es predefinido cada año. Por ejemplo, la cobertura anual del subsistema *Chile Solidario* es determinada mediante decreto del Ministerio de Desarrollo Social, según la disponibilidad de recursos consultados en la Ley de Presupuestos<sup>77</sup>. Por su parte, la cobertura anual del subsistema *Seguridades y Oportunidades* no puede exceder de un número determinado de personas o familias<sup>78</sup>, pudiendo ampliarse según la disponibilidad de recursos consultados en la Ley de Presupuestos del Sector público<sup>79</sup>. En consecuencia, en la práctica, podría haber más sujetos en situación de necesidad que aquellos que el sistema es capaz de cubrir.

Fuera de la vulnerabilidad socioeconómica, la edad es otro de los requisitos de elegibilidad más habituales. Así lo ilustra el subsistema *Chile Crece Contigo*, que se dirige a los niños desde su primer control de salud hasta que cumplen 18 años. En este caso, la edad va acompañada de otros factores, como ser usuario del sistema público de salud, estar matriculado en centros educativos públicos o que el respectivo adulto significativo esté privado de libertad. Del mismo modo, algunos de los grupos potenciales de usuarios del subsistema *Seguridades y Oportunidades* se definen en función de la condición de edad junto con la carencia de redes de apoyo —personas de 65 años o más, que viven solas o con una sola persona— o junto con la carencia de hogar— personas mayores de 18 años en situación de calle. Igualmente, varias transferencias monetarias del subsistema *Seguridades y Oportunidades* están reservadas a personas pertenecientes a determinados grupos de edad, según se verá más adelante<sup>80</sup>.

Si bien en la residencia es un requisito de elegibilidad común a nivel comparado, en Chile no es habitual que se incorpore expresamente entre las condiciones de acceso a beneficios de asistencia social. No obstante, para solicitar la inclusión en el Registro Social de Hogares es necesario acreditar la residencia en el país. La prueba de residencia puede consistir en la escritura o certificado de propiedad en vigor, certificado de tasación fiscal o contrato de arrendamiento del inmueble en el que reside el solicitante o la factura de servicios básicos (luz, agua, gas), o extracto de cuenta emitido por la compañía prestadora de servicios de telefonía fija o móvil, Internet o televisión, entre otros. Dado que la inclusión en el Registro es condición necesaria para acceder a todas las prestaciones del Sistema Intersectorial de Protección Social, en la práctica, la residencia se convierte implícitamente en un requisito de acceso a toda la oferta de asistencia social disponible.

<sup>77</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 3 inc. 3°.

<sup>78</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 3 inc. 2.

<sup>79</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 23.

<sup>80</sup> Véase el punto 2 de esta misma sección.

## 2. CONDICIONES CONDUCTUALES

Algunas prestaciones también están vinculadas al cumplimiento de condiciones de conducta por parte de sus beneficiarios, como ilustra el elevado número de transferencias monetarias condicionadas incluidas en el subsistema *Seguridades y Oportunidades*. La dimensión conductual de este tipo de condicionalidad viene determinada por el hecho de que pretende modificar o influir en el comportamiento de los destinatarios de la asistencia social, apoyándose en mecanismos de seguimiento y sanción, que pueden equivaler a dispositivos de control social<sup>81</sup>. El contenido de esta clase de condiciones es sumamente variado, pero en general están orientadas a mejorar la empleabilidad de los beneficiarios de asistencia social y a promover el cuidado infantil, como estrategia para crear capital humano. En términos más amplios, podría decirse que las condiciones conductuales persiguen dos objetivos: asegurar el ingreso presente, por un lado, y generar cambios en el comportamiento para prevenir la pobreza futura, por el otro<sup>82</sup>. Sin embargo, en caso de no cumplirse el segundo objetivo, el primero también se ve afectado, de manera que ambos pueden entrar en conflicto entre sí<sup>83</sup>.

Por ejemplo, *Chile Solidario* ofrece a sus beneficiarios un programa de acompañamiento psicosocial, que consiste en un coaching personalizado a cargo de un profesional o técnico calificado para promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para cumplir con las condiciones mínimas de calidad de vida, y una estrategia de intervención orientada a fortalecer la vinculación efectiva de los beneficiarios con las redes sociales y el acceso a los servicios disponibles<sup>84</sup>. El incumplimiento del programa de apoyo psicosocial es causal de terminación de la participación en el subsistema<sup>85</sup>. En sentido análogo, para acceder a ciertos beneficios del subsistema *Chile Crece Contigo*, la madre, el padre o los guardadores de los niños que lo requieran deben encontrarse trabajando, estudiando o buscando trabajo<sup>86</sup>. De igual forma, *Seguridades y Oportunidades* incluye un programa eje dirigido a todos sus usuarios, con el objetivo de orientarlos y evaluar su desempeño y logros durante su participación en el subsistema. El programa incluye un diagnóstico, un plan de intervención, un seguimiento de la participación y una evaluación<sup>87</sup> y la aceptación del plan de intervención es obligatoria para participar en el subsistema<sup>88</sup>.

A su vez, el subsistema *Seguridades y Oportunidades* incluye cuatro tipos de transferencias de logros, que premian logros específicos. La primera corresponde al Bono por Formalización, que se paga por una sola vez a los usuarios del subsistema

<sup>81</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) p. 11.

<sup>82</sup> LEISERING y WEIBLE (2019) p. 169.

<sup>83</sup> LEISERING y WEIBLE (2019) p. 169.

<sup>84</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 4.

<sup>85</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 11 inc. 3.

<sup>86</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 12 inc. 2.

<sup>87</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 6 inc. 1.

<sup>88</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 6 inc. 2.

que hayan participado efectivamente en su programa de apoyo sociolaboral y registren al menos cuatro cotizaciones continuas para salud y pensiones, o para el seguro de cesantía establecido en la Ley N° 19.728, según corresponda, siempre que sean declaradas y pagadas dentro del período de participación efectiva<sup>89</sup>. El segundo es el Bono de Graduación de Enseñanza Media, que también se otorga por una sola vez a los usuarios del subsistema mayores de 24 años que hayan obtenido su licencia de enseñanza media o equivalente<sup>90</sup>. La tercera es el Bono por Esfuerzo, que beneficia a los usuarios del Subsistema que pertenezcan al 30% más vulnerable socioeconómicamente de la población, que logren un desempeño o superación sobresaliente en las áreas de educación, salud, empleo, ahorro y adherencia mensual a programas intensivos o residenciales de rehabilitación de drogas<sup>91</sup>. La cuarta y última prestación incluida en esta categoría es Subsidio al Empleo de la Mujer, dirigido a trabajadoras que tengan entre 25 y 60 años y pertenezcan al 40% más vulnerable socioeconómicamente de la población, así como a sus respectivos empleadores<sup>92</sup>.

Adicionalmente, este mismo subsistema contempla dos transferencias monetarias condicionadas, conocidas como “control de niño sano” y “asistencia escolar”. La transferencia de control de niño sano es una prestación destinada a los hogares cubiertos por el subsistema, que tienen derecho a la transferencia monetaria básica y tienen niños o niñas menores de 6 años como miembros del grupo familiar, con un chequeo médico actualizado. Por su parte, la transferencia de asistencia escolar es un beneficio mensual dirigido a las familias usuarias del subsistema que tengan derecho a la transferencia monetaria básica y cuyos hijos o hijas de 6 a 18 años asistan regularmente a establecimientos educacionales reconocidos por el Estado, ya sea que cursen educación básica o media. Para tener derecho al beneficio, la asistencia mensual del niño o la niña a la escuela debe ser igual o superior al 85% del total de días establecidos en el calendario escolar<sup>93</sup>.

### 3. CONDICIONES NEGATIVAS O SANCIONES

Para asegurar que las condiciones efectivamente contribuyan a conducir las conductas de los beneficiarios hacia los fines que persiguen los sistemas asistencia social, es habitual que se establezcan sanciones en caso de incumplimiento de aquellas. Estas sanciones pueden consistir en la privación total o parcial, permanente o transitoria, colectiva –por ejemplo, cuando aplican a todos los integrantes de un grupo familiar– o individual, de los beneficios de asistencia social, sea que estos tengan un carácter monetario o no monetario. El hecho de que estas sanciones puedan

<sup>89</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 19 inc. 1.

<sup>90</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 19 inc. 2.

<sup>91</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 20 inc. 1.

<sup>92</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 21 inc. 1.

<sup>93</sup> CHILE, Decreto 30, Arts. 14 y 15.

ser aplicadas administrativamente, con grados importantes de discrecionalidad<sup>94</sup> y que puedan conllevar afectaciones graves al derecho al derecho a un nivel de vida adecuado<sup>95</sup> justifica el especial interés que se debe dispensar a esta particular técnica de condicionalidad. Es más, debido a sus potenciales efectos lesivos, parte de la literatura comparada sobre el tópico se ha centrado en desarrollar una analogía entre las sanciones de la asistencia social con las sanciones penales, llegando incluso a calificar las primeras como castigos crueles, inhumanos o degradantes<sup>96</sup>. Por otro lado, las sanciones admiten también serios cuestionamientos en cuanto a su efectividad. En efecto, las investigaciones empíricas disponibles sugieren que la amenaza de sanción no siempre tiene efectos significativos en el cumplimiento de las condiciones que imponen los sistemas de asistencia social, sobre todo en el largo plazo<sup>97</sup>.

Las sanciones suelen estar respaldadas por documentos en los que los beneficiarios de asistencia social manifiestan expresamente su voluntad de cumplir con sus condiciones. De hecho, en el caso chileno, la suscripción de tales documentos constituye un requisito para participar en los subsistemas *Chile Solidario* y *Seguridades y Oportunidades*<sup>98</sup>. Desde este punto de vista, el solo ingreso al SIPS no aseguraría a priori ninguna prestación a sus potenciales beneficiarios, sino una vez que cumplan con los compromisos contraídos<sup>99</sup>. Esta es una primera forma de condicionalidad que se introduce al sistema, que podría conllevar la privación absoluta del nivel mínimo indispensable de prestaciones de asistencia social a los grupos destinatarios de esta, en términos incompatibles con estándares internacionales de derechos humanos. En efecto, el incumplimiento de este documento da lugar a una causal de término de la participación en estos subsistemas<sup>100</sup>, de modo que aquellos beneficiarios que no cumplen con los compromisos contraídos o con las condiciones impuestas, se exponen a perder el acceso a los beneficios del SIPS y, potencialmente, a toda forma de protección social.

Esta es una de las debilidades más notables del SIPS, ya que implicaría que este podría no ser siquiera capaz de alcanzar su objetivo de proporcionar mejores condiciones de vida a la población nacional más vulnerable socioeconómicamente<sup>101</sup>. Para ilustrar más claramente el alcance de este problema, conviene recordar que la asistencia social chilena incluye prestaciones relacionadas con el suministro

<sup>94</sup> BOOCKMAN, THOMSEN y WALTER (2014) pp. 1-19; GWSCHWIND, RATZMANN y BESTE (2021) pp. 502-517.

<sup>95</sup> ELEVELD (2016) pp. 9-14; GANTCHEV (2020) pp. 257-272.

<sup>96</sup> ADLER (2018).

<sup>97</sup> GRIGGS y EVANS (2010) p. 21; REED (2014) pp. 1-32; PATTARO y otros (2022) pp. 611-653. Sobre el caso chileno, TRONCOSO y HENOCH (2014) pp. 21-24.

<sup>98</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 5 y CHILE, Ley N° 20.595, Art. 3°, respectivamente.

<sup>99</sup> GIAMBRUNO (2020) pp. 148-149.

<sup>100</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Arts. 11 N° 2; CHILE, Ley N° 20.595, Art. 18 c).

<sup>101</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 1.

de agua potable, educación, salud, vivienda y acceso a la justicia<sup>102</sup>. Adicionalmente, las condiciones y sanciones que prevé el SIPS, pueden tener un impacto significativo en otros derechos y resultar contraproducentes para la reintegración social de sus beneficiarios. Más aún, la literatura comparada sobre el particular sugiere que esta clase de medidas suele tener un impacto desfavorable en las posibilidades de sus beneficiarios para acceder al empleo formal, conduciéndoles potencialmente a la indigencia, al narcotráfico y a la delincuencia<sup>103</sup>. Tomando en cuenta lo anterior, es importante contar con criterios para determinar los niveles mínimos de asistencia social y no perder de vista la particular contribución que dichos niveles suponen para la realización de los demás derechos fundamentales.

Fuera de las sanciones propiamente tales, otra clase de condiciones negativas consiste en la pérdida o reducción de beneficios que opera por solo paso del tiempo, sin mediar conducta alguna del beneficiario que se pueda identificar como causa de dicha pérdida o reducción. En efecto, las prestaciones de los diversos subsistemas del SIPS tienen una vigencia limitada en el tiempo<sup>104</sup>, con independencia de la situación económica efectiva de sus beneficiarios. Así se puede observar en las prestaciones incluidas en el subsistema de *Seguridades y Oportunidades*, cuyo valor disminuye con el tiempo. Por ejemplo, la cuantía de la transferencia monetaria básica del subsistema disminuye linealmente a razón de una sexta parte al mes, a partir del decimoséptimo mes desde su concesión<sup>105</sup>. Del mismo modo, los bonos de acompañamiento del subsistema disminuyen linealmente a razón de una quinta parte mensual, a partir del décimo mes desde su concesión<sup>106</sup>.

Otro tanto se puede predicar respecto de la asignación familiar incluida en *Chile Solidario*, que tiene una duración de tres años<sup>107</sup>. Asimismo, la transferencia monetaria básica y la transferencia de protección incluidas en el subsistema *Seguridades y Oportunidades* se otorgan por un período de 12 o 24 meses, dependiendo de la duración de la participación del usuario en el Programa de Apoyo Psicosocial y en el Programa de Acompañamiento Socio Laboral<sup>108</sup>. Ambos programas tienen una duración máxima de 24 meses<sup>109</sup>. Sin embargo, los usuarios que finalizan con éxito el programa de acompañamiento sociolaboral antes de tiempo son recompensados y conservan el acceso a la transferencia básica de efectivo, a las transferencias condicionadas de efectivo y a otras prestaciones sociales del subsistema durante un máximo

<sup>102</sup> CHILE, Ley N° 20.379, Art. 13.

<sup>103</sup> GRIGGS y EVANS (2010) pp. 21 y 34; WELCOND (2018) pp. 18-19; ADLER (2018) pp. 73-86.

<sup>104</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Arts. 7 inc. 2° y 8 inc. 1°; CHILE, Ley N° 20.595, Arts. 11 inc. 2°, 14 inc. 2°, 15 inc. 2° y 16 inc. 3°

<sup>105</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 14 inc. 2.

<sup>106</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 19 inc. 1.

<sup>107</sup> CHILE, Ley N° 19.949, Art. 7 inc. 2.

<sup>108</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 14 inc. 2 y 15 inc. 2, respectivamente.

<sup>109</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 11 inc. 2.

de 24 meses<sup>110</sup>. La participación en el subsistema *Seguridades y Oportunidades* finaliza por completo a los 12 meses de la finalización del programa eje<sup>111</sup>. La transferencia de empleo femenino, por su parte, se paga a la propia trabajadora durante cuatro años consecutivos y genera un subsidio para su empleador de hasta 24 meses<sup>112</sup>.

#### 4. MECANISMOS DE MONITOREO O CONTROL

La emergencia de amplios poderes estatales para supervisar el cumplimiento de las condiciones y para investigar posibles infracciones que den lugar a la aplicación de sanciones, también juega un rol clave en los sistemas de asistencia social, pese a la comparativa menor atención que ha recibido en doctrina<sup>113</sup>. De hecho, se ha sostenido que la efectiva supervisión y vigilancia de los beneficiarios se encontraría en el núcleo mismo de la lógica de la condicionalidad, pues a través de ella cobra credibilidad la amenaza de sanción y se pueden lograr verdaderos cambios de comportamiento<sup>114</sup>. Para ese efecto, existen diversos mecanismos de monitoreo y control. Sin embargo, el tipo concreto de mecanismos disponibles para aplicación, las conductas sobre las cuales estos recaerán, las autoridades encargadas de aplicarlos y la frecuencia e intensidad de su aplicación admite importantes variaciones<sup>115</sup>. Asimismo, la implementación de dichos mecanismos, dada la diversidad de dimensiones y categorías de sujetos cubiertos por los beneficios de asistencia social, supone esfuerzos considerables de coordinación.

Ante este contexto, la digitalización de la asistencia social cobra un especial protagonismo, en la medida que permite procesar con facilidad información acerca de las condiciones de vida de los beneficiarios, su situación laboral, sus ingresos y cualquier otra información relevante de que disponga algún ente público relativa a su elegibilidad para seguir recibiendo beneficios. Si bien con ello incrementa significativamente la eficiencia en la gestión y provisión de la protección social, al mismo tiempo surgen interrogantes sobre posibles riesgos de exclusión digital<sup>116</sup>, vulneraciones al derecho a la protección de datos personales<sup>117</sup> y afectaciones al principio de transparencia<sup>118</sup>.

Dejando de lado estas consideraciones teóricas, en el caso chileno la plataforma de postulación al SIPS, el Sistema de Apoyo a la Selección de Usuarios de Prestaciones Sociales, más comúnmente conocido como Registro Social de Hogares,

<sup>110</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 9 inc. 2.

<sup>111</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 18 a).

<sup>112</sup> CHILE, Ley N° 20.595, Art. 21 inc. 1.

<sup>113</sup> GANTCHEV (2019) p. 3.

<sup>114</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) p. 37.

<sup>115</sup> WATTS y FITZPATRICK (2018) p. 37.

<sup>116</sup> RANCHORDÁS (2022) pp. 125-148.

<sup>117</sup> GANTCHEV (2019) pp. 257-272.

<sup>118</sup> CAIRO y MAHLSTEDT (2021) pp. 1-2.

también opera sobre la base de una lógica de deberes o de corresponsabilidad<sup>119</sup>. Efectivamente, la ley impone a los beneficiarios la obligación de proporcionar información fidedigna sobre su real situación económica en el Registro. Con el propósito de evitar el fraude y garantizar mayor transparencia, se prevé que la información proporcionada luego sea contrastada con bases de datos administrativas de diversos servicios públicos, como el Servicio de Impuestos Internos, el Ministerio de Educación, el Conservador de Bienes Raíces, etc. Sin embargo, la contrastación ha supuesto una mayor carga de trabajo a los órganos encargados de implementar el SIPS, que ha entorpecido la oportuna prestación de los respectivos servicios y beneficios<sup>120</sup>. Nuevamente, se observa que el ingreso al SIPS impone deberes de manera inmediata, desde el momento mismo de la postulación, pero estos deberes no necesariamente se traducen en el goce efectivo de derechos.

## V. ¿TIENE CABIDA LA CONDICIONALIDAD EN UN SISTEMA UNIVERSAL?

Ya en la década de los sesenta, un prominente autor norteamericano advertía que

[a] pesar de que la asistencia social se ha desarrollado siempre dentro de un marco jurídico, hasta hace bien poco ha habido escaso reconocimiento o estudio de las cuestiones jurídicas básicas que subyacen a las decisiones que afectan a los destinatarios de las ayudas públicas y a otros beneficiarios de la asistencia social<sup>121</sup>.

Sin embargo, cerca de medio siglo más tarde, esta advertencia permanece en alguna medida desatendida. Mediante la técnica de la condicionalidad, el Estado entrega recursos a las familias beneficiarias, “con el fin de que ellas realicen algo que antes no estaban haciendo, desde llevar el niño al control médico hasta matricularlo en un establecimiento educacional, y así romper el círculo de la pobreza y dar más oportunidades a los hijos para que en el futuro superen la vulnerabilidad”<sup>122</sup>. Si bien este es un objetivo legítimo, existe el riesgo de excluir indebidamente a posibles beneficiarios en situación de necesidad, en abierta tensión con la aspiración a la universalidad que subyace a los sistemas contemporáneos de asistencia social. Por lo demás, el que la condicionalidad –en sus distintas variantes– sea aplicada de manera exclusiva a los grupos sociales más vulnerables podría admitir cuestionamientos desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación.

Así las cosas, una de las cuestiones a despejar es qué significa la universalidad en el contexto de la asistencia social. Respecto de este punto, cabe mencionar que, aunque la literatura relativa a la universalidad de los derechos en general es

<sup>119</sup> BOREAL (2017) p. 41.

<sup>120</sup> BOREAL (2017) p. 43.

<sup>121</sup> REICH (1965) p. 1245.

<sup>122</sup> HUNEEUS y REPETTO (2013) p. 5.

abundante, son más bien escasos los textos que se refieren específicamente a su proyección a la asistencia social desde una perspectiva jurídica. De hecho, uno de los pocos trabajos que lo hace, destaca que la falta de tratamiento de este tópico representa una brecha analítica significativa que debe ser colmada y que la ausencia discusión sistemática en torno a la misma resulta problemática<sup>123</sup>. Este mismo trabajo identifica algunas de las implicancias que tendría adoptar un sistema universal asistencia social, particularmente respecto de la condicionalidad. Al respecto, se señala que los Estados debieran inhibirse de imponerlas, pero que, si las imponen de todos modos, ellas deberían ser acompañadas de medidas para proteger contra eventuales abusos por parte de quienes monitorean el cumplimiento de las mismas<sup>124</sup>. Asimismo, subraya que el incumplimiento de las condiciones jamás debería resultar en la exclusión automática de un individuo o de su grupo familiar de los programas de asistencia social<sup>125</sup>.

Si bien esta aproximación sugiere abordar la condicionalidad con cautela, sigue siendo todavía muy vaga y no aporta ningún estándar normativo específico para dilucidar si ella es compatible con un sistema de asistencia social que aspira a ser universal. Más concretamente, el problema radica en que la universalidad parece ser entendida en términos demasiados abstractos como para responder adecuadamente a la realidad práctica de cada sistema de asistencia social<sup>126</sup>. Ante este problema, Leisering y Weible ofrecen un enfoque alternativo más prometedor, que distingue diversas dimensiones de la universalidad cuya compatibilidad con la técnica de condicionalidad puede ser analizada separadamente. La propuesta de Leisering y Weible se funda en la idea de que la universalidad proyectada a la asistencia social no necesariamente requiere un único programa incondicionado que aplique indistintamente a todas las personas (universalidad de programa)<sup>127</sup>. Antes bien, según los autores, la universalidad puede ser realizada mediante programas y beneficios fragmentarios de asistencia social que, en su conjunto, cubran a todas las personas (universalidad sistémica)<sup>128</sup>.

Tomando como base esta distinción, se podría afirmar que solo figuras como el ingreso básico universal —que de momento se limitaría a unas pocas experiencias acotadas temporal y territorialmente— satisfarían la universalidad de programa. En contraste, sistemas de asistencia social chileno podrían ser compatibles con el estándar de universalidad, entendido como universalidad sistémica. Sin embargo, las variadas modalidades de condicionalidad que contempla el SIPS contradicen esta conclusión, ya que su cobertura no alcanzaría a todas las personas. En este punto, entraría en juego una tercera dimensión de la universalidad que se satisfaría en la

<sup>123</sup> SEPÚLVEDA y NYST (2012) p. 10.

<sup>124</sup> SEPÚLVEDA y NYST (2012) p. 15.

<sup>125</sup> SEPÚLVEDA y NYST (2012) p. 15.

<sup>126</sup> VONK y BAMBROUGH (2020) p. 380.

<sup>127</sup> LEISERING y WEIBLE (2019) p. 142.

<sup>128</sup> LEISERING y WEIBLE (2019) p. 142.

medida que el sistema de asistencia social cubra a toda la población relevante o en situación de necesidad, ofreciéndole apoyo frente a la pobreza (universalidad de protección)<sup>129</sup>. La pregunta sería, entonces, si las formas de condicionalidad previstas en el SIPS permiten cuando menos satisfacer el estándar de universalidad en su dimensión de protección.

Para responder a esta pregunta, cabe recordar que el SIPS define expresamente a su grupo objetivo como la “población nacional más vulnerable socioeconómicamente”<sup>130</sup> y que la vulnerabilidad socioeconómica se mide mediante instrumentos y criterios establecidos por ley para cada programa. Así, dependiendo del subsistema o del beneficio concreto de que se trate, el grupo objetivo puede ser aquel que se encuentra en el 30%, el 40% o el 60% de la población nacional más vulnerable socioeconómicamente. Con todo, cabe tener presente que esta definición genérica del grupo objetivo admite una especificación ulterior, mediante el establecimiento de condiciones de estatus o elegibilidad. Esta primera clase de condiciones en sí misma no necesariamente es considerada como incompatible con la universalidad de protección, en la medida que sean razonables y que todos los potenciales beneficiarios que cumplan con ellas y postulen al sistema, sean cubiertos<sup>131</sup>. Adicionalmente, una segunda especificación ulterior del grupo objetivo opera por la vía de restricciones presupuestarias, que predefinen el número total de nuevos participantes anuales en cada subsistema. Aquí, tampoco habría una incompatibilidad necesaria con la universalidad de protección, sino que ello dependería de la disponibilidad de recursos y las demás prioridades presupuestarias concurrentes en un momento dado. Algo similar podría decirse de los criterios temporales que limitan la participación de los grupos objetivos del SIPS, aun cuando no se cumpla el objetivo final de este, que es un efectivo incremento en la capacidad de aquellos para generar ingresos autónomos y consolidar su situación laboral<sup>132</sup>. Tampoco parecen problemáticas, al menos en abstracto, las condiciones administrativas para postular a o mantener beneficios de asistencia social, como la asistencia a entrevistas, la suscripción de cartas de compromiso, la provisión de información o el llenado de formularios<sup>133</sup>.

A pesar de no haber una incompatibilidad forzosa entre las condiciones apuntadas y el estándar de universalidad, es posible observar desde ya cómo progresivamente se estrecha el espectro de potenciales beneficiarios de asistencia social. De esta manera, condiciones adicionales deberían ser vistas con recelo y quedar sujetas a un estándar más estricto de evaluación, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la universalidad devenga en un estándar meramente nominal. En efecto, las condiciones conductuales y sus respectivas sanciones encarnan y reproducen un modelo de asistencia social basado en la responsabilidad y el mérito individual, en

<sup>129</sup> Leisering y Weible (2019) pp. 142-147.

<sup>130</sup> CHILE, Ley N° 20.379, art. 1.

<sup>131</sup> GROSH (2022) p. 44.

<sup>132</sup> VARGAS, CUEVA y MEDELLÍN (2017) p. 40.

<sup>133</sup> SPICKER (2005) pp. 345-365; PAZ-FUCHS (2008) pp. 57-61.

aparente contradicción con el propósito de reconocer a las personas vulnerables socioeconómicamente como auténticas titulares de derechos. Dado este contexto, siguiendo a Leisering, podría resultar útil distinguir entre aquellas condiciones que tienen un carácter punitivo y socavan la autonomía de los beneficiarios de asistencia social y aquellas que operan como apoyo o refuerzo a la autonomía de estos<sup>134</sup>.

Las condiciones punitivas reflejan una concepción de los derechos conforme a la cual estos se encuentran supeditados al cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones, de modo que los primeros no se tienen por la sola circunstancia de ser persona, sino que se ganan gracias al mérito. A título ilustrativo, puede mencionarse como una condición de este carácter la sanción de exclusión del subsistema *Seguridades y Oportunidades*, incluso con la consiguiente pérdida de las transferencias por dignidad, en caso de incumplimiento de la carta de compromiso. En cambio, las condiciones que operan como apoyo o refuerzo a la autonomía son aquellas que posibilitan la integración social, robusteciendo la autosuficiencia de los beneficiarios de asistencia social. Variados tipos de condiciones similares a las ya existentes podrían quedar comprendidas en esta categoría, siempre que su diseño e implementación procure garantizar prestaciones suficientes para alcanzar un nivel de vida adecuado. Así, por ejemplo, podrían mantenerse las cartas de compromiso, los programas de acompañamiento e incluso las sanciones, siempre que ellas no impliquen expulsión permanente del SIPS o de alguno de sus subsistemas o la pérdida y el reembolso de las prestaciones. Destacar esta diferencia es crucial, ya que una dependencia excesiva del uso de condiciones que tengan un efecto punitivo podría hacer que el sistema fuera incapaz de proporcionar un piso de protección por debajo del cual nadie debería caer.

## CONCLUSIONES

1. Pese a los relevantes fines que persiguen los sistemas contemporáneos de asistencia social y al potencial impacto de negativo que puede tener el “giro condicional” que estos han experimentado en las últimas décadas, el tópico no ha recibido mayor atención en la literatura jurídica. Tal desatención no deja de ser curiosa, sobre todo desde un enfoque constitucional, tomando en cuenta que el diseño, regulación y provisión de la asistencia se sustentan en nociones típicamente *iusfundamentales*, como dignidad, ciudadanía, participación, igualdad, derechos sociales, etc. De hecho, no obstante tratarse de una técnica regulatoria aplicada de manera focalizada a grupos vulnerables que podría conllevar afectación de ciertos derechos fundamentales, la literatura antidiscriminación tampoco ha expresado mayor interés en el punto. Este artículo ha pretendido colmar en alguna medida este vacío, proponiendo criterios para evaluar la compatibilidad entre las formas de condicionalidad que contempla el Sistema Intersectorial de Protección Social chileno (SIPS) con la vocación universal que subyace a la regulación del mismo.

<sup>134</sup> LEISERING (2019) p. 95.

2. Las bases fundamentales del diseño del SIPS se encuentran consagradas en la Ley N° 20.379, que establece los objetivos generales de este y enuncia los distintos subsistemas que lo integran: *Chile Solidario*, *Chile Crece Contigo* y *Seguridades y Oportunidades*. Cada uno de dichos subsistemas se define en función de un determinado grupo objetivo de la población nacional en situación de vulnerabilidad socioeconómica, para el cual prevé un conjunto de programas y beneficios diferenciados, que se encuentran sujetos a condiciones de acceso y continuidad también diferenciados. Ello se debe a que cada subsistema se creó de forma independiente, en diferentes momentos y bajo diferentes gobiernos, de modo que cada uno representa un conjunto específico de fundamentos normativos y políticos, cuya realización requiere una variedad de técnicas y enfoques. En este aspecto, el SIPS representa un esfuerzo en orden a dotar de cierta coherencia y unidad a un sistema de asistencia social altamente fragmentado.

3. Al observar con detalle el diseño del SIPS, es posible constatar que el sistema chileno de asistencia social también se ha hecho parte del giro condicional, incorporando distintas variantes de esta técnica regulatoria en sus diversos subsistemas, programas y beneficios. Las condiciones pueden estar referidas a la disponibilidad de recursos fiscales, al estatus de los beneficiarios –nacionalidad, ciudadanía, edad, etc.–, su nivel de necesidad y su conducta, o una combinación de dos o de todos estos criterios a la vez. Por su parte, las condiciones de carácter conductual suelen estar respaldadas por mecanismos de control o monitoreo que permitan supervisar su observancia y por sanciones, en caso de incumplimiento. En alguna medida, las condiciones de estatus también pueden estar avaladas por mecanismos de monitoreo y por sanciones, a efectos de constatar la veracidad de la información que da cuenta del respectivo estatus. El propósito de las distintas variedades de condiciones es evitar que los beneficiarios de asistencia social dependan excesivamente de esta, promoviendo su empleabilidad y creando capital humano. Pero, al mismo tiempo, pueden tener consecuencias indeseadas.

4. Más concretamente, el carácter fragmentario y condicionado del SIPS suscita interrogantes respecto de la medida en que resulta compatible con su propósito declarado de ofrecer asistencia social, conforme a un enfoque de derechos y, por tanto, conforme a un estándar de universalidad. Respecto de este punto cabe señalar que si la universalidad fuera entendida en términos demasiados abstractos, pudiera pensarse que dicho enfoque rechaza categóricamente cualquier forma de fragmentación y de condicionalidad. Mas, una comprensión tal de este estándar haría inviable a la mayoría de los sistemas de asistencia social contemporáneos, convirtiendo a aquel en una mera declaración de buenas intenciones. Por tal razón, la propuesta que se ha formulado en este trabajo exige, por un lado, precisar el sentido de la universalidad en su proyección específica a la asistencia social y, por otro, formular una clasificación de las condiciones, según su impacto en la autonomía de los beneficiarios.

5. Dadas estas prevenciones, el foco de atención se ha puesto en una dimensión específica de la universalidad –la universalidad de protección–, la cual admite la existencia de programas y beneficios fragmentarios de asistencia social que, en su

conjunto, cubran a todas la personas en situación de necesidad. No obstante, incluso en esta dimensión ya acotada de la universalidad, la condicionalidad se encuentra en tensión con un enfoque de derechos. Fuera de la definición legal del respectivo grupo objetivo en situación de necesidad, las condiciones de estatus, las restricciones presupuestarias y las exigencias administrativas de postulación respectivas por sí solas podrían excluir a ciertos individuos de las prestaciones necesarias para alcanzar un nivel de vida adecuado. Si a esos filtros preliminares se agregan otras condiciones de naturaleza punitiva, el sistema no solo se aleja de su vocación universal, sino que podría dejar de garantizar a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad siquiera un nivel mínimo de subsistencia. De ahí que sean preferibles aquellas condiciones que tengan como efecto fomentar la autonomía de los beneficiarios de asistencia social, en línea con su reconocimiento como titulares de derechos.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACNUDH (2006): *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas).
- ABRAMO, Laís; CECCHINI, Simone y MORALES, Beatriz (2019): *Programas sociales, superación de la pobreza e inclusión laboral: aprendizajes desde América Latina y el Caribe, Libros de la CEPAL, N° 155 (LC/PUB.2019/5-P)* (Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)).
- ADLER, Michael (2018): *Cruel, inhuman or degrading treatment? Benefit sanctions in the UK* (London, Palgrave).
- ADLER, Michael y TERUM, Lars Inge (2017): “Austerity, conditionality and litigation in six European countries”, en CIVITARESE MATTEUCCI, Stefano y HALLIDAY, Simon (edits.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity* (London, Routledge) pp. 147-177
- BAHLE, Thomas, HUBL, Vanessa y PFEIFER, Michaela (2011): *The last safety net: A handbook of minimum income protection in Europe* (Bristol, Policy Press).
- BARRIENTOS, Armando (2010): “Protecting Capability, Eradicating Extreme Poverty: Chile Solidario and the Future of Social Protection”, *Journal of Human Development and Capabilities*, vol. 11, N° 4: pp. 579-597.
- BARRIENTOS, Armando (2011): “Conditions in antipoverty programmes”, *Journal of Poverty and Social Justice*, vol. 19, N° 1: pp- 15-26.
- BASTAGLI, Francesca (2009): “Conditionality in public policy targeted to the poor: Promoting resilience?”, *Social Policy and Society*, vol. 8, N° 1: pp. 127-140.
- BATTY, Elaine, BEATTY, Christina, CASEY, Rionach, FODEN, Mike, MCCARTHY, Lindsey, REEVE, Kesia (2015): *Homeless people’s experiences of welfare conditionality and benefit sanctions*, (London, Sheffield Hallam University and Crisis).
- BESHAROV, Douglas J. y CALL, Douglas M. (2023): “Introduction: European and US Experiences with Labor Activation”, en BESHAROV, Douglas J. y CALL, Douglas M. (edits.) *Work and the Social Safety Net: Labor Activation in Europe and the United States* (Oxford, Oxford University Press) pp. 1-24.

- BLACK, Carol (2016): *An Independent Review into the Impact on Employment Outcomes of Drug or Alcohol Addiction, and Obesity* (London, Her Majesty's Stationary Office).
- BOOCKMANN, Bernhard, THOMSEN, Stephan L. y WALTER, Thomas (2014), “Intensifying the use of benefit sanctions: an effective tool to increase employment?”, *IZA J Labor Policy*, vol. 3, N° 21: pp. 1-19.
- BOREAL (2017): *Estudio Evaluación de la Implementación del Sistema de Apoyo a la Selección de Usuarios de Prestaciones Sociales. Informe final (versión 3)*. Disponible en: <https://biblioteca.digital.gob.cl/server/api/core/bitstreams/de9308c4-a0c7-407c-89ac-1cdf024611a5/content>. Fecha de consulta: 04/03/2024.
- BOTHFELD, Silke y ROSENTHAL, Peer (2017): “The end of social security as we know it: The erosion of status protection in German labour market policy”, *Journal of Social Policy*, vol. 47, N° 2: 1-20.
- BRODKIN, Evelyn Z. y LARSEN, Flemming (2013): “The policies of workfare: at the boundaries between work and the welfare state”, en BRODKIN, Evelyn Z. y MARSTON, Gregory (eds.), *Work and the Welfare State: Street-level Organizations and Workfare Politics* (Washington D.C., Georgetown University Press) pp. 57-67.
- CAIRO, Sofie y MAHLSTEDT, Robert (2021): “Transparency of the Welfare System and Labor Market Outcomes of Unemployed Workers”, *IZA Discussion Papers 14940, Institute of Labor Economics*. Disponible en: <https://www.iza.org/publications/dp/14940/transparency-of-the-welfare-system-and-labor-market-outcomes-of-unemployed-workers>. Fecha de consulta: 04/03/2024.
- CANTILLON, Bea (2022): “Poverty, social policy and the welfare state: A research agenda”, en NELSON, Kenneth, NIEUWENHUIS, Rense y YERKES, Mara (eds.), *Social Policy in Changing European Societies: Research Agendas for the 21st Century* (Cheltenham, Elgar) pp. 101-119.
- CECCHINI, Simone (comp.) (2019): *Protección social universal en América Latina y el Caribe: Textos seleccionados 2006-2019* (Santiago, Naciones Unidas).
- CECCHINI, Simone y ATUESTA, Bernardo (2017): *Programas de transferencias condicionadas en América Latina y el Caribe: tendencias de cobertura e inversión* (Santiago, Naciones Unidas).
- CHIODI, Francesco María (2016): “Enfoques conceptuales y programáticos de las políticas contra la pobreza en España y Chile: una mirada comparativa”, *OPERA*, vol. 18: pp. 203-227.
- CLASEN, Jochen y CLEGG, Daniel (2007): “Levels and levers of conditionality: Measuring change within welfare states”, en CLASEN, Jochen y SIEGEL, Nico A. (eds.), *The ‘Dependent Variable Problem’ in Comparative Analysis* (Cheltenham, Edward Elgar) pp. 166-197.
- DE VRIES, Robert, REEVES, Aaron y BAUMBERG-GEIGER, Ben (2017): “Inequalities in the Application of Welfare Sanctions in Britain: Working Paper 15”, *London School of Economics International Inequalities Institute*. Disponible en: [https://eprints.lse.ac.uk/101853/1/de\\_Vries\\_Reeves\\_Geiger\\_inequalities\\_in\\_the\\_application\\_of\\_welfare\\_wp15.pdf](https://eprints.lse.ac.uk/101853/1/de_Vries_Reeves_Geiger_inequalities_in_the_application_of_welfare_wp15.pdf). Fecha de consulta: 04/03/2024.
- DWYER, Peter (2009): *Integration? The Perceptions and Experiences of Refugees in Yorkshire and the Humber* (Leeds, Yorkshire and the Humber Regional Migration PARTNERSHIP).
- DWYER, Peter (2010): *Understanding Social Citizenship: Themes and Perspectives for Policy and Practice* (Bristol, Policy Press).

- ELEVELD, Anja (2016): “Work-related sanctions in European welfare states: an incentive to work or a violation of minimum subsistence rights?”, *SSRN Research Paper 2016/01*. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2802656](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802656). Fecha de consulta: 04/03/2024.
- FITZPATRICK, Suzanne y PAWSON, Hal (2014): “Ending security of tenure for social renters: Transitioning to ‘ambulance service’ social housing?”, *Housing Studies*, vol. 29, N° 5: pp. 597-615.
- FITZPATRICK, Suzanne y WATTS, Beth (2017): “Competing visions: Security of tenure and the welfarisation of English social housing”, *Housing Studies*, vol. 32, N° 8: pp. 1021-1038.
- FITZPATRICK, Suzanne, BRAMLEY, Glen, MORAG, Treanor, BLENKINSOPP, Janice, MCINTYRE, Jill, JOHNSEN, Sarah y McMORDIE, Lynne (2016): *Destitution in the UK* (York, Joseph Rowntree Foundation).
- FRIEDLI, Lynne y STEARN, Robert (2015): “Positive affect as coercive strategy: Conditionality, activation and the role of psychology in UK government workfare programmes”, *Medical Humanities*, vol. 41, N° 1: pp. 40-47.
- GANTCHEV, Valery (2019): “Data protection in the age of welfare conditionality: Respect for basic rights or a race to the bottom?”, *European Journal of Social Security*, vol. 21, N° 1: pp. 3-22.
- GANTCHEV, Valery (2020): “Welfare sanctions and the right to a subsistence minimum: a troubled marriage”, *European Journal of Social Security*, vol. 22, N° 3: pp. 257-272.
- GIAMBRUNO LEAL, Daniela (2020): *Anti-poverty Social Policies in Chile and Concerns for Social Justice in Neo-Liberal Times: A View from Below*. Tesis para optar al grado de Doctora en Filosofía en el Institute of the Americas Faculty of Social & Historical Sciences de la University College London.
- GNUDS (s.f.): *Valores Universales. Principio uno: Enfoque basado en los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>. Fecha de consulta: 04/03/2024.
- GRIGGS, Julia y EVANS, Martin (2010): *Sanctions within Conditional Benefit Systems: A Review of Evidence* (York, Joseph Rowntree Foundation).
- GROSH, Margaret (2022): “Targeting within Universal Social Protection”, en GROSH, Margaret, LEITE, Phillipe, WAI-POI, Matthew y TESLIUC, Emil (edits.), *Revisiting Targeting in Social Assistance: A New Look at Old Dilemmas* (Washington, DC, World Bank) pp. 37-80.
- GSCHWIND, Lutz, RATZMANN, Nora y BESTE, Jonas (2021): “Protected against all odds? A mixed-methods study on the risk of welfare sanctions for immigrants in Germany”, *Social Policy Administration*, vol. 56, N° 3: pp. 502-517.
- HUNEEUS, Cristóbal y REPETTO, Andrea (2013): “Los desafíos pendientes del Ingreso Ético Familiar”, en FANTUZZI M., Jorge (edit.), *Ingreso ético familiar: Innovando en la lucha contra la pobreza* (Santiago, Ediciones LyD) pp. 219-252.
- JACOBI, Lena y KLUVE, Jochen (2007): “Before and after the Hartz reforms: The performance of active labor market policy in Germany”, *Journal for Labour Market Research*, vol. 40, N° 1: pp. 45-64.
- LEISERING, Lutz (2019): “Basic Social Security: From Poor Relief to Social Assistance, to Social Cash Transfers”, en LEISERING, Lutz (edit.), *The Global Rise of Social Cash Trans-*

- fers: How States and International Organizations Constructed a New Instrument for Combating Poverty* (Oxford, Oxford University Press) pp. 64-104.
- LEISERING, Lutz y WEIBLE, Katrin (2019): “Social Cash Transfers in the Global South: An Entitlement Revolution”, en LEISERING, Lutz (edit.), *The Global Rise of Social Cash Transfers: How States and International Organizations Constructed a New Instrument for Combating Poverty* (Oxford, Oxford University Press) pp. 139-212.
- MIDES (2017): *Informe de Desarrollo Social 2017*. Disponible en: <https://www.desarrollo-socialyfamilia.gob.cl/pdf/upload/IDS2017.pdf>. Fecha de consulta: 04/03/2024.
- OAKLEY, Matthew (2014): *Independent Review of the Operation of Jobseeker’s Allowance Sanctions Validated by the Jobseekers Act 2013* (London, Her Majesty’s Stationery Office).
- OSORIO GONNET, Cecilia (2020): *Conditional Cash Transfer Programs in Ecuador and Chile. The role of Policy Diffusion* (Cham, Palgrave Macmillan).
- O’BRIEN, Michael (2013): “Welfare reform in Aotearoa/New Zealand: From citizen to managed worker”, *Social Policy and Administration*, vol. 47: pp. 729-748.
- PATTARO, Serena, BAILEY, Nick, WILLIAMS, Evan, GIBSON, Marcia, WELLS, Valerie, TRANMER, Mark y DIBBEN, Chris (2022): “The Impacts of Benefit Sanctions: A Scoping Review of the Quantitative Research Evidence”, *Journal of Social Policy*, vol. 51, N° 3: pp. 611-653.
- PAZ-FUCHS, Amir (2008): *Welfare to work: Conditional rights in social policy* (Oxford, Oxford University Press).
- PÉREZ-MUÑOZ, Cristian (2017): “What is wrong with testing welfare recipients for drug use?”, *Political Studies*, vol. 65, N° 4: pp. 912-929.
- PETERS, Mark y JOYCE, Lucy (2006): *A Review of the JSA Sanctions Regime: Summary Research Findings. DWP Research Report No. 313*. (London, DWP).
- RANCHORDÁS, Sofía (2022): “The Digitization of Government and Digital Exclusion: Setting the Scene”, en BLANCO DE MORAIS, Carlos, FERREIRA MENDES, Gilmar y VESTING, Thomas (edits.), *The Rule of Law in Cyberspace* (Berlin, Springer) pp. 125-148.
- REED, Howard (2014): *How Effective are Benefits Sanctions? An investigation into the effectiveness of the post-2012 sanctions regime for Jobseeker’s Allowance claimants* (Oxford, Oxfam).
- REEVE, Kesia (2017): “Welfare conditionality, benefit sanctions and homelessness in the UK: ending the ‘something for nothing culture’ or punishing the poor?”, *Journal of Poverty and Social Justice*, vol. 25, N° 1: pp. 65-78.
- REICH, Charles A. (1965): “Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues”, *The Yale Law Journal*, vol. 74: pp. 1245-1257.
- ROELEN, Keetie y CARTER, Becky (2022): *Social Assistance and Covid-19: Reaching the Furthest Behind First?* (Brighton, Institute of Development Studies (IDS)).
- ROJAS LASCH, Carolina (2018): “Afecto y cuidado: pilar de la política social neoliberal”, *Polis*, vol. 17, N° 49: pp. 127-149.
- SCHRAM, Sanford F., SOSS, Joe, FORDING, Richard C. y HOUSER, Linda (2009): “Deciding to discipline: Race, choice, and punishment at the frontlines of welfare reform”, *American Sociological Review*, vol. 74, N° 3: pp. 398-422.
- SEPÚLVEDA, Magdalena y NYST, Carly (2012): *The Human Rights Approach to Social Protection* (Erweko Oy, Ministry for Foreign Affairs of Finland).

- SPICKER, Paul (2005): “Targeting, residual welfare and related concepts: Modes of operation in public policy”, *Public Administration*, vol. 83, N° 2: pp. 345-365.
- TAYLOR, David R., GRAY, Matthew y STANTON, David (2016): “New conditionality in Australian social security policy”, *Australian Journal of Social Issues*, vol. 51, N° 1: pp. 3-26.
- TRONCOSO O., Rodrigo y HENOCH I., Paulina (2014): *¿Qué Impacto Han Tenido las Transferencias Condicionadas en Chile? Serie Informe Social N° 146* (Santiago: Libertad y Desarrollo).
- VARGAS, Luis Hernán, CUEVA, Pedro y MEDELLÍN, Nadin (2017): *¿Cómo funciona el Ingreso Ético Familiar? Mejores prácticas en la implementación de programas de transferencias monetarias condicionadas en América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18235/0000628>. Fecha de consulta: 04/03/2024.
- VONK, Gijbert y BAMBROUGH, Edward (2020): “The human rights approach to social assistance: Normative principles and system characteristics”, *European Journal of Social Security*, vol. 22, N° 4: pp. 376-389.
- WATTS, Beth y FITZPATRICK, Suzanne (2018): *Welfare Conditionality* (London, Routledge).
- WATTS, Beth, FITZPATRICK, Suzanne, BRAMLEY, Glen y WATKINS, David (2014): *Welfare Sanctions and Conditionality in the UK* (York, Joseph Rowntree Foundation).
- WELCOND (2018): *Final findings report, Welfare Conditionality: Sanctions, Support and Behaviour Change*. Disponible en: [http://www.welfareconditionality.ac.uk/wp-content/uploads/2018/06/40475\\_Welfare-Conditionality\\_Report\\_complete-v3.pdf](http://www.welfareconditionality.ac.uk/wp-content/uploads/2018/06/40475_Welfare-Conditionality_Report_complete-v3.pdf). Fecha de consulta: 04/03/2024.
- WINCUP, Emma (2014): “Thoroughfares, crossroads and cul-de-sacs: Drug testing of welfare recipients”, *International Journal of Drug Policy*, vol. 25, N° 5: pp. 1031-1037.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Ley N° 19.949 (05/06/2004): *Establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado Chile Solidario*.
- CHILE, Ley N° 20.379 (12/09/2009): *Crea el sistema intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección integral a la infancia “Chile Crece Contigo”*.
- CHILE, Ley N° 20.595 (17/05/2012): *Crea el ingreso ético familiar que establece bonos y transferencias condicionadas para las familias de pobreza extrema y crea el Subsidio al empleo de la mujer*.
- CHILE, Ley N° 20.670 (31/05/2013): *Crea el sistema Elige Vivir Sano*.
- CHILE, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Decreto 30 (29/09/2012): *Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.595, sobre transferencias monetarias y el bono de protección*.
- CHILE, Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e institucionaliza el subsistema de Protección Integral a la Infancia Chile Crece Contigo (Boletín N° 1162-356).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General N° 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)”, E/C.12/GC/19 (04/02/2008).
- OIT (2012): *Recomendación núm. 202 relativa a los Pisos Nacionales de Protección Social* (Ginebra, OIT).

## ¿EXISTE LA PRUEBA ILÍCITA, LÍCITAMENTE OBTENIDA, EN EL PROCESO PENAL CHILENO?

### DOES UNLAWFUL EVIDENCE, LEGALLY OBTAINED, EXIST IN THE CHILEAN CRIMINAL PROCESS?

Carlos Correa Robles\*  
Diego Pardo-Álvarez\*\*

**RESUMEN:** En el derecho procesal penal alemán es admisible prohibir la valoración por el juez de un elemento probatorio con independencia de haber sido éste obtenido lícitamente. Estas son las llamadas prohibiciones de valoración de prueba independiente. La principal justificación para tales prohibiciones es constitucional: la valoración misma de un medio de prueba podría constituir una infracción a los derechos fundamentales de las personas. Este trabajo analiza las prohibiciones de valoración independientes en la doctrina y jurisprudencia alemana, con el fin de preguntarse si sus elementos constitutivos son constatables en el derecho procesal penal chileno, y si la vía de solución propuesta a nivel constitucional desde el derecho alemán representa una alternativa plausible en el derecho constitucional chileno.

**Palabras clave:** prohibiciones probatorias; prueba ilícita; valoración de la prueba; derecho a la vida privada; teoría de las tres esferas.

**ABSTRACT:** In German criminal procedural law, it is possible to forbid the judge to assess a certain piece of evidence regardless of whether it has been legally obtained. This institution is called in German *unselbstständiges Beweisverbot*. The main justification for such exclusionary rule is constitutional: the assessment of a piece of evidence could lead to a violation of the fundamental rights of the individual. This paper analyzes the independent prohibition to use evidence in German scholarship and case law in order to ask whether its

\* Doctor en Derecho, Freie Universität Berlin. Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Av. Diagonal las Torres 2640, ed. B, of. 208. Correo electrónico: c.correa@uai.cl.  0000-0002-6006-4255. Este artículo forma parte de una investigación financiada mediante el proyecto Fondecyt Regular N° 1231128 “Mecanismos de selección de casos en el proceso penal: entre la regulación y la discrecionalidad del Ministerio Público”, 2023-2027.

\*\* Doctor en Derecho, Georg-August-Universität Göttingen. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Av. Padre Hurtado 750, of. C-215, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: diego.pardo@uai.cl.  0000-0002-5869-7133. Investigación realizada en el marco del programa de apoyo a la investigación 2024 de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, cuyo apoyo agradezco. Ambos autores agradecen además a los árbitros anónimos por sus sugerencias y comentarios.

constituent elements are ascertainable in Chilean criminal procedural law and whether the solution proposed at the constitutional level in German law represents a plausible alternative in Chilean constitutional law.

**Keywords:** evidentiary prohibitions; unlawful evidence; assessment of evidence; right to privacy; theory of the three spheres.

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal y procesal penal chilena se ha nutrido tradicionalmente de las discusiones propias de la dogmática penal alemana. Siendo ambos sistemas pertenecientes a la tradición del derecho penal continental, sus estructuras son —en gran medida— similares. Precisamente, la StPO alemana<sup>1</sup> es una de las principales fuentes de inspiración del Código Procesal Penal chileno. La discusión alemana sobre la prueba ilícita, materia objeto de este estudio, ha también influido en algunos aspectos a la doctrina y jurisprudencia chilenas, en especial, en la elaboración jurisprudencial chilena de la llamada “valoración negativa de la prueba” (*aquí abajo*, V, 2). Sin embargo, el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia alemana han dado en general a la “prueba ilícita” difiere sustancialmente del que se le ha otorgado en Chile. La diferencia más relevante entre ambos sistemas tiene su origen en la regulación legal: la StPO alemana no ha consagrado expresamente una regla general de exclusión de prueba por ilicitud de origen equivalente a la regulada en el artículo 276 inciso 3° del CPP chileno<sup>2</sup>. A falta de una regla de exclusión probatoria legalmente consagrada, el tratamiento de la “prueba ilícita” ha sido enfocado en Alemania a partir del desarrollo primero doctrinario y luego jurisprudencial<sup>3</sup> de las llamadas prohibiciones probatorias (*Beweisverbote*). Las prohibiciones probatorias impiden desarrollar determinadas actividades probatorias dirigidas a la acreditación de los hechos en el proceso penal<sup>4</sup>. Así, ante la ausencia en dicho ordenamiento de una regla general de exclusión de prueba, desde hace más de 100 años la doctrina y la jurisprudencia alemana han venido desarrollando profusamente una teoría general, dirigida a limitar los alcances de la regla de la libre valoración de la prueba establecida en el § 261 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), reconociendo la existencia de verdaderas prohibiciones de valoración de prueba, fundamentadas principalmente a partir de infracciones a reglas de obtención de prueba cometida por los órganos persecutores<sup>5</sup>.

Este trabajo investiga los elementos doctrinarios que subyacen a la construcción en el derecho alemán de una categoría especial de prohibición probatoria: las

<sup>1</sup> ALEMANIA, *Ordenanza Procesal Penal (Strafprozessordnung)*.

<sup>2</sup> CHILE, *Código Procesal Penal*. Véanse: CORREA (2018) p. 146; CORREA (2021a) p. 580.

<sup>3</sup> Véase: CORREA (2018) pp. 147 y ss.

<sup>4</sup> CORREA (2019) pp. 25-26; ROGALL (2008a) p. 821.

<sup>5</sup> CORREA (2018) pp. 146.

prohibiciones probatorias independientes. El objetivo es determinar si éstas pueden reconocerse en el derecho procesal chileno como respuesta a los riesgos de vulneración de garantías constitucionales de los intervinientes en el momento de la valoración de la prueba por parte del tribunal. La siguiente sección (II) explica la categoría de las prohibiciones de prueba independientes. Esta categoría se ha construido a partir de una serie de decisiones jurisprudenciales de los tribunales superiores de justicia que se analizan en la tercera sección (III). El principal problema que ha debido enfrentar la jurisprudencia a este respecto es el del conflicto, que trasciende a diversos aspectos del proceso penal, entre la persecución penal eficaz y el derecho a vida privada de la persona. El tratamiento de este conflicto por parte de la jurisprudencia alemana en lo referido al tratamiento de las prohibiciones de prueba se analiza en la sección IV. En la sección V se determina si los criterios normativos que subyacen a las prohibiciones probatorias independientes se presentan, y en qué medida, en el derecho constitucional y procesal penal chileno.

## II. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA INDEPENDIENTES

Las prohibiciones probatorias admiten múltiples clasificaciones en el derecho alemán. La primera de ellas, ya estudiada en otra oportunidad<sup>6</sup>, diferencia las prohibiciones de producción de prueba (o sea, aquellas prohibiciones de obtener un determinado medio de prueba, cuando dicha acción resulta procesalmente ilícita), de las prohibiciones de valoración de prueba (esto es, aquellas proscripciones de considerar determinados medios de prueba por el juez en la valoración de la prueba efectuada en la sentencia). A su vez, dentro de las prohibiciones de valoración de prueba se distingue actualmente, según la doctrina dominante<sup>7</sup>, entre prohibiciones de valoración de prueba dependientes (*unselbstständige*) e independientes (*selbstständige*) de una infracción a reglas de obtención probatoria. A este respecto, el fenómeno que ha suscitado el mayor interés y dedicación de parte de la doctrina en Alemania corresponde sin duda al tratamiento de las llamadas prohibiciones de valoración de prueba dependientes de una infracción a reglas de obtención probatoria<sup>8</sup>.

Sin embargo, para fundamentar una prohibición de valoración de prueba en el derecho alemán no es necesario constatar la infracción de una regla de obtención probatoria. Es aquí donde las prohibiciones de prueba independientes cobran relevancia. En estos casos, es la propia valoración del medio de prueba la que resulta contraria a alguna de las garantías contenidas en la GG<sup>9</sup>: su carácter ilícito no es reconducible a la infracción a una regla de producción probatoria, sino directamente a la ley fundamental<sup>10</sup>. En este sentido, la vieja doctrina, que desconocía la existen-

<sup>6</sup> Véase: CORREA (2018) pp. 147 y ss.

<sup>7</sup> JÄGER (2008) p. 474; JAHN (2008) p. C32; REINECKE (1990) p. 6.

<sup>8</sup> CORREA (2018) pp. 147 y ss.; CORREA (2019) p. 27.

<sup>9</sup> ALEMANIA, *Ley Fundamental (Grundgesetz)*.

<sup>10</sup> GÖSSEL (1984) pp. 361 y ss.; STÖRMER (1994) pp. 393 y ss.

cia de prohibiciones de pruebas independientes –afirmando que las prohibiciones probatorias sólo podían existir en tanto consecuencia de una infracción a una regla de obtención probatoria– ha quedado sin sustento<sup>11</sup>: los derechos fundamentales, se sostiene actualmente, son entendidos como derecho directamente aplicable al proceso penal (en base al artículo 1 III de la GG)<sup>12</sup>. A partir de dicha concepción cobra sentido la clásica definición de Eb. Schmidt, para quien el proceso penal sería la “ejecución a nivel legal de la constitución”<sup>13</sup>.

En cuanto a su tratamiento legal, la StPO consagra sólo de manera excepcional algunas hipótesis de prohibición de valoración de prueba independiente<sup>14</sup>. Las más relevantes surgen de la relación entre el § 108 incisos 2° y 3° que imponen prohibiciones de valoración referidas a la omisión de ciertos deberes de confidencialidad y del § 257 letra c) inciso 4° tercera oración, referida a la prohibición de utilizar una confesión del imputado, fruto de un acuerdo inválido<sup>15</sup>. Sin embargo, tal como sucede con las prohibiciones probatorias dependientes, la mayor parte de las prohibiciones de prueba independientes no han sido consagradas expresamente por el legislador. A este grupo pertenecen, sobre todo, aquellas prohibiciones de prueba llamadas constitucionales.

En definitiva, la doctrina alemana de las prohibiciones de valoración de prueba independientes constitucionales considera que incluso la prueba obtenida lícitamente podría no ser valorada dentro del proceso penal en atención a la protección de las garantías constitucionales. Este trabajo examina los elementos que subyacen al desarrollo de esta doctrina para determinar si son constatables, y de qué forma, en el derecho procesal penal y constitucional chileno. Se indaga la hipótesis conforme a la cual los elementos normativos de las prohibiciones probatorias independientes constitucionales se presentan en el sistema procesal penal chileno. En la sección siguiente (III) se reseñan los casos más relevantes que han dado pie al desarrollo de las prohibiciones de valoración de prueba independientes en el derecho alemán. La constelación más problemática, como se verá, radica en la tensión que media entre la actividad persecutoria del Estado y el derecho constitucional a la privacidad. En la tercera sección (III) se indaga la solución desarrollada por la jurisprudencia alemana para el conflicto entre privacidad y *ius puniendi*: la “teoría de las tres esferas de la personalidad”. En la cuarta sección (IV) se evalúa si los elementos normativos que subyacen a las prohibiciones de valoración de la prueba independientes constitucionales y a la doctrina de las tres esferas de la personalidad se encuentran presentes en el derecho procesal penal y el derecho constitucional chileno.

<sup>11</sup> SAX (1969) p. 6. En contra: DENCKER (1977) p. 104; ROGALL (1977) pp. 203 y ss.; KÜPPER (1990) p. 417.

<sup>12</sup> KÜPPER (1990) p. 417.

<sup>13</sup> SCHMIDT (1970) número al margen 333.

<sup>14</sup> JAHN (2008) p. C36.

<sup>15</sup> Véanse: ROGALL (2003) p. 481; ROGALL (1995) p. 146; ROGALL (1979) pp. 3-4.

### III. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA SOBRE PROHIBICIONES DE PRUEBA INDEPENDIENTES

Las prohibiciones probatorias (independientes) constitucionales constituyen, en general, un desarrollo jurisprudencial. Son el producto de varias decisiones emanadas del BHG<sup>16</sup> y del BVerfG<sup>17</sup>. En esta sección se reseñan las decisiones que han desarrollado esta categoría probatoria. En ellas se discute si la valoración de un medio de prueba obtenido lícitamente podría conducir a la afectación de derechos fundamentales.

#### 1. EL PRIMER CASO DEL DIARIO DE VIDA

El año 1965, el BGH se pronunció acerca de la valoración de un diario de vida incautado en el marco de un proceso penal<sup>18</sup>. Una profesora realizaba prácticamente todos los días anotaciones en su diario de vida referidas especialmente a su íntima relación con su superior jerárquico. Habiendo sido este acusado por abuso sexual declaró la profesora –bajo juramento–, y en tanto víctima, que entre ella y su superior jerárquico no habría existido relación de tipo afectiva alguna, sino un mero deseo de carácter idílico. Esta información contradecía el diario de vida descubierto casualmente por una ex pareja de la profesora, quien lo hizo llegar a manos del juez. La profesora, al contrastarse su investigación bajo juramento con su propio diario de vida, fue investigada y finalmente condenada como autora del delito de perjurio. A juicio del tribunal, el diario de vida hacía referencia a acontecimientos reales sucedidos entre ella y el profesor y que contradecían su testimonio.

Esta sentencia fue posteriormente invalidada por el BGH conociendo de un recurso de revisión. Para ello, indicó el tribunal que el diario de vida incautado no era susceptible de valoración de parte del tribunal penal, pues dicha valoración infringiría el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 I de la GG) y la dignidad humana (artículo 1 I de la GG). Para el BGH, la efectiva protección de la personalidad no dependería de que las anotaciones fueran obtenidas por medio de la acción de órganos estatales de persecución –o como sucedió– fueron allegadas al proceso por medio del actuar de particulares. Relevante resultaría en cambio el contenido del material probatorio obtenido, pues éste correspondería a una manifestación de la esfera íntima de la personalidad. A juicio del BGH, se lesionaría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, si el autor de las anotaciones privadas, contenidas en un diario de vida, temiese que ellas pudiesen leerse o bien utilizarse en un proceso penal en contra de su voluntad<sup>19</sup>. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana implicarían, luego, ga-

<sup>16</sup> ALEMANIA, *Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof)*.

<sup>17</sup> ALEMANIA, *Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht)*. Para un análisis detallado de estas y otras decisiones relevantes, véase RENKA (2015) pp. 84-200.

<sup>18</sup> BGHSt 19, 325, 21/02/1964.

<sup>19</sup> Sobre la protección del diario de vida en Chile, véase FIGUEROA (2014) pp. 304-307.

rantizar a todos los ciudadanos que sus sentimientos, emociones, puntos de vista y vivencias permanecerán en reserva y para un uso estrictamente personal, sin el temor que ellas puedan ser eventualmente valoradas en juicio.

## 2. EL SEGUNDO CASO DEL DIARIO DE VIDA

Más de 20 años después, el BGH se pronunció nuevamente respecto de la valoración de anotaciones contenidas en diarios de vida<sup>20</sup>. En el verano de 1985, mientras la víctima tomaba sol plácidamente en un balneario, y sin provocación alguna, fue atacada con un hacha por el imputado, a quien no conocía. El autor asesó a su víctima al menos cuatro certeros golpes en su cabeza, causándole la muerte instantánea. Oficiales de policía, provistos de una orden de entrada y registro, obtuvieron diarios de vida escritos por el imputado a instancias de su psiquiatra, donde expresaba por escrito los sentimientos que sentía hacia las mujeres. El imputado manifestaba en estos diarios, ya antes de cometer el delito, una tendencia hacia el empleo de la violencia contra las mujeres. A juicio del tribunal, las anotaciones evidenciaban el origen o motivación remota del hecho delictual. El imputado fue condenado a presidio perpetuo, por el delito de homicidio con alevosía.

En sentencia de 1987, sostuvo el BGH que los diarios de vida encontrados y lícitamente incautados en la habitación del condenado sí son susceptibles de valoración por el tribunal penal. El BGH señaló que aquellas anotaciones, referidas a la comisión de un delito, así como las referencias a potenciales víctimas, no pueden ser protegidas por la garantía constitucional del derecho general a la personalidad, y con ello, no pueden ser objeto de una prohibición de valoración probatoria. Asimismo, sostuvo el BGH que, en este caso, el resultado de una ponderación entre el derecho a la personalidad y el interés en una eficiente persecución penal debe decantarse por lo segundo, posibilitando con ello la valoración del medio probatorio cuestionado<sup>21</sup>.

## 3. REGISTRO DE GRABACIONES I

En un caso de homicidio múltiple y secuestro cometido por miembros de la organización terrorista “Fracción del ejército rojo” (*Rote Armee Fraktion*) a fines de la década de 1970, aceptó el BGH la validez de la llamada “prueba de voz”<sup>22</sup>. En este caso, mediante una orden judicial y sin conocimiento del imputado, fue registrada una conversación del imputado, provisoriamente privado de libertad, con el director del recinto penitenciario en que se encontraba recluso. Previamente, el imputado había rechazado terminantemente autorizar la recepción de una prueba de voz para efectos de la investigación. Pese a dicha negativa, y ante la falta de con-

<sup>20</sup> BGHSt 34, 397, 09/07/1987.

<sup>21</sup> En este segundo caso del diario de vida también fue relevante la libertad de conciencia como derecho fundamental “especial” respecto del derecho general de la personalidad. Véase DAMMAN (2011) pp. 26-28.

<sup>22</sup> BGHSt 34, 39, 09/04/1986. Véase, además: BGHSt 14, 358, 14/06/1960.

sentimiento del imputado, la grabación sirvió posteriormente para la elaboración de diversos informes periciales. Estos permitieron determinar, finalmente, que la voz del imputado correspondía a la voz del secuestrador de una de las víctimas.

El BGH trató este problema como uno de prohibición de valoración independiente de prueba. En este caso se trata sin embargo de una prohibición dependiente<sup>23</sup>. Se trataba de un medio de prueba obtenido mediante engaño, sin el consentimiento del imputado: el juez, legalmente, no debería haberlo obtenido.

Sostuvo el BGH que el tribunal de instancia no debió aceptar la reproducción de la grabación en juicio, y con ello, valorar la prueba producida a partir de dicho registro. De valorarse el medio de prueba, se afectaría el derecho general de la personalidad, en particular el llamado “derecho a la palabra hablada” (*Recht am gesprochenen Wort*)<sup>24</sup>. Asimismo, afirmó que la recepción privada de grabaciones no puede ser valorada por medio de testigos, pues se lesionaría, indirectamente, el referido derecho. Sostuvo el BGH que el imputado es libre de decidir si desea o no participar activamente en el procedimiento seguido en su contra<sup>25</sup>, específicamente, si desea colaborar en la elaboración de un informe pericial. Lo contrario resultaría inaceptable e incompatible con la dignidad del ser humano<sup>26</sup>.

#### 4. REGISTRO DE GRABACIONES II

En una decisión de 1989, referida a un caso por delito de incendio, el BGH rechazó una prohibición de valoración de prueba respecto de una grabación ilícitamente obtenida por un particular, la que después fue incautada correctamente por la policía<sup>27</sup>. Esta contenía un diálogo entre dos hombres de negocios, en el cual acordaban la apertura y el posterior incendio de las empresas afectadas. Anteriormente, el tribunal de instancia había rechazado valorar las grabaciones sostenidas entre el imputado y un testigo, en las cuales se indicaba claramente la participación del primero en la planificación del incendio. El fundamento de esta decisión radicó en que estaban en presencia de una prohibición probatoria. Durante el transcurso de la investigación el imputado permitió expresamente y por escrito, previa advertencia de las consecuencias penales que ello podría ocasionarle, que la policía pudiera ver y escuchar el material incautado. Su posterior retractación fue, a este respecto, irrelevante.

<sup>23</sup> Los autores agradecen a uno de los árbitros anónimos de este trabajo, quien llamó la atención sobre esta pertinente crítica.

<sup>24</sup> Se ha discutido si con el registro realmente se ha afectado el “derecho a la palabra hablada”. Pues lo verdaderamente importante en este caso no ha sido el contenido mismo de la declaración, sino en realidad la forma y el tono de la voz: sobre cómo el imputado habló, no sobre el contenido de lo que habló. Al respecto, véase: KÜPPER (1990) p. 421.

<sup>25</sup> BGHSt 5, 332 (334), 16/02/1954.

<sup>26</sup> BVerfGE 56, 37 (49), 13/01/1981.

<sup>27</sup> BGHSt 36, 167, 12/04/1989.

En este caso, sostuvo el BGH que, con la valoración obtenida del medio de prueba cuestionado, no se encuentra comprometido el núcleo esencial de una garantía, ya que esta corresponde al contenido de una grabación entre dos hombres de negocios, en el cual acuerdan la realización de un delito grave, previsto y sancionado con penas que alcanzan los 15 años de privación de libertad (§§ 26 y 306 del StGB). Así las cosas, y siendo la valoración de dicha prueba necesaria para aclarar dicho crimen, la ponderación entre la protección de la personalidad y el interés de persecución penal se decanta, en este caso, a favor del último<sup>28</sup>.

## 5. ESCUCHAS TELEFÓNICAS

En una investigación destinada a desbaratar una red de tráfico de drogas, se ordenó la interceptación de comunicaciones de uno de los principales sospechosos, el cual vivía en un departamento compartido<sup>29</sup>. Luego de una conversación telefónica, uno de los habitantes del inmueble no colgó debidamente el auricular. A consecuencia de esto, la policía logró interceptar una conversación mantenida por el sospechoso con su mujer en su dormitorio matrimonial, en la que él le entregaba a ella antecedentes incriminatorios referidos a su participación en el delito investigado.

Conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, el BGH se decantó por afirmar la existencia de una prohibición probatoria<sup>30</sup>. Sostuvo el BGH que la autorización legal de interceptación, y posterior valoración de telecomunicaciones, no incluía aquellas conversaciones que tengan lugar en el marco de una casa y, en particular, en un dormitorio matrimonial. En este sentido, la interceptación y posterior valoración de una conversación entre cónyuges constituyen un ataque a una garantía constitucionalmente protegida. Para este caso concreto, se sostuvo que no habría lugar a una ponderación de intereses, por cuanto la interceptación de una conversación realizada en un dormitorio afecta la esfera íntima de la personalidad, la cual se encuentra protegida de manera absoluta por el artículo 1 de la GG, y que por ello excluye absolutamente toda afectación *iusfundamental* del poder público. Concluye el BGH señalando que autorizar la valoración en este caso importaría justificar la intromisión y el control del Estado en el marco de un círculo familiar. Las interceptaciones de conversaciones mantenidas en una habitación matrimonial no se encontrarían en caso alguno justifica-

<sup>28</sup> En este caso, a pesar de que podría existir en una primera instancia una incautación no autorizada, la posterior entrega voluntaria del registro por parte del imputado permitiría sanear el vicio, por lo cual la obtención de la grabación, en último término carecería de reproche. La discusión puede entonces centrarse, exclusivamente, en la eventual afectación de una garantía con independencia del origen lícito de la prueba cuestionada. CORREA (2022) pp. 207 y ss.

<sup>29</sup> El § 100 a) de la StPO autoriza, bajo el cumplimiento de estrictos requisitos, la interceptación y registro de telecomunicaciones. Un criterio esencial para que dicha diligencia pueda ser ordenada, de acuerdo con la referida disposición, es estar en presencia de un delito grave que forme parte del extenso catálogo contenido en el inciso segundo de la regla mencionada.

<sup>30</sup> BGHSt 31, 296, 16/03/1983.

das por la StPO, ya que se consideran incluidas dentro de la protección de la esfera íntima de la privacidad<sup>31</sup>.

Este caso cobra relevancia en esta evolución jurisprudencial porque el BGH adoptó, por primera vez, la denominada “teoría de las tres esferas”, concebida por el BVerfG<sup>32</sup>. A ella se dedica la sección siguiente.

#### IV. LA TEORÍA DE LAS TRES ESFERAS DE LA PERSONALIDAD Y LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN

Los casos reseñados muestran los elementos constitutivos de la doctrina de las prohibiciones de valoración de prueba independientes. Esta doctrina parte de una premisa avalada por el artículo 1 III de la GG: La aplicabilidad directa de la ley fundamental al procedimiento penal. Los casos muestran que, a juicio de la jurisprudencia de los tribunales alemanes, la propia valoración de un medio de prueba, incluso obtenido de manera lícita, constituye un acto llevado a cabo por un órgano estatal (tribunal) que podría ocasionar una afectación de derechos fundamentales. Los casos reseñados, por último, exhiben la tensión principal que subyace a la doctrina y jurisprudencia de las prohibiciones de valoración de prueba independientes: La tensión entre una eficiente persecución penal y el derecho general de la personalidad y de la privacidad<sup>33</sup>. El reconocimiento y desarrollo de las prohibiciones de prueba independientes se encuentran íntimamente ligados a la jurisprudencia del BVerfG. Dicho tribunal ha reconocido como aplicable al proceso penal el derecho general de la personalidad del artículo 2 I de la GG en relación con los artículos 1 I (dignidad humana) y 19 II (cláusula de la esencia) del mismo cuerpo normativo.

La eventual admisión de las prohibiciones de valoración de pruebas independientes, por vulnerar el derecho constitucional a la privacidad, abre la pregunta sobre la forma cómo debiese ponderarse el interés por una adecuada persecución penal con la vida privada del imputado y de terceros. La jurisprudencia constitucional alemana ha señalado que la decisión acerca de la valoración de un medio de prueba, que pudiese resultar atentatoria contra el derecho de la personalidad o

<sup>31</sup> En la especie se ha criticado la solución entregada por el BGH más por cuestiones formales, que por su decisión. De este modo, se ha sostenido que más que tratarse en la especie de un caso de prohibiciones de prueba independientes, no se cumplirían en la especie los presupuestos materiales que autorizarían la interceptación de telecomunicaciones de acuerdo con la regulación vigente en la StPO, con lo cual la solución sería más sencilla de lo resuelto: constatar la presencia de una prohibición probatoria dependiente de una infracción a una regla de obtención. KÜPPER (1990) p. 422.

<sup>32</sup> GÖSSEL (1984) p. 361.

<sup>33</sup> Desde luego, la valoración de la prueba podría afectar otros derechos constitucionales distintos o vinculados a la privacidad, como el derecho a la honra de la persona, la libertad de conciencia, la prohibición de autoincriminación, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. En algunos de los casos reseñados estos derechos han sido también relevantes. El análisis se centra en el derecho a la privacidad, sin embargo, por ser el derecho respecto del cual se ha presentado un desarrollo más robusto en la jurisprudencia alemana.

autonomía personal, en general, y en contra del derecho a la privacidad, en particular, deberá resolverse mediante la aplicación de la denominada teoría de las esferas (*Sphärentheorie*), esgrimida reiteradamente por el BVerfG a partir de 1973<sup>34</sup>.

### 1. LAS TRES ESFERAS DE LA PERSONALIDAD

Esta teoría distingue tres “esferas” de protección de la garantía mencionada, cuyos efectos determinan la valoración o prohibición de valoración del medio de prueba cuestionado: en primer lugar, se encuentra la llamada esfera social, que atañe la vida en el espacio público y que no resulta merecedora de una protección especial dentro del proceso penal. Una intromisión en dicha esfera autoriza –sin necesidad de ponderación alguna– la valoración de la prueba cuestionada. En segundo lugar, la llamada esfera privada (intermedia) abarca el ámbito simplemente privado de una persona. Por último, y como tercera categoría, se encuentra la esfera íntima. Ella corresponde –de acuerdo con el artículo 2 I, en relación con los artículos 1 I y 19 II de la GG– al denominado núcleo esencial de la garantía, el que cuenta con una protección absoluta. En esta tercera esfera íntima de protección, cualquier intromisión del poder público se encuentra del todo vedada<sup>35</sup>.

Las consecuencias procesales que conlleva una afectación de garantías producto de la incorporación de un medio de prueba en juicio y su posterior valoración por parte del tribunal, dependerá entonces de la esfera que resulte afectada. En este sentido, y como se indicó, aquellas intromisiones que afecten la esfera íntima –a causa de su protección absoluta–, derivarán siempre en una prohibición de valoración probatoria con total independencia de otros factores, dado que la eventual valoración de la información obtenida afectará el núcleo esencial de una garantía, y la prueba no debería ser valorada por un tribunal<sup>36</sup>. Aun si el caso concreto presenta un interés significativo en favorecer una eficiente persecución penal, ello no puede, en caso alguno, justificar un ataque en la esfera íntima de la personalidad. De este modo, en tanto merecedora la esfera íntima de protección absoluta<sup>37</sup>, no existe espacio alguno para una ponderación de intereses<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> BVerfGE 34, 238, 31/01/1973. Para una presentación sucinta reciente véanse CORREA (2019) pp. 56-58; DOLL (2021) pp. 88-92.

<sup>35</sup> Al respecto: BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 120, 274 (335), 27/02/2008; 119, 1 (29 s.), 13/06/2007; 109, 279 (313), 03/03/2004; 89, 69 (82 s.), 24/06/1993; 80, 367 (373), 14/09/1989; 54, 143 (146), 23/05/1980; 34, 238 (245), 31/01/1973; 32, 373 (378 s.), 08/03/1972; 31, 296 (299), 16/03/1983; 27, 344 (350 s.), 15/01/1970; 27, 1 (6), 16/07/1969; 6, 32 (41), 16/01/1957. En la literatura, véase ROGALL (2008b) pp. 61 y ss.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 109, 279 (313 s.), 03/03/2004. BGHSt 50, 206 (210), 10/08/2005; BGHSt 36, 167 (173), 12/04/1989.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 120, 274 (335), 27/02/2008; 109, 279 (313-314), 03/03/2004; 80, 367 (373), 14/09/1989; 34, 238 (245), 31/01/1973. BGHSt 50, 206 (210), 10/08/2005.

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 80, 367 (373), 14/09/1989; 34, 238 (245), 31/01/1973. BGHSt 31, 296 (299 s.), 16/03/1983.

En un segundo nivel de análisis, se encuentran los medios de prueba cuya valoración podría afectar la llamada esfera privada (intermedia). Esta categoría representa un área relativamente resguardada de la personalidad, en la que las afectaciones individuales deben ser toleradas en pro del interés superior de la sociedad, y bajo estricto resguardo del principio de proporcionalidad<sup>39</sup>. En estos casos, la respuesta acerca de la valoración de un medio de prueba cuestionado se efectúa a partir de una ponderación entre el interés público por una eficiente persecución penal y el interés del imputado o tercero en el efectivo resguardo de su derecho general de la personalidad<sup>40</sup>. Si como consecuencia de esta ponderación, el interés público por una eficiente persecución penal resulta preponderante frente a la protección de la personalidad, deberá desestimarse una prohibición probatoria. Por el contrario, en aquellos casos en los que tras la referida ponderación resulte predominante el derecho general de la personalidad, deberá admitirse una prohibición probatoria, excluyendo como consecuencia de ello el medio de prueba cuestionado de la valoración efectuada por el tribunal. En síntesis, el tratamiento de un medio de prueba obtenido conforme a derecho, pero cuya valoración pudiese implicar una vulneración del derecho a la privacidad del imputado, dependerá del resultado de un examen de dos pasos<sup>41</sup>: En el primero, se deberá determinar cuál de las esferas del derecho general de la personalidad (esfera social, esfera privada intermedia o esfera íntima) se vería afectada con la eventual valoración probatoria. En el segundo nivel, y a partir de la determinación de la esfera potencialmente afectada, deberán determinarse –como cuestión previa a resolver<sup>42</sup>– las consecuencias que de ello se originan respecto de la prueba cuestionada. Estas consecuencias podrían ser la prohibición absoluta de valoración o la ponderación de intereses, y la eventual admisión de la valoración de la prueba, a pesar de constituir una afectación de los derechos de la personalidad.

Los criterios para delimitar cada una de las esferas han sido objeto de una intensa polémica. El mismo BVerfG ha mencionado, escuetamente, algunas directrices para efectuar la delimitación entre esfera privada y esfera íntima<sup>43</sup>. En primer lugar, es relevante determinar si el eventual afectado deseaba mantener un acontecimiento como secreto: Este deseo podría constituir un indicio o presunción a favor de considerar un acontecimiento como propio de la esfera íntima, aunque no un criterio definitivo. La comunicación o publicación de un hecho, al contrario, podría significar su exclusión de la esfera íntima<sup>44</sup>. Asimismo, deberá analizarse si el hecho

<sup>39</sup> BVerfGE 34, 238 (246), 31/01/1973; 32, 373 (379), 08/03/1972. Véase GEIS (1991) p. 113.

<sup>40</sup> BVerfGE 32, 373 (379), 08/03/1972; BGHSt 34, 397 (401), 09/07/1987; 19, 325 (332 ss.), 21/02/1964.

<sup>41</sup> Correctamente: KÜPPER (1990) p. 418, quien distingue claramente ambos niveles de análisis. También DOLL (2021) pp. 233-267.

<sup>42</sup> En un sentido similar: GEIS (1991) p. 117.

<sup>43</sup> Para una reconstrucción de los criterios del BVerfG, BARROT (2012) pp. 95-127. Véase también BVerfGE 34, 238, 31/01/1973.

<sup>44</sup> En la polémica sentencia del segundo diario de vida, el carácter escrito de los pensamientos del imputado significó, a juicio del BVerfG, una renuncia a considerarlos dentro del contenido de pro-

sobre el cual recae la prueba cuestionada, en cuanto a su contenido<sup>45</sup>, posee un carácter personalísimo y de qué forma y en qué medida incide éste en la privacidad de un tercero o en el interés de la sociedad<sup>46</sup>. El BVerfG considera cuáles datos personales, que por su propia naturaleza deben considerarse secretos, pertenecen a la esfera íntima. Este criterio sin embargo no ha recibido mayor concreción. Por ejemplo, la planificación de un delito contenida en anotaciones privadas no puede, de acuerdo con estos criterios, ser considerada como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la privacidad, como se decidió en el segundo caso del diario de vida (*aquí arriba, II, 2*), pues dichas anotaciones, en función de su contenido, guardan relación con hechos sociales de carácter criminal. En tercer lugar, resulta un indicio de intimidad el tipo de habitación o espacio donde es captada la comunicación, dialogo o soliloquio de una persona. El domicilio privado o la habitación matrimonial, como en el caso de las escuchas telefónicas (*aquí arriba, II, 5*), constituye un indicador fuerte en orden a considerar las interacciones que allí tienen lugar como incluidas dentro de la esfera íntima. Por último, podrían ser parte de la esfera íntima las comunicaciones dentro de relaciones de especial confianza, como con la familia y dentro del matrimonio, con el médico personal o con consejeros espirituales y religiosos<sup>47</sup>.

## 2. CRÍTICAS A LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL BVERFG

La teoría de las esferas como método de determinación de prohibiciones de prueba independientes ha sido objeto de intensas críticas por parte de la doctrina<sup>48</sup>. La mayoría de ellas no se centran directamente en la distinción teórica entre las tres esferas de protección, sino en los criterios de delimitación de las distintas esferas afectadas en un caso concreto, y específicamente, en la tenue frontera que separa la esfera íntima de la esfera privada<sup>49</sup>. En este sentido, la principal dificultad práctica que presenta la teoría de las esferas radica en la imprecisa determinación de lo que se entiende como ámbito de protección absoluta<sup>50</sup>. El mismo BVerfG ha dado pie a estas críticas, al sostener que la pregunta acerca de la afectación de la esfera íntima

---

tección de la esfera íntima.

<sup>45</sup> El BGH consideró en otro caso que el soliloquio de un imputado, a diferencia de las anotaciones en un diario de vida, pertenecerían a la esfera íntima no en conexión a su contenido sino en tanto a su carácter fugaz y volátil. Al respecto, DAUTERT (2015) p. 173. También véase la discusión sobre “el caso de la habitación de hospital” en DAMMANN (2011) pp. 105-109.

<sup>46</sup> DOLL (2021) pp. 129-143.

<sup>47</sup> BARROT (2012) pp. 122-125.

<sup>48</sup> Véase: FEZER (1995) pp. 6-7; HOFMANN (1992) p. 591; JÄGER (2008) pp. 7, 10 y ss.; KÜPPER (1990) p. 418; ROXIN y SCHÜNEMANN (2014) §24, números al margen 55 y ss.; WOLTER (1990) pp. 175 y ss.

<sup>49</sup> Por todos JAHN (2008) p. C83.

<sup>50</sup> KÜPPER (1990) p. 418.

sólo puede ser respondida “caso a caso, tras el análisis de las particularidades que cada situación representa”<sup>51</sup>.

Las críticas a la teoría de las esferas se han intensificado especialmente a partir del segundo caso del diario de vida (*aquí arriba*, III, 2). Como vimos, el BGH decidió en 1987 que los diarios de vida incautados en la habitación del imputado serían susceptibles de valoración por el tribunal penal: El derecho a la privacidad debía ceder ante la eficiente persecución penal en este caso. La decisión del BGH fue sometida a fuertes cuestionamientos.

En primer lugar, se criticó la primacía que el máximo tribunal le otorgó a la eficiente persecución penal por sobre la esfera íntima<sup>52</sup>. Dicha supremacía absoluta conduciría irremediablemente a la legitimación de cualquier medio y de toda medida intrusiva en el proceso penal para garantizar el éxito de la persecución penal<sup>53</sup>. Asimismo, se sostuvo que la solución adoptada por el BGH, para este caso contradice el principio de que la esfera íntima en caso alguno puede ser afectada. En ese sentido, en tanto un diario de vida pertenecería siempre a dicho ámbito (como se sostuvo en el primer caso del diario de vida), no debiera ser objeto de valoración por parte de un tribunal<sup>54</sup>.

Ahora bien, el solo hecho de estar en presencia de un diario de vida no permite derivar, sin más, la imposibilidad de valorar dicho medio de prueba. Razonable resulta exigir que, para mantener fuera del alcance del juez el contenido de un diario de vida, este se refiera efectivamente a pensamientos internos, que permitan concluir que pertenecen a la esfera íntima de protección absoluta. **La determinación de la valoración o prohibición de valoración pasará necesariamente por conocer el contenido mismo del diario de vida**<sup>55</sup>. Así, el verdadero problema de la segunda sentencia sobre diario de vida radica en que el tribunal acepta someter la decisión a una ponderación de intereses, sin analizar previamente cuál esfera de protección ha sido afectada.

La referida decisión adoptada por el BGH fue posteriormente objeto de un recurso ante el BVerfG<sup>56</sup>. En una cerrada decisión empatada a cuatro votos decidió ratificar la valoración del mencionado medio de prueba. Para ello, sostuvo el BVerfG en el voto prevaleciente que en este caso concreto las anotaciones contenidas en un diario de vida no pertenecen al núcleo esencial de la garantía<sup>57</sup>: “Si las anotaciones contienen referencias a la planificación o a la realización de un delito, ellas se encuentran en una relación inmediata con comportamientos punibles. Dichos comportamientos punibles en caso alguno pueden pertenecer a la esfera intocable de la

<sup>51</sup> BVerfG 34, 238 (248), 31/01/1973. Al respecto, LABERT (1995) pp. 24-27.

<sup>52</sup> KOHLHAAS (1966) p. 289.

<sup>53</sup> KÜPPER (1990) p. 419.

<sup>54</sup> DENCKER (1977) pp. 125 y ss.; DALAKOURAS (1988) pp. 216 y ss.

<sup>55</sup> Lo mismo ocurre con los soliloquios captados por vigilancias acústicas. DAUTERT (2015) pp. 175-177.

<sup>56</sup> BVerfGE 80, 367, 14/09/1989.

<sup>57</sup> Al respecto, pormenorizadamente, GEIS (1991) pp. 114 y ss.

personalidad”<sup>58</sup>. Las anotaciones cuyo contenido advierte sobre aspectos jurídicos de los actos, sostiene el voto prevaleciente en este sentido, compete directamente al interés de la sociedad<sup>59</sup>. De este modo, para la opinión prevalente del Tribunal, la determinación del núcleo esencial de la garantía no queda determinada simplemente a partir de la mera intención de mantener cierta información con carácter secreto, sino de elementos adicionales vinculados a su contenido<sup>60</sup>, aun cuando las anotaciones hubiesen sido encontradas en un domicilio particular, el que se encuentra constitucionalmente protegido de acuerdo con el artículo 13 I y II de la GG<sup>61</sup>. Sin embargo, para ser consecuente con su doctrina, la ponderación de intereses debería tener lugar una vez definida la esfera de la privacidad que se afecta en un caso concreto, y no —como pareciera desprenderse del criterio adoptado por el BGH y secundado por el BVerfG en este caso— como un criterio para concluir si un determinado medio de prueba pertenece o no a la esfera íntima.

Los reproches contra la teoría de las tres esferas desarrollada por el BVerfG parecieran, en definitiva, estar justificados. Se cuestiona la tendencia vacilante del BVerfG y su consecuente dificultad para determinar el ámbito de la privacidad merecedor de absoluta protección y la esfera privada intermedia, susceptible de ponderación<sup>62</sup>. De acuerdo con los criterios sostenidos por la jurisprudencia constitucional, la existencia misma de una esfera íntima de protección absoluta de la privacidad puede ser puesta en duda en atención a la gravedad del ilícito indagado, o bien, del contenido de la información en juego. Así, la delimitación de las tres esferas en cuestión no dependerá de criterios previamente establecidos, sino de las

<sup>58</sup> BVerfGE 80, 367, 14/09/1989 (traducción propia).

<sup>59</sup> El voto de los 4 jueces que se pronunciaron en contra de la valoración del diario de vida sostuvo que éste en el caso concreto pertenece al núcleo esencial de la garantía protegida en tanto ellos simplemente contienen análisis internos del imputado consigo mismo.

<sup>60</sup> WOLTER (1990) p. 177.

<sup>61</sup> En otro caso, BGHSt 50, 206 (212 y ss.), 10/08/2005, el BGH consideró que el soliloquio autoincrinatorio de una persona captada por el sistema de vigilancia en la habitación del hospital de rehabilitación en el que se encontraba debe ser considerado dentro del núcleo esencial protegido, en parte, por el hecho de haber sido captado en su propia habitación. Al respecto, DAUTERT (2015) pp. 173-174.

<sup>62</sup> Véase BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 124, 43 (69-70), 16/06/2009; 113, 348 (391), 27/07/2005; 109, 279 (314-315.; 319), 03/03/2004; 80, 367 (374-375), 14/09/1989. De acuerdo con la jurisprudencia del BVerfG pertenecerían al núcleo esencial de la garantía las “exteriorizaciones de sentimientos internos” o bien “expresiones de la sexualidad” (BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 120, 274 (335), 27/02/2008; 119, 1 (29-30), 13/06/2007; 109, 279 (313 y ss.), 03/03/2004, mas no aquellas expresiones que se encuentren en una relación directa con la realización de un comportamiento delictual como lo serían por ejemplo aquellas notas sobre la planificación de un delito o bien las anotaciones referidas a crímenes cometidos (BVerfG NJW 2012, 907 (908), 07/11/2011; BVerfGE 124, 43 (70), 16/06/2009; 113, 348 (391), 27/07/2005; 109, 279 (319), 03/03/2004; 80, 367 (375), 14/09/1989.

particularidades del caso concreto<sup>63</sup> y en especial, de la gravedad del delito indagado. Con ello, podría dudarse de la existencia de una protección absoluta de los derechos de la personalidad<sup>64</sup>.

Por otro lado, se ha criticado la ausencia de criterios claros para efectuar la ponderación de intereses entre la protección de garantías del imputado y el interés en la efectiva persecución criminal. La mera contraposición entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y la necesidad de contar con una eficiente persecución criminal, por el otro, no pareciera ser suficiente en casos de criminalidad especialmente grave, donde reconocer la preponderancia del primero de los factores expuestos resultará singularmente improbable<sup>65</sup>. Las voces que sostienen que, en casos graves, la ponderación de intereses siempre perjudicará al imputado podrían estar en lo correcto<sup>66</sup>. De este modo, si lo que se quiere es evitar que, en caso de delitos graves, la protección que el ordenamiento ha conferido a los sujetos individuales se vea relativizada<sup>67</sup>, propender a la normativización de los parámetros que guían la ponderación resulta algo urgente<sup>68</sup>. Estos problemas siguen todavía abiertos para la jurisprudencia del BVerfG.

## V. LOS ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN DE PRUEBA INDEPENDIENTE Y EL SISTEMA CHILENO

¿Son reconocibles en el sistema jurídico chileno los elementos constitutivos de la doctrina de las prohibiciones de valoración de prueba constitucionales? Es evidente (e inevitable) que la actividad probatoria del Estado en ejercicio del *ius puniendi* signifique una afectación de garantías constitucionales<sup>69</sup>. Las distintas reglas que

<sup>63</sup> BVerfGE 124, 43 (70), 16/06/2009; BVerfGE 109, 279 (314), 03/03/2004; BVerfGE 80, 367 (374), 14/09/1989.

<sup>64</sup> Las críticas a la ponderación de intereses se han dirigido fundamentalmente en contra de la imprevisibilidad en los resultados que dicho método genera, motivada principalmente por la ausencia de reglas claras que permitan prevenir eventuales resultados contradictorios al momento de ponderar. Así, se ha criticado el extremo subjetivismo del que adolece dicha teoría, y el consiguiente “decisionismo judicial” que ésta conllevaría. CORREA (2018) p. 150 y 151. Véase HOFMANN (1992) p. 591; KÜPPER (1990) p. 416.

<sup>65</sup> KÜPPER (1990) p. 418.

<sup>66</sup> AMELUNG (1997) p. 522; AMELUNG (1991) p. 2533.

<sup>67</sup> HAUCK (2014) pp. 334-358.

<sup>68</sup> Precisamente, a partir de las críticas a la ponderación de intereses, parte de la doctrina ha propuesto un sistema para la determinación de prohibiciones de valoración de prueba a partir de la ponderación de tres criterios específicos, que precisamente busca normativizar los criterios propios de la ponderación: la relevancia específica de la infracción de ley procesal en el caso concreto; el significado de la infracción de ley procesal para los intereses individuales legalmente protegidos por la norma vulnerada, y por último, la necesidad de valoración de la prueba en consideración al interés estatal de persecución penal. Véase: CORREA (2018) p. 152, ROGALL (2008a) p. 824. Detallado al respecto: ROGALL (1999) p. 143 y ss.

<sup>69</sup> NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 200.

regulan la realización de diligencias probatorias de la investigación penal, y de modo general, el artículo 9 del CPP, reconocen la posibilidad de dicha afectación, estableciendo un procedimiento para que ella se materialice en conformidad a derecho.

La prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales se encuentra cubierta bajo la hipótesis de exclusión de prueba consagrada en la segunda parte del inciso 3 del artículo 276 del CPP. El contenido específico de dicha garantía ha sido analizado por la doctrina y escapa del objeto del presente estudio<sup>70</sup>. Dicha disposición no responde, sin embargo, la pregunta acerca del tratamiento que debe otorgarse a aquella prueba cuya valoración –a pesar de haber sido obtenida conforme a derecho– pudiese significar una vulneración de garantías fundamentales del imputado o de terceros. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 226 del CPP, en su redacción vigente: ¿Es susceptible de valoración, independiente del carácter íntimo o privado de su contenido, toda aquella prueba obtenida gracias al empleo de medios tecnológicos para captar, grabar y registrar subrepticamente imágenes o sonidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público, solo por el hecho de cumplirse los requisitos legales para su obtención?

A continuación, se indagan las lecciones que pueden obtenerse de la doctrina de las prohibiciones de valoración de prueba independientes para el sistema que regula la prueba ilícita bajo el CPP. Para ello es necesario determinar si los elementos que subyacen a la construcción de tal doctrina en el derecho constitucional alemán se presentan, y en qué medida, en el sistema procesal penal chileno.

#### 1. APLICABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

El reconocimiento de las prohibiciones constitucionales de valoración de prueba en la jurisprudencia alemana descansa, fundamentalmente, en la “erradicación” de la GG al proceso penal. El proceso penal es comprendido en la jurisprudencia alemana como la “ejecución a nivel legal de la constitución”<sup>71</sup>. Esta premisa del desarrollo jurisprudencial alemán se presenta también (hasta cierto punto) en el sistema procesal penal chileno. En un giro copernicano, en relación con su antecesor inmediato, el CPP consagra y resguarda diversas garantías procesales del imputado. Establece para ello diversos mecanismos para su resguardo, por ejemplo, el recurso de nulidad (artículos 373 y 374 del CPP), la exclusión de prueba por ilicitud, en la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 276 inciso 3 del CPP), la cautela de garantías (artículo 10 del CPP) y la nulidad procesal (artículos 159 y ss. del CPP). Todos estos mecanismos exhiben la relevancia reconocida a las garantías constitucionales en el derecho procesal penal chileno.

Asimismo, pareciera consistente con la premisa anteriormente referida el reconocer que, en principio, la protección que el sistema procesal penal chileno

<sup>70</sup> Véase: CAROCCA (1998) p. 306; HERNÁNDEZ (2002) p. 51-52; NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 213-214; CORREA (2018) pp. 153-154.

<sup>71</sup> SCHMIDT (1970) número al margen 333.

confiere a los derechos fundamentales se extiende más allá de las obtenciones probatorias, abarcando, en cambio, otras etapas del procedimiento probatorio. La valoración de la prueba por parte del tribunal también representa una actividad estatal sujeta al respeto de las garantías constitucionales. La causal del recurso de nulidad, contemplada en el artículo 373 literal a) del CPP, —el haberse infringido derechos o garantías asegurados por la Constitución— no se restringe a la obtención del material probatorio, sino que se extiende a “cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia”. Luego, parece implausible que los derechos fundamentales de las personas se vean protegidos, frente a la actividad probatoria, solo respecto de la obtención de prueba (regulada por el artículo 276 inciso 3 del CPP). Al contrario, es razonable pensar que la regla del artículo 276 inciso 3 del CPP sirve al propósito de facilitar, sin agotar, la protección de los derechos fundamentales de la persona frente a la actividad persecutoria del Estado<sup>72</sup>. La valoración de la prueba es un acto estatal que potencialmente puede afectar derechos fundamentales. Su ejercicio requiere por lo tanto siempre de una adecuada justificación constitucional, conforme al artículo 6 inciso 1 de la CPR<sup>73</sup>.

Por último, el derecho constitucional chileno reconoce expresamente, en el artículo 19 N° 4 de la CPR, el derecho al respeto de la honra y la vida privada de las personas. Como adelantara Bofill, esta norma podría servir de base para el desarrollo en Chile de una teoría equivalente a la teoría de las esferas antes referida u otra creación similar que permita resolver el problema de las llamadas prohibiciones de prueba constitucionales<sup>74</sup>. El derecho constitucional chileno no desconoce la tensión existente entre la valoración de la prueba y la privacidad de la persona. La valoración de la prueba, en conclusión, es un acto estatal que podría vulnerar garantías constitucionales, y en particular, el derecho a la vida privada de la persona.

## 2. PROHIBICIONES DE VALORACIÓN DE PRUEBA INDEPENDIENTES EN EL CPP

¿Podría prohibirse la valoración de un medio de prueba en caso de ser dicha actividad vulneradora de garantías constitucionales, a pesar de haber sido obtenida dicha prueba conforme a derecho? Tras la entrada en vigor del CPP, esta pregunta no ha sido objeto de discusión alguna ni en doctrina ni en jurisprudencia<sup>75</sup>. Al respecto, la solución más simple pareciera ser rechazar de plano la procedencia de las prohibiciones de valoración de prueba independientes en el CPP, invocando la ausencia de una justificación expresa para ello. Bajo esta hipótesis, solo podría prohibirse el material probatorio obtenido con infracción de garantías constitucionales (artículo 276 inciso 3 del CPP). Algunos antecedentes hablan contra esta posición restrictiva de la prueba ilícita.

<sup>72</sup> En este sentido, ALVARADO (2022) p. 526; RODRÍGUEZ (2022) p. 23.

<sup>73</sup> CHILE, *Constitución Política de la República*.

<sup>74</sup> Véase: BOFILL (1988) p. 144.

<sup>75</sup> Durante la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, Bofill se refirió en su tesis doctoral tangencialmente al tema. BOFILL (1988) p. 144.

En efecto, las prohibiciones de valoración de prueba ya han sido admitidas jurisprudencialmente en el proceso penal chileno. Desde los albores de la reforma procesal penal, la doctrina mayoritaria<sup>76</sup> y la jurisprudencia de los tribunales superiores<sup>77</sup> han admitido (la mal llamada) “valoración negativa de la prueba”: “La actividad del juez de fondo dirigida a no considerar como medios de prueba susceptibles de fundar convicción en el tribunal aquellos rendidos en el juicio oral y cuyo origen se vincula a una infracción de garantías fundamentales del imputado cometida por los órganos de persecución criminal”<sup>78</sup>. La “valoración negativa de la prueba”, si bien no necesariamente es una prohibición probatoria independiente, es –indudablemente– una genuina prohibición de valoración de prueba. En el proceso penal chileno ya se ha atribuido al juez de fondo la competencia para prohibir la valoración de la prueba ilícita por una vía distinta de su exclusión basada en el artículo 276 inciso 3 del CPP. En principio, la prohibición de valoración de prueba podría extenderse no sólo a aquella prueba erróneamente admitida en el auto de apertura –por infracción a reglas de obtención probatoria–, sino además a aquella prueba lícitamente obtenida, pero cuya valoración podría lesionar alguna garantía constitucionalmente reconocida a favor del imputado.

En segundo lugar, el CPP contempla, a lo menos, una regla que sanciona valoraciones probatorias atentatorias de garantías fundamentales, a pesar de haber sido esta prueba obtenida conforme a derecho. El artículo 220 del CPP regula el tratamiento de los objetos y documentos no sometidos a incautación. Establece dicha norma que no podrá disponerse la incautación de las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar en calidad de testigos, así como las notas tomadas por ellos y otros objetos o documentos a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración. La misma disposición, en su inciso final, establece que “si en *cualquier momento* del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, ellos no podrán ser *valorados* como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente” (el destacado es nuestro). Así, en aquellos casos en los cuales un elemento de prueba no susceptible de incautación ha sido obtenido, a pesar de que la diligencia hubiera sido realizada conforme a derecho, el legislador establece, como sanción, una consecuencia distinta a la exclusión probatoria: La prohibición de valoración de la prueba.

En definitiva, el CPP reconoce una amplia protección de garantías fundamentales del imputado y terceros, y al menos una regla de prohibición de valoración independiente de la regla de obtención. Adicionalmente, existe una sentada

<sup>76</sup> CORREA (2021b) pp. 79 y ss.; CORREA (2018) pp. 162 y ss.; HERNÁNDEZ (2002) pp. 89 y ss., y HERNÁNDEZ (2008) p. 60. En un sentido similar DONOSO (2008) pp. 39 y ss.

<sup>77</sup> Entre otras: Corte Suprema, 20/09/2006; Corte Suprema, 22/10/2014; Corte Suprema, 17/04/2017; Corte de Apelaciones de Santiago, 29/09/2017; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03/04/2019.

<sup>78</sup> CORREA (2021b) p. 69; VERA (2022) pp. 85 y ss. Crítica: CORTÉS-MONROY (2018) pp. 661 y ss.

práctica de prohibiciones de valoración resueltas por los tribunales del juicio oral en lo penal. El sistema constitucional y procesal penal chileno cuenta con todos los elementos que subyacen a la construcción de prohibiciones constitucionales de prueba independientes.

### 3. OPORTUNIDAD PROCESAL

El eventual reconocimiento de prohibiciones de valoración de prueba independientes, por infracción de derechos constitucionales en el derecho chileno abre la pregunta acerca de la oportunidad procesal en la cual estas deben ser reconocidas. Una posible respuesta sería considerar que la prohibición de la valoración de la prueba, lícitamente obtenida, habría de verificarse por el tribunal de fondo, a través de la sentencia definitiva correspondiente, de manera similar a lo que sucede en la práctica respecto de la “valoración negativa de la prueba”, cuestión generalmente asignada al tribunal oral en lo penal. En el derecho alemán es precisamente el tribunal penal de fondo a quien corresponde, en primer término, prohibir la valoración de la prueba por vulneración de derechos fundamentales. El tribunal oral en lo penal, bajo esta hipótesis, analizaría y decidiría si la valoración de la prueba, declarada admisible en el auto de apertura del juicio oral, podría o no lesionar garantías constitucionales. Así, la decisión del tribunal de fondo en orden a prohibir la valoración (a partir de una ponderación entre la lesión de derechos fundamentales y otros bienes colectivos, como, por ejemplo, la eficacia en la persecución penal), quedaría plasmada en la sentencia definitiva.

Como se analizó en otra oportunidad<sup>79</sup>, existen diversos fundamentos a favor de la posibilidad de que el tribunal de juicio oral sancione prohibiciones probatorias. A nivel supralegal, la prohibición de valoración de prueba ilícita se sustenta en la obligación que asiste a todo órgano del Estado (establecida en el artículo 6 inciso 1, en relación con el artículo 5 inciso 2 de la CPR) de someter su actuar al resguardo de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales<sup>80</sup>. De este modo, como se ha sostenido, la exigencia de sanción de la prueba ilícita no corresponde a una exigencia impuesta solo por una regla de rango legal (artículo 276 del CPP), sino que su fuente estaría en la Constitución<sup>81</sup>. Por ello, su sanción representa un imperativo para el juez, exigible ante la presencia de una infracción de garantías constatada a lo largo del procedimiento<sup>82</sup>. Negar dicho

<sup>79</sup> CORREA (2021a) 83 y ss.

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ (2022) p. 22.

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ (2022) p. 26.

<sup>82</sup> CORREA (2021a) p. 85. Precisamente, NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 213, sostienen que el sistema de tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal chileno, constituye “el bloque de mecanismos ideados por el legislador procesal penal para asegurarse que la prueba con la que se enjuicie a los ciudadanos, se someta a una exigencia mínima de respeto de las garantías de los derechos esenciales, ya sea aquellos prescritos en la Constitución, sea se trate de otros contemplados en los tratados internacionales vigentes que haya suscrito Chile”.

imperativo obligaría al tribunal de fondo a fallar, a sabiendas, en base a prueba cuya valoración contraviene la Constitución. Del mismo modo, el artículo 297 inciso 2 del CPP exige al tribunal “hacerse cargo” en la fundamentación de la sentencia de toda la prueba producida y rendida en juicio. Sin embargo, el mismo artículo permite al tribunal desestimar prueba producida, indicando las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Luego, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido al tribunal oral en lo penal la facultad de no valorar prueba producida en el juicio<sup>83</sup>. Como ha resuelto recientemente el máximo tribunal “cuando los jueces de fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de las infracciones a las garantías constitucionales del imputado [...]”<sup>84</sup>. No hay fundamento alguno para excluir la vulneración de derechos y garantías constitucionales como una de las razones idóneas para que el tribunal oral en lo penal desestime prueba producida y rendida en juicio.

Esta solución, si bien plausible, no se encuentra libre de problemas. Al respecto, se ha esgrimido que la decisión del juez de fondo carecería de un claro control jurisdiccional posterior en caso de ser favorable al imputado: El recurso de nulidad no podría invocarse ante la prohibición de valoración de la prueba constitucional, pues *ex hypothesi* no se presenta una infracción de derechos o garantías constitucionales (artículo 373 literal a) del CPP) del imputado o tercero<sup>85</sup>. A la inversa, si la decisión consistiese en valorar a todo evento la prueba rendida, a pesar de que su producción en el juicio oral y posterior valoración inciden en el ámbito de protección de un derecho fundamental, ellos se lesionarían de manera definitiva respecto del imputado o de un tercero, antes de que los tribunales superiores de justicia tengan la oportunidad para conocer el asunto. La vulneración quedaría consumada antes de su posible revisión por vía de recurso de nulidad. Un problema adicional, relacionado con el anterior, radica en la paradoja según la cual para proteger el derecho a la vida privada del imputado o tercero, el tribunal del juicio oral en lo penal necesariamente debe lesionar la vida privada del imputado o tercero<sup>86</sup>. Por ejemplo, y en los casos ya expuestos y analizados, el tribunal deberá tener acceso al contenido de la escucha telefónica privada o leer las anotaciones en el diario de vida, para determinar la prohibición de valoración de tal conversación o anotación privada. Así, se trata de un problema de “contaminación”<sup>87</sup>, pero de uno mucho más agudo: El

<sup>83</sup> CORREA (2021b) pp. 85-86; RODRÍGUEZ (2022) p. 229. En la jurisprudencia, entre otras: Corte Suprema, 09/08/2021; Corte Suprema 09/03/2022; Corte Suprema, 20/04/2022 y Corte Suprema 25/04/2022.

<sup>84</sup> Corte Suprema, 01/03/2023. En el mismo sentido: Corte Suprema 25/06/2024, citado por RODRÍGUEZ (2022) p. 228.

<sup>85</sup> Vid. ARISTEGUI (2020) p. 195. En contra: CORREA (2021b) pp. 81 y ss. No obstante, dicha prohibición de valoración podría eventualmente enmarcarse en la causal absoluta de nulidad contenida en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letras c y/o d) del CPP.

<sup>86</sup> DAMMANN (2011) p. 40.

<sup>87</sup> Véase CORREA (2021a) pp. 89-90; VERA (2022) p. 79.

tribunal del juicio oral en lo penal discutirá en audiencia pública si el contenido de un diario de vida se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho fundamental a la vida privada; y deberá justificar su decisión en la sentencia definitiva<sup>88</sup>. Esos actos constituyen ya una posible vulneración de derechos fundamentales, la cual resulta *a priori* sancionable en tanto parte integral de un sistema transversal de resguardo de las garantías fundamentales en el proceso penal<sup>89</sup>.

Ahora, y más allá de los fundamentos que permiten reconocer que un tribunal oral en lo penal tiene legitimidad en realizar dicho ejercicio intelectual, las dificultades esgrimidas invitan a buscar otras opciones. Una posibilidad es incluir las prohibiciones de valoración de la prueba dentro del campo de aplicación del artículo 276 inciso 3 del CPP. Esta alternativa concentraría la prohibición de prueba, ya sea dependiente o independiente, en un mismo momento procesal: La audiencia de preparación del juicio oral. La estructura del CPP apunta a que la sanción de la prueba atentatoria contra garantías por regla general debe verificarse antes del juicio oral, en el auto de apertura, y mediante una decisión del juez de garantía<sup>90</sup>. Esta alternativa permite que la decisión del juez de garantía sea susceptible de impugnación por vía de apelación, en orden a excluir prueba ilícita independiente, dejando un segundo juicio de ponderación por lesión de derechos fundamentales en manos de la Corte de Apelaciones como segunda instancia. En cambio, si la prueba se admitiese, quedaría al imputado o al tercero la posibilidad de obtener una prohibición de valoración por el juez de fondo, así como recurrir de nulidad ante la sentencia. Sin embargo, el gran escollo de esta solución es el tenor literal: El artículo 276 inciso 3 del CPP establece la competencia del juez de garantía para excluir del juicio oral las pruebas “que hubieren sido *obtenidas con* inobservancia de garantías fundamentales” (énfasis agregado). Si bien este artículo no se refiere a la exclusión de pruebas que hubieren sido obtenidas sin infracción de garantías constitucionales, es plausible preguntarse: ¿Debe rechazarse la competencia del juez de garantía para excluir la prueba cuya valoración en el juicio oral podría resultar en una vulneración de derechos constitucionales? Esta alternativa exige, entonces, justificar interpretativamente la extensión de la competencia del juez de garantía para excluir prueba que fue obtenida bajo observancia de garantías fundamentales. La admisibilidad de una interpretación del CPP que aumente el contenido de protección de derechos fundamentales del artículo 276 inciso 3 del CPP es una cuestión abierta. Depende, en definitiva, de la intensidad con la que se dote al CPP de una interpretación “conforme con la Constitución”<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> La actuación del Tribunal de Juicio Oral será en estos casos análoga a la que realiza al momento de valorar negativamente la prueba por vicios referidos a la obtención de un medio de prueba.

<sup>89</sup> Véase NÚÑEZ y CORREA (2017) pp. 213.

<sup>90</sup> La doctrina ya considera que al juez de garantía corresponde realizar una ponderación respecto de las prohibiciones probatorias dependientes. Por todos NÚÑEZ y CORREA (2017) p. 201.

<sup>91</sup> Una introducción breve al problema en PIEROTH y SCHLINK (2012) p. 27. En Chile, FERNÁNDEZ (2016) pp. 153-188 (con más referencias).

#### 4. ¿TRES ESFERAS DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO?

La posible admisión de las prohibiciones de valoración de prueba por vulnerar el derecho a la vida privada de la persona (artículo 19 N° 4 de la CPR) abre la pregunta sobre la forma en que debe brindarse una solución al conflicto constitucional entre privacidad y persecución penal en el derecho constitucional chileno. Como se desarrolló, el BVerfG y el BGH han aplicado la doctrina de las tres esferas de la personalidad. La distinción entre privacidad e intimidad ha sido acogida también por un sector de la doctrina constitucional chilena<sup>92</sup>. En su importante monografía sobre el derecho a la privacidad, sin embargo, Rodolfo Figueroa se posiciona en contra de dicha distinción. Para Figueroa no existe esfera íntima alguna libre de ponderación en la práctica jurisprudencial chilena<sup>93</sup>. Adicionalmente, los autores que han defendido la distinción entre intimidad y privacidad no habrían sido capaces de delimitar la esfera íntima de la privada: No habría, a su juicio “criterios analíticos para apoyar tal distinción”<sup>94</sup>. Por último, Figueroa afirma que el contexto en el que se desarrolla la teoría de las esferas en la jurisprudencia alemana resultaría distinto, pues allí el “tema central” es la autonomía y el desarrollo de la personalidad”, no el derecho a la vida privada en los términos establecidos en la Constitución<sup>95</sup>.

Los dos primeros argumentos arriesgan incurrir en un *non sequitur*: Que la legislación, los tribunales y la doctrina enfrenten agudas complejidades al concretar la distinción entre esfera íntima y esfera privada no implica que dicha distinción no deba ser reconocida en la Constitución. Por ello, de los tres argumentos, el más fructífero es el tercero. A este respecto considera Figueroa que la distinción entre esfera íntima y esfera privada intermedia no se presenta en el sistema constitucional chileno, pues el artículo 19 N° 4 de la CPR regula el derecho a la vida privada, no el derecho a la intimidad como emanación del derecho a la autonomía individual. Sin embargo, y como se demostró, la jurisprudencia del BVerfG ha elaborado la distinción entre esfera íntima y esfera privada no solamente desde el derecho general a la personalidad. Al contrario, la teoría de las tres esferas de la personalidad es un desarrollo que vincula el derecho a la vida privada (artículo 2 I de la GG) con la dignidad humana (artículo 1 I de la GG) y la cláusula de la esencia contenida en el artículo 19 II de la GG. En función de la intangibilidad de la dignidad humana y del núcleo esencial de protección absoluta de cada derecho, debiera reconocerse normativamente, a juicio del BVerfG y parte de la doctrina alemana, una zona de protección del derecho a la privacidad en la que cualquier afectación resultaría injustificable.

Los elementos normativos que subyacen a la elaboración alemana de las tres esferas de la personalidad se encuentran presentes en la regulación constitucional chilena. Por una parte, la postulación de una esfera íntima absoluta de protección

<sup>92</sup> FIGUEROA (2014) pp. 23-45 resume críticamente la elaboración de la distinción entre intimidad y privacidad en la doctrina constitucional chilena.

<sup>93</sup> FIGUEROA (2021) pp. 129-131.

<sup>94</sup> FIGUEROA (2014) pp. 46-47.

<sup>95</sup> FIGUEROA (2014) p. 31.

ha sido considerada por la jurisprudencia del BVerfG como una emanación de la dignidad humana<sup>96</sup>. El artículo 1 inciso 1 de la CPR reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este reconocimiento contemplado en la Constitución no contiene, sin embargo, declaración alguna respecto a un ámbito de protección intangible. Pero, por otra parte, y acaso más importante, el artículo 19 N° 26 de la CPR establece una cláusula de la esencia similar a la que establece el artículo 19 II de la GG. Así, el derecho a la vida privada establecido en el artículo 19 N° 4 de la CPR no puede afectarse en su esencia en el derecho constitucional chileno. Esto podría implicar, en términos equivalentes a la teoría de las esferas del BVerfG, que dicho núcleo esencial del derecho a la vida privada no puede ser sometido a ponderación alguna respecto de la persecución penal. Sea que se denomine intimidad o de otra forma, la Constitución tiende a reconocer un núcleo esencial del derecho a la vida privada cuya afectación no puede justificarse incluso en pro de una eficiente persecución penal.

No es posible ignorar esa distinción, sin perjuicio de que su aplicación suponga complejidades, incluso insalvables para la práctica<sup>97</sup>. Considerar implausibles los intentos por reconstruir la distinción entre intimidad y vida privada en la Constitución es todavía insuficiente para rechazar la existencia de un contenido esencial de la vida privada no sujeto a ponderación. Al contrario, debe demostrarse positivamente que ni el principio de la dignidad humana ni la protección del contenido esencial otorgada por el artículo 19 N° 26 de la CPR fuerzan al interprete a reconocer un ámbito de los derechos fundamentales libre de ponderación, al menos frente a intereses colectivos como la persecución penal<sup>98</sup>. La respuesta definitiva a este problema supone, luego, posicionarse respecto de la disputa dogmática entre la teoría relativa y la teoría absoluta del núcleo esencial de los derechos fundamentales<sup>99</sup>. Un compromiso coherente con la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales implica un compromiso también con la existencia de una esfera de protección del derecho a la vida privada libre de toda ponderación.

## VI. CONCLUSIONES

La doctrina procesal penal alemana y la jurisprudencia desarrollada por el BVerfG y por el BGH han considerado que la valoración de un medio de prueba, incluso obtenido lícitamente, podría significar una vulneración del derecho a la vida privada, en los términos entendidos en la GG, como una emanación de los derechos de la personalidad y autonomía individual. Para resolver la tensión entre vida privada y valoración de un medio de prueba, la doctrina y jurisprudencia alemanas han desarrollado la teoría de las prohibiciones de valoración de pruebas

<sup>96</sup> WARNTJEN (2007) pp. 43-48.

<sup>97</sup> LABERT (1995) pp. 50-58.

<sup>98</sup> Un intento en DAMMANN (2011) pp. 185-197.

<sup>99</sup> Al respecto, por todos, BASSA y VIERA (2017) pp. 324-331, con más referencias.

independientes. Dicha teoría ha sido aplicada, con distintos resultados, en casos de valoración de diarios de vida, de escuchas telefónicas y de interceptación de comunicaciones, incluso ocurridas en espacios de privacidad especialmente protegidos, como el domicilio o la habitación matrimonial.

Este trabajo se preguntó por las lecciones que pueden obtenerse de esta doctrina para el sistema procesal penal chileno. En conclusión, puede afirmarse que los elementos jurídicos que subyacen a la construcción de la teoría de las prohibiciones probatorias independientes son comunes al derecho procesal penal chileno y al alemán. En particular, tanto el derecho procesal penal chileno, como el alemán, reconocen la aplicación directa de los derechos fundamentales al proceso penal, así como la posibilidad de sancionar aquella prueba vinculada a una violación de las garantías constitucionales. Adicionalmente, la Constitución reconoce, en términos más concretos y específicos en comparación a la GG, el derecho a la vida privada de la persona. Estas consideraciones abren el espacio lógico en el derecho procesal chileno para el reconocimiento de prohibiciones de valoración de prueba independientes constitucionales.

El BVerfG ha intentado resolver el conflicto constitucional entre el interés en una eficiente persecución penal y el derecho a la vida privada de la persona mediante la elaboración de la teoría de las tres esferas de protección de la privacidad. Mientras las afectaciones al contenido de protección de la esfera privada pueden justificarse bajo observancia del principio de proporcionalidad, existiría a juicio del BVerfG una esfera íntima de protección en la que no cabría afectación justificada alguna de la privacidad. Las premisas normativas que subyacen a esta construcción son el reconocimiento del derecho a la vida privada como una emanación de los derechos generales de la personalidad y de la autonomía personal, así como el vínculo que cabría reconocer entre este derecho, la dignidad humana intangible contemplada en el artículo 1 I de la GG y la cláusula de la esencia de los derechos fundamentales contemplada en el artículo 19 II de la GG. Tales premisas normativas también se presentan en el sistema constitucional chileno.

El reconocimiento de un contenido esencial del derecho a la vida privada de la persona podría llevar a concluir la existencia, en el derecho procesal penal chileno, de prohibiciones probatorias de carácter constitucional: Si la actividad probatoria del Estado tendiente a la obtención o valoración de medios de pruebas afectase la esencia del derecho a la vida privada de la persona, no cabría reconocer espacio para justificación ni ponderación alguna. La persecución penal, necesariamente, debería ceder ante el contenido esencial de la privacidad.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO, Agustina (2022): “Fundamentos normativo-dogmáticos para una ‘valoración negativa’ de prueba ilícita en juicio oral. Consideraciones a propósito del denominado ‘Caso Armas de San Antonio’”, en MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (coords.), *Mujeres en las Ciencias Penales* (Santiago, Legal Publishing) pp. 505-555.

- AMELUNG, Knut (1997): “Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, en SCHULZ, Joachim y VORMBAUM, Thomas (edits.), *Festschrift für Günter Bemann: zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997* (Baden-Baden, Nomos) pp. 504-523.
- AMELUNG, Knut (1991): “Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991: pp. 2533-2540.
- ARISTEGUI, Juan Pablo (2020): “La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 1: pp. 177-198.
- BARROT, Johannes M. (2012): *Der Kernbereich privater Lebensgestaltung* (Baden-Baden, Nomos).
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2017): “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (edits.), *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general* (Santiago, LOM editores) pp. 323-348.
- BOFILL, Jorge (1988): *Die Beweisverbote im chilenischen Strafprozess*. Tesis doctoral Universidad Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen-Nürnberg.
- CAROCCA, Alex (1998): “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Ius et Praxis*, Vol. 4, N° 2: pp. 301-322.
- CORREA, Carlos (2018): “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno –con especial referencia al Derecho alemán–”, *Revista Política Criminal*, Vol. 13, N° 25: pp. 144-174.
- CORREA, Carlos (2019): *Die Fernwirkung der Beweisverbote. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und chilenischem Strafprozessrecht* (Berlin y otros, Peter Lang Verlag).
- CORREA, Carlos (2021a): “Las prohibiciones probatorias en la obra de Ernst Beling: determinando su alcance e incidencia en el sistema procesal penal chileno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XLIII: pp. 571-586.
- CORREA, Carlos (2021b): “La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 8: pp. 66-94.
- CORREA, Carlos (2022): “La excepción del vínculo atenuado y la lectura de derechos cualificada como mecanismos de saneamiento de vicios procesales”, en: VALENZUELA, Javier y FERNÁNDEZ, Alejandro (edits.), *Temas actuales de derecho penal y procesal penal a 20 años de la reforma procesal penal* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 203-224.
- CORTÉS-MONROY, Jorge (2018): “La valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, *Ius et Praxis*, 24 (1): pp. 661-692.
- DALAKOURAS, Theoharis (1988): *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre: unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts* (Berlin, Duncker & Humblot).
- DAMMANN, Ilmer (2011): *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*. (Berlin, Duncker & Humblot).
- DAUTERT, Franziska (2015): *Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung* (München, Utz Herbert).
- DENCKER, Friedrich (1977): *Verwertungsverbote im Strafprozeß: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten* (Köln y otros, Heymann).

- DOLL, Simone (2021): *Strafprozessuale Konturierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung* (Baden-Baden, Nomos).
- DONOSO, Samuel (2008): “Prueba ilícita, oportunidad para debatir y resolver sobre la regla de exclusión”, *Revista Derecho Mayor*, N° 7: pp. 35-42.
- FERNÁNDEZ, José Ángel (2016): “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Ius et Praxis*, Año 22, N° 2: pp. 153-188.
- FEZER, Gerhard (1995): *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote* (Heidelberg, Müller).
- FIGUEROA, Rodolfo (2021): “Derecho a la privacidad”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (edits.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 129-168.
- FIGUEROA, Rodolfo (2014): *Privacidad* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- GEIS, Max-Emanuel (1991): “Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts - Ein Plädoyer für die ‘Sphärentheorie’”, *JuristenZeitung*, 1991: pp. 112-117.
- GÖSSEL, Karl Heinz (1984): “Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren”, *JuristenZeitung*, 1984: pp. 361-364.
- HAUCK, Pierre (2014): *Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2002): *Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno* (Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2a Reimpresión 2005).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2008): “Prueba ilícita y recurso de nulidad: (o ¿Para qué está la Corte Suprema?)”, *Gaceta Jurídica*, N° 332: pp. 60-68.
- HOFMANN, Michael (1992): “Beweisverbote im Strafprozeß - Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote”, *Juristische Schulung*, 1992: pp. 587-594.
- JÄGER, Christian (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Tomo 155: pp. 473-499.
- JAHN, Matthias (2008): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en: Ständigen Deputation des deutschen Juristentages (edit.), *Verhandlungen des Siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Tomo I (Erfurt y München, C.H. Beck) pp. C1- C128.
- KOHLHAAS, Max (1966): “Beweisverbote im Strafprozeß”, *Deutsche Richterzeitung*, 1966: pp. 286-291.
- KÜPPER, Georg (1990): “Tagebücher, Tonbänder, Telefonate - Zur Lehre von den selbstständigen Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren -”, *JuristenZeitung*, 1990: pp. 416-424.
- LABERT, Birgit (1995): *Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren*. (Fráncfort del Meno y otros, Peter Lang).
- NUÑEZ, Raúl y CORREA, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 23, N° 1: pp. 195-246.
- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard (2012): *Grundrechte* (Heidelberg y otros, C.F. Müller).
- REINECKE, Jan (1990): *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten* (Munich, VVF).

- RENKA, Susanne (2015): Zur Verwertbarkeit von Selbstkommunikation im deutschen Strafprozess (Fráncfort del Meno y otros, Peter Lang).
- RODRÍGUEZ, Manuel (2022): *La prueba ilícita en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (Santiago, Rubicón).
- ROGALL, Klaus (1977): *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst: ein Beitrag zur Geltung des Satzes “Nemo tenetur seipsum prodere” im Strafprozeß* (Berlin, Duncker & Humblot).
- ROGALL, Klaus (1979): “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 91: pp. 1-44.
- ROGALL, Klaus (1995): “Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts”, en: WOLTER, Jürgen; y FEIGEN, Hans W. (edits.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts* (Neuburg y otros, Hermann Luchterhand Verlag) pp. 113-160.
- ROGALL, Klaus (2003): “Das Verwendungsverbot des § 393 II AO”, en HIRSCH, Hans Joachim; WOLTER, Jorgen y BRAUNS, Uwe (edits.), *Festschrift für Günther Kohlmann* (Colonia, OVS Verlag Dr. Otto Schmidt) pp. 465-498.
- ROGALL, Klaus (2008a): “Kernbereichsmystik im Strafverfahren”, en WESSLAU, Edda y WOHLERS, Wolfgang (edits.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008* (Berlin, De Gruyter) pp. 61-86.
- ROGALL, Klaus (2008b): “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, *JuristenZeitung* 2008, pp. 818-830.
- ROGALL, Klaus (1999): “Grundsatzfragen der Beweisverbote”, en HÖPFEL, Frank; HUBER, Barbara (edits.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond, Europäisches Kolloquium Wien, 18. - 20. September 1997* (Freiburg i. Br.: Iuscrim, 1999), pp. 119-148.
- ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd (2014): *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* (Munich, C.H. Beck, vigésimo octava edición).
- SAX, Walter (1969): Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel: Ein Beitrag zur Bestimmung der “Verletzung” des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung nach Artículo 2 I GG”. *JuristenZeitung* 1969, pp. 1-6.
- SCHMIDT, Eberhart (1970): *Strafprozeßordnung. Nachträge und Ergänzungen zu Teil 2: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* (Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht).
- STÖRMER, Rainer (1994): “Strafprozessuale Verwertungsverbote in verschiedenen Konstellationen”, *JURA*, Tomo 8: pp. 621-628.
- VERA, Juan Sebastián (2022): “Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales”, *Colección Materiales Docentes*, vol. 51 (Academia Judicial). Disponible en: <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2023/02/MD51-Valoracion-probatoria-Exigencias-legales-jurisprudenciales-y-doctrinales.pdf> Fecha de consulta: 22/11/2023.

WARNTJEN, Maximilian (2007): *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung* (Baden-Baden, Nomos).

WOLTER, Jürgen (1990): “Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen – zugleich Besprechung der Tagebuch-Entscheidung des BVerfG–” *Strafverteidiger*, Tomo 29: pp. 175-180.

## NORMAS CITADAS

CHILE, *Código Procesal Penal* (12/10/2000).

CHILE, *Código de Procedimiento Penal* (19/02/1906).

CHILE, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).

ALEMANIA, *Ordenanza Procesal Penal (Strafprozessordnung)* (01/02/1877).

ALEMANIA, *Código Penal (Strafgesetzbuch)* (15/05/1871).

ALEMANIA, *Ley Fundamental (Grundgesetz)* (23/05/1949).

## JURISPRUDENCIA CITADA

### ALEMANIA:

Sentencia BGHSt 5, 332 (16/02/1954).

Sentencia BGHSt 14, 358 (14/06/1960).

Sentencia BGHSt 19, 325 (21/02/1964).

Sentencia BGHSt 31, 296 (16/03/1983).

Sentencia BGHSt 34, 39 (09/04/1986).

Sentencia BGHSt 34, 397 (09/07/1987).

Sentencia BGHSt 36, 167 (12/04/1989).

Sentencia BGHSt 50, 206 (10/08/2005).

Sentencia BVerfGE 6, 32 (16/01/1957).

Sentencia BVerfGE 27, 1 (16/07/1969).

Sentencia BVerfGE 27, 344 (15/01/1970).

Sentencia BVerfGE 32, 373 (08/03/1972).

Sentencia BVerfGE 34, 238 (31/01/1973).

Sentencia BVerfGE 54, 143 (23/05/1980).

Sentencia BVerfGE 56, 37 (13/01/1981).

Sentencia BVerfGE, 31, 296 (16/03/1983).

Sentencia BVerfGE 80, 367 (14/09/1989).

Sentencia BVerfGE 89, 69 (24/06/1993).

Sentencia BVerfGE 109, 279 (03/03/2004).

Sentencia BVerfGE 113, 348 (27/07/2005).

Sentencia BVerfGE 119, 1 (13/06/2007).

Sentencia BVerfGE 120, 274 (27/02/2008).

Sentencia BVerfGE 124, 43 (16/06/2009).

Sentencia BVerfG NJW 2012, 907 (07/11/2011).

**CHILE:**

Corte Suprema, 20/09/2006, rol 3570-06, nulidad.

Corte Suprema, 22/10/2014, rol 23.683-14, nulidad.

Corte Suprema, 17/04/2017, rol 6783-17, nulidad.

Corte Suprema, 09/08/2021, rol 31.701-21, nulidad.

Corte Suprema, 09/03/2022, rol 81.397-22, nulidad.

Corte Suprema, 20/04/2022, rol 85.832-21, nulidad.

Corte Suprema, 25/04/2022, rol 56.148-21, nulidad.

Corte Suprema, 01/03/2023, rol 17.675-22, nulidad.

Corte Suprema, 25/06/2024, rol 25.386-21, nulidad.

Corte de Apelaciones de Santiago, 29/09/2017, rol 3103-17, nulidad.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03/04/2019, rol 375-19, nulidad.



## LA POTESTAS VARIANDI EN CHILE: PROCEDENCIA Y CONDICIONES DE EJERCICIO EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### POTESTAS VARIANDI IN CHILE. ORIGIN AND CONDITIONS OF EXERCISE IN THE FRAMEWORK OF ADMINISTRATIVE CONTRACTING

Karen R. Asenjo A.\*

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el estudio de la *potestas variandi* en Chile con un doble propósito, por un lado, analizar la procedencia de aquella respecto del contrato administrativo; y, por otro lado, proponer las condiciones o presupuestos que debe observar el ejercicio de aquella por parte de los órganos de la Administración del Estado. Para ello iniciaremos con una caracterización general de la *potestas variandi* que permita comprender su rol en el marco de la contratación administrativa. A continuación, analizaremos la configuración jurídica de esta potestad en el Derecho chileno desde una perspectiva normativa y doctrinal, ofreciendo argumentos que permitan sostener la procedencia implícita de aquella respecto del contrato administrativo. Finalmente, elaboraremos una propuesta de los presupuestos formales y sustanciales que condicionan el ejercicio de la *potestas variandi* en el marco de la contratación administrativa en Chile.

**Palabras clave:** *Potestas variandi*, contratación administrativa, modificación contractual, Chile.

**ABSTRACT:** The present work focuses on the study of the *potestas variandi* in Chile with a double purpose, on the one hand, to analyze its origin with respect to the administrative contract; and, on the other hand, propose the conditions or budgets that must be observed in the exercise of this by the State Administration bodies. To do this, we will begin with a general characterization of the potestas variandi that allows us to understand its role in the framework of administrative contracting. Next, we will analyze the legal configuration of this figure in Chilean Law from a normative and doctrinal perspective, offering arguments that support the implicit origin of that with respect to the administrative contract. Finally, I will prepare a proposal for the formal and substantial budgets that condition the exercise of the potestas variandi within the framework of administrative contracting in Chile.

\* Estudiante del doctorado y magíster en Derecho, mención constitucionalismo y Derecho, de la Universidad Austral de Chile. Académica de la carrera de Derecho, Universidad de los Lagos. Dirección Postal Avda. Fuchslocher 1305. Osorno, Chile. Correo electrónico: karen.asenjo@ulagos.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-6323-5497>. Quiero extender un especial agradecimiento a los profesores Iván Hunter y Raúl Letelier por su apoyo en la revisión del presente trabajo.

**Keywords:** *Variandi* Powers, administrative contracting, contract modification, Chile.

## I. INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa, como herramienta que utiliza la Administración del Estado para la consecución de fines de interés público, se enfrenta regularmente a la ocurrencia de factores externos (inflación, protestas sociales, cambios en el orden político institucional, la pandemia del COVID-19, entre otros) que impactan el correcto y adecuado cumplimiento de este tipo de contratos. El contrato, por su parte –en cuanto vínculo creador de derechos y obligaciones–, fuerza a las partes a respetar su contenido, dando lugar a la inmutabilidad de sus cláusulas. Lo anterior no implica una petrificación del contenido del contrato, puesto que al tenor del artículo 1545 del Código Civil, las partes pueden introducir modificaciones de común acuerdo, o bien estas pueden provenir de causas legales<sup>1</sup>. En efecto, la regulación normativa particular de los contratos administrativos admite, bajo diversas fórmulas<sup>2</sup>, la posibilidad de variar su contenido por razones de interés público. Una de ellas es la *potestas variandi* o poder de modificación unilateral del contrato que, a grandes rasgos, permite a la Administración contratante –por razones de interés público– introducir modificaciones unilaterales al contenido obligacional del contrato, las que resultan vinculantes para el co-contratante particular. Ello ha permitido a la doctrina nacional sostener que la mutabilidad es una característica peculiar de este tipo de contratos<sup>3</sup>.

Dada la ausencia de una regulación general del contrato administrativo en Chile, el ejercicio de este poder modificatorio se desenvuelve en un contexto normativo disperso en el que converge una multiplicidad de reglas vinculantes a la actuación administrativa que carecen de una sistematización general. A ello se suma la ausencia de una jurisdicción especializada que conozca de los conflictos que surgen durante la etapa de ejecución contractual, debido a la limitada competencia del Tribunal de Contratación Pública<sup>4</sup>, resultando de aquello un escaso desarrollo

<sup>1</sup> CHILE, *Código Civil*, Art. 1545.

<sup>2</sup> Con ello hacemos referencia, tanto a la diversidad terminológica con la cual el legislador admite la posibilidad de variar el contenido del contrato como a la forma de la modificación propiamente tal (ya sea que se trate de una modificación cuyos supuestos se encuentren previstos en la regulación del contrato o no, o bien su origen sea el común acuerdo entre las partes o de la *potestas variandi* propiamente tal de parte de la Administración).

<sup>3</sup> Véase: POBLETE (2010) p. 82, MORAGA (2010) pp. 484-491, FLORES (2020) pp. 213-214.

<sup>4</sup> Dicho Tribunal no tiene competencia para conocer de los actos administrativos que surjan en la etapa de ejecución del contrato, ver: CHILE, Ley N° 19.886, Art. 24. Cabe destacar que con la publicación de la Ley N° 21.634 (que modifica la Ley N° 19.886) se fortalece la competencia del Tribunal de Contratación, el que podrá conocer –entre otros asuntos– de la “acción de impugnación interpuesta contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante la ejecución de un contrato administrativo”. Si bien no podrá conocer las acciones indemnizatorias que pudieran surgir de aquello, lo relevante es que podrá ejercer un control de legalidad de la actuación administrativa en la fase de ejecución del contrato, permitiendo anticipar la generación de lineamientos interpre-

jurisprudencial en torno a esta figura<sup>5</sup>. En este escenario, la labor de la doctrina ha sido relevante en el estudio de este fenómeno, abordándolo desde una perspectiva general y contribuyendo a la caracterización de sus aspectos más relevantes.

En virtud del principio de vinculación positiva de la Administración a la ley (en sentido amplio)<sup>6</sup>, la validez de la actuación administrativa está condicionada a la presencia de una norma habilitante que actúe como título de potestad. Pues bien, dada la multiplicidad de fuentes normativas que regulan el ejercicio de la actividad administrativa contractual, el reconocimiento jurídico de la *potestas variandi* no sólo se encuentra en la ley, sino también en normas de rango infralegal; lo mismo ocurre con la configuración jurídica de las causales que autorizan su ejercicio y los procedimientos que se deben observar para la dictación del acto administrativo modificatorio. En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto responder en qué casos la Administración está facultada para ordenar la modificación unilateral del contrato y qué presupuestos o condiciones se deben observar para el ejercicio de aquella. Respecto de la primera interrogante, frente a la premisa de que toda potestad debe tener su origen en la ley, problematizaremos la procedencia implícita de la *potestas variandi* a partir de aquellas situaciones en las que su reconocimiento y configuración emana de normas infralegales. Respecto de la segunda interrogante, tomando en consideración que la decisión modificatoria se expresa por medio de un acto administrativo y que existe una multiplicidad de normas que condicionan la validez de la actuación administrativa contractual, se elaborará una propuesta acerca de los presupuestos formales y sustanciales que debe observar la dictación del acto administrativo que decide la modificación contractual.

---

tativos más especializados que han de servir de base al estudio de la contratación administrativa. CHILE, Ley N° 21.634, Artículo primero numeral 36 y Artículo primero transitorio

<sup>5</sup> En este sentido cabe señalar que la jurisprudencia administrativa representada en los dictámenes de la Contraloría General de la República, más que ahondar en los aspectos que permiten delinear los presupuestos de configuración de la *potestas variandi*, se ha pronunciado de la siguiente manera: 1) ha negado la procedencia implícita de modificaciones unilaterales o de común acuerdo si no se encuentra expresamente establecido o si pudiera configurar un incumplimiento, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 75.983/2010 y N° 10.858/2014; 2) ha reconocido la posibilidad de introducir modificaciones unilaterales siempre y cuando se configure un caso fortuito o fuerza mayor que hubiere afectado por igual a todos los participantes, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 42701/2008 y N° 4718/2000; permitiendo la prorroga y el aumento del plazo contractual, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 61.001/2012, N° E27209/2020 y N° E6087/2020; o bien, autorizando la revisión y modificación de los contratos en curso frente a la crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID-19, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 6.854/2020 y N° 8.507/2020. Por otro lado, la jurisprudencia judicial exhibe pocos pronunciamientos relevantes en torno a esta figura, entre ellos se destacan: 1) Corte Suprema, 05/08/2008, c. 14; 2) Corte Suprema, 08/05/2020, c. 13; 3) Corte Suprema, 29/12/2021, c. 4; y 4) Corte Suprema, 09/05/2022, c. 5. Este último es el más relevante porque por menoriza los límites al ejercicio del poder modificatorio unilateral o *potestas variandi*, reconociendo el poder de la Administración para alterar unilateralmente el contenido del contrato.

<sup>6</sup> CHILE, Constitución Política, Arts. 6 y 7.

Para el logro de los objetivos trazados, partiremos por una caracterización general de la *potestas variandi* en la contratación administrativa, que nos permita entender en qué consiste, cuáles son sus fundamentos, y cuáles son las dimensiones que debe tener en cuenta la Administración pública a la hora de evaluar una modificación contractual; en segundo término revisaremos la configuración jurídica de la *potestas variandi* en el Derecho chileno, a objeto de resolver en qué casos procede el ejercicio de este poder respecto del contrato administrativo; en tercer término propondremos un listado de los presupuestos formales y sustanciales que condicionan el ejercicio de la *potestas variandi* en el marco de la contratación administrativa, para finalizar con una reflexión general. La metodología empleada se basa en los aportes de la doctrina nacional y extranjera respecto a esta temática, así como las normas legales y reglamentarias que recogen el ejercicio de este poder modificatorio.

## II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA *POTESTAS VARIANDI* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En términos generales, la doctrina nacional<sup>7</sup> describe a la *potestas variandi*, también denominada *ius variandi*<sup>8</sup>, como un poder de modificación unilateral del contrato que el ordenamiento jurídico concede a la Administración del Estado, en cuya virtud esta puede alterar el contenido del contrato (esto es, las condiciones iniciales bajo las cuales se ofertó y adjudicó el mismo<sup>9</sup>) para la adecuada gestión del interés público inmerso en él<sup>10</sup>. Este poder surge en la fase de ejecución de los contratos administrativos (en sentido estricto<sup>11</sup>) en aquellos casos en los que, no habiendo

<sup>7</sup> A partir de los siguientes trabajos doctrinales hemos elaborado la caracterización general de esta figura, véase: MORAGA (2019) pp. 478-481, FLORES (2021) pp. 214-221, POBLETE (2010) p. 87, BERMÚDEZ (2014) pp. 251-252, CELIS (2017) p. 110, CORDERO (2015) p. 442, y OELCKERS (1988) pp. 69-90.

<sup>8</sup> Si bien la literatura ha utilizado ambos términos para referirse a ella, conviene aclarar que más que tratarse de un *ius variandi*, entendiendo el *ius* como ejercicio de un derecho subjetivo, estamos en presencia de una potestad, siendo más adecuado referirnos a ella en los términos de *potestas variandi*. Ver: ARIÑO (1968) p. 226 y RODRÍGUEZ-ARANA (2008) p. 198.

<sup>9</sup> El fundamento de aquello surge de la construcción de la teoría del contrato administrativo, como una categoría distinta del contrato civil, en la que la mutabilidad es un elemento intrínseco a él. En tal sentido, la doctrina interpreta la clásica inmutabilidad del contrato, no como una invariabilidad de contenido, sino del fin de interés público que éste persigue y que prima sobre aquel. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 790. En el mismo sentido, ver: ARIÑO (1968) p. 225.

<sup>10</sup> La *potestas variandi* se distingue como “la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual –*pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*–”. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 787. En relación con el interés público que impregna este tipo de contratos, véase: FLORES (2021) pp. 217-218.

<sup>11</sup> Véase: ASEÑO (2022) pp. 5-34.

un incumplimiento de las obligaciones<sup>12</sup>, la presencia de un cambio de circunstancias o de la necesidad pública requiera de la adecuación y revisión del contenido del vínculo, siendo obligatorio al contratista asumir dicha adecuación<sup>13</sup>. El ejercicio de este poder modificatorio tiene como contrapartida el resguardo del equilibrio financiero y económico del contrato<sup>14</sup>, lo que constituye una garantía para el particular co-contratante de que no podría recaer sobre él, de forma indiscriminada e ilimitada, el peso del interés público y de las cambiantes necesidades generales sin la consecuente compensación.

El fundamento de este poder radica en que “la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta”<sup>15</sup>; dar continuidad a aquello generaría un daño al beneficio esperado por la comunidad, que finalmente ha de padecer las consecuencias de la entrega de bienes, obras o servicios mal concebidos u obsoletos. Por ello, señala Moraga, el error inicial en que puede incurrir la Administración no es motivo suficiente para perjudicar el interés general, de ahí que reconocerle a ella la facultad para revisar o reacomodar ciertos elementos del contrato ya perfeccionado, permite convertir al contrato en un efectivo instrumento de utilidad social<sup>16</sup>. Así las cosas, el fundamento de este poder es la finalidad de estos contratos, esto es, satisfacer de la mejor manera posible el interés público. Por ello, señala García de Enterría y Fernández, “si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato

<sup>12</sup> De lo que se trata es de impedir que por la vía de la modificación se encubran situaciones de incumplimiento contractual que den lugar a la aplicación de sanciones contractuales o que pudieran configurar un término anticipado de contrato, eludiendo así el inicio de un nuevo proceso licitatorio. Así, para la Contraloría General de la República, las multas y otras sanciones contractuales son obligatorias y no discrecionales en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales. Véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° E278510/2022 y N° 31.421/2018. En el mismo sentido, véase: FLORES (2021) pp. 217-218.

<sup>13</sup> Algunos fallos que reconocen el ejercicio de potestades exorbitantes sin necesidad de declaración judicial previa, son: 1) Corte Suprema, 24/08/2015, c. 9; 2) Corte de Apelaciones de Concepción, 19/08/2014, c. 9; 3) Corte Suprema, 23/12/2011, cc. 5 y 10; y 4) Corte Suprema, 07/04/2014. Se ha sostenido que la ausencia de un control judicial previo a la decisión administrativa es perjudicial frente a situaciones jurídicas consolidadas, ver: RODRÍGUEZ-ARANA (2008) p. 204. Este peligro es más elevado ante la ausencia de una tutela cautelar efectiva, como herramienta que permite contrarrestar la potencialidad imperativa de la actuación administrativa, ver: FERRADA (2015) pp. 344-345.

<sup>14</sup> Para un estudio del equilibrio económico en la doctrina nacional, véase: MORAGA (2019) pp. 452-455 y pp. 478-491, BERMÚDEZ (2014) pp. 251-252, POBLETE (2010) p. 87, FLORES (2019) pp. 71-77, y CORDERO (2015) p. 437.

<sup>15</sup> MARIENHOFF (1994) pp. 396-397. En el mismo sentido, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 788. ARIÑO (1968) p. 225.

<sup>16</sup> MORAGA (2019) p. 478.

y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada”<sup>17</sup>.

En la práctica, el contrato administrativo supone toda una ritualidad previa a su suscripción, de la cual se extrae que la ejecución del mismo configura una serie de actos planificados que se encausan a un determinado fin de interés público. Dicha planificación, generalmente contenida en las bases de licitación, es especialmente relevante en aquellos contratos que no son de ejecución inmediata (ejecución diferida o tracto sucesivo<sup>18</sup>), en el que la programación puede verse impactada por factores de diversa índole, y que se analizan como riesgos a la equivalencia del contrato<sup>19</sup>; los que –de materializarse– tensionan el contenido normativo y financiero del contrato, afectando la continuidad de la relación contractual y la satisfacción del interés público involucrado en la ejecución del contrato. Ello es lo que los economistas denominan “contratos incompletos”<sup>20</sup>, esto es, aquéllos en los que –más allá de prever mecanismos de reacción frente a futuros cambios de circunstancias– resulta imposible anticipar, cuantificar y negociar (al momento de su celebración) todas las posibles consecuencias que puedan alterar el equilibrio de intereses cristalizado en el pacto. Ello, porque no se conoce el impacto de todas las variables externas, de hecho, la contingencia obligará a las partes a reevaluar la ventaja económica y, por lo tanto, “los costos y beneficios en la alternativa cumplimiento-incumplimiento”<sup>21</sup>.

En este sentido, un cambio de las circunstancias previstas por las partes al momento de la celebración del contrato constituye un problema que la Administración debe resolver en concreto, de acuerdo con las particularidades de cada contrato, teniendo presente en el análisis a lo menos tres dimensiones:

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 784. Villar Palasí ha elaborado una propuesta de motivos que justifican la elasticidad contractual en: VILLAR PALASÍ (1969) p. 186.

<sup>18</sup> Respecto de este tipo de contratos, ver: LÓPEZ (2010) pp. 112-114.

<sup>19</sup> Tales riesgos, como señala Ariño, pueden ser imputables a las partes (errores, equivocaciones u omisiones de hecho, materiales o aritméticos), o bien ser consecuencia de factores externos tales como: excesiva onerosidad sobreviniente (teoría de la imprevisión), hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, modificaciones legales que alteren el proyecto en ejecución, o nuevas necesidades de interés público. ARIÑO (1968) pp. 7-10.

<sup>20</sup> Para Hart y Moore, “When drawing up a contract, it is often impracticable for the parties to specify all the relevant contingencies. In particular, they may be unable to describe the states of the world in enough detail that an outsider (the courts) could later verify which state had occurred, and so the contract will be incomplete”. HART Y MOORE (1988) p. 755.

<sup>21</sup> FARINA (2015) p. 119. Un contrato será jurídicamente incompleto si en la fase de preparación no se regula alguno de los elementos esenciales del contrato (lo que configura un vicio de nulidad). Por otro lado, un contrato será económicamente incompleto si no contempla mecanismos que den resistencia al contrato frente a todas las posibles eventualidades que impacten al mismo. Para Farina, no existen contratos completos por ser técnicamente imposible prever todo. FARINA (2015) pp. 118 y 123.

### UNA DIMENSIÓN FÁCTICA

Es aquella que deriva del impacto que representa la inadecuación del contrato en la gestión del órgano involucrado, de cara a la ciudadanía. En efecto, el contrato es un instrumento que permite –a la Administración contratante– dar cumplimiento a las funciones que le han sido encomendadas por la ley, de manera que el no poder llevar los contratos a término puede afectar la regularidad y continuidad del servicio público comprometido. Piénsese en la reconstrucción de una infraestructura educativa que suponga el traslado de los estudiantes a otras dependencias, del cual se advierta la presencia de defectos en el diseño que impidan llevar a término su ejecución. Todo atraso de la obra afecta el servicio educacional que se otorga, dando paso al surgimiento de protestas, reclamos, acciones jurisdiccionales, entre otros<sup>22</sup>. Un escenario de este tipo exige a la Administración contratante anticipar –en la medida de que las circunstancias o la urgencia lo permita– los daños (directos e indirectos) que producirá la inexecución del contrato (sobrecostos, paralización del contrato, contratación de servicios adicionales o complementarios y el eventual inicio de acciones judiciales<sup>23</sup>) que deberán ser asumidos por la Administración.

En esta dimensión, el tiempo que transcurre (desde que se detecta la incompatibilidad del contrato a la realidad y se define la solución de aquello) es crucial para aminorar los efectos negativos que se produzcan. En la práctica, la ausencia de una respuesta oportuna y fundamentada de la Administración puede desencadenar un conflicto entre las partes que acabe por romper la relación contractual, con el consecuente inicio de acciones judiciales que, en lugar de solucionar el problema inicial, terminen dilatando la satisfacción del fin público que persigue el cumplimiento del contrato<sup>24</sup>. Del mismo modo configura un incumplimiento al deber de celeridad, conforme ha resuelto la jurisprudencia administrativa en este punto<sup>25</sup>.

Si la circunstancia que afecta la continuidad del contrato es parcial, es decir, afecta sólo una parte del contenido del contrato (por ejemplo, si se contrata la prestación de un servicio que incorpora un conjunto de elementos, de los cuales se hace imposible dar cumplimiento a uno de ellos), la modificación del contrato se presen-

---

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, una noticia del año 2012: estudiantes del Liceo Aplicación protestan por retraso en las obras de reconstrucción de su establecimiento, disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/estudiantes-del-liceo-aplicacion-protestan-por-retraso-en-las-obras-de-reconstruccion-de-su-establecimiento/>. Fecha de consulta: 06/12/2023.

<sup>23</sup> En relación con los factores que impactan la ejecución del contrato de obra, ver en: ARAYA (2018) pp. 221-276.

<sup>24</sup> En la práctica, muchos de los conflictos que se generan durante la ejecución de un contrato administrativo dicen relación con modificaciones que no fueron cursadas oportunamente y que, por falta de adecuación, acabaron por romper el vínculo contractual y judicializar el asunto, con el consecuente daño al fin público al cual sirve el contrato, como al patrimonio público. A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes casos judiciales: 1) Corte Suprema, 27/10/2020; 2) Corte Suprema, 04/06/2020, c. 10; 3) Corte Suprema, 08/05/2020, c. 13; (4) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26/09/2016.

<sup>25</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.548/2019.

ta como la alternativa más conveniente a la hora de resolver la incompletitud del contrato. Por el contrario, si dicha imposibilidad de ejecución es total, estamos ante un escenario de término anticipado de contrato.

#### UNA DIMENSIÓN ECONÓMICA Y PRESUPUESTARIA

Es aquella que emana tanto de la planificación financiera del contrato como de la normativa presupuestaria que rige a los órganos del sector público<sup>26</sup>. Dicha normativa exige que la ejecución anual de los recursos sea informada regularmente a la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, sin perjuicio del control externo de la Contraloría General de la República<sup>27</sup>; de manera que la no ejecución o la modificación del presupuesto afecta no sólo a la economía del contrato, sino también la eficiencia del órgano respecto de su propia ejecución presupuestaria. Cualquier decisión de la Administración respecto a la continuidad del vínculo ha de tener un impacto en la planificación presupuestaria, en razón del uso de los recursos comprometidos en el contrato, es por ello que las normas que habilitan el ejercicio de la *potestas variandi*, usualmente, van asociadas a límites presupuestarios<sup>28</sup>. Ahora bien, la existencia de recursos disponibles o margen presupuestario para el ejercicio de la *potestas variandi*, no es suficiente, por sí sola, como fundamento a la modificación, pues se requiere de un análisis económico del contrato que justifique por qué es más conveniente insistir en la continuidad del vínculo contractual. Dicha conveniencia puede encontrar, a su vez, fundamento en el análisis económico del contrato, pues a partir de él se evalúa el rendimiento de criterios económicos tomando como base las nociones de eficiencia y distribución de recursos económicos<sup>29</sup>. Para ello, se deben considerar las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato, así como los mecanismos que provea o anticipe el diseño del contrato para resolver la inadecuación contractual, en tanto permitan cautelar el *value for money* (alude al equilibrio entre la eficiencia, eficacia y economía en la actuación del sector público) en relación a la oferta adjudicada, la responsabilidad del particular co-contratante y los riesgos aceptados en el contrato, de manera que la modificación no altere la ecuación económica del contrato<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Tales normas son: 1) la Ley de Presupuestos de la anualidad respectiva. CHILE, Ley de Presupuestos. 2) la Ley de Administración Financiera del Estado, ver: CHILE, Decreto Ley N° 1263.

<sup>27</sup> CHILE, Decreto Ley N° 1263, Arts. 12, 15 y 19 Bis.

<sup>28</sup> A modo de ejemplo, se suele establecer un límite del 30% como tope para las modificaciones contractuales, véase: CHILE, Decreto Supremo 236, Art. 104; y CHILE, Decreto Supremo 250, Art. 77 inciso final.

<sup>29</sup> PEREIRA (2016) p. 59.

<sup>30</sup> Al respecto, un estudio sobre las renegociaciones en materia concesional, en: SÁNCHEZ Y CHAUVET (2019) p. 42.

### UNA DIMENSIÓN JURÍDICA

Es aquella que determina la conformidad a derecho de la decisión administrativa, sea que ella consista en dar continuidad al vínculo contractual mediante la modificación del contenido del contrato o se decida terminar anticipadamente aquél, dando inicio a un nuevo proceso de contratación. Dicha decisión debe dar cumplimiento a las normas y principios que rigen al contrato, además de ser oportuna, estar fundamentada y atender al fin de interés público que subyace al contrato, para lo cual ha de sopesar el contenido de las dimensiones antes indicadas. Si, de lo anterior, resulta más conveniente al interés público inmerso en el contrato la modificación del mismo, tal decisión se debe analizar en dos momentos: previo a la modificación, se debe verificar el cumplimiento de aquellos presupuestos (formales y sustanciales) que habilitan a la Administración contratante a llevar a cabo el ejercicio de la *potestas variandi*; a continuación, al momento de determinar el contenido mismo de la modificación contractual, se debe analizar que ella no exceda los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico y contractual para ese vínculo en particular.

Dado que la actividad administrativa se encuentra sujeta a un estricto principio de legalidad que condiciona la validez de su actuación, en primer término debemos revisar cómo se ha configurado normativamente la procedencia de la *potestas variandi* respecto del contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, para luego determinar cuáles son los presupuestos o condiciones que se han de tener presente a la hora de evaluar su ejercicio, de forma previa a la materialización de la modificación contractual.

### III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA *POTESTAS VARIANDI* EN EL DERECHO CHILENO

En el presente apartado, revisaremos cómo se ha recepcionado la *potestas variandi* en nuestro ordenamiento jurídico. Más allá de revisar, caso a caso, la multiplicidad de preceptos que recogen el ejercicio de este poder en la regulación de los contratos administrativos, hemos efectuado un análisis general en torno a cómo la doctrina entiende su procedencia al contrato, así como aquellas situaciones que complejizan dicha comprensión y que nos llevan a sostener la necesidad de entender a la *potestas variandi* como una figura inherente o implícita a la regulación del contrato administrativo en sentido estricto.

La *potestas variandi* es una figura cuyo reconocimiento y denominación proviene de la influencia que ha tenido el Derecho administrativo franco-español en la construcción teórica del contrato administrativo<sup>31</sup>. Ello, ha permitido a la doctrina nacional identificar la presencia de la *potestas variandi* –en nuestro sistema– a partir

<sup>31</sup> Respecto de los autores nacionales cuyo análisis del contrato administrativo ha sido influenciado por el desarrollo de los sistemas francés y español, ver los siguientes trabajos: VARAS (1948) pp. 296 y ss., AYLWIN (1963) pp. 112 y ss., MORAGA (2010) pp. 293, 348-350, PANTOJA (2008) pp. 38 y ss., CONCHA (2012) pp. 35 y ss., BERMÚDEZ (2014) pp. 238-239, y CELIS (2017) pp. 15 y ss.

de diversas disposiciones normativas contenidas en la regulación de los contratos administrativos<sup>32</sup>, en defecto de una regulación general de los contratos del sector público, así como de la escasa jurisprudencia que se pronuncia en torno a ella<sup>33</sup>.

En relación a la procedencia de la *potestas variandi* respecto del contrato administrativo en Chile, es de interés resolver si la misma constituye un elemento intrínseco del contrato administrativo capaz de operar en ausencia de una habilitación normativa específica<sup>34</sup>; o bien, si la validez de su ejercicio se encuentra supeditada a la existencia de una potestad previamente conferida por el ordenamiento jurídico para tal efecto<sup>35</sup>. Para responder afirmativamente la primera aseveración, se precisa

<sup>32</sup> Como se extrae de diversos trabajos doctrinales, véase: OELCKERS (1988) pp. 74-75, MORAGA (2010) pp. 487-488, MORAGA (2019) pp. 478-491; CELIS (2017) pp. 110-111, y FLORES (2021) pp. 214-221.

<sup>33</sup> En efecto, nuestro Derecho no cuenta con una regulación general de los contratos del sector público, sino que es más bien casuística y dispersa, lo que se diferencia de la evolución que ha tenido en el Derecho europeo, en particular, luego de la entrada en vigencia de las Directivas de Contratación de la Unión Europea N°s 23 y 24 del año 2014. Del mismo modo, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido nuestro país, a falta de tribunales especiales contencioso-administrativos que controlen la ejecución del contrato, no ha permitido unificar criterios relevantes en esta materia, sin perjuicio de lo que se espera que surja de las últimas modificaciones a la Ley N° 19.886 que amplían la competencia del Tribunal de Contratación Pública en esta materia.

<sup>34</sup> El sistema francés anterior a la imposición de regulaciones contractuales elaboradas por la Unión Europea, durante gran parte del siglo XX desarrolló una teoría general del contrato administrativo en el que la mutabilidad era un elemento intrínseco del mismo. Ello, a partir de los sucesivos pronunciamientos del Consejo de Estado Francés y de la labor de abstracción elaborada por la doctrina. Aquello se consolidó en sentencia de 2 de febrero de 1983 «*Union des transports publics et régionaux*» que aceptó la procedencia implícita del poder de modificación unilateral. Al respecto, véase: LONG Y OTROS (2017) p. 179. El *pouvoir de modification unilaterale* se fundamenta en la regularidad y continuidad del servicio público, el que siendo variable, puede exigir –en virtud del interés público– la adaptación de las obligaciones contractuales asumidas por el prestador del servicio. Se trata entonces de un poder irrenunciable e inherente al contrato mismo, cuya extensión sólo impacta las cláusulas que afectan al funcionamiento del servicio público. GAUDEMET (2001) p. 703. Cabe hacer presente que esta doctrina se mantuvo vigente gran parte del siglo XX, no exenta de críticas por parte de la doctrina, debido a la regulación de contratos cada vez más especiales. AMILHAT (2019) p. 3, y AMILHAT (2014) p. 29. Sin embargo, el escenario actual es diverso en virtud de las imposiciones normativas que, al efecto, ha incorporado la Unión Europea a través de las Directivas de Contratación N°s 23, 24 y 25 del año 2014, cuya trasposición a las normativas internas del sistema francés han dado lugar a la dictación del *Code de la commande publique* (vigente desde abril de 2019), lo que ha impactado la noción clásica del contrato administrativo, limitando –de paso– la mutabilidad del contrato, y colocando en tela de juicio la validez, el sentido y la utilidad de una teoría general del contrato administrativo. En este sentido, ver: VAYSSE (2022), pp. 13-14. AMILHAT (2019), pp. 111-113. El *Code de la commande publique* mantiene el poder de modificación unilateral del contrato ante situaciones imprevistas, sujeto al mantenimiento del equilibrio económico del contrato y a límites presupuestarios. Ello se desprende tanto de los artículos L6 y L2194-2, como del artículo L3135-2 del *Code de la commande publique*. Sujeto al límite de no alterar la “naturaleza global del contrato inicial”, artículo 72 de la Directiva 24/2014 de la Unión Europea.

<sup>35</sup> Más propio de la evolución que ha tenido en el sistema español, cuyo desarrollo normativo data de mediados del siglo XX. Ver: ARIÑO (1968) p. 227; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017)

de una teoría general del contrato administrativo que reconozca a la mutabilidad como un elemento consustancial del contrato, tesis que ha sido rechazada por la doctrina, pues –como señala Moraga– a lo sumo “estamos en condiciones de formular algunas teorías parciales sobre ellos”<sup>36</sup>. En su lugar, se ha instalado una visión normativista que –en ausencia de una habilitación normativa expresa y previa que autorice el ejercicio de la *potestas variandi*– rechaza la procedencia implícita de la citada potestad a la Administración, pues se trata de un poder excepcional, de supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo<sup>37</sup>. Ahora bien, respecto de la procedencia de este poder respecto del contrato administrativo en particular, la doctrina sostiene que la omisión de aquella en el clausulado del contrato no es obstáculo para aceptar su procedencia respecto de aquél, pues al ser una exigencia que atañe al legislador, opera de pleno derecho<sup>38</sup>.

Ahora bien, en un escenario de dispersión normativa, como el que caracteriza a la contratación administrativa en Chile (en el que coexiste una multiplicidad de preceptos –tanto legales como reglamentarios– que, con distintos niveles de intensidad y precisión, regulan la actuación administrativa contractual)<sup>39</sup>, la exigencia de un precepto legal que habilite expresamente el ejercicio de la *potestas variandi*, presenta ciertas particularidades que es preciso atender a la hora de establecer la procedencia de esta figura en el Derecho chileno.

En primer término, no todo título habilitante de potestad emana de la regulación específica de cada contrato en particular, pues puede provenir de una legislación supletoria que sea aplicable con carácter general, como acontece en materia de construcción de obra pública y la aplicación supletoria de la Ley N° 19.886,

---

pp. 489-490; RODRÍGUEZ-ARANA (2008) p. 198. Cabe hacer presente que, al igual que en el desarrollo del sistema francés, el Derecho español ha debido adecuar su normativa interna a las nuevas regulaciones del Derecho de la Unión Europea (Directivas 23, 24 y 25 de 2014), dicha trasposición dio lugar a la actual Ley de Contratos del Sector Público N° 9/2017, a partir de la cual se distingue entre modificaciones previstas e imprevistas, siendo estas últimas sometidas a una serie de exigencias establecidas en el artículo 205 del citado cuerpo normativo, transformando la tradicional libertad de despliegue de la *potestas variandi* en un régimen extremadamente riguroso y excepcional. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) p. 789.

<sup>36</sup> MORAGA (2010) p. 305. En esta línea, Pantoja señala que no es posible sostener la tesis francesa del contrato en Chile, dado que se trata de un poder que sólo proviene de la ley o el contrato. PANTOJA (2008) pp. 46-47.

<sup>37</sup> Al respecto véase: NAVARRETE (2016) pp. 42-44; PANTOJA (2008) pp. 46-47; y ARÓSTICA (2002) pp. 191-201.

<sup>38</sup> Véase: MORAGA (2010) pp. 480-481, y OELCKERS (1988) p. 73.

<sup>39</sup> Ello se debe, en parte, a la ausencia de una regulación general de los contratos del sector público; y, por otro lado, a que cada contrato cuenta con una regulación especial que puede ser más intensa o no. Así, a modo de ejemplo, la regulación de la Concesión de Obra Pública es más profunda y detallada que la Contratación de ejecutores externos en el marco del Reglamento del Decreto N° 2695. Véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Artículo 19; CHILE, Decreto Supremo 956, Artículos 68 y siguientes; y, por otro lado, CHILE, Decreto Supremo N° 541, Artículos 13 y ss.

respecto de aquellos órganos de la Administración que no cuentan con una regulación especial en esta materia<sup>40</sup>. Sobre este aspecto, estamos ante una supletoriedad de primer grado<sup>41</sup>, dada la inexistencia de un cuerpo normativo general que regule la construcción de obra pública, y que opere como título de potestad<sup>42</sup>. Sin embargo, con la reciente publicación de la Ley N° 21.634 (que modifica a la Ley N° 19.886), la supletoriedad antes señalada se limitará al proceso de contratación y a las normas sobre probidad<sup>43</sup>, dejando sin aplicación las potestades relativas a la ejecución del contrato establecidas por la Ley N° 19.886, lo que generará un vacío legal que ha de impactar las bases tipo aprobadas por Contraloría que se usan para estos efectos. En otros términos, el ejercicio de la *potestas variandi* al contrato de obra que no cuenta con una regulación especial, ya no podría tener por fundamento dicha supletoriedad.

En segundo término, no todo precepto legal que autoriza el ejercicio de la *potestas variandi* determina las condiciones de aplicación de la misma. A modo ejemplar, el artículo 13 letra e) de la Ley N° 19.886<sup>44</sup> reconoce a la Administración el poder para modificar unilateralmente el contrato, a partir de las causales que ella misma establezca en las bases de licitación o el contrato. Este caso configura una potestad discrecional en la que, si bien la ley señala que la consecuencia jurídica será la modificación del contrato, tampoco establece en qué debe consistir dicha modificación, de tal manera que queda abierta a la discrecionalidad administrativa no sólo la configuración del supuesto de hecho, sino también la consecuencia jurídica en cada caso concreto.

En tercer término, no todo precepto normativo que autoriza expresamente el ejercicio de la *potestas variandi* es de fuente legal, como acontece en materia de construcción de obra al amparo del Ministerio de Obras Públicas (MOP)<sup>45</sup>. En

<sup>40</sup> CHILE, Ley N° 19.886, Art. 3 letra e) párrafo tercero. Algunas entidades públicas (como las Municipalidades, Servicios de Salud, entre otros), a falta de regulación específica en materia de construcción de obra pública, utilizan “bases tipo de licitación” previamente aprobadas por el ente contralor, cuyo único sustento normativo parece ser la legislación supletoria de la Ley N° 19.886, así como el empleo de figuras análogas a las reguladas en el Reglamento del Contrato de Obra Pública. Tales bases recogen una serie de potestades exorbitantes, cuyo título habilitante es la ley supletoria.

<sup>41</sup> Véase: CORDERO (2015) p. 355.

<sup>42</sup> Así, la Contraloría General de la República ha resuelto que si el límite de aumento del valor del contrato establecido en las bases de licitación es inferior al establecido en reglamento de la Ley N° 19.886, es posible aumentarlo de acuerdo al tope máximo fijado en dicho reglamento, véase: Dictamen N° E198169/2022.

<sup>43</sup> La modificación de la Ley N° 19.886, inserta un nuevo artículo 3 bis que entrará en vigencia transcurrido un año desde su dictación, mientras que las normas sobre probidad ya entraron en vigencia. Véase: CHILE, Ley N° 21.634, Artículo Primero N° 4 penúltimo inciso, N° 48 y Artículo Primero Transitorio.

<sup>44</sup> CHILE, Ley N° 19.886, Art. 13 letra e). Situación que, como vimos, se mantiene en el nuevo texto del artículo 13, actual letra a), véase: CHILE, Ley N° 21.634, Artículo primero numeral 18.

<sup>45</sup> En el reglamento del contrato de obra pública, contenido en el Decreto Supremo 75 del MOP, se encuentran una serie de supuestos de ejercicio de la *potestas variandi*, tales como: a) podrá ordenar la disminución o el aumento de obras proyectadas, aumentando o reduciendo –al mismo tiempo y se-

efecto, las normas infralegales que autorizan el ejercicio de la *potestas variandi* emanan de decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, que se arrastran desde inicios del siglo XX<sup>46</sup>. A su vez, las leyes que se ejecutan a través de los citados reglamentos, si bien no consagran inequívocamente el ejercicio de la *potestas variandi*, permiten entender su procedencia a partir de diversas disposiciones que –en su conjunto– hacen un reconocimiento general a la mutabilidad de este tipo de contratos<sup>47</sup>, y cuyo desarrollo ha quedado entregado implícitamente al reglamento<sup>48</sup>. Otro caso, más complejo que el anterior, surge en relación con los contratos para la ejecución de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanismo (SERVIU), dado que no es la ley que los crea<sup>49</sup>, sino que el reglamento dictado al efecto<sup>50</sup>, aquel que configura normativamente el ejercicio de la *potestas variandi* en el contrato de ejecución de obras<sup>51</sup>; no siendo posible extraer la idea de mutabilidad de dicha

---

gún corresponda– el plazo de ejecución de la obra; b) podrá ordenar la ejecución inmediata de obras sin esperar la total tramitación del acto administrativo respectivo, pudiendo ordenar el pago de hasta un 80% de tales obras con cargo al contrato; c) en casos de urgencia, podrá ordenar modificación de obras, obras extraordinarias o el empleo de materiales no considerados, aún a falta de acuerdo con el contratista, caso en el cual se debe pagar a este último los gastos directos comprobados, más 30% de esos valores para compensar gastos generales y utilidad; d) podrá ordenar la modificación del programa de trabajo, indemnizando al contratista. Al respecto, véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Arts. 102, 103, 105 inciso 3° y Art. 146.

<sup>46</sup> El primer reglamento del contrato de obra pública data de 1935. CHILE, Decreto Supremo 1867. Para Caldera, a diferencia del sistema francés, el origen de estos contratos es normativo y no jurisprudencial. En Chile, ello fue obra de la Administración por vía reglamentaria en materia de obra pública. CALDERA (1979) p. 228.

<sup>47</sup> El poder para contratar la ejecución de obras, así como la idea de mutabilidad del contrato de obra, se extraen de una serie de disposiciones que aluden a la modificación de dicho contrato, véase: CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 850, Art. 10 letra g), Art. 14 letra d), Art. 22 letra h), Art. 61 N° 10, Art. 85 y Art. 89.

<sup>48</sup> La potestad normativa del MOP en esta materia se extrae del Decreto con Fuerza de Ley 850, al respecto, véase: CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 850, Art. 5 letras c) y h) inciso 2°.

<sup>49</sup> CHILE, Decreto Ley 1305, Art. 26.

<sup>50</sup> El Reglamento que aprueba las Bases Generales de Contratación para los Servicios de Vivienda y Urbanismo. CHILE, Decreto Supremo 236. El fundamento legal de aquél, de acuerdo con el estudio de los reglamentos que le precedieron en tal sentido, arranca de la ley que crea el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, así como el Decreto Ley 602. Véase: CHILE, Ley N° 16.391, Art. 2 N° 3, CHILE, Decreto Ley 602, Art. Único, y CHILE, Decreto Supremo 331.

<sup>51</sup> Como casos de *potestas variandi* regulados en el Decreto Supremo 236, podemos mencionar los siguientes: a) ordenar la paralización de las obras cuando no hayan fondos disponibles para llevarlas adelante o cuando las necesidades del SERVIU lo aconsejen; b) aumentar el plazo del contrato frente a modificaciones de obra y otros supuestos, indemnizando los mayores gastos generales; c) ordenar la supresión o disminución de obras por resolución fundada, indemnizando al contratista; y d) modificar el programa de trabajo, indemnizando al contratista si las modificaciones no se deben a un incumplimiento por parte de este. Al respecto, véase: CHILE, Decreto Supremo 236, Art. 42 inciso final, y Arts. 89, 90, 91, 103 y 147.

fuente legal, sino sólo de la atribución para contratar la ejecución de obras cuyo desarrollo particular ha sido entregado al reglamento<sup>52</sup>.

De las situaciones antes planteadas es posible inferir la voluntad del legislador por confiar, tanto la configuración normativa del contrato como de la *potestas variandi*, a la Administración. Ello, sin embargo, tensiona aquella visión del principio de legalidad que sostiene la vinculación positiva de la Administración a la ley, según la cual, “la Administración sólo puede actuar cuando la ley le ha atribuido una potestad y en la medida que tal atribución legalice su actividad”<sup>53</sup>. Dicha “cobertura legal” supone que la potestad sólo puede ser creada por ley u otra fuente suprallegal, resultando inadmisibles la atribución de potestades inespecíficas, así como la configuración infralegal de esa tipicidad siquiera de manera complementaria<sup>54</sup>; en otros términos, señala Valdivia, “la propia administración no puede arrogarse potestades mediante autogeneración (por ejemplo, por medio de reglamento)”<sup>55</sup>, postura que se ve reforzada por el artículo 7 de la Constitución Política al indicar: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”<sup>56</sup>. No obstante lo anterior, la realidad da cuenta de que el legislador otorga potestades discrecionales a la Administración que la habilitan para configurar las condiciones de aplicación de las normas jurídico-administrativas<sup>57</sup> (como ocurre con la regulación del artículo 13 de la Ley N° 19.886), o bien le confiere atribuciones sin explicitar los medios vinculados con ese fin predeterminado (como acontece con la regulación del contrato de obra pública), caso en el cual, la propia doctrina reconoce la existencia de poderes inherentes o implícitos, como aquellos que son necesarios para

<sup>52</sup> Los SERVIU, como continuadores legales de las Corporaciones de Servicios Habitacionales, de Mejoramiento Urbano, de la Vivienda y de Obras Urbanas, asumieron las funciones y atribuciones entregadas por ley a dichas entidades. Véase: Chile, Decreto Ley 1305, Art. 26. Tales corporaciones, a su vez, eran empresas del Estado creadas por la Ley N° 16.391 y la Ley N° 16.472; esta última se limita a sustituir la Dirección General de Obras Urbanas (regulada en la Ley N° 16.391) por la Corporación de Obras Urbanas. En consecuencia, de todo este entramado normativo, la potestad para celebrar tales contratos y dictar el reglamento, se encuentra en: CHILE, Ley N° 16.391, Art. 17 letra c).

<sup>53</sup> OELCKERS (1977) p. 116. Del principio de legalidad como autorización previa, ver: BERMÚDEZ (2014) p. 65.

<sup>54</sup> Ello, por cuanto la atribución de poder debe gozar de una legitimación democrática que sólo da la ley, además de estar prohibida la autoatribución de potestades. ROJAS (2014) pp. 79-80. En el mismo sentido, ver: BERMÚDEZ (2014) p. 65, y CORDERO (2015) p. 79.

<sup>55</sup> Aseveración que, según explica el autor, se debe a los fuertes lazos de parentesco que existen entre la noción de potestad y el principio de legalidad. VALDIVIA (2018) pp. 146-147.

<sup>56</sup> CHILE, *Constitución Política de la República*, Artículo 7 inciso 2°. Para Valdivia, dicho precepto parece rechazar el recurso a las potestades implícitas en el Derecho chileno. VALDIVIA (2018) p. 157.

<sup>57</sup> Configuración normativa que se puede producir, ya sea completando o integrando el supuesto de hecho imperfecto, o bien –en un caso más extremo– creando el supuesto de hecho inexistente (ellas también son conocidas como normas de programación final o por objetivos). Al respecto, véase: BACIGALUPO (1997) pp. 181 y ss., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015) pp. 5-16.

que la autoridad pueda cumplir las funciones encomendadas por la ley<sup>58</sup>, pues de no ser así, la falta de una regulación de detalle impediría a la Administración poder cumplir su función. Así, aquella visión formalista de la actuación administrativa debe morigerarse, desde una perspectiva material y finalista, con el principio de servicialidad del Estado que exige de una Administración activa encaminada a la satisfacción de las necesidades públicas de manera regular y continua<sup>59</sup>.

En este contexto, la *potestas variandi* es un poder que se sitúa en la fase de ejecución de un contrato administrativo en sentido estricto que, a su vez, se caracteriza por comprometer la satisfacción de un interés público, ya sea que aquél se exprese en un régimen especial de contratación definido por el legislador, o bien emane del objeto que persigue, ya sea porque asegura el funcionamiento regular y continuo de un servicio público o porque se vincula con el tráfico peculiar y propio de la Administración contratante<sup>60</sup>. Se trata, entonces, de un poder derivado de aquel que habilita a la Administración para celebrar este especial tipo de contratos, de manera que –en los casos en que esta potestad emana de normas infralegales– la pregunta que surge es: si el ejercicio de la *potestas variandi* requiere –necesariamente– de una habilitación legal especial o si basta la habilitación otorgada por la ley a la Administración para regular el contenido de estos contratos, para entender que el poder de modificación unilateral es inherente a aquellos. Para responder aquello, analizaremos la situación que plantea la regulación del contrato de ejecución de obra respecto del MOP y del SERVIU.

Respecto de la regulación de los contratos de obra que ejecuta el MOP, estando reconocida en la ley la atribución para dictar reglamentos que configuren el contrato de obra pública, así como la idea de mutabilidad del contrato, la ausencia de detalle –de parte de la norma habilitante– no es, ni debiera ser, un obstáculo a la reglamentación infralegal de la *potestas variandi* (en el Reglamento de Contrato de Obra Pública<sup>61</sup>), al ser la explicitación de un poder que encuentra su título habilitante en la ley, cuya regulación de detalle ha sido entregada al reglamento. Sin embargo, una situación diversa es la que plantea la regulación legal que atribuye poder al SERVIU para contratar la ejecución de obras, ya que se limita a delegar toda la configuración jurídica del contrato al reglamento, sin hacer mención a la mutabili-

<sup>58</sup> Al respecto, véase: ROJAS (2014) p. 71; VALDIVIA (2018) p. 147, y, CORDERO (2015) p. 81. Este último autor señala que el poder implícito supone la existencia de una potestad expresa que por sí sola sea imposible de ser ejercida, de manera que la potestad implícita sea el medio que permita el cumplimiento de aquella y sea consecuencia obvia y natural del núcleo esencial de la potestad asignada por la ley al órgano que la ejecuta. CORDERO (2015) p. 82.

<sup>59</sup> CHILE, *Constitución Política de la República*, Art. 1 inciso 4°. CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 1-19.653, Art. 3.

<sup>60</sup> Caracterización del contrato administrativo en sentido estricto, véase: ASEÑO (2022) pp. 19-24.

<sup>61</sup> CHILE, Decreto Supremo 75. En la misma situación se encuentra el Reglamento de Consultorías, véase: CHILE, Decreto Supremo 48.

dad de aquel<sup>62</sup>. En este caso, la regulación reglamentaria de la *potestas variandi* sólo se puede explicar como la explicitación de un poder inherente y necesario para la adecuada ejecución del contrato de obra; la negación de aquello, equivale a sostener la ilegalidad del reglamento en cuestión.

En los casos antes mencionados no existe un reconocimiento expreso de la *potestas variandi* por parte de legislador, pese a ello se mantiene la vigencia y validez de tales regulaciones reglamentarias en el tiempo. La remisión que hace la ley al reglamento –para la regulación de detalle de estos contratos especiales– confiere un ámbito de libertad normativa en la configuración de aquéllos, que supone el desarrollo de aquellas potestades que permitan a la Administración contratante asegurar el cumplimiento de la función específica encomendada al órgano administrativo en cuestión, para la satisfacción de un interés público. Así, la regulación infralegal de la *potestas variandi* en estos casos, no es más que el desarrollo de un poder inherente, necesario y derivado de la ejecución de este tipo de contratos.

Siguiendo la idea anterior, la realidad demuestra que los contratos de ejecución de obra pública son –esencialmente– contratos complejos e incompletos, susceptibles de verse expuestos al acaecimiento de circunstancias sobrevinientes que alteren las condiciones pactadas, de manera tal que ignorar aquello, negando la mutabilidad del contrato en ausencia de habilitación legal expresa, sólo podría anticipar la imposibilidad de llevarlos a término, afectando a la finalidad de interés público que emana de dicha contratación, y de paso el debido cumplimiento de las funciones que la ley ha encomendado a la Administración contratante. En tal sentido, no sólo es la práctica legislativa arraigada en nuestro ordenamiento jurídico de regular los aspectos de detalle de la ejecución de obra pública por vía reglamentaria<sup>63</sup>, sino también los principios de eficiencia y eficacia que rigen la actuación administrativa<sup>64</sup>, aspectos que fundamentan la validez de la regulación infralegal de la *potestas variandi*, como poder inherente a la ejecución de este tipo de contratos públicos.

En refuerzo de lo anterior, si bien hasta aquí hemos problematizado el origen de la habilitación normativa que admite el ejercicio de la *potestas variandi*, cabe añadir a nuestro estudio el problema práctico que representa el acaecimiento de hechos sobrevinientes e imprevisibles durante la ejecución el contrato, que no están regulados o respecto de los cuales no se contempla el ejercicio de la *potestas variandi*, pero que ameritan dicha modificación. En tales casos, ha sido la jurisprudencia de la Contraloría General de la República la que –a través de sus dictámenes<sup>65</sup>– ha

<sup>62</sup> CHILE, Ley N° 16.391, Art. 17 letra c). Dicha norma se refiere a las funciones de la Dirección General de Obras Urbanas, la que fue reemplazada por la Corporación de Obras Urbanas (en virtud del Art. 33 de la Ley N° 16.742), y finalmente sustituida por los SERVIU, que asumieron dicha atribución.

<sup>63</sup> Como ha sido la histórica regulación del contrato de obra pública, véase: CALDERA (1979) p. 228.

<sup>64</sup> CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 1/19.653, Art. 3 inciso 3°.

<sup>65</sup> Los dictámenes de la Contraloría General de la República son obligatorios para los órganos de la Administración sujetos a su control. CHILE, Decreto Supremo N° 2421, Arts. 5, 6, 9 y 19.

establecido la procedencia de la modificación contractual frente a hechos que configuren hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, al tenor del artículo 45 del Código Civil Chileno<sup>66</sup>. La aplicación supletoria del Código Civil da cuenta de la necesidad de contar con esta herramienta en el marco de la ejecución del contrato, a la vez que tales pronunciamientos permiten dar fuerza a la idea de la procedencia implícita del ejercicio de este poder ante situaciones de hecho no expresamente reguladas en el contrato<sup>67</sup>.

A mayor abundamiento, la pretensión de generalidad y abstracción propia de la ley, unido a la imposibilidad de anticipar y condicionar la infinidad de variables susceptibles de afectar la ejecución de los contratos, evidencian la incapacidad del legislador de programar condicionalmente el contenido material de las decisiones administrativas, dada la complejidad de aquellas<sup>68</sup>; siendo constitucionalmente admisible que elija entregar la configuración normativa de dicha atribución al reglamento<sup>69</sup>, por ser lo más conveniente al interés general<sup>70</sup>. En este sentido, el mandato constitucional de servir al bien común<sup>71</sup> exige de la Administración una actuación flexible capaz de adaptarse a las necesidades de interés público que demanda la realidad social<sup>72</sup>, y así también lo demuestran los pronunciamientos del ente contralor, teniendo presente –como señala Muñoz Machado– que dicha actuación siempre resultará constreñida por su sometimiento general al Derecho, siendo un límite objetivo para el ejercicio de las potestades<sup>73</sup>. En la línea anterior, del artículo 6 de la Constitución Política, es posible inferir que el principio de vinculación positiva que rige el actuar de la Administración, la obliga a someter su acción a Constitución “y

<sup>66</sup> Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 42.708/2008, N° 70.937/2011, N° 75.929/2011 y N° 65.120/2013, entre otros. Del mismo modo, la Contraloría acepta modificaciones ante hipótesis de *factum principis* en la medida que configuren un caso fortuito o fuerza mayor, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 41.409/1994, N° 35.996/2005, y N° 6.890/2011. Finalmente, respecto de la teoría de la imprevisión, no se admite la modificación a menos que configure un caso fortuito o de fuerza mayor. Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 36.724/2008 y N° 25.127/2005. En el mismo sentido, véase: VALENZUELA (2018) pp. 28-29.

<sup>67</sup> Otro tipo de situaciones que dan lugar a las modificaciones, son aquellas que proceden del error de la Administración que se ha producido en la fase de licitación. Al respecto, véase: Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14.237/2018.

<sup>68</sup> DREIER (1993) p. 270.

<sup>69</sup> CHILE, *Constitución Política*, Art. 32 N° 6.

<sup>70</sup> MUÑOZ MACHADO (2015) p. 218.

<sup>71</sup> CHILE, *Constitución Política*, Art. 1 inciso 4°.

<sup>72</sup> Como señala Dreier: “La dinámica de la sociedad industrial moderna, la complejidad y abundancia de las funciones del Estado, el progreso rasante del desarrollo tecnológico, el cambio de las circunstancias sociales y, finalmente, la pluralidad de los criterios ponderativos a tener en cuenta [...] obligan al legislador a tener que contentarse en estos casos, en parte, con cláusulas generales muy vagas, fórmulas de compromiso, así como con normas de programación final y normas abiertas de competencia”. DREIER (1993) p. 271.

<sup>73</sup> MUÑOZ MACHADO (2015) pp. 224-225.

las normas dictadas conforme a ella”, lo que incluye al reglamento como producto normativo que dicta a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>74</sup>. En suma, la validez de la actuación administrativa debe ajustarse a las normas y principios constitucionales, legales y reglamentarios vigentes, no pudiendo –en caso alguno– desatender, modificar o desviar la finalidad de dicho marco normativo.

#### IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*

Hemos señalado que el ejercicio de la *potestas variandi* tiene por objeto provocar una modificación unilateral del contrato administrativo. Ello supone que la autoridad administrativa, previamente facultada para ello, frente a circunstancias sobrevinientes que impacten la correcta ejecución del contrato debe –en primer término– ponderar una serie de aspectos (que hemos identificado como las dimensiones fáctica, económico-presupuestaria y jurídica del contrato) que le permitan fundar razonadamente la decisión modificatoria. Luego, dicha decisión –en tanto ejercicio de una potestad– se expresará mediante un acto administrativo que, a su vez, debe cumplir ciertos requisitos y debe ser el resultado de determinados procedimientos para su dictación. Ahora bien, dado que la regulación nacional de los contratos administrativos no siempre establece un procedimiento especial que permita identificar los pasos que se deben seguir para llevar a cabo una modificación contractual, ni concentra todos los presupuestos que determinan la validez del acto administrativo que dispone la modificación del contrato (como acontece en materia de suministro de bienes y servicios), es que la falta de habilitaciones expresas en tal sentido, no debe ni puede ser un obstáculo al ejercicio de este poder modificatorio, cuando las circunstancias de hecho que atraviesa la ejecución del contrato así lo requieran. De esta manera, para poder identificar los presupuestos o condiciones que debe observar el ejercicio de la *potestas variandi*, tomaremos como base los elementos del acto administrativo –propuestos por Huepe<sup>75</sup>– a fin de estructurar los presupuestos formales y sustanciales que se deben observar para el ejercicio de aquella<sup>76</sup>, labor de que será complementada con la regulación particular de los supuestos que recogen esta figura y que nos permitirán elaborar un marco general de los presupuestos formales y sustanciales que debe observar el ejercicio de este poder administrativo contractual.

<sup>74</sup> CHILE, *Constitución Política*, Artículo 32 N° 6.

<sup>75</sup> Se sigue la propuesta de este autor, por ser la que refleja de mejor forma el consenso jurisprudencial y normativo que existe respecto de los elementos que conforman el acto administrativo. HUEPE (2021) pp. 105-111.

<sup>76</sup> HUEPE (2021) pp. 105-121.

## 1. PRESUPUESTOS FORMALES O PROCEDIMENTALES PARA EL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*

Son presupuestos de este tipo, aquellas condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la preparación, tramitación y ejecución del acto administrativo que contiene el ejercicio de este poder modificatorio contractual. Para la determinación de aquello, debemos tener presente, por un lado, que son elementos formales del acto administrativo: la competencia<sup>77</sup> y la forma, entendiendo por esta a las formalidades que debe observar el acto y el procedimiento administrativo (y que incluyen a la motivación como requisito formal de exteriorización de los motivos del acto)<sup>78</sup>; por otro lado, si bien existen regulaciones que pormenorizan los elementos formales del acto administrativo modificatorio (como en materia de construcción o concesión de obra pública<sup>79</sup>), existen casos en los que no se detallan o dicha regulación es insuficiente<sup>80</sup>, de manera que se debe recurrir a las normas generales de la Ley N° 19.880 que rigen supletoriamente la validez del acto administrativo<sup>81</sup>. En términos generales, cualquier acto administrativo modificatorio debiera observar los siguientes presupuestos formales:

- a) La presencia de un contrato administrativo vigente y en etapa de ejecución, respecto del cual recae el acto administrativo modificatorio. En cuanto a la oportunidad de la modificación, por regla general opera con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y antes de su extinción, sin perjuicio de la existencia de reglas particulares como las siguientes: i) en materia de concesión de obra pública se establece que el ejercicio de la *potestas variandi* no podrá hacerse efectivo en una fecha posterior a las tres cuartas partes del plazo total de la concesión<sup>82</sup>; ii) la regulación del contrato de obra que ejecutan la Fuerzas Armadas permite prorrogar el plazo una vez vencido el plazo de ejecución, en casos justificados a juicio del servicio<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> Entendida por el autor como el conjunto de funciones y atribuciones que la Constitución y la ley otorgan al órgano administrativo para que, dentro de su ámbito espacial y en su grado respectivo, cumpla la finalidad establecida por el legislador. HUEPE (2021) pp. 111-112.

<sup>78</sup> A partir de la exigencia del acto establecida en el Art. 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley 19.880. HUEPE (2021) pp. 112 y 113.

<sup>79</sup> En materia de ejecución de obra pública (sea de aquellas que ejecuta el MOP, el SERVIU o las Fuerzas Armadas), las modificaciones deben respetar formalidades que están establecidas a nivel reglamentario, indicando los montos y las autoridades que están llamadas a su suscripción, las formalidades que deben observar, entre otros. Véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 90. CHILE, Decreto Supremo 1093, Arts. 1 y 2. Chile. Decreto Supremo 355, Art. 46. CHILE, Decreto Supremo 803, Arts. 39 y 40.

<sup>80</sup> Como acontece con las normas que regulan el contrato de suministro de bienes y servicios.

<sup>81</sup> A modo de ejemplo de dicha supletoriedad al contrato, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 2.785/2014, N° 31.782/2018.

<sup>82</sup> CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso 4.

<sup>83</sup> CHILE, Decreto Supremo 803, Art. 105.

b) La autoridad administrativa es competente para ordenar la modificación unilateral del contrato, siempre que una norma habilitante le confiere dicho poder como parte de sus funciones y atribuciones, sea en una norma de rango legal o reglamentario; sin perjuicio de su procedencia ante situaciones de hecho excepcionales que configuren un caso fortuito o fuerza mayor al tenor de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República. Respecto de la competencia, por regla general, quien decide e instruye la modificación del contrato es la misma autoridad facultada para suscribirlo<sup>84</sup>, sin perjuicio de que se le exija el visto bueno de otra autoridad<sup>85</sup>; excepcionalmente, en casos de urgencia y por razones de interés público, se autoriza a una autoridad distinta –como el Inspector Fiscal de Obra, el Inspector Técnico de la Obra o el Director General de Concesiones de Obras Públicas–, a ordenar la modificación previo visto bueno de la autoridad respectiva<sup>86</sup>.

c) Validación presupuestaria: previo a la adopción de la decisión modificatoria, se debe contar con autorización presupuestaria y se deben respetar los límites máximos de aumento permitidos por el contrato. La regulación particular de los contratos administrativos suele establecer límites presupuestarios, ya sea respecto del ejercicio particular de algún supuesto de *potestas variandi*<sup>87</sup>, o bien respecto de las modificaciones contractuales en general<sup>88</sup>, que se calculan a partir del monto originalmente pactado en el contrato.

<sup>84</sup> A modo ejemplar, véase: Chile, Decreto Supremo 236, Art. 4 N° 3.

<sup>85</sup> Como acontece con la contratación de servicios de consultoría para obras públicas, véase: Chile, Decreto Supremo 48, Art. 59. En relación con el ejercicio de la *potestas variandi* en el contrato de concesión de obra pública se requiere la autorización del Ministro de obras públicas en conjunto con el ministro de hacienda, véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso final.

<sup>86</sup> En situaciones de urgencia el Inspector Fiscal de Obra puede ordenar una modificación, previo visto bueno de la autoridad que corresponda, de acuerdo al reglamento de montos de los contratos de obra pública. Véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 103. Chile, Decreto Supremo 1093, Art. 2 N° 2.5.1. Asimismo, en situaciones de urgencia el Director General de Concesiones de Obra Pública, con el visto bueno del Ministro de Obras Públicas y el Ministro de Hacienda, podrá exigir la modificación de las obras y servicios desde el momento que lo estime conveniente, aunque esté pendiente la determinación sobre la indemnización. Véase: CHILE, Decreto Supremo 956, Art. 69 numeral 4. Dicho visto bueno se otorga con posterioridad al acto administrativo que dispone la modificación del contrato, véase: Contraloría General de la República, Dictamen N° E393412/2023. Finalmente, en relación con la ejecución de obras del SERVIU, el Inspector Técnico de Obras está facultado para ordenar modificaciones hasta en un 1% de la obra, que obedezcan a exigencias de buena construcción que sean indispensables y cuya ejecución evite detener la marcha de la obra, dando cuenta de ello a la autoridad que corresponda. CHILE, Decreto Supremo 236, Art. 66 inciso 2°.

<sup>87</sup> En el contrato de concesión de obra pública el límite es de un 15%, versus el límite máximo que es de un 25% del monto originalmente pactado. CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19.

<sup>88</sup> A modo de ejemplo, en materia de ejecución de obra se establece como tope un aumento máximo de un 35% del monto originalmente pactado. Véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 106. Los contratos de consultoría de obras públicas, establecen un límite máximo de aumento de un 50%. Véase: CHILE, Decreto Supremo 48, Art. 59. En materia de contrato de suministro de bienes y servicios, el tope máximo de aumento del monto pactado es de un 30%. Véase: CHILE, Ley N° 21.634,

d) Recomendación técnica y económica: la decisión modificatoria de la autoridad debe fundarse en un análisis de carácter técnico y económico que justifique la necesidad de la medida<sup>89</sup>. El fundamento de aquello emana del proceso de formación del contrato, toda vez que la determinación del contenido contractual es el resultado de un proceso de selección (de la oferta más conveniente) en el que se pondera –precisamente– el cumplimiento de criterios técnicos y económicos, de manera que su modificación debe asegurar el cumplimiento de tales criterios<sup>90</sup>. Del mismo modo, existen casos en los que la ley exige la presencia de recomendaciones favorables especiales, a modo de ejemplo, tratándose de una iniciativa de inversión pública (cuyo monto supere el umbral de modificación permitido y requiera una reevaluación del proyecto) se debe contar con la recomendación satisfactoria del Ministerio de Desarrollo Social<sup>91</sup>; en materia de concesión de obra pública, si la modificación supera el 10% del monto del contrato se debe contar con un informe de conveniencia del Concejo de Concesiones<sup>92</sup>; o si se trata de la modificación de un contrato de participación regulado por la Ley N° 19.865, puede intervenir la comisión conciliadora o el Tribunal Arbitral de forma previa a la adopción de la modificación respectiva, incidiendo en el contenido de aquella<sup>93</sup>.

e) Formalización del acto administrativo modificatorio: en este punto existen reglas especiales establecidas en la regulación particular del contrato, en silencio de aquellas rige la Ley N° 19.880. En términos generales, el acto administrativo que ordena la modificación debe ser notificado al particular contratante para que se proceda a la suscripción de un convenio modificatorio que, posteriormente, debe ser aprobado mediante un acto administrativo que surtirá efectos desde su notificación. La suscripción del acuerdo modificatorio apunta a que –independientemente de que la autoridad pueda ordenar una modificación del contrato– se deben determinar y acordar con el particular las

---

Art. 1°, numeral 18, inciso final. En materia de concesión de obra pública, el monto máximo de aumento que puede experimentar el contrato es de un 25%. Véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Arts. 20 bis y 28 ter.

<sup>89</sup> En virtud del principio de distribución de funciones al interior de los órganos de la Administración del Estado, existen funcionarios encargados de la ejecución y fiscalización de los contratos que deben velar por el fiel y oportuno cumplimiento de los aspectos técnicos, económicos y administrativos del contrato. Así, a modo de ejemplo, en materia de obra, será el inspector fiscal o inspector técnico de la obra, véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 4 numerales 9 y 10. Chile, Decreto con Fuerza de Ley 458, Art. 143.

<sup>90</sup> Ello se extrae, entre otros, de los siguientes preceptos normativos: CHILE, Ley N° 19.886, Arts. 6 y 10. CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 84.

<sup>91</sup> CHILE, Ley N° 20.530, Art. 3 letra g). Del mismo modo, véanse: las normas, instrucciones y procedimientos (NIP) para el proceso de Inversión Pública del Ministerio de Desarrollo Social, disponibles en: <https://sni.gob.cl/normas-instrucciones-y-procedimientos-inversion-publica>. Fecha de consulta: 12/12/2023.

<sup>92</sup> En materia de concesiones, véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso 8°.

<sup>93</sup> CHILE, Decreto Supremo 132, Arts. 72 y 73.

sumas de dinero que deben ser compensadas por el ejercicio de la *potestas variandi*. Cuando no se produce acuerdo, existen reglas especiales que permiten ordenar las modificaciones que sean urgentes sin esperar la tramitación antes mencionada (caso en el cual la ley determina cómo se realiza el cálculo de la indemnización), y en caso de negativa del particular a dar cumplimiento a la instrucción o a suscribir el convenio modificatorio, puede dar lugar al término anticipado del contrato<sup>94</sup>. Por otro lado, en materia de concesión de obra pública, el ejercicio de la *potestas variandi* se materializa en un Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas que debe llevar la firma del Ministro de Hacienda y rige desde su publicación en el Diario Oficial, sin perjuicio de que su contenido sea posteriormente transcrito, protocolizado y suscrito por el particular co-contratante ante Notario en señal de aceptación de su contenido<sup>95</sup>; en casos de urgencia y por razones de interés público, dicha modificación puede ser ordenada por una resolución administrativa del Director General de Concesiones de Obra Pública, con el visto bueno de ambos ministros<sup>96</sup>.

f) Motivación del acto administrativo, este requisito –en el plano formal– alude a la explicitación de los motivos o antecedentes que se han tenido a la vista para la dictación del acto modificatorio del contrato<sup>97</sup>.

g) La toma de razón del acto modificatorio, por parte de la Contraloría General de la República, es un requisito que se debe cumplir en los casos en que (de acuerdo al monto y la materia involucrada) ello corresponda<sup>98</sup>, y que se extiende –inclusive– a las modificaciones de aquellos contratos exentos de este trámite, por haber seguido bases tipo, previamente aprobadas por el ente contralor<sup>99</sup>.

h) Se debe dar cumplimiento al deber de publicidad y transparencia del acto administrativo modificatorio en el Sistema de Información a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública<sup>100</sup>.

## 2. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DEL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*

Los presupuestos sustanciales aluden a aquellas condiciones de fondo que deben ser observadas por la Administración para el ejercicio de la *potestas varian-*

<sup>94</sup> CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 151 letra f) ante el incumplimiento de las ordenes de aumento, disminución u obras extraordinarias de conformidad a lo establecido en los Arts. 104, 104 y 105.

<sup>95</sup> CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso final.

<sup>96</sup> CHILE, Decreto Supremo 956, Art. 69 numeral 4.

<sup>97</sup> CHILE, Ley N° 19.880, Arts. 11 y 41.

<sup>98</sup> De conformidad a lo establecido en: CHILE, Resolución N° 7 de la Contraloría General de la República.

<sup>99</sup> Dictamen N° E427743/2023 de la Contraloría General de la República.

<sup>100</sup> Véase: CHILE, Ley N° 19.886, Arts. 19, 20 y 21. Por su parte, el Reglamento respectivo, dispone que el acto administrativo que disponga el término o la modificación del contrato debe ser publicado en el Sistema de Información, dentro de las 24 horas siguientes a su dictación. CHILE, Decreto Supremo 250, Art. 79.

*di*. Para la determinación de tales presupuestos, debemos tener presente, como elementos sustanciales de todo acto administrativo, los siguientes: el motivo o la fundamentación (alude a las razones suficientes y eficaces que justifican el acto administrativo), el objeto (o contenido de la decisión) y el fin del acto administrativo<sup>101</sup>. Tales elementos, a su vez, serán analizados en función de los aspectos que caracterizan el ejercicio de la *potestas variandi*, y que hemos revisado en el título II del presente trabajo. De esta manera, los presupuestos sustanciales que debe observar el ejercicio de la *potestas variandi*, son los siguientes:

- a) El motivo o la fundamentación del acto administrativo que dispone el ejercicio de la *potestas variandi* (como elemento de fondo) requiere: por un lado, la explicitación de las actuaciones y trámites que se han efectuado y el modo en que ellos son requeridos para dar validez a la decisión modificatoria (alude a los presupuestos formales indicados en el punto precedente); y, por otro lado, alude a la explicitación razonada y coherente de los presupuestos facticos, técnicos, económicos, presupuestarios y jurídicos que concurren y fundamentan la decisión adoptada<sup>102</sup> (aspectos cuyas dimensiones hemos analizado en el capítulo II del presente trabajo). Ello, por cuanto la motivación exige dar cuenta no sólo de los fundamentos de hecho y de derecho, sino también de la finalidad perseguida<sup>103</sup>; siendo un elemento sustancial para la validez y transparencia de la actuación administrativa, pues a partir de aquél se ejerce el control jurídico de la actuación administrativa<sup>104</sup>.
- b) El objeto o contenido del acto administrativo que ejerce la *potestas variandi* consiste, por un lado, en la modificación del objeto sobre el cual recae el contrato<sup>105</sup>, esto es, la prestación asumida por el particular co-contratante<sup>106</sup>. Dicha modificación puede consistir, a su vez, en: la alteración parcial del objeto de la prestación (los bienes, servicios u obras contratadas); en el aumento o disminución de aquella; en la contratación de bienes, servicios u obras extraordinarias, accesorias o complementarias; o bien, en la variación del plazo, modo o condición exigida para el cumplimiento de la prestación acordada.

<sup>101</sup> HUEPE (2021) pp. 114-121.

<sup>102</sup> CHILE, Ley N° 19.880, Arts. 11 inciso 2° y 41 inciso 4°; Chile, Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653, Art. 13.

<sup>103</sup> Así lo ha señalado la Corte Suprema, al indicar “que la ausencia de una fundamentación adecuada no permite conocer las razones de interés público en base a las cuales se adopta la decisión (puede hacer presumir que el fin querido por la autoridad no es precisamente el interés general o particular)”. Corte Suprema, 18/03/2020, c. 12 y 14.

<sup>104</sup> CORDERO (2015) pp. 90-91.

<sup>105</sup> MARIENHOFF (1994) p. 397.

<sup>106</sup> En Chile, el Art. 1438 del Código Civil confunde el objeto del contrato, que debiera ser la obligación asumida por las partes, con el objeto de la obligación que es la prestación. La prestación, a su vez, son las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Por ello, nos referimos a la prestación directamente, como objeto de la modificación. LÓPEZ (2010) p. 5.

Por otro lado, el acto modificatorio debe resolver el desequilibrio económico que se produce con ocasión de la modificación impuesta al particular, indicando cómo se paga y a qué ítem presupuestario se imputa el mayor valor que representa la modificación que se ordena<sup>107</sup>.

Respecto del primer contenido del acto modificatorio, la determinación de qué aspectos del contrato se puede modificar y hasta qué punto se admite aquello, depende de los siguientes factores: a) el contenido de la norma que habilita el ejercicio de la *potestas variandi*, en tanto determina el supuesto de hecho que condiciona su aplicación, así como los límites materiales y presupuestarios de aquella; b) el contenido de la prestación contratada (objeto de la obligación), en tanto admita una alteración que no implique una sustitución o la desnaturalización de aquella<sup>108</sup>. Ello implica distinguir –dentro del contenido obligacional del contrato– la presencia de un campo normativo que es susceptible de adecuación y otro que es inmodificable, lo que permitirá, a su vez, diferenciar una modificación de una novación extintiva del contrato<sup>109</sup> (pues en el segundo caso se extingue la obligación primitiva para dar paso a una nueva, lo que –en materia de contratación pública– debiera ser objeto de un nuevo proceso de contratación); y, c) la presencia de circunstancias de hecho que motivan la necesidad de adecuar el contrato y determinan el contenido de la modificación que debe aplicar<sup>110</sup>. Tales circunstancias deben afectar de modo directo el interés público existente en la continuidad del vínculo, y deben ser coherentes con el contenido de la modificación que se pretende ejecutar.

Respecto del segundo contenido del acto modificatorio, la imposición de una modificación a las obligaciones asumidas por el co-contratante tiene –como contrapartida– el resguardo del equilibrio económico y financiero del contrato, en virtud de la conmutatividad propia de este tipo de contratos<sup>111</sup>. Dicha conmutatividad prestacional se extrae del proceso de formación del contrato, en el momento en que la Administración acepta la oferta económica del proponente y le adjudica el contrato, pues en él se determina la equivalencia de las prestaciones asumidas por el co-contratante y su precio, pudiendo incorporar cláusulas de reajustabilidad o de revisión de precios que permitan res-

<sup>107</sup> Aspecto que se relaciona con la dimensión presupuestaria y económica que hemos analizado en el título II del presente trabajo.

<sup>108</sup> Véase: OELCKERS (1988) p. 82. A modo de ejemplo, algunas disposiciones normativas que reconocen esta idea, véase: CHILE, Decreto N° 48, artículo 79; CHILE, Ley N° 21.634, Artículo primero numeral 18.

<sup>109</sup> CHILE, *Código Civil*, Artículo 1567 N° 2. Un análisis de aquello, en: ABELIUK (2014) Tomo II, pp. 1215-1303.

<sup>110</sup> Aspecto que se relaciona con la dimensión fáctica que hemos desarrollado en el capítulo II del presente trabajo.

<sup>111</sup> MORAGA (2019) p. 455.

guardar dicha equivalencia durante la ejecución del contrato<sup>112</sup>. En esta línea, la regulación normativa del ejercicio de la *potestas variandi*, habitualmente, incorpora mecanismos de compensación al particular<sup>113</sup>, sin embargo, existen casos regulados en los que se omite tal mención, como acontece en la regulación del contrato de suministro y prestación de servicios, ya que tanto el artículo 13 de la Ley N° 19.886 como su reglamento, aún vigentes<sup>114</sup>, limitan los mecanismos de compensación sólo al caso en el que se proceda al término anticipado de contrato<sup>115</sup>. Al respecto, la jurisprudencia reconoce el derecho del particular a exigir la compensación, en el entendido de que es la Administración, y no el particular, quien debe soportar el mayor valor que dicha modificación representa para el interés público, señalando que

aparece como un imperativo elemental de justicia que el ejercicio de esta prerrogativa encuentre límites dentro de los cuales está que no se ponga al contratante particular en la obligación de soportar cargas públicas que no le corresponden so pretexto de la necesidad de la autoridad por velar por el bien común<sup>116</sup>.

c) La finalidad del acto administrativo modificatorio alude al objetivo perseguido con la dictación de aquel. Ello se relaciona, por un lado, con la satisfacción de una concreta necesidad pública que emana, en este caso, de la suscripción del contrato administrativo y que tributa al bien común<sup>117</sup>; y, por otro lado, al objetivo que persigue la atribución de dicha potestad respecto de las funciones encomendadas al órgano administrativo contratante<sup>118</sup>. Ahora bien, la finalidad de interés público que fundamenta el ejercicio de la *potestas variandi* procede de las razones que justificaron la celebración del contrato, siempre que no hayan desaparecido<sup>119</sup>. Ello es coherente con la regulación del sistema español, que frente al peligro de que la modificación distorsione el sistema de licitación, entiende que el interés público prevalente de la modificación se encuentra en la licitación inicial (licitocentrismo)<sup>120</sup>. En este punto,

<sup>112</sup> Véase: Dictamen de la Contraloría General de la República N° 94.386/2014.

<sup>113</sup> Sea que se negocien o no, a modo de ejemplo, véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Arts. 103 a 106.

<sup>114</sup> Dicha regulación se mantiene vigente por el transcurso del año de vacancia que introduce la Ley N° 21.634, ya que la nueva regulación del Art. 13 consagra expresamente el resguardo del equilibrio económico y financiero del contrato como un límite al ejercicio de la *potestas variandi*. CHILE, Ley N° 21.634, Art. Primero Transitorio.

<sup>115</sup> CHILE, Decreto Supremo 250, Art. 78.

<sup>116</sup> Corte Suprema, 09/05/2022, c. 5.

<sup>117</sup> SOTO KLOSS (1978) p. 577.

<sup>118</sup> HUEPE (2021) p. 120. Las potestades se otorgan para el cumplimiento de las funciones encomendadas al órgano administrativo. Véase: CORDERO (2015) pp. 78-81.

<sup>119</sup> HORGUÉ (1997) pp. 38 y 60.

<sup>120</sup> Sobre la noción de lícitocentrismo y su relación con el interés público, ver: CODINA (2019) pp. 125, 149 y 152. En el mismo sentido: MEILÁN GIL (2018) p. 683.

el acto administrativo debe esbozar cómo las circunstancias de hecho que atraviesa la ejecución del contrato impactan la continuidad del mismo exigiendo la adecuación del contrato, dicho análisis se relaciona con la dimensión fáctica a la que hemos aludido con anterioridad.

## V. CONCLUSIONES

La presencia de la *potestas variandi* en el ámbito de la contratación pública se fundamenta en la necesidad de adaptar los términos del contrato a la presencia de circunstancias sobrevinientes que impidan que este pueda cumplir con la finalidad de interés público que motiva su celebración, para lo cual el ordenamiento jurídico habilita a la Administración a introducir modificaciones unilaterales al pacto original que resultan obligatorias al co-contratante particular, debiendo resguardar –a cambio– el equilibrio económico del contrato. Dicho ejercicio, en la práctica, enfrenta a la Administración a la valoración de una serie de aspectos –que hemos definido como las dimensiones fáctica, económico-presupuestaria y jurídica– que preceden, influyen y determinan la decisión administrativa.

La *potestas variandi* es una figura que, si bien ha sido reconocida y desarrollada por la doctrina, a partir de diversos supuestos normativos que la recogen, no cuenta con una regulación general que determine su procedencia respecto del contrato administrativo y que sistematice sus condiciones de ejercicio; en lugar de ello, existe una multiplicidad de preceptos que –con distintos niveles de intensidad y extensión– admiten su procedencia en la regulación particular de los contratos administrativos, mientras que su configuración ha sido desarrollada en normas de rango legal, reglamentario e incluso en las bases de licitación. En este contexto, frente a la falta de sistematicidad existente en la materia, hemos definido dos objetivos: por un lado, analizar su procedencia respecto del contrato administrativo; y, por otro lado, proponer los presupuestos formales y sustanciales que debe observar su ejercicio.

Respecto del primer objetivo, dado que se trata del ejercicio de una potestad, su origen no emana del contrato sino de la ley. Así, se ha sostenido que el reconocimiento y la configuración normativa de la *potestas variandi* deben emanar de una norma legal expresa que confiera su ejercicio a la Administración, estando prohibida la autoatribución de potestades. Dicha premisa colisiona con aquellos supuestos regulados de *potestas variandi*, cuyo reconocimiento y configuración jurídica emana de normas reglamentarias generadas previa habilitación conferida por la ley a la Administración para la determinación del contenido del contrato; la validez de aquello sólo se puede explicar a partir de la procedencia implícita de esta potestad (como un poder inherente y peculiar derivado del contrato administrativo en sentido estricto). En este sentido, negar la procedencia de la *potestas variandi* a este tipo de contratos en ausencia de una habilitación legal expresa, impediría a la Administración poder llevarlos a término, afectando el interés público inmerso en la contratación, así como los principios de eficiencia y eficacia que rigen el cumplimiento de las funciones administrativas. En refuerzo de aquello, la jurisprudencia de la Con-

traloría General de la República admite el ejercicio de este poder modificatorio ante circunstancias extraordinarias que configuren un caso fortuito o de fuerza mayor, pese a no encontrarse previa y expresamente regulada dicha potestad en el contrato. En esta línea, el mandato constitucional de servicio al bien común exige una actuación administrativa flexible que sea capaz de satisfacer las necesidades de interés público, lo que unido al principio de vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, impiden que aquella pueda desatender, modificar o desviar el fin de dicho marco normativo en un caso concreto.

En relación al segundo objetivo planteado, se elabora una propuesta de aquellos presupuestos formales y sustanciales que debe observar el ejercicio de la *potestas variandi*, la cual se construye a partir de los elementos que conforman el acto administrativo, así como de las diversas normas que condicionan la validez de la actuación administrativa en general y, en particular, respecto de los supuestos regulados de *potestas variandi* existentes en nuestro sistema jurídico. Son, por tanto, presupuestos formales del acto administrativo que ejercita este poder modificatorio, los siguientes: a) la presencia de un contrato administrativo vigente y en etapa de ejecución, respecto del cual recae el acto administrativo modificatorio; b) que el acto administrativo modificatorio emane de una autoridad competente para su dictación; c) que dicha decisión cuente con una autorización o validación presupuestaria; d) que dicha decisión cuente con las validaciones técnicas y económicas, tanto internas como externas, que justifiquen la modificación contractual; e) que el acto administrativo se tramite, exteriorice y notifique de conformidad a la ley; f) que se expliciten los motivos que la respaldan; g) que se cuente con la toma de razón de la Contraloría General de la República, en los casos que proceda; y f) que se transparente y publique en el Sistema de Información a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Por otro lado, son presupuestos sustanciales o de fondo que condicionan el ejercicio de la *potestas variandi*, los siguientes: a) la fundamentación del acto modificatorio implica que el mismo debe explicitar no sólo el cumplimiento de los presupuestos formales que validan la dictación del acto, sino también debe exteriorizar los fundamentos fácticos, técnicos, económicos, presupuestarios y jurídicos que justifican la validez de la actuación administrativa; refiriéndose a los hechos que la motivan, al derecho que la valida y a la finalidad que se persigue con su dictación; b) el objeto del acto administrativo es el ejercicio de la *potestas variandi* respecto de un determinado contrato administrativo en curso, para lo cual debe pronunciarse, por un lado, sobre el contenido de la modificación contractual que altera el objeto de la obligación asumida por el particular co-contratante; y, por otro lado, debe resolver el desequilibrio económico provocado por la modificación, indicando cómo se paga y a qué ítem presupuestario se imputa el mayor valor que representa la modificación que se ordena; y c) la finalidad del acto modificatorio alude a que las razones que justificaron la celebración del contrato, son las que –frente a circunstancias sobrevinientes no previstas por las partes al momento de su celebración– demandan la adecuación de aquel, a objeto de satisfacer la concreta necesidad de interés público

que subyace a la contratación, y que se relaciona con el cumplimiento de las funciones encomendadas al órgano administrativo contratante.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las Obligaciones*, Tomo II (Santiago, Legalpublishing, sexta edición).
- AMILHAT, Mathias (2014): *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union Européenne*. (Bruselas, Bruylant).
- AMILHAT, Mathias (2019): *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*. Memoria para optar al grado de Doctor en Derecho Université de Lille.
- ARAYA IBÁÑEZ, Álvaro (2018): “El Contrato de Construcción en Chile. Análisis económico y jurisprudencial”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, pp. 221-276.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2002): “La estabilidad de los contratos administrativos”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 6, pp. 191-201.
- ASENJO ASEENJO, Karen (2022): “Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación”, *Revista de Derecho Administrativo y Económico*, N° 35, pp. 5-34.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1963): *Derecho Administrativo*, Tomo II (Santiago, Editorial Universitaria S.A.).
- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La Discrecionalidad Administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012): “Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, pp. 3-26.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1979): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CAMPOS, Nicolás y otros (2020) *Renegociaciones y corrupción en el sector de infraestructura: El caso Odebrecht*. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/renegociaciones-y-corrupcion-en-el-sector-de-infraestructura-el-caso-odebrecht>. Fecha de consulta: 07/09/2023.
- CARRETERO PÉREZ, Andrés (1964): “El Contrato Administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963”, *Revista de Administración Pública* N° 45, pp. 105-189.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2017): *Los Contratos Administrativos* (Santiago, El Jurista, segunda edición)
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2011): “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, *Anuario del Gobierno Local*, N° 1, pp. 277-313.

- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier (2019): *La Modificación de los Contratos del Sector Público* (Madrid. Boletín Oficial del Estado).
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2012): *Nulidad del Contrato de la Administración* (Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters).
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2020): *Radiografía de la Corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile* (Santiago, Contraloría General de la República).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición)
- DE LA CUÉTARA, Juan (1986): *Las potestades administrativas* (Madrid, Tecnos).
- DE SOLAS RAFECAS, José María (1990): *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración* (Madrid, Tecnos).
- DREIER, Horst (1993): “En torno a la ‘independencia’ de la Administración”, *Documentación Administrativa*, N° 234, pp. 257-280.
- FARINA, Marco (2015): “Integración del contrato ‘incompleto’ en el ordenamiento italiano”, *Revista de Derecho Privado*, N° 29, pp. 113-139.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2007): “Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20 N° 2. pp. 69-96.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2015): “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. N° 44, pp. 337-369.
- FLORES RIVAS, Juan (2021): *Aspectos críticos de la contratación administrativa* (Santiago, Thomson Reuters).
- GAUDEMET, Yves (2001): *Traité de Droit Administratif*, Tomo I (Paris, L.G.D.J., décimosexta edición).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid, Civitas, decimoctava edición).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963): “La figura del contrato administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, N° 41, pp. 99-128.
- GIMENO FELIÚ, José (2013) “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, en CANO CAMPOS, Tomás y BILBAO ALEXIADES, Elena (Coords.), *La Contratación Pública: Problemas Actuales* (Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid), pp. 83-142.
- GIMENO FELIÚ, José (2017): “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma: Nueva Época*, N° 7, pp. 45-67.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2003): *El Contrato Administrativo* (Madrid, Civitas)
- HART, Oliver y MOORE, John (1988): *Incomplete Contracts and Renegotiation*, *Econometrika*, Vol. 56, N° 4, pp. 755-785.
- HORGUÉ BAENA, Concepción (1997): *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi* (Madrid, Marcial Pons).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2021): “Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 33, pp. 101-142.

- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Abeledo Perrot quinta edición).
- LONG, Marceau y otros (2017): *Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa* (Madrid, Boletín Oficial del Estado-Dalloz).
- MARIENHOFF, Miguel (1994): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- MEILÁN GIL, José Luis (2018): “El contrato público determinado por el interés general”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVIII, N° 271, pp. 669-706.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado*, Tomo VII (Santiago, Legalpublishing).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019): *Contratación Administrativa* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Los Principios de Constitucionalidad y Legalidad*, Tomo III (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- NAVARRETE MEDINA, Paulina (2016): “La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile”, *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, N° 2, pp. 37-58.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1977): “El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 1, pp. 111-151.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1988): “La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativo”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 12, pp. 69-90.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2008): *Los Contratos Administrativos*. Apuntes de clase, Universidad de Chile. Disponible en: [https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D123A0525/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=52483](https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D123A0525/1/material_docente/bajar?id_material=52483). Fecha de consulta: 10/09/2023.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016): ¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual (Santiago, Thompson Reuters).
- POBLETE VINAIXA, Julia (2010) *Actos y Contratos Administrativos* (Santiago, Legalpublishing, quinta edición).
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2008): “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”, *Revista de Derecho Público (Santiago)*, vol. 70. pp. 197-213.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2015): “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, pp. 1-45.
- ROJAS CALDERON, Christian (2014): *Las Potestades Administrativas en el Derecho Chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- SÁNCHEZ, Ricardo y CHAUVET, Pablo (2019): *Contratos de concesión de infraestructura* (Santiago, CEPAL, Naciones Unidas).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978): “La Contratación Administrativa: Un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, *Revista de Administración Pública*, N° 86, pp. 569-583.
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- VALENZUELA CONCHA, Andrés (2018): *Teoría de la Imprevisión en las Compras Públicas en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República* (Santiago, DER).
- VARAS CONTRERAS, Guillermo (1948): *Derecho administrativo* (Santiago, Nascimento, segunda edición).
- VAYSSE, Carine (2022): *La théorie générale du contrat administratif. Analyse de la résilience d'une notion oscillant entre forces de conservation et besoin de renouvellement*. (Paris, L'Harmattan).
- VELASCO, Belisario (1996): “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 18, N° 1-2, pp. 202-247.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1969): *Lecciones sobre Contratación Administrativa* (Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense).

### JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 05/08/2008, rol 2525-2006, casación en la forma y en el fondo.
- Corte Suprema, 08/05/2020, rol 4800-2018, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 09/05/2022, rol 63.273-2021, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 23/07/2020, rol 24.212-2019, casación en el fondo.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 29/12/2021, rol 623-2020, apelación reclamo ilegalidad municipal.
- Corte Suprema, 24/08/2015, rol 1126-2015, casación en el fondo.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 19/08/2014, rol 1387-2011, apelación y casación en la forma.
- Corte Suprema, 23/12/2011, rol 810-2009, casación en la forma y en el fondo.
- Corte Suprema, 07/04/2014, rol 9432-2013, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 27/10/2020, rol 23.080-2019, casación en la forma y en el fondo.
- Corte Suprema, 04/06/2020, rol 36.478-2019, casación en el fondo.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26/09/2016, rol 1111-2016, apelación.
- Tribunal Constitucional, 27/07/2006, rol 480-2006, requerimiento de inaplicabilidad.
- Tribunal Constitucional, 07/07/2022, rol 11.786-2021, requerimiento de inaplicabilidad.
- Tribunal Constitucional, 16/08/2022, rol 12.382-2021, requerimiento de inaplicabilidad.

### NORMAS CITADAS

- CHILE, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).
- CHILE, *Código Civil* (s.d.)
- CHILE, Ley N° 19.886 (30/07/2003): *De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*.
- CHILE, Ley N° 21.634 (11/12/2023): *Moderniza la ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado*.

- CHILE, Ley N° 20.530 (13/10/2011): *Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerpos legales que indica.*
- CHILE, Ley N° 20.285 (20/08/2008): *Sobre acceso a la información pública.*
- CHILE, Ley N° 20.730 (08/03/2014): *Regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.*
- CHILE, Ley N° 20.880 (05/01/2016): *Sobre probidad de la función pública y prevención de los conflictos de intereses.*
- CHILE, Ley N° 21.516 (20/12/2022): *De Presupuestos del sector público para el año 2023.*
- CHILE, MINISTERIO DE HACIENDA, Decreto Ley 1263, *sobre Administración Financiera del Estado.*
- CHILE, MINISTERIO DE HACIENDA, Decreto Supremo N° 2421, Chile (10/07/1964), fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto con Fuerza de Ley 850, *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960 (25/02/1998).*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto con Fuerza de Ley 1-19.653, *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional De Municipalidades (26/07/2006).*
- CHILE, MINISTERIO DE FOMENTO, Decreto Supremo 1867, *Reglamento para Contratos de Obras Públicas (11/11/1935).*
- CHILE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, Decreto Supremo 355, *Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización (04/02/1977).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 900, *fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991, Ley de Concesión de Obra Pública (18/12/1996).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 956, *Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996 (20/03/1999).*
- CHILE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, Decreto Supremo 236, *Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización (01/07/2003).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 75, *Reglamento para Contratos de Obras Públicas (01/12/2004).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 48, *Reglamento para contratación de trabajos de consultoría (09/09/1994).*
- CHILE, MINISTERIO DE DEFENSA, Decreto Supremo 803, *Reglamento para la ejecución de obras para las Fuerzas Armadas (11/02/1972).*
- CHILE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, Decreto Supremo 132, *Reglamenta Sistema de Financiamiento Urbano Compartido (30/08/2003).*
- Chile, Resolución N° 7 de la Contraloría General de la República, *Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón (29/03/2019).*
- CHILE, Dictamen N° 41.409 de la Contraloría General de la República (02/12/1994).

- CHILE, Dictamen N° 4718 de la Contraloría General de la República (08/02/2000).
- CHILE, Dictamen N° 59.566 de la Contraloría General de la República (01/12/2004).
- CHILE, Dictamen N° 25.127 de la Contraloría General de la República (26/05/2005).
- CHILE, Dictamen N° 35.996 de la Contraloría General de la República (02/08/2005).
- CHILE, Dictamen N° 36.724 de la Contraloría General de la República (06/08/2008).
- CHILE, Dictamen N° 42.701 de la Contraloría General de la República (10/09/2008).
- CHILE, Dictamen N° 75.983 de la Contraloría General de la República (16/12/2010).
- CHILE, Dictamen N° 6890 de la Contraloría General de la República (03/02/2011).
- CHILE, Dictamen N° 70.937 de la Contraloría General de la República (11/11/2011).
- CHILE, Dictamen N° 75.929 de la Contraloría General de la República (05/12/2011).
- CHILE, Dictamen N° 10.858 de la Contraloría General de la República (12/02/2014).
- CHILE, Dictamen N° 2785 de la Contraloría General de la República (14/01/2014).
- CHILE, Dictamen N° 35.844 de la Contraloría General de la República (15/06/2012).
- CHILE, Dictamen N° 61.001 de la Contraloría General de la República (02/10/2012).
- CHILE, Dictamen N° 2453 de la Contraloría General de la República (22/01/2018).
- CHILE, Dictamen N° 14.237 de la Contraloría General de la República (07/06/2018).
- CHILE, Dictamen N° 31.421 de la Contraloría General de la República (18/12/2018).
- CHILE, Dictamen N° 31.782 de la Contraloría General de la República (21/12/2018).
- CHILE, Dictamen N° 11.548 de la Contraloría General de la República (26/04/2019).
- CHILE, Dictamen N° E27209 de la Contraloría General de la República (13/08/2020).
- CHILE, Dictamen N° E6087 de la Contraloría General de la República (20/05/2020).
- CHILE, Dictamen N° 6854 de la Contraloría General de la República (25/03/2020).
- CHILE, Dictamen N° 8507 de la Contraloría General de la República (29/04/2020).
- CHILE, Dictamen N° E198169 de la Contraloría General de la República (28/03/2022).
- CHILE, Dictamen N° E278510 de la Contraloría General de la República (18/11/2022).
- CHILE, Dictamen N° E370752 de la Contraloría General de la República (20/07/2023).
- CHILE, Dictamen N° E427743 de la Contraloría General de la República (14/12/2023).
- ESPAÑA, Ley N° 9 (08/12/2017): De Contratos del Sector Público.
- FRANCIA, *Code de la Commande Publique* (01/04/2019).
- UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (26/02/2014) relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Diario Oficial UE, L 94/1, 28/03/2014.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (26/02/2014) sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Diario Oficial UE, L 94/65, 28/03/2014.



TELLO MENDOZA, Juan Alonso (2024): *Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho. Consideraciones sobre la Doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch) 515 pp.

*Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho* es una lectura obligatoria para jueces latinoamericanos y caribeños, fiscales y personal de relaciones exteriores, miembros de organizaciones de derechos humanos, académicos que enseñan o investigan en el área de derechos humanos o derecho internacional en la Región y observadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en general. El autor, Juan Tello, es Profesor de Sistemas de Derechos Fundamentales en la Universidad de Barcelona. Ha sido además Profesor Visitante en *Catholic University of America* y Becario del *James Madison Program* en la Universidad de Princeton. Tiene LL.M. por la Universidad de Navarra (UNAV) y Doctorado por la Universidad de Barcelona. Escriben el prólogo del volumen el eminente Profesor de Derecho Constitucional de la UNAV Angel Gómez Montoro y Josep María Castella de la Universidad de Barcelona.

El evocativo título del libro alude a la inventiva doctrina del control de convencionalidad, diseñada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (Corte IDH) hace casi 20 años, en el año 2006, para extender el alcance y la fuerza vinculante de sus fallos más allá de lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención Americana es el principal tratado de derechos humanos que se aplica a 25 países de América Latina y el Caribe. El libro describe los parámetros exactos de la doctrina, demostrando sus incoherencias, desaciertos y rechazos, proponiendo un entendimiento más moderado de la misma.

El cuestionamiento de la doctrina ha sido provocado por sentencias impopulares de la Corte que Tello enumera a través del libro donde, en nombre del control de convencionalidad, la corte se otorga a sí misma competencia para anular leyes nacionales, como la ley de amnistía en Uruguay (Caso Gelman), la prohibición del reconocimiento legal de uniones del mismo sexo en Costa Rica (opinión consultiva OC-24/17), la prohibición de la fertilización in vitro en Costa Rica (Caso Artavia), y la obligación de denunciar posibles casos de aborto en El Salvador (Caso Manuela). Se citan también sentencias donde la Corte IDH procede a adjudicar derechos no justiciables bajo la Convención Americana, como los derechos económicos, sociales y culturales (Caso Lagos del Campo v. Perú), o a crear nuevos derechos “ambientales” (Caso Lhaka Honhat vs. Argentina), no reconocidos en el tratado.

La obra define la doctrina cuyos parámetros han sido enunciados por la Corte IDH en sentencias, opiniones consultivas e informes anuales ante la Asamblea General de la OEA, y por jueces de la Corte IDH, desde Sergio García Ramírez hasta Roberto Caldas y Eduardo Ferrer-McGregor, en votos individuales y en escritos académicos sobre el tema. Se distingue la doctrina del control de convencionalidad en lo que Tello y otros autores denominan su “sentido fuerte”, del “sentido débil” y no controversial, articulado por el Juez Eduardo Vio Grossi (Q.E.P.D.).

En su sentido fuerte, aquel que normalmente se entiende como control de convencionalidad, la doctrina convertiría a todas las sentencias de la Corte IDH, y a sus interpretaciones de la Convención, en jurisprudencia vinculante para todos los Estados parte de la Convención Americana, es decir, con efectos generales o *erga omnes*. Según la doctrina paralela de la *res interpretata*, la *ratio* de una decisión individual, incorporada por referencia a la parte resolutive de la sentencia, sería también vinculante para el estado parte en la disputa y los estados parte de la Convención.

Según tal control de convencionalidad, las sentencias de la Corte IDH prevalecerían sobre cualquier sentencia judicial a nivel nacional, incluyendo aquellas de cortes supremas o tribunales constitucionales. Asimismo, en caso de conflicto, prevalecerían las sentencias de la Corte IDH sobre cualquier ley doméstica, incluyendo la Constitución nacional. Las sentencias en su totalidad serían automáticamente ejecutables en el ordenamiento jurídico interno de los países y de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de los Estados parte (“control difuso de convencionalidad”), en directa contradicción con el texto del artículo 68 de la Convención, que establece que únicamente la parte relativa a compensación indemnizatoria es directamente ejecutable en los tribunales nacionales. Tendría, además, la Corte IDH la competencia para verificar una correcta aplicación del control de convencionalidad por las autoridades nacionales.

Tello ilustra la falta de sustento jurídico de la doctrina en el texto de la Convención misma y en sus fuentes de interpretación, haciendo un análisis exhaustivo de la doctrina bajo las fuentes del derecho internacional público y de la norma *pro homine* de interpretación de la Convención Americana. La obra aplica el derecho de los tratados y explica por qué ninguna de las normas establecidas en la Convención, incluidas aquellas normas generales sobre el deber de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1 y 2 de la Convención), crean una obligación de aplicar el control de convencionalidad según lo define la Corte, anulando automáticamente sentencias o derecho interno de los Estados.

Explica también cómo la Corte ha distorsionado el artículo 67, que establece que cada fallo de la corte es “definitivo e inapelable”, para afirmar que solamente la corte es el “último interprete de la Convención”. Resalta los artículos 62(3), 67 y 68, que establecen claros límites a la obligatoriedad de los fallos de la Corte y su ejecutabilidad en el ámbito normativo interno. Señala en particular, el principio de reserva de ley establecido en el artículo 2, que otorga a los Estados la última palabra sobre reforma de su derecho interno “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”.

El autor examina también el falso dilema relativo al principio *pro homine*, que explícitamente reserva a los Estados la facultad de apartarse de una sentencia de la Corte cuando sus leyes den mayor protección a los derechos reconocidos en la Convención, prohibiendo cualquier interpretación que “limit[e] el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte”. Ilustra como la Corte, sin embargo, ha usado una distorsión de este principio como licencia hermenéutica para promover nuevos de-

rechos no contemplados en la convención como un supuesto derecho a las uniones del mismo sexo o los derechos ambientales, por ejemplo, en la OC-23/17.

La obra ilustra también cómo el control de convencionalidad resulta incompatible con la articulación de la noción del Estado Constitucional de Derecho, al situarse la Corte IDH por encima del poder constituyente de cada nación y de la voluntad democrática de los pueblos. Tello explora la posibilidad de una evolución del Estado Constitucional de Derecho a un Estado Convencional de Derecho, gobernado por la Corte IDH y los organismos regionales de derechos humanos y concluye que tal evolución podría traer consecuencias negativas que afectarían el ya precario constitucionalismo latinoamericano. El juez constitucional pasaría a ser juez convencional. El control de convencionalidad desconocería la supremacía de las constituciones nacionales latinoamericanas y establecería a las sentencias de la Corte IDH como norma supraconstitucional, asumiendo incorrectamente que la Corte IDH sería infalible en sus interpretaciones.

Señala la clara incoherencia entre la idea de un “diálogo judicial entre tribunales” que han promovido algunos jueces de la Corte IDH como Diego García Sayán, y la imposición unilateral de criterios interpretativos a los jueces nacionales por medio de un control de convencionalidad que les forzaría a aplicar los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH. Esta regla jerárquica prohibiría precisamente cualquier reciprocidad o diálogo desde tribunales nacionales hasta el tribunal interamericano y centralizaría las decisiones interpretativas exclusivamente en la Corte IDH. Cita también Tello el peligro del mal uso del control de convencionalidad para propósitos antidemocráticos, como en el caso del Tribunal Constitucional de Bolivia, que invocó el control de convencionalidad y el principio *pro homine* de manera fraudulenta para justificar un supuesto derecho a la reelección ilimitada del entonces presidente Evo Morales.

Resalta ante el examen de esta doctrina una importante dicotomía que ciertos lectores podrían identificar. Esta es la distancia entre las fantasías que tiene la Corte IDH de su propia autoridad e importancia, y su realidad como pequeño tribunal internacional con un mandato convencional limitado, recursos relativamente escasos, conformada por una sola sala o cámara y siete jueces que ni siquiera dedican tiempo completo a esta función y que, sobre todo, carece de ningún medio directo para garantizar el cumplimiento de sus sentencias, que rara vez cumplen los estados en su totalidad según estadísticas de la Corte misma citadas en el libro.

Las pretensiones de supraconstitucionalidad y la expresión de un deseo de convertirse en un “tribunal constitucional interamericano” según las palabras de un ex especialista de la de la Comisión Interamericana, contrasta con el hecho de que hasta el 2024 no ha habido ni un solo estado parte de la Convención Americana que haya aceptado la doctrina del control de convencionalidad en todo el alcance que ha querido darle la Corte IDH. Si bien ha habido estados que han adoptado partes de la doctrina en menor o mayor medida, como Costa Rica, México y Perú, otros Estados la han rechazado, ya sea parcialmente como es el caso de la Corte Suprema de Argentina o totalmente como en el caso de las cortes constitucionales de

Colombia, Panamá, República Dominicana y Uruguay, en sentencias que analiza el libro. Además, cinco Estados Parte (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay) firmaron una declaración conjunta en el 2019 llamando a la Corte a respetar el principio de subsidiariedad y las normas internacionales de interpretación de los tratados, lo cual implica también un rechazo de la doctrina.

Queda claro al lector que la Corte IDH no es ni puede comportarse como un tribunal regional que cree “estándares interamericanos” para una unión política donde no la hay. No puede la corte legalmente asumir competencias parecidas a las de un estado federal como Estados Unidos, respecto de lo cual cita el autor apropiadamente el razonamiento del caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de Estados Unidos, que reconoce el poder constitucional de esa corte sobre *judicial review* (control de constitucionalidad judicial). Tampoco puede pretender la Corte IDH ser una “conferencia internacional en sesión permanente”, señala el autor, sin la concurrencia de los estados parte.

Dicha evolución, indica la obra, no podría producirse más que a través de un acto unilateral del Estado o un nuevo pacto regional que estableciera una nueva unión política, parecida a la de un estado o unión federal o a una versión todavía más integrada de la Unión Europea. Advierte que de no enmendar la Corte sus excesos en el uso de esta doctrina, se violaría también el principio de subsidiariedad del SIDH y el de *pacta sunt servanda*, y se arriesgaría innecesariamente la seguridad jurídica del Sistema Interamericano, poniendo en entredicho la legitimidad misma de la corte.

*Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho* es, en todo caso, una crítica constructiva y no destructiva del Sistema Interamericano. No propone el autor una anulación total de la doctrina del control de convencionalidad, sino un sentido moderado de la misma según el cual los Estados deberían dar consideración o tener en cuenta las exégesis de la Corte IDH, otorgándole un “rol orientador y fuerza persuasiva”, no vinculante, como ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Es este el valor que ya se da a las sentencias de la Corte en la mayor parte de países de la región. A través del libro, el autor toma nota del hecho de que la mayoría de estados consideran los criterios interpretativos de la Corte como ciertamente dignos de consideración y relevancia, pero rechazan la idea de que estos sean obligatorios, particularmente en los casos en los que no han sido parte. El autor propone la doctrina del margen de apreciación del TEDH como un balance que revalorizaría la democracia constitucional en el sistema interamericano.

En la práctica, como sugieren Tello y otros autores, el verdadero peso legal de las interpretaciones de la Corte IDH y su aplicación sistemática en cortes nacionales depende principalmente de la calidad sustantiva de sus juicios, de su rigor intelectual, de su fuerza de persuasión y de la legitimidad moral de sus razonamientos. Ciertamente dichas sentencias de alto calibre de la Corte IDH serían voluntariamente acatadas en su razonamiento a través de la región. Ello parece haber sucedido ya en algunos momentos históricos, dependiendo en gran parte de la composición

de la Corte. En tales supuestos, el tribunal ganará el respeto y la deferencia que busca, sin necesidad de promover ninguna doctrina jurisprudencial para forzar su aplicación a nivel doméstico.

LIGIA DE JESÚS CASTALDI<sup>1</sup>  
*Ave Maria School of Law*

---

<sup>1</sup> LL.M., Harvard Law School. Profesora de Derecho Internacional, Ave María School of Law.



## EN ESTE NÚMERO

### ■ EDITORIAL

**PAÚL, Álvaro:** *Arturo Yrarrázaval Covarrubias (1946-2024), que en paz descanse*

### ■ ESTUDIOS

#### Derecho Internacional

**CARMONA CALDERA, Cristóbal:** *La interpretación “eco-cultural” de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sus riesgos*

#### Derecho Civil

**GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis:** *La discusión sobre el dominio de los bienes en el concurso: una precisión histórica del Artículo 2466 del Código Civil*

#### Derecho Laboral

**APARICIO ALDANA, Rebeca Karina:** *Derechos fundamentales y relación laboral. A propósito de una sentencia del Tribunal de la Unión Europea, referida al ejercicio de la libertad religiosa en el trabajo*

#### Derecho Procesal

**MELGAR RIMACHI, ADRIANA:** *Las técnicas de reproducción humana asistida y su desvinculación del derecho a la salud y autonomía reproductivas*

**PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana:** *¿Es la condicionalidad compatible con un sistema de asistencia social que aspira a la universalidad?*

#### Derecho Penal

**CORREA ROBLES, Carlos y PARDO ÁLVAREZ, Diego:** *¿Existe la prueba ilícita, lícitamente obtenida, en el proceso penal chileno?*

#### Derecho Civil

**ASENJO A., Karen R.:** *La potestas variandi en Chile: procedencia y condiciones de ejercicio en el marco de la contratación administrativa*

### ■ RECENSIONES

**DE JESÚS CASTALDI, Ligia:** *Tello Mendoza, Juan Alonso (2024): Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho. Consideraciones sobre la Doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ciudad de México, Tirant lo Blanch) 515 pp.*