

# REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES



FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
( C H I L E )

REVISTA  
DE CIENCIAS  
SOCIALES

PUBLICACIÓN DE LA  
FACULTAD  
DE DERECHO

ISSN 0719-8442 versión en línea



VALPARAÍSO  
N° 82  
PRIMER SEMESTRE 2023

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES  
FACULTAD DE DERECHO

***DIRECTORA***

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

***EDITORA JEFE***

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

***SECRETARIA DE REDACCIÓN***

GENOVEVA ODDERSHEDE ROJAS

***COMITÉ EDITORIAL***

- Dra. Daniela Accatino, Universidad Austral de Chile (Chile)  
Dr. Rodrigo Coloma Correa, Universidad Alberto Hurtado (Chile)  
Dr. Hernán Corral, Universidad de Los Andes (Chile)  
Dr. Joaquín García-Huidobro Correa, Universidad de Los Andes (Chile)  
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá (España)  
Dr. Hugo Eduardo Herrera Arellano, Universidad Diego Portales (Chile)  
Dra. María Isabel Huertas Martín, Universidad de Salamanca (España)  
Dra. Carmen Jerez, Universidad Autónoma de Madrid (España)  
Dr. Claudio Nash Rojas, Universidad de Chile (Chile)  
Dr. Carlos Pizarro Wilson, Universidad Diego Portales (Chile)  
Dr. Alfonso Ruiz Miguel, Universidad Autónoma de Madrid (España)  
Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial, Universidad de Chile (Chile)  
Dra. Yanira Zúñiga, Universidad Austral de Chile (Chile)

## REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Alberto Balbontín  
Retamales, Decano de la Facultad de Derecho.  
Directora: Profesora Dra. Rommy Álvarez Escudero.  
Dirección Postal: Av. Errázuriz 2120, casilla 211-V,  
Valparaíso, Chile.

E-mail: [revistacs@uv.cl](mailto:revistacs@uv.cl)



## ÍNDICE

|   |     |
|---|-----|
| EDITORIAL .....   | 9   |
| ESTUDIOS:   |     |
| M <sup>a</sup> CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA:<br><i>La rectificación del sexo en la nueva legislación española.....</i>   | 15  |
| CLAUDIO FUENTES MAUREIRA, RAMÓN GARCÍA ODGERS Y SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ:<br><i>La conciliación en la práctica judicial chilena: Elementos para una reflexión acerca de su evolución y potencial impacto en los procedimientos chilenos.....</i> | 55  |
| EVELYN VIEYRA LUNA:<br><i>Obsolescencia de la bipartición civil law - common law: Gestación de nuevos modelos procesales civiles ¿realidad o utopía?.....</i>   | 119 |
| DOMINGO LOVERA PARMO:<br><i>Normas de constitución, normas de ley: Una respuesta improbable a la luz del caso chileno.....</i>  | 177 |
| NATALIA RUEDA:<br><i>Antecedentes y perspectivas de la regulación de la gestación subrogada en Colombia: Algunos aspectos problemáticos.....</i>  | 227 |
| JUAN VERA SÁNCHEZ, MARÍA NAVARRO SCHIAPPACASSE, ARACELI GONZÁLEZ SOZA Y KAREN VILLEGAS HIDALGO:<br><i>La persecución penal sometida a la decisión del Servicio de Impuestos Internos: ¿Zona de peligro populista?.....</i>                      | 271 |
| FRANCISCO ESTRADA VÁSQUEZ:<br><i>Promesas pendientes. Panorámica y aspectos críticos de la ley n° 21.430, de garantías y protección de derechos de la niñez.....</i>  | 311 |

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ, GONZALO GARCÍA CAMPOS Y FRANCISCA VELÁSQUEZ:

*Responsabilidad fiscal y reglas fiscales: Una política económica constitucionalizada*.....369

JAVIER MARTÍNEZ MORALES:

*Recensión: Gutiérrez Espada, Cesáreo: El espacio ultraterrestre y el Manual de Tallin 2.0 (la responsabilidad internacional), Laborum, Murcia, 2020*.....405

## EDITORIAL

Rommy Álvarez Escudero<sup>1</sup>

La Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso completa una trayectoria ininterrumpida de más de medio siglo contribuyendo al desarrollo de las ciencias jurídicas, enfocándose actualmente en un trabajo de contenido misceláneo, concentrando los aportes provenientes de todas las áreas del Derecho, la Filosofía Jurídica y la Sociología Jurídica, gozando de un creciente reconocimiento científico, habiéndose indexado en el catálogo SciELO en el año 2022. Camino que nos alienta a enfrentar los nuevos retos que se presentan apuntando hacia su consolidación, entre estos, la constante actualización, la participación equitativa de investigadoras e investigadores, la internacionalización de cara a los complejos fenómenos jurídicos en un mundo globalizado y la adaptación de los procesos editoriales frente a las nuevas tecnologías de la información.

En este número 82, el primero del año 2023 en que principio como directora, quisiera agradecer a mis predecesores por su incesante trabajo y relevantes aportes en la gestión de la Revista de Ciencias Sociales, profesor Agustín Squella Narducci, profesor Luis Villavicencio Miranda y profesora Pamela Prado López, de quien recibo directamente esta labor y el gran desafío que implica.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora adjunta e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: [revistacs@uv.cl](mailto:revistacs@uv.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>.

Desafío que he asumido junto a los nuevos colaboradores que se han integrado al equipo editorial, en que contamos con la experimentada participación de los editores y las editoras de área, con el incesante trabajo de diseñadores, diagramadores, correctores de prueba y personal del taller de imprenta del sello EDEVAL, de los profesionales de la biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y de la plataforma de Revistas de la Universidad de Valparaíso, todos y todas a quienes desde ya manifiesto mi gratitud.

En esta etapa, primeramente, en miras a propiciar la participación femenina en el progreso de las ciencias jurídicas y el reconocimiento de las relaciones de género en la academia, buscamos avanzar con una cuota de género en las publicaciones de cada nuevo número, aspirando a contar con al menos un 30% de manuscritos de investigadoras; adicionalmente hemos incorporado a nuevas académicas como revisoras de los trabajos enviados, tratando con estas iniciativas de propender paulatinamente hacia una paridad en la disciplina. De otra parte, con objeto de colaborar en la dinámica de los operadores jurídicos, manteniendo como centro los estudios de carácter dogmático, pretendemos también abrir espacio a las contribuciones que incorporen aportes desde la práctica jurídica.

El presente número contiene ocho artículos de investigación y una reseña. En primer lugar, M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera en su trabajo titulado “La rectificación del sexo en la nueva legislación española (A propósito de ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI)”, efectúa una aproximación al concepto jurídico de sexo y analiza los requisitos, procedimiento y efectos de la mencionada rectificación a la luz de la reciente normativa española. En coautoría, Claudio Fuentes Maureira, Ramón García Odgers y Sophía Romero Rodríguez le siguen con “La conciliación en la práctica judicial chilena: Elementos para una reflexión acerca de su evolución y potencial impacto en los procedimientos chilenos”, artículo en que advierten los contrastes del sistema judicial chileno

en materia de conciliación, indagando sobre los obstáculos que enfrenta la implementación de la reciente reforma en la materia operada en Chile. El texto titulado “Obsolescencia de la bipartición civil law - common law: Gestación de nuevos modelos procesales civiles ¿realidad o utopía?” de Evelyn Vieyra Luna, aborda las diferencias de los tradicionales modelos procesales con objeto de demostrar su quiebre comprobando la actual existencia de sistemas mixtos. Domingo Lovera Parmo en el trabajo “Normas de constitución, normas de ley: Una respuesta improbable a la luz del caso chileno”, analiza uno de los debates generados en Chile frente a la propuesta de nueva constitución ofrecida por la Convención Constitucional, en torno a cuáles son las materias que deberían ser incluidas en una constitución y cuáles, ser dejadas a la ley. A continuación, Natalia Rueda en “Antecedentes y perspectivas de la regulación de la gestación subrogada en Colombia: algunos aspectos problemáticos”, revisa críticamente tres decisiones emitidas por la Corte Constitucional colombiana y los proyectos de ley de regulación de la gestación subrogada presentados desde 2016. En el trabajo conjunto “La persecución penal sometida a la decisión del Servicio de Impuestos Internos: ¿Zona de peligro populista?”, los autores Juan Vera Sánchez, María Navarro Schiappacasse, Araceli González Soza y Karen Villegas Hidalgo, analizan la persecución penal de los delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad concluyendo la generación de una zona de riesgo de acciones populistas antidemocráticas. En séptimo lugar, Francisco Estrada Vásquez en “Promesas pendientes. Panorámica y aspectos críticos de la ley n°21.430, de garantías y protección de derechos de la niñez”, ofrece un análisis general de la referida normativa abordando también sus aspectos relevantes y problemáticos. Por último, en el artículo “Responsabilidad fiscal y reglas fiscales: Una política económica constitucionalizada”, Christian Viera Álvarez, Gonzalo García Campos y Francisca Velásquez, profundizan en la responsabilidad fiscal como principio de reciente incorporación en algunas constituciones, que complementado con reglas fiscales persigue la consolidación de una política económica que permita mantener equilibrios abogando por su constitucionalización en Chile.

En la sección de reseñas Javier Martínez Morales presenta la obra *El espacio ultraterrestre y el Manual de Tallin 2.0* del autor Cesáreo Gutiérrez Espada.

Para concluir esta primera editorial del año 2023, agradecemos a cada uno de los autores y autoras que nos confían sus trabajos para difundir sus investigaciones a través de nuestra Revista, como asimismo, a cada una de las evaluadoras y evaluadores externos que con rigurosidad acreditan y aseguran la calidad de las publicaciones.

Finalmente, invitamos a la comunidad jurídica nacional e internacional a la lectura y visita de los interesantes artículos que hoy les presentamos.

## **ESTUDIOS**



## **LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

**(A propósito de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI)<sup>1</sup>**

### **THE RECTIFICATION MENTION SEX IN SPANISH NEW LEGISLATION**

**(About Law 4/2023, of February 28, for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGTBI people)**

M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso y Calera\*

#### **Resumen**

La Ley 4/2023 introduce importantes novedades en la regulación de la rectificación de la mención del sexo en el Registro civil que comportan tomar en cuenta la voluntad de la persona y en definitiva su identidad. En este texto se hace una aproximación al concepto jurídico de sexo y también se analizan e interpretan los requisitos, procedimiento y efectos de la rectificación.

#### **Palabras Clave**

Sexo de la persona, sexo registral, transexualidad, rectificación Registro civil, nombre.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 07 de junio de 2023 y aceptado el 19 de junio de 2023.

\* Catedrática de Derecho Civil. Profesora emérita de la Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado. Barcelona, España. MariCarmen. Gete-Alonso@uab.cat ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9386-3945>.

## Abstract

The new law 4/2023 introduces important innovations in the regulation of the rectification of the mention sex in the Civil Registry, which entails considering the will of the person, and ultimately your identity. In this text is made an approximation to the legal concept of sex and are analyzed and interpret requirements, procedure, and effects of the rectification.

## Key words

Sex of the person, sex official, transsexuality, rectification of the Civil Registry, name.

## 1. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Recientemente ha entrado en vigor, en España, la Ley 4/2023, *de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>2</sup>* promulgada con el objetivo de “(...) garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias” (art. 1.1.).

La Ley, además de dicho propósito, establece los principios de actuación de los poderes públicos, regula los derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas (públicas y privadas), las medidas específicas de prevención, corrección y eliminación, en los ámbitos público y privado, de toda discriminación; así como fomenta la participación de las personas LGTBI en todos los ámbitos de la vida social y en la superación de los estereotipos que afectan negativamente (art. 1.2.). Y, en particular, “(...) regula el procedimiento y requisitos para la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, nombre de las personas, así como sus efectos, y prevé medidas específicas derivadas de dicha rectificación en los ámbitos público y privado” (art. 1.3).

---

2 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2023), pp. 30452-30514. En adelante, Ley 4/2023.

De todas las cuestiones que suscita esta nueva norma interesa el relativo a la rectificación registral del sexo, no solo porque amplía la regulación que ha estado vigente hasta el momento (Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas*)<sup>3</sup> sino porque implica un cambio de criterio y valoración que afecta a la calificación jurídica de la persona, a su situación e implica el reconocimiento jurídico de la identidad, al menos de la sexual.

La Ley 4/2023 dedica el Capítulo I del Título II a la regulación de la rectificación registral de la mención del sexo (arts. 43 a 51).

Sin embargo, antes de abordar su análisis conviene detenerse en lo que se entiende, en la misma, acerca de la identidad, que es el fundamento de la regulación. Identidad en general, además de la identidad sexual, que es más específica.

En efecto, pese a que, solo defina (en el art. 3 letra i) la “Identidad sexual” como “Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer”, el significativo dato de que se haya procedido a describir, legalmente, se ha de interpretar en sentido más amplio que el de la propia ley pues se trata de la primera norma en la que se regula y admite el derecho a la identidad.

Hasta el momento, en la normativa estatal de carácter general, o sea la aplicable en todas las Comunidades Autónomas<sup>4</sup>, no había tenido cobertura legal en el ordenamiento. Ciertamente algunas normas se referían a la identidad<sup>5</sup>, pero no con el significado del conjunto de características, vivencias y

---

3 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2007), pp. 11251 a 11253.

4 Debe recordarse que España se compone de 17 Comunidades Autónomas y dos ciudades autónomas (Ceuta y Melilla), que tienen competencia para legislar. Algunas de ellas, además, expresamente, gozan de competencia en legislación civil. Dada la distribución de competencias (arts. 148, 149 y 150 CE), algunas leyes son generales a todo el territorio.

5 Solo tímidamente se hablaba de identidad con referencia al nombre: “Las personas son identificadas por su nombre y apellidos” (art. 50.2 LRC), también art. 44 LRC (identidad de la madre y de la persona nacida). Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro civil (LRC).

sentido de la propia persona, en su doble dimensión interna (lo que es) y en el núcleo social en el que se inserta (lo que muestra y quiere que se admita y reconozca por la sociedad), sino con referencia a los datos a través de los que se la identifica (la identificación), que constan en la documentación oficial. La nueva norma reconoce la identidad y favorece la identificación de la persona conforme a aquella.

Pero curiosamente, la justificación de la nueva regulación sobre la rectificación de la mención registral del sexo se explica no en base a la identidad sexual, sino a la identidad (derecho de la persona) en general. Se lee que “A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su STC 99/2019, de 18 de julio, estableció que «con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido de que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad»<sup>6</sup>.”

Importa hacer breve referencia a qué se entiende por identidad<sup>7</sup> porque, hasta ahora en el ámbito jurídico español no había tenido una consideración concreta y menos regulación específica y, en cuanto tal apenas relevante, apareciendo como una cuestión que quedaba relegada a la rectificación de un dato registral. En síntesis, se desconocía o evitaba, y esta Ley por primera vez se manifiesta expresamente.

La identidad forma parte de la esencia de la condición humana. Designa (exterioriza) el conjunto de rasgos inherentes, los propios de cada persona, aquellos que la caracterizan y separan de las demás, los que marcan o revelan la diferencia de los “no yo”. En sentido estricto, subjetivamente, es la conciencia (la percepción y el sentimiento) que cada cual tiene de sí, como ser humano distinto del resto y a la vez como integrante del grupo social

---

6 Preámbulo de la Ley 4/2023, I.

7 Sobre el derecho a la identidad me remito a GETE-ALONSO y CALERA (2017).

y cultural en el que vive. Los rasgos de identidad comprenden las cualidades, las características físicas (morfológicas) y psíquicas, los atributos, los sentimientos y afectos, los comportamientos de vida peculiares (que son lo propio) en todas las esferas y decisiones; en definitiva, lo que es. Una identidad que se extiende a los datos, maneras y comportamiento en el grupo y grupos a los que pertenece, que alcanza significado en el ámbito cultural de un momento histórico concreto (en el que vive).

Así descrita, la identidad personal forma parte de la dignidad y, de ahí que, pese a que, hasta la Ley 4/2023 no se haya expresado un concepto e integrado en el listado de los derechos personales fundamentales, sea sin duda alguna uno de ellos. Se había ido reconociendo de manera indirecta, como una faceta, digámoslo así, que se incluía en otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la imagen e, incluso el derecho a la vida, y al desarrollo de la personalidad, recogidos constitucionalmente en diferentes preceptos (arts. 9, 10, 15 y 18 CE). A partir de ahora, con su reconocimiento, aunque sea parcial (identidad sexual) se asume su carácter de derecho autónomo, soporte necesario para el ejercicio de los demás derechos y en cuanto tal, consustancial a la persona.

A tenor de lo dicho la propia identidad personal, de una parte, pertenece a la esfera íntima y personalísima de cada cual, lo que excluye la intromisión ajena y la representación, de modo que solo la misma persona puede decidir, no una tercera persona por ella. De otra, como derecho, su característica es que es absoluto, o sea proyecta su eficacia erga omnes (identificación), oponible al resto de la sociedad, que no puede ni desconocerlo ni privarlo. Así que la identidad, como derecho de la personalidad, es inseparable de los atributos personales y de la dignidad humana. Es importante resaltar que el dato de que sea un derecho absoluto y fundamental comporta que el ejercicio de la identidad alcanza cualquier condición, atributo, conducta de la persona.

Una de sus manifestaciones, la expresamente recogida en esta Ley 4/2023, es la identidad sexual, a la que define. Pues bien, importa tener en cuenta que la vivencia del sexo a la que se refiere es personal e íntima, pero no queda en este ámbito, se manifiesta al exterior a fin de que la sociedad la reconozca y admita. Repárese en que, además, en principio, toma como referencia la concepción biológica del sexo, que es el asignado al nacer, y que, en la mayoría de los casos, salvo para las personas intersexuales, se corresponde con las características biológicas que lo definen. Pero ¿qué se entiende por sexo jurídicamente?

## 2. SEXO, GÉNERO Y REGISTRO CIVIL

Llama la atención que la norma no describa lo que actúa como presupuesto: el sexo en sentido jurídico, o sexo legal, lo que origina cierta perplejidad.

En la normativa española anterior a la Ley 4/2023, tampoco se encontraba una definición legal del sexo<sup>8</sup>, la verdad es que no se echaba en falta, por innecesaria pues, como otros conceptos y términos naturales devenidos jurídicos, se daba, y continúa dándose por sentado que es el de las ciencias de la vida, lo que asume el Derecho. En principio, el sexo legal coincide con el que resulta de la biología, así que la remisión de su concepto, implícitamente, se hace al descrito en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como: “Condición *orgánica*, masculina o femenina, de los animales y las plantas”. En esta línea, el Instituto Nacional de Estadística<sup>9</sup> señala que “Según la OMS, el “sexo” hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que definen a hombres y mujeres (...)”.

---

8 Ni siquiera en aquellas leyes que regulan materias directamente relacionadas. Así, no se definía en la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, ni tampoco en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas (derogada expresamente por la Ley 4/2023, disposición derogatoria única).

9 Tomada del Instituto Nacional de Estadística.

Pues bien, al lado del sexo se ha desarrollado el concepto, y término, de género que recoge esta Ley 4/2023 cuando define lo que entiende como “Expresión de género”, indica que ésta es la “*Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual*” (art. 3 j).

La identidad de género, que es una categoría cultural<sup>10</sup> se define a partir del comportamiento y la asunción de un rol que hace la persona y muestra al exterior, al mundo y entorno en el que vive, a cómo se comporta y es reconocida. En esencia en el género se comprende la apariencia, la función, las conductas, sentimientos y actitudes que la sociedad atribuye a lo masculino o a lo femenino, en cada período histórico<sup>11</sup> y que la persona presenta y representa. Siempre abarca la percepción exterior, de las demás, y cómo la misma persona es en la vida de relación (aspecto y comportamiento), la función que asume, cómo se muestra (siente, pertenece a su convicción o ser), todo aquello por lo que quiere ser apreciada conforme al modelo querido. Una sociedad, debe recordarse, que gira alrededor de la división binaria entre dos sexos (macho y hembra), en la que, consecuentemente, se diversifican dos géneros (femenino y masculino)<sup>12</sup>.

---

10 El término de identidad de género comenzó a emplearse, en los años 50 del siglo pasado (1957) por John MONEY (psicólogo), Joan G. HAMPSON y John HAMPSON (psiquiatras) a raíz de la práctica de la cirugía de reasignación, recomposición sexual en las personas intersexuales, para explicar que ésta garantiza que la persona se acomode a la sociedad. Mediante la asignación sexual se facilita la integración de la persona en la sociedad al procurar que pueda cumplir con la función, masculina o femenina, que se espera de ella, conforme a la división biológica; funciones que son el género.

11 VALPUESTA y SUMOY (2013), pp. 552 a 556; VALLS-LLOBET (2008), pp. 99.

12 Continuaba diciendo el Instituto Nacional de Estadística: “(...) mientras que el “género” se refiere a los roles, conductas, actividades y atributos construidos socialmente que una cultura determinada considera apropiados para hombres y mujeres. De acuerdo con esta descripción, la OMS considera que “hombre” y “mujer” son categorías de sexo, mientras que “masculino” y “femenino” son categorías de género”.

Sexo y género, en principio, a pesar de ser en cierta medida interdependientes, no son términos sinónimos. Predicados de una persona concreta y referidos a sus cualidades in genere, se diferencian; aunque, con más frecuencia de lo deseado, se tiende a mezclarlos, como ya lo hacía la norma anterior<sup>13</sup>, y se sigue percibiendo que se mantiene en la Ley 4/2023.

Es evidente que, en la legislación española, después de la Ley 4/2023, continua sin definirse el sexo y persiste, pese a que no se diga expresamente, su evidente sujeción al concepto biológico con las matizaciones de admitir la diversidad de situaciones consideradas en la ley, pero también con su mezcla con el concepto de género.

La constatación de esta confusión tiene la importante consecuencia de que permanece, en la norma, el dimorfismo sexual; es decir, la ordenación de las personas en mujeres (hembras) y hombres (varones), y la división de los géneros en femenino (femineidad) y masculino (masculinidad) conforme a los patrones marcados por la sociedad de cada momento.

Conviene tener en cuenta que, legalmente la mención del dato del sexo es obligatoria en la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. El sistema, incluso el renovado surgido a raíz de esta Ley, no admite ni la indefinición de la mención del sexo ni su omisión permanente. Esta Ley 4/2023 establece una regla especial para la inscripción de nacimiento de las personas intersexuales, conforme a la que “(...) en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona recién nacida, las personas progenitoras, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año”. Pero: “Transcurrido el plazo máximo de un año, la mención del sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por las personas progenitoras” (art. 74.2, lo que

---

13 Así, en el Preámbulo de la Ley 3/2007 se leía: “Mediante esta Ley España se suma a aquellos países de nuestro entorno que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual, adecuadamente diagnosticada, de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad”.

reitera el art. 49.5 LRC<sup>14</sup>). Y solo se admiten dos sexos y géneros: mujer (ser femenino) y hombre (ser masculino), no se acoge ni el silencio ni la posibilidad de una tercera mención (neutra).

Tampoco parece existir línea divisoria entre sexo y género, al menos en su mención registral, que se equiparan; en realidad, a estos efectos, son términos indistintos.

En esta tesisura *el sexo legal o jurídico es el sexo registral*<sup>15</sup> el que consta en la inscripción de nacimiento, que no es necesariamente el biológico. Afirmación corroborada por las reglas sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo, como enseguida se constatará.

Aunque se ha de notar que para la práctica de la inscripción de nacimiento (art. 44.2 LRC)<sup>16</sup>, no se exige que se aporten pruebas acerca del sexo de la persona nacida, ya que las únicas requeridas son las de la identidad de la madre y de la persona nacida (que es ésta la que ha sido dada a luz por aquella) (arts. 44 y 46 LRC)<sup>17</sup>. El sexo de la persona nacida que aparece en

---

14 Artículo 49. 5. LRC: “En el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual del nacido, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido dicho plazo, la mención al sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores”.

15 Se refieren al sexo registral los arts. 46.5, 51.3 LRC y la disposición adicional 10ª de la Ley 4/2023.

16 Art. 44. *Inscripción de nacimiento y filiación*. LRC

“2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito”.

17 Art. 44. *Inscripción de nacimiento y filiación*. LRC

“3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, *la identidad de la madre del recién nacido* a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación”.

Artículo 46. *Comunicación del nacimiento por los centros sanitarios*. LRC

la inscripción de su nacimiento en el Registro civil es el que consta en el parte facultativo correspondiente y, siempre, se toma ya de éste, ya de la declaración que hacen las personas obligadas (las del art. 45 LRC).

En definitiva, la consecuencia es que lo que publica el Registro civil, aunque en inicio es el sexo biológico de la persona al nacer, la posibilidad de cambio (rectificación) basada en la mera declaración, como se explicará, lleva a afirmar que no solo es éste, el dato biológico, porque también es el género lo que se acaba publicando.

No puede ser más clara la conclusión. La Ley 4/2023 define (art.3):

“i) Identidad sexual: Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer.

j) Expresión de género: Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual”

Así que el concepto de sexo es el legal: el que consta en el Registro civil. Mediante la vía legal, se han unido, por lo que hace al alcance y efectos, el sexo y el género.

---

“La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el Encargado del Registro Civil. El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias *para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna*, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento. En la inscripción que del nacimiento se practique en el Registro Civil se hará constar la realización de dichas pruebas y el centro sanitario que inicialmente conserve la información relacionada con las mismas, sin perjuicio del traslado de esta información a los archivos definitivos de la administración correspondiente cuando proceda”.

### 3. LA RECTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL DEL SEXO

La Ley 4/2023, comparándola con la anterior (Ley 3/2007), no solo ha reafirmado el fundamento en la autonomía (voluntad) de la persona a la hora de decidir qué sexo (en el sentido descrito) es el legal (registral), sino que, además ha introducido importantes novedades que trascienden a la propia finalidad de la Ley: incide en la calificación jurídica de la persona, en su situación (sexual) personal, el concepto de sexo/género, e incluso, comporta la incorporación de una nueva terminología. A lo que se ha de agregar el abandono de la valoración de la transexualidad como estado patológico, para admitir la calificación adoptada por la OMS en mayo 2019 (en vigor desde 2020). Conforme a la nueva descripción del CIE-11 se considera la transexualidad como “Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado”<sup>18</sup>. Se aconsejaba que el cambio tuviera lugar antes del inicio de la pubertad y que, por sí solas, el comportamiento y las preferencias de género no fueran suficientes para dar lugar al tránsito al género sentido.

Explica el Preámbulo de la Ley 4/2023 (I): “El derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y constituye igualmente una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en artículo 18.1 de la Constitución”. Situación vinculada directamente a la identidad (sexual) de la persona, que se protege y garantiza. Así se establece:

a) De una parte, que: “El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo *en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico* relativo a la discon-

---

18 REDACCIÓN MEDICA (2019).

formidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, *ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal* de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole” (art. 44.3 Ley 4/2023), y,

b) De otra, “Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contra condicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal” (art. 17 Ley 4/2023).

Importa señalar que la Ley 4/2023 configura la rectificación registral de la mención del sexo como un derecho. Explica el Preámbulo (I) de esta Ley: “El derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y constituye igualmente una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en artículo 18.1 de la Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su STC 99/2019, de 18 de julio, estableció que «con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad» (...).”

Un cambio de sexo registral que tiene lugar únicamente en base a la voluntad de la propia persona, aunque, siquiera de manera remota, no se erradique por completo la, llamémosle, conexión biológica. Pero veamos cómo se regula el cambio (rectificación) de la constancia registral del sexo.

### 3.1. Personas legitimadas

Es, precisamente, en la delimitación de las personas que pueden solicitar la rectificación de la mención del sexo en donde la Ley ha introducido importantes novedades respecto de la normativa en vigor hasta el momento. Novedades que, justifica el Preámbulo (I) en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio que “(...) declara inconstitucional el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en la medida en que no incluye en la legitimación a las personas menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad»”.

Más adelante se continúa leyendo en el Preámbulo (II): “El Título II incluye un conjunto de medidas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans. El Capítulo I regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la adecuación documental, reconociendo la voluntad libremente manifestada, despatologizando el procedimiento y eliminando la mayoría de edad para solicitar la rectificación”.

Por supuesto, están legitimadas las personas mayores de edad, aunque no se mencionan expresamente. Cuando adolezcan de alguna discapacidad, sin embargo, se habrá de tener en cuenta si han de contar con las medidas de apoyo que necesiten para solicitar la rectificación registral (art. 43. 3. Ley 4/2023). Habrá que examinar, por lo tanto, en cada caso concreto la situación de la persona. Téngase en cuenta que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son para las personas mayores de edad (ya que las menores están bajo la potestad o tutela).

En la minoría de edad, a los efectos de solicitar la rectificación se distinguen tres franjas de edades en la legitimación para solicitar la rectificación (art. 43 Ley 4/2023):

1. *Personas de 16 años cumplidos* (apartado 1). Es el supuesto general; que coincide con la edad en que la persona puede emanciparse, y también a partir de la cual puede otorgar autónomamente el consentimiento en el ámbito de la salud<sup>19</sup>: Cualquier persona de nacionalidad española, puede solicitar por sí la rectificación de la mención del sexo.

2. *Personas mayores de 14 años y menores de 16* (apartado 2). Jurídicamente su ámbito de actuación es limitado pues están ya bajo la potestad parental ya bajo tutela. Solo pueden actuar de manera autónoma en aquellos casos que expresamente la ley lo permita; a estas personas se refería la sentencia del Tribunal Constitucional. Pues bien, expresamente, la norma las legitima para que puedan “presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales”. Como no podía ser de otro modo, al tratarse de un acto personalísimo no cabe (no es admisible) la representación legal, consecuentemente solo la misma persona puede actuar, pero, asistida por quienes la ostentan. No se ha creído oportuno dejar completamente a la autonomía, que actúe individualmente, sin contar al menos con las personas que son responsables de ella, en lo que afecta al procedimiento, como recalca el precepto. Esta precisión comporta, como comprobaremos al explicar el proceso, que, pese a la intervención de quienes ostentan potestad, la voluntad de la persona es la que pesa para que prospere lo que se pretende.

En todo caso, aunque la norma no lo diga, cuando sean dos personas las que tengan la representación legal (generalmente en la potestad parental), han de ser las dos las que asistan. Si existe desacuerdo de las personas progenitoras o representantes legales, entre sí o con la persona menor de edad, se ha de acudir al nombramiento de un defensor judicial.

---

19 Ley 41/2002, de 2002.

3. *Personas mayores de 12 años y menores de 14* (apartado 4). Pese a la minoría de edad las personas de esta franja son las púberes, es decir han entrado en el proceso de maduración sexual<sup>20</sup>. Pues bien, precisamente esta circunstancia, concretada en una franja de edad, es la que justifica que estén legitimadas para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. No obstante, dada la minoría de edad, se ha estimado que sea necesario solicitar autorización judicial siguiendo un procedimiento específico, que se ha creado expresamente, regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (artículos. 26 bis, ter, quater, quinquies).

Además de la edad la norma expresamente se refiere a personas de nacionalidad española, lo que parece excluir, en principio cualquier otra nacionalidad. En sí, la regla no es discriminatoria sino consecuencia lógica del sistema; ya que una persona que tenga otra nacionalidad, por definición, no constará inscrita en el Registro civil español. Sin embargo, la afirmación de que solo caben las personas de nacionalidad española no es del todo exacta. En efecto, más delante, el texto legal con ocasión de regular la adecuación de los documentos expedidos por las autoridades, admite a las personas de nacionalidad extranjera que “acrediten la imposibilidad legal o de hecho de rectificar el sexo y nombre en su país, siempre que reúnan el resto de los requisitos, salvo la nacionalidad, personas que “podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello” (art. 50 Ley 4/2023)<sup>21</sup>.

---

20 Recuérdese la distinción, recogida en algunas normas, entre la pubertad de la mujer a los 12 años y la del hombre a los 14 años.

21 Continúa este precepto (art. 50.1 Ley 4/2023) diciendo “A estos efectos, la autoridad competente instará al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral. Dicho Ministerio comunicará la información disponible a la autoridad solicitante en el plazo máximo de un mes”.

### 3.2. Procedimiento

Conforme a la división de edades que delimita la ley para legitimar a la persona, se ha de distinguir en cuanto al procedimiento entre el que puede calificarse como procedimiento común o general y el especial de las personas mayores de 12 años, pero menores de 14.

I.- El *procedimiento de rectificación común* a las personas mayores de edad, mayores de 16 años y mayores de 14, es el que se regula en la Ley 4/2023 (arts. 45 y 46), y, en general es bastante sencillo.

Se trata de un procedimiento registral que se tramita en la oficina del Registro civil en la que se presente la solicitud, conforme a lo que se establece en la Ley 4/2023 y la normativa del Registro civil. La competencia para la tramitación del procedimiento de rectificación registral de la mención del sexo corresponde a la persona encargada de la Oficina del Registro Civil en la que se presente la solicitud.

Se inicia con la presentación que hace la persona legitimada ante cualquier Oficina del Registro civil y no está condicionado a la exhibición de informe médico o psicológico (como lo estaba en la legislación derogada), ni a la modificación previa de la apariencia de la persona mediante procedimientos quirúrgicos, médicos o de otro tipo.

La *Directriz segunda* de la Instrucción de 26 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero<sup>22</sup>, indica que la documentación que debe presentarse “solo y exclusivamente” es:

–“Escrito de solicitud, que deberá incluir los datos de identidad de la persona solicitante y, en su caso, la elección del nuevo nombre.

---

22 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2023), pp. 79231-19135.

- Certificado literal de nacimiento de la persona interesada (salvo que dicho certificado pueda ser obtenido por la propia oficina de Registro).
- DNI de la persona interesada y, cuando esta sea menor de dieciséis años, también el de su/s representante/s legal/es”.

Recibida la solicitud se cita a la persona legitimada para que comparezca, en el supuesto de personas mayores de 14 años, pero menores de 16 debe estar asistida por sus representantes legales. En la comparecencia, la persona encargada del Registro Civil ha de recoger la manifestación que hace la persona de su disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y la solicitud de que se proceda a la correspondiente rectificación. Salvo que la persona manifieste la voluntad de conservar el nombre que ostente, la solicitud ha de incluir la elección del nuevo nombre que se debe ajustar a la normativa registral<sup>23</sup>.

En la comparecencia, la persona encargada del Registro Civil informa a la solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación que se pretende, del régimen de reversión, las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluidas las medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Asimismo, ha de poner en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

*Cuando las personas solicitantes sean menores de dieciocho años y mayores de catorce*, todas las que intervienen en el procedimiento han de tener en cuenta, en todo momento, el interés superior de la persona menor, a

---

23 En la misma comparecencia, cuando la inscripción de nacimiento se rija por la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro civil (todas las personas nacidas antes de 1950), se puede incluir la petición de que se traslade totalmente el folio registral (art. 45.4. Ley 4/2023). Esto es así porque estas inscripciones no se han digitalizado.

quien se ha de dar audiencia, si está en la franja de edad entre 14 y 16 años. La persona encargada del Registro Civil está obligada a proporcionar la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada, así como la información complementaria que proceda, en lenguaje claro, accesible y adaptado a las necesidades de la persona. Facilitada la información, si quien ha solicitado la rectificación está de acuerdo ha de firmar la comparecencia inicial y reiterar la petición de rectificación de la mención registral del sexo.

La persona encargada del Registro civil, en el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial, ha de citar a la solicitante para que comparezca de nuevo y ratifique su solicitud confirmando que mantiene su decisión de que se rectifique el sexo que consta en el Registro. En el plazo máximo de un mes, a contar de la fecha de la segunda comparecencia, previa comprobación de la documentación que obra en el expediente, se ha de dictar resolución sobre la rectificación registral solicitada. En el caso de que la persona legitimada esté en situación de discapacidad, en el procedimiento de rectificación se han de garantizar los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales, que sean necesarias para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno de modo libre. La Directriz tercera de la Instrucción de la DGSJFP de 26 de mayo de 2023, especifica cómo se lleva a cabo la ratificación:

“1. Recibida la solicitud, que puede entregarse presencialmente o enviarse por correo certificado, se citará a la persona legitimada para que comparezca personalmente en el Registro acompañada de sus representantes legales si fuera menor de 16 años. En dicha comparecencia se levantará acta de la manifestación de disconformidad con el sexo inscrito, que incluirá la petición de rectificación y la elección de un nuevo nombre propio (salvo cuando la persona quiera conservar el que ya ostente).

Cuando resulte aplicable la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, también se podrá pedir en este momento el traslado total del folio registral.

La comparecencia se efectuará en un espacio reservado que proporcione un entorno de intimidad para la persona solicitante, especialmente, cuando se trate de menores de edad. Las preguntas se plantearán dirigiéndose a la persona declarante con el nombre que esta haya solicitado y se limitarán a las cuestiones necesarias para verificar su voluntad de modificar la mención registral relativa al sexo.

Dentro de los estrictos términos de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, el encargado velará porque no se produzca fraude de ley o abuso de derecho.

La persona encargada del Registro informará al/a la compareciente de las consecuencias jurídicas de la rectificación, incluido el régimen de reversión, y de las medidas de asistencia e información a su disposición a lo largo del procedimiento en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo. Se utilizará para ello un lenguaje comprensible y adaptado a las necesidades de la persona interesada.

Para ello se hará uso, como guía, del díptico remitido a todas las oficinas del Registro Civil en el que se resumen las consecuencias jurídicas de la rectificación de la mención registral de sexo. Del mismo modo, se pondrá en conocimiento de las personas interesadas la existencia de diversas organizaciones que ayudan, asesoran e informan a las personas trans y a sus familiares, pudiendo consultar las mismas en el mapa de recursos disponible en la web del Ministerio de Igualdad, también se les sugerirá que consulten la legislación existente sobre esta materia en sus respectivas Comunidades Autónomas.

Una vez recibida la información anterior, la persona legitimada suscribirá la comparecencia reiterando su petición.

2. En el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia anterior, se citará nuevamente a la persona legitimada para que comparezca en el Registro por segunda vez y ratifique su solicitud.

3. Ratificada la solicitud y en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la segunda comparecencia, la persona encargada del Registro ante el que se hubiera presentado dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada”.

Esta resolución es recurrible, mediante la interposición de recurso de alzada ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, conforme a lo regulado en la normativa del Registro Civil. La *Directriz cuarta* de la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la DGSJFP, indica que: “La decisión adoptada por la persona encargada de la oficina del Registro Civil es recurrible ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en el plazo de un mes (art. 85 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)”<sup>24</sup>.

En todo caso, esta misma *Directriz cuarta*, recuerda que “Debe tenerse en cuenta que, a partir de la entrada en vigor el 30 de abril de 2021 de la Ley 20/2011, la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos del Registro Civil se limita a los supuestos relacionados en el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 6 de julio de 2021, entre los que no se encuentra el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas por lo que no se le dará traslado para informe en este expediente”.

II.- Cuando se trata de una *persona mayor de 12 años, pero menor de 14*, como vimos, es precisa una autorización judicial que se demanda en un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria (arts. 26 bis a 26 quinquies LJV).

---

<sup>24</sup> Si es aplicable la Ley del Registro Civil de 1957 el régimen de recursos es el de los arts. 29 LRC y 355 RRC.

Este procedimiento, para el que no es obligatoria la intervención de asistencia letrada ni de procura, se tramita en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda rectificarse o, si no lo tiene en el de su residencia. El expediente lo promueven las mismas personas, asistidas por sus representantes legales o por la persona que los defiende judicialmente (cuando haya desacuerdo), en caso de discapacidad con las medidas de apoyo que necesite (art. 26 ter LJV).

La tramitación (art. 26 quater LJV), calificada como preferente, se inicia con la solicitud en la que la persona expresa su disconformidad con el sexo que consta en la inscripción de nacimiento, pide que se rectifique y, en su caso, también se cambie el nombre. A la solicitud se han de acompañar todos los medios documentales o testificales que acrediten que la persona que insta el expediente “ha mantenido de forma estable la disconformidad” con el sexo registral.

Admitida a trámite la solicitud, la autoridad judicial cita a la persona a comparecer y, en su caso, a sus representantes legales, a las personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal.

La autoridad judicial puede solicitar que se practiquen las pruebas necesarias para acreditar la madurez de la persona menor y la estabilidad de su voluntad de rectificar la mención a su sexo. Siempre ha de tener en cuenta el interés superior de la persona menor de edad y ha de facilitar la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación y la complementaria que proceda, en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades. En todo caso ha de informarle “de la existencia de las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona menor de edad legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir”.

Se agrega que son personas aptas para intervenir como testigos todas las mayores de edad, aunque existan vínculos de parentesco en cualquier grado de consanguinidad o afinidad, adopción, tutela o situaciones análogas o de amistad.

La autoridad judicial da audiencia a la persona menor con la finalidad de comprobar el carácter estable de su voluntad y su madurez para comprender y valorar las consecuencias y resuelve. En ningún caso, como es sabido, la concesión de autorización puede condicionarse a la previa exhibición de informe médico o psicológico de la identidad sexual, ni a la modificación previa de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole. El testimonio de dicha resolución se remite al Registro Civil competente para proceder a la inscripción de la rectificación aprobada judicialmente (art. 26 quinquies LJV).

### 3.3. Efectos

El efecto principal buscado, como es sabido, es que tenga lugar la modificación de la mención registral del sexo que consta y se sustituya por el que manifiesta la persona que lo solicita; adicionalmente, también, el cambio del nombre (arts. 48 a 51 Ley 4/2023) y que sea considerada, jurídicamente, como persona que forma parte del sexo (género) rectificado, con todas las consecuencias. Lo que se traduce en que la persona pueda “ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición” (art. 46.2 Ley 4/2023).

Y, realmente, es este efecto el que la Ley garantiza (art. 46 Ley 4/2023). En todo caso, conviene resaltar que la eficacia tiene lugar *ex nunc*, desde el momento en que la resolución se inscribe en el Registro (la inscripción es constitutiva, art. 46.1 Ley 4/2023).

Sin embargo, han de tenerse en cuenta una serie de precisiones, que especifica la Ley, para evitar anomalías:

a) La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, la modificación del nombre, no alteran el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, se aplicaba a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (art. 46.3 Ley 4/2023).

Lo que significa que, si la persona que ha rectificado la mención registral estaba sancionada o sometida a alguna medida resultante de la aplicación de dicha ley, el hecho de que haya cambiado de sexo no supone que quede sin efecto. Con ello se trata de evitar la posible utilización fraudulenta de las reglas sobre la rectificación registral del sexo, para eludir o no cumplir la sanción que se hubiere impuesto.

b) La persona que rectifique la mención registral del sexo pasando del sexo masculino al femenino podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, para aquellas situaciones generadas a partir de que se haga efectivo el cambio registral, pero no respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral.

No obstante, la persona que rectifique la mención registral pasando del sexo femenino al masculino conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de estas medidas de acción positiva, sin que haya lugar a su reintegro o devolución (art. 46.4 Ley 4/2023)

c) Respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo registral en el momento del nacimiento, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial (art. 46.5 Ley 4/2023).

A todo ello se agrega, con referencia a la *protección en el ámbito de la salud* (art. 16) que, además de las actuaciones generales de las Administraciones públicas, en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, que se garantiza el acceso a ellas “a las personas trans con capacidad de gestar”, cuando las prestaciones del Sistema Nacional de Salud sean las técnicas de reproducción humana asistida. O sea, que se reconoce jurídicamente la posibilidad de reproducción de las personas trans y que pueda llegar a constituirse jurídicamente una relación de filiación.

Dispone el artículo 16.2 (*Protección y promoción de la salud de las personas LGTBI*. Ley 4/2023: “Sin perjuicio del proceso de actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando las prestaciones de la misma sean las técnicas de reproducción humana asistida, *se garantizará el acceso a estas técnicas* a mujeres lesbianas, mujeres bisexuales y mujeres sin pareja en condiciones de igualdad con el resto de las mujeres, y asimismo *a las personas trans con capacidad de gestar*, sin discriminación por motivos de identidad sexual”.

El reconocimiento de la aptitud de gestación de las personas transexuales (art. 16.2 Ley 4/2023) ha comportado la adopción de una nueva terminología legal para designar las posiciones personales de la maternidad y la paternidad. Desde la entrada en vigor de esta Ley, sin haber llevado a cabo una reformulación, ni discusión, acerca de los conceptos legales de maternidad y paternidad, ni sobre la terminología jurídica relativa a esta cuestión, lo que merece una crítica severa, por la ligereza con la que se ha producido, en el Código civil español<sup>25</sup> y en la Ley del Registro Civil la denominación pasa a ser la de madre o progenitor gestante y padre o progenitor no gestante, que se entiende es más adecuada para dar cabida a la transexualidad.

---

<sup>25</sup> Que entiendo no afecta a la legislación de aquellas Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia de filiación, como son la de Cataluña, Navarra y Aragón.

Siguiendo este criterio, con referencia expresa a la terminología, se indica (en la disposición final 11ª de la Ley 4/2023, en la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) que “En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante”.

Se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, su artículo 44, en lo que afecta a la determinación de la relación de filiación. Partiendo de que para ello rigen las leyes civiles que sean aplicables (Código civil español, o la ley autonómica correspondiente) y las dispuestas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), las reglas registrales comunes son las siguientes:

1) Salvo en los casos en que no conste o se desconozca la maternidad, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España, ha de constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma es restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados lo haya solicitado, renunciando a ejercer los derechos derivados de dicha filiación, y se le haya concedido<sup>26</sup>. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

2) La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente *acreditado el matrimonio* con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o, de hecho.

---

26 *Vid* lo que expliqué en “La renuncia a la maternidad”. En: A.A.V.V., *Mujer, maternidad y Derecho V Congreso sobre la feminización del Derecho* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2019, pp. 457-476.

b) Cuando el padre o la madre no gestante *manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación*, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no exista controversia. Además, se han de cumplir las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

c) En los supuestos en los que se constate que la madre tiene *vínculo matrimonial con persona distinta* de la que figura en la declaración o se aplique la presunción del artículo 116 del Código Civil<sup>27</sup> se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata solo con la filiación materna y se abrirá un expediente registral para determinar la filiación paterna.

d) El *reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento* se puede hacer en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se hace mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se exige el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se trata de personas con discapacidad para las que se han establecido medidas de apoyo, se ha de estar a lo que disponga la resolución judicial que las haya establecido o el documento notarial en el que se hayan acordado. También han de concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

e) Puede inscribirse la filiación mediante *expediente registral* aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

---

27 Es la presunción tipo o base de la paternidad matrimonial. Indica este precepto “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

1.<sup>a</sup> Escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2.<sup>a</sup> Cuando el hijo está en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3.<sup>a</sup> Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Si se formula oposición, la inscripción de la filiación solo se puede obtener mediante el ejercicio de la acción de filiación que corresponda, así como en los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine; para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal.

### **3.4. La reversión**

Junto a las reglas relativas a la rectificación de la mención registral del sexo la norma que se comenta también regula su reversión (art. 47 Ley 4/2023), cuyo procedimiento es el mismo que el de rectificación.

Llama la atención que la Ley 4/2023 que en otros extremos es prolija en explicaciones, al menos en el Preámbulo, no lo sea en lo que afecta a esta cuestión, que ni siquiera comenta con detalle (lo que habría sido de agradecer). De ella solo indican cuando describe la estructura sistemática de la Ley (apartado II), con ocasión de la modificación de la Ley de Jurisdicción voluntaria, que “Se introduce asimismo un nuevo Capítulo I ter a dicho Título, “De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a la tramitación de un procedimiento registral de rectificación de dicha mención inicial”, con el fin de permitir revertir la rectificación registral anteriormente producida, en coherencia con lo previsto en esta ley”.

Nada sobre su fundamentación que, de otra parte, es relativamente presumible: reafirmar la identidad de la persona conforme a su voluntad y lo que siente. Téngase en cuenta que, como resulta de los requisitos exigidos, puede incoarse el procedimiento sin que a la vez se haya completado o al menos iniciado el tránsito físico (corporal y hormonal) al sexo que se solicita; de donde la posibilidad de una vuelta atrás, que es lo que aquí se protege.

Tampoco se dice si existe un límite al número de rectificaciones y reversiones que se soliciten. Sí resulta claro que, respetando el límite temporal (seis meses desde la rectificación) parece que no existe un límite numérico.

La reversión de la rectificación del sexo puede solicitarse por las personas que la hubieren promovido, transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil. Para ello ha de ajustarse al mismo procedimiento de la rectificación (*Vid.* Aps. 3.1 y 3.2.). El efecto de la reversión es recuperar la mención registral del sexo que figuraba antes de la rectificación del Registro Civil (art. 47 Ley 4/2023).

Si después de haberse rectificado la modificación inicial, se quisiera proceder a una nueva rectificación, se habrá de seguir el procedimiento establecido en el capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (art. 47 Ley 4/2023).

Este capítulo ter de la Ley de jurisdicción voluntaria lleva el claro título *“De la aprobación judicial de la nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la rectificación de la mención registral”*<sup>28</sup>.

---

28 El primer artículo (26 sexies. *Ámbito de aplicación LJV*), precisamente, delimita los supuestos a los que se aplica, por si no se entendía (porque, a primera vista, tal y como se redactó, no es fácil de apreciar): “Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo para recabar aprobación judicial para la modificación de la mención registral relativa al sexo cuando respecto de la misma persona ya se haya realizado una rectificación de la inscripción registral relativa al sexo y una reversión de dicha modificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47, párrafo segundo, de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”.

Pueden promover el expediente cualquiera de las personas legitimadas para instar la rectificación de la mención registral del sexo (art. 26.2 septies LJV).

Tiene competencia para conocer el expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda rectificarse o, si no lo tiene en territorio nacional, el de su residencia (art. 26.1 septies LJV).

Para su tramitación no es preceptiva la intervención de asistencia letrada, tampoco de la procuraduría (art. 26.3 septies LJV).

El expediente, que es de tramitación preferente, se inicia con la presentación de una solicitud en la que la persona interesada manifiesta su voluntad de revertir la rectificación registral que se produjo anteriormente. Esta solicitud ha de acompañarse de los medios de prueba que desee utilizar (art. 26.1 octies LJV).

Una vez admitida a trámite la solicitud, la autoridad judicial ha de citar a comparecencia a la persona solicitante y, en su caso, a sus representantes legales, a las demás personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal y puede solicitar la práctica de cualesquiera otras pruebas que considere oportunas (art. 26.2 y 3 octies LJV).

La autoridad judicial resuelve, concediendo o denegando la aprobación. En todo caso, si se trata de una persona menor de edad, teniendo en cuenta su interés superior. El testimonio se remite al Registro civil competente para proceder, en su caso, a la inscripción de la rectificación (art. 26 nonies LJV).

#### 4. EL NOMBRE

Un elemento de identificación, que a la vez lo es de identidad, común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, es el nombre de la persona, en particular, el nombre propio. Al nombre se refiere la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, en el artículo 8, con ocasión de la identidad y expresamente en el art. 7.1 en el que se dispone que la persona se inscribe desde el momento del nacimiento y desde entonces tiene derecho a un nombre. El nombre a la vez que identifica a la persona se configura como un derecho, poder jurídico, que pertenece a la esfera personal.

El nombre, culturalmente y por costumbre está ligado al sexo de la persona, se atribuye o impone uno en concreto en función del sexo físico comprobado en el momento del nacimiento, e incluso puede fijarse ya en la fase prenatal a partir de que se tiene conocimiento del sexo del embrión concebido<sup>29</sup>. También, es costumbre social, en general influida por las creencias religiosas y los valores morales e ideológicos que rigen en el grupo social, que la mayor parte de los nombres empleados para individualizar a la persona, con independencia del género gramatical de la palabra que lo representa, se califican, en nuestra cultura, como propios del sexo masculino o del sexo femenino, respondiendo a la dualidad sexual, aunque en algunos se permitan formas mixtas e incluso, sin distorsión, otros sean neutros, es decir, se admita que correspondan a uno u otro sexo indistintamente.

En la legislación, también, por tradición heredada del Derecho canónico, a partir de que se regula por la norma civil, que coincide con la creación de los Registros civiles, la imposición del nombre propio a la persona continúa vinculada a su sexo físico, lo que, de alguna manera, mantiene aún la normativa vigente. Así que el vocablo del nombre por el que se designa a la persona da noticia, en la mayor parte de los casos, de su sexo y a su través se manifiestan dos elementos de identidad: el nombre y el sexo. Es suficiente

---

29 Cuando las ecografías son claras.

conocer el nombre para saber el sexo (oficial/registral) de la persona. De ahí el empeño de las personas transexuales en que la rectificación también alcance al nombre, para dar visibilidad al género. Breves pero significativas eran las palabras que la Exposición de Motivos que la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* dedicaba a esta cuestión: “Contempla /la ley/ también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado”, lo que contrasta con el silencio del Preámbulo de la norma que se comenta, que se limita a indicarlo, sin mayor explicación. Con todo, el texto articulado le dedica varios preceptos e introduce modificaciones en la Ley 20/2011 del Registro civil relativas a esta cuestión.

Importa resaltar que la solicitud de rectificación de la mención registral del sexo puede referirse solo a este dato (el sexo), manteniendo el nombre originario, o puede pedirse que, a la vez, se cambie el nombre, como resulta de las normas comentadas hasta ahora. Pues bien, fijándonos en las que regulan el cambio de nombre, como enseguida se comprobará, parece que la ley acoge una tercera modalidad: el cambio del nombre sin que, a la vez, se rectifique la mención del sexo, reservado exclusivamente para las personas menores de edad.

De otra parte, la Ley 4/2023 también se preocupa, como no podía ser menos, por la documentación oficial de la persona, en especial, en lo que afecta a su identificación, pues es garantía de su reconocimiento y de los efectos derivados de la rectificación operada. Veamos ambas cuestiones.

#### **4.1. Rectificación del nombre**

Se ha de distinguir entre la persona menor de edad y la que ya ha alcanzado la mayoría. En la Ley 4/2023 solo se considera la de la persona menor de edad lo que, quizá pueda llamar la atención, pero es lógico. En efecto,

porque, aplicando las reglas registrales (art. 57.3 LRC)<sup>30</sup> solo si se es mayor de 16 años se puede solicitar el cambio, razón por la que era necesario contar con una norma específica para las menores de esta edad. Por cierto, norma en la que no se distingue entre las diferentes franjas de edades.

Esta regla es que las personas trans menores de edad, con independencia de que hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, tienen derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 48 Ley 4/2023).

El principio básico de la legislación registral es el de libre elección del nombre propio (art. 51 LRC) solo limitado porque

- 1°. No se pueden ostentar más de dos nombres o uno compuesto,
- 2°. No se puede imponer nombre que ostente uno de los hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido,
- 3°. No se pueden imponer nombres contrarios a la dignidad de la persona, o que hagan confusa la identificación. En la legalidad de la anterior Ley de Registro civil, como es sabido<sup>31</sup>, mencionaba la posible confusión del sexo de la persona, que en la legalidad vigente se elimina. Expresamente, ahora, la norma indica que: “A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el

---

30 Art. 57 LRC. Reglas comunes al cambio de nombre y apellidos.

“1. El cambio de apellidos alcanza a todas las personas sujetas a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consientan.

2. El cambio de nombre y apellidos se inscribirá en el registro individual del interesado. Dicha inscripción tiene carácter constitutivo.

3. Los cambios señalados en los párrafos anteriores podrán ser solicitados por el propio interesado si es mayor de dieciséis años”.

31 Acerca de esta cuestión y más ampliamente me remito a lo que expliqué en “Identidad e identificación de la persona”. En: A.A.V.V., en *Construyendo la igualdad: la feminización del derecho privado* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2016, pp. 123-133.

sexo o la identidad sexual de la persona”. Lo que implica, o al menos esa es la intención, una amplia libertad y autonomía de la persona a la hora de elegir el nombre.

A estas limitaciones, se añade que se “deberá probar el uso habitual del nuevo nombre, siempre que concurren las demás circunstancias exigidas” (art. 52 LRC). Indica la *Instrucción de 26 de mayo de 2023* de la DGSJFP que, en el caso de las personas menores de 16 años, respecto de este requisito, atendiendo al interés superior que es principio de orden público, debe flexibilizarse la interpretación, de modo que no ha de exigirse, como ya sucedía en la situación legal anterior, el uso previo del nombre solicitado (*Directriz Sexta*).

Continúa diciendo que “En consecuencia, los representantes legales de los menores de dieciséis años podrán solicitar el cambio de nombre de sus representados/as para adecuarlo al sexo sentido cuando este sea diferente del que se atribuye al nombre registrado en el momento del nacimiento sin más limitaciones que las previstas en el artículo 51 de la Ley 20/2011, del Registro Civil. El/la menor deberá ser oído en todo caso por la persona encargada del Registro Civil mediante una comunicación comprensible y adaptada a la edad y grado de madurez del menor” (*Directriz Sexta*).

Se complementa con la previsión sobre el procedimiento de rectificación de las menciones del sexo y el nombre que es el contenido en la Ley 4/2023, comentado *supra* (art. 91.2 LRC). En todo caso la inscripción tiene carácter constitutivo.

Consecuencia del cambio de nombre, vaya o no aparejado al cambio de la mención del sexo, es que las Administraciones públicas, las entidades privadas y cualquier persona natural o jurídica están obligadas “a dispensar a la persona menor de edad que haya cambiado su nombre en el Registro

Civil el trato que corresponda a las personas del sexo con el que se identifica, sin que pueda producirse discriminación alguna por tal motivo y debiendo prevalecer siempre el principio de igualdad de trato” (art. 51.2 Ley 4/2023).

En todo caso se dispone que el cambio de nombre no afecta “a los derechos que puedan corresponder a las personas de acuerdo con su sexo registral” (art.51.3. Ley 4/2023). De lo que se puede deducir que lo que manda, a efectos legales, no es el nombre, que puede ser un indicio importante, sino el sexo que consta registralmente.

Asimismo, en consonancia con ello “tiene derecho a obtener un trato conforme a su identidad en todas las actividades que se desarrollen en el ámbito educativo” (art.60 Ley 4/2023)<sup>32</sup>.

#### **4.2. La documentación**

La documentación afecta a la identificación de la persona en el grupo social en el que desarrolla su vida, de ahí que los soportes del tipo que sean (escritos, digitales) en los que se contiene la información acerca de ella, que, además, se configuran jurídicamente como los medios oficiales para actuar y relacionarse en el tráfico, deban reflejar con exactitud la identidad reconocida oficialmente. Es decir, que una vez que ha tenido lugar la rectificación de la mención registral del sexo y, del nombre, en su caso, se expida la documentación pertinente conforme a la nueva realidad. En este sentido se pronuncia la Ley que se comenta.

- *La regla general*: “En los documentos oficiales de identificación, la determinación del sexo se corresponderá con la registral” (art. 49.1 Ley 4/2023). Se trata de los documentos oficiales a través de los que se identifica a la persona.

---

<sup>32</sup> Precepto al que se nomina *Tratamiento del alumnado menor de edad conforme al nombre registral*.

Después de la rectificación las autoridades han de expedir un nuevo documento nacional de identidad, y, en su caso, un nuevo pasaporte a petición de la persona interesada o de su representante voluntario o legal, ajustado a la inscripción registral rectificadora. En todo caso, se conserva el mismo número del documento nacional de identidad (art. 49.1 Ley 4/2023).

Complementariamente, las Administraciones públicas<sup>33</sup>, en el ámbito de sus competencias, han de establecer procedimientos accesibles, ágiles y que garanticen la protección de los datos de carácter personal para la adecuación de documentos a la nueva mención relativa al sexo y, en su caso, al nombre (art. 49.4 Ley 4/2023).

- *La regla particular*: es la misma que la general, la diferencia es que afecta al *resto de la documentación* que se haya de expedir a cada persona en concreto, que no es igual ya que depende de las condiciones y circunstancias de cada cual.

La persona interesada o quien la represente (poder voluntario o mandato legal) pueden solicitar a cualquier autoridad, organismo o institución pública o privada que se reexpida cualquier documento, título, diploma o certificado ajustado a la inscripción registral rectificadora, sea cual fuere su naturaleza. En todo caso en la nueva expedición de dichos documentos se garantiza por las autoridades, organismos e instituciones que los expedieron en su momento, la adecuada identificación de la persona a cuyo favor se expidan, en su caso, mediante la oportuna impresión en el duplicado del documento del mismo número de documento nacional de identidad o la misma clave registral que figure en el original (art. 49.2 Ley 4/2023).

---

33 Se agrega que “Las tasas que graven los trámites para la adecuación a la mención registral relativa al sexo de los documentos previstos en este artículo se adecuarán al principio de capacidad económica previsto en el artículo 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos” (art. 49.3 Ley 4/2023).

- *Regla específica* para adecuar los documentos que se expidan, por las autoridades españolas, a *personas extranjeras* que hayan rectificado el sexo o el nombre conforme a la ley que se comenta.

Dispone su art. 50 *Adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras* que:

“1. Las personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen, siempre que cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan, ante la autoridad competente para ello. A estos efectos, la autoridad competente instará al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a que recabe la información disponible en la representación exterior de España que corresponda sobre si en el país de origen existen impedimentos legales o de hecho para llevar a cabo dicha rectificación registral. Dicho Ministerio comunicará la información disponible a la autoridad solicitante en el plazo máximo de un mes.

2. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de habilitar procedimientos de adecuación de los documentos expedidos a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España, que hayan procedido a realizar la rectificación registral correspondiente en su país de origen”.

Respecto de esta cuestión conviene apuntar que el *artículo 2 (Ámbito de aplicación)*, dispone que la Ley 4/2023 se aplica “a toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, que resida, se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuera su nacionalidad, origen racial o étnico, religión, domicilio, residencia, edad, estado civil o situación administrativa, en los términos y con el alcance que se contemplan en esta ley y en

el resto del ordenamiento jurídico”. Lo que comporta el establecimiento del criterio de la territorialidad (*lex fori*) que permite a la persona que no tiene la nacionalidad española, pero sí la residencia legal en territorio español, que es transexual, que sea reconocida, amparada e identificada conforme a su identidad real. Por supuesto en el caso en que hayan procedido a rectificar la mención del sexo en su país, pero también y singularmente, cuando ello no haya sido posible en el país de origen.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Boletín Oficial del Estado, N° 51, de 1 de marzo de 2023.

Boletín Oficial del Estado, N° 65, de 16 de marzo de 2007.

Boletín oficial del Estado, N° 132, de 3 de junio de 2023.

GARCÍA, María Paz (2019): *Mujer, maternidad y derecho* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

GETE-ALONSO, María del Carmen (2016): “Identidad e identificación de la persona”, en: A.A.V.V. *En Construyendo la igualdad: la feminización del derecho privado* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 123-133.

GETE-ALONSO, María del Carmen (2017): “Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación”. En: *Espacio Jurídico: Journal of Law* (Vol.18, N° 3), pp. 661-678.

Instituto Nacional de Estadística (2023): *Demografía y población*. Disponible en <https://www.ine.es/DEFIne/es/concepto.htm?c=4484&op=-30081&p=1&n=20> [Fecha de última consulta: 21.03.2023].

MONEY, J.; HAMPSON, J. G.; HAMPSON, J. L. (1957). Imprinting and the establishment of gender role. *A.M.A. archives of neurology and psychiatry* (vol. 77 N°3), pp. 333–336.

Organización Mundial de la Salud (2023): CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad. Disponible en <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f411470068> [Fecha de última consulta: 15.06.2023].

REDACCIÓN MÉDICA (2019): La OMS suprime el término “transexual” para desligarlo del trastorno mental. Disponible en <https://www.redaccionmedica.com/secciones/psiquiatria/la-oms-suprime-el-termino-transexual-para-desligarlo-del-trastorno-mental-2804> [Fecha de última consulta: 15.06.2023].

VALLS-LLOBET, Carme (2008): “Identidades sexuales en la ciencia y la salud”. En: A.A.V.V., *Actas del IV Congreso Estatal Isonomía sobre Identidad de Género vs. Identidad Sexual* (Castelló de la Plana, Publicacions de la Universitat Jaume I), pp. 99-105.

VALPUESTA, Rosario y SUMOY, Mónica (2013): “La identidad sexual. La homosexualidad”. En: A.A.V.V., *Tratado de Derecho de la Persona Física* (Madrid, Civitas), vol. 1, pp. 551-576.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Boletín Oficial del Estado, 22 de marzo.

Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Boletín Oficial del Estado, 28 de febrero.

Ley 20/2011, Boletín Oficial del Estado, 21 de julio del Registro Civil (LRC).

Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Boletín Oficial del Estado, 14 de noviembre.

Ley sobre el Registro Civil, Boletín Oficial del Estado, 8 de junio de 1957.



# LA CONCILIACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CHILENA: ELEMENTOS PARA UNA REFLEXIÓN ACERCA DE SU EVOLUCIÓN Y POTENCIAL IMPACTO EN LOS PROCEDIMIENTOS CHILENOS<sup>1</sup>

JUDICIAL CONCILIATIONS IN CHILEAN JUDICIAL  
PRACTICE: CONSIDERATIONS FOR A REFLECTION  
REGARDING ITS EVOLUTION AND POTENTIAL IMPACT IN  
CHILEAN PROCEEDINGS

Claudio Fuentes Maureira\*  
Ramón García Odgers\*\*  
Sophía Romero Rodríguez\*\*\*

*“No puedes detener el progreso, pero puedes  
ayudar a decidir qué es progreso y qué no”.*

Ashleigh Brilliant

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 09 de diciembre de 2022 y aceptado el 30 de marzo de 2023.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11220243 “Evaluación empírica sobre el funcionamiento de la audiencia preparatoria en las jurisdicciones de familia y laboral” del cual el coautor Claudio Fuentes Maureira es investigador responsable.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Stanford, profesor de Derecho Procesal de la U. Diego Portales. Avenida República 112, Santiago, Chile. Mail: [claudio.fuentes@mail.udp.cl](mailto:claudio.fuentes@mail.udp.cl) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1088-5554>.

\*\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, profesor de Derecho Procesal de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Lincoyan 255, Concepción, Chile. Mail: [rgarcia@ucsc.cl](mailto:rgarcia@ucsc.cl) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1776-7702>.

\*\*\* Doctora en Derecho por la U. de los Andes, profesora de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Mail: [sophia.romero@pucv.cl](mailto:sophia.romero@pucv.cl) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2893-3131>.

Los autores agradecen la asistencia del ayudante del Departamento de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el estudiante Gabriel Durán Borelli y de la egresada de Derecho de la Universidad Diego Portales, María José Uribe.

## Resumen

En materia de conciliación el sistema de justicia chileno es de contrastes. Por un lado, en el funcionamiento de la justicia civil la conciliación cumple un rol prácticamente insignificante en términos estadísticos, lo que la diferencia de los sistemas reformados en materia laboral y de familia, donde su uso es masivo. Por otro lado, el derecho procesal comparado muestra como las salidas negociadas en el proceso civil -destacando, entre ellas, la conciliación judicial- tienen un rol cada vez más relevante, generando una profunda discusión acerca de una cultura de los acuerdos. Nada de esto ocurre en nuestro derecho procesal civil. Sin embargo, una reciente reforma al Código de Procedimiento Civil incorporó el artículo 3 bis, que estableció un deber general de todos los actores de promover las salidas autocompositivas, posicionando al sistema de justicia civil chileno en la misma dirección que el derecho comparado. En este artículo nos preguntamos hasta qué punto nuestro sistema de justicia sigue las tendencias comparadas en materia de métodos alternativos/apropiados de solución de conflictos, y, en particular, qué obstáculos puede enfrentar la implementación y aplicación del art. 3 bis del Código de Procedimiento Civil. Esta reflexión se construye contrastando el funcionamiento de la conciliación en los tribunales civiles, con su funcionamiento en los procedimientos reformados, el desarrollo de este asunto en la experiencia comparada y algunos de los diversos desafíos que debería sortear nuestro país para sumarse adecuadamente a esta tendencia transversal.

## Palabras clave

Conciliación; Justicia civil; Procedimientos reformados; Carga de trabajo.

## Abstract

Regarding judicial settlements, the Chilean justice system is subject to contradiction. On the one hand, in civil justice matters judicial settlements are statistically insignificant, while in labor and family matters their use is prevalent. On the other hand, comparative procedural law shows that judicial settlements progressively are having a more relevant role, generating an important discussion regarding settlement culture. None of the above hap-

pens in Chile's civil procedure law, still this has not prevented the Chilean lawmakers to recently reform the civil procedure code, introducing new rule 3 bis, which ignoring this lack of discussion established a general duty for all legal actors to promote negotiated alternatives to procedure, placing the Chilean civil justice system in the same track as other legal systems.

In this article we wonder to which degree Chile's justice system is following these international tendencies and which obstacles may lie ahead to this new legal rule. Our reflection is built on the examination of the performance of judicial settlements at the civil courts in contrast to its performance at the reformed procedural systems, alongside the developments in comparative law. Finally, we identify some of different challenges that may prevent that Chile's legal systems follows this international tendency properly.

### **Key words**

Conciliation; Civil justice; Reformed procedures; Judicial workload.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Hace casi cincuenta años atrás, Cappelletti planteó la tesis de que la complejidad de las sociedades contemporáneas requería nuevos y mejorados métodos de resolución de disputas, ya que los medios tradicionales resultaban cada vez más insuficientes para abordar los desafíos de la sociedad (e incluso de la civilización). Además de examinar algunas de las causas político-sociales y de las principales manifestaciones jurídicas de lo que calificaba como una verdadera revolución, afirmaba que este fenómeno se presentaba en todos los países modernos bajo aspectos variables y acentos diferentes, pero con una intensa unidad de carácter<sup>2</sup>. Estos desafíos que provienen de profundos cambios de la sociedad se manifiestan en el área

---

2 CAPPELLETTI, Mauro: "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)". En: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 27, N° 3, 1975. Págs. 571 – 597.

procesal en diversas tendencias globales que están modificando paulatinamente los rasgos más tradicionales de los sistemas de justicia, proceso que se ha entendido como una verdadera metamorfosis<sup>3</sup>.

Una de estas tendencias es el propósito de apoyar la utilización de todos los métodos para llegar a un arreglo entre las partes. El objetivo es evitar el litigio o, si esto no es factible, al menos llevar el proceso a su fin, preferentemente sin que se recurra a la sentencia<sup>4</sup>.

El factor más importante que explica esta evolución es que la maquinaria de la justicia resulta incapaz de satisfacer la creciente “demanda de justicia”, muy masiva y sobre una variedad de asuntos frecuentemente nuevos, ya que los procedimientos judiciales formales a menudo resultan ser ineficientes, costosos, inciertos en cuanto a sus resultados y posiblemente inadecuados para garantizar una solución satisfactoria de ciertas categorías de conflictos legales<sup>5</sup>.

---

3 UZELAC, Alan; VAN RHEE, C.H.: “The Metamorphoses of Civil Justice and Civil Procedure: The Challenges of New Paradigms — Unity and Diversity”. En: Uzelac, Alan; Van Rhee, C.H.: *Transformation of Civil Justice (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 70)*. Springer Publishing AG, part of Springer Nature, 2018. Págs. 3 y ss.

4 LEIPOLD, Dieter: “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”. En: Carpi, Federico; Ortells, Manuel: *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente/Oral and written proceedings: Efficiency in civil procedure*. Universidad de Valencia, Valencia, I, 2008. Pág. 68.

5 TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo: The reforms of civil procedure in comparative perspectiva. Giappichelli Editore, Torino, Quaderni CESIFIN, nuova serie, 2005. Págs. 248 – 267.

Como resultado de lo anterior, se ha observado que la consistencia de esta tendencia en el derecho comparado<sup>6</sup>, está modificando varias características del procedimiento<sup>7</sup>. Entre los cambios más relevantes se encuentran el hecho que el juicio ha retrocedido, convirtiéndose en una perspectiva más distante e improbable; que el foco de atención se ha desplazado hacia la preparación al juicio y que el acuerdo se ha vuelto más atractivo. Al mismo tiempo, se advierte que los jueces se involucran más activamente en el procedimiento como medio para acelerar el progreso hacia el juicio y fomentar un arreglo<sup>8</sup>.

El panorama recién descrito parece estar presente y desarrollándose en nuestro sistema de justicia con mayor intensidad de lo que ha sido percibido por la doctrina nacional<sup>9</sup>. Asimismo, la dirección de los cambios generados parece orientarse en el mismo sentido de lo que ha ocurrido en el derecho comparado.

En este trabajo daremos cuenta de una faceta acotada de este fenómeno más amplio y complejo. A partir de una investigación empírica conducida por uno de sus autores durante los años 2017 y 2018 en torno a la audiencia de

---

6 En la Unión Europea con la admisión del “desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios” como uno de los objetivos de la Unión que incorpora el Tratado de Lisboa, o con la aprobación de la Directiva 2008/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en el marco de la Unión Europea. Significativos resultan, igualmente, los trabajos desarrollados por Naciones Unidas en este ámbito; así, por ejemplo, la elaboración de la Ley Modelo sobre conciliación comercial internacional de 2002, o la reforma de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional concluida en junio de 2006. BARONA, Silvia: “ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 1, 2011. Pág. 196.

7 Como ha sido el caso de los tribunales de Estados Unidos, HENSLER, Deborah: “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System”. En: *Penn State Law Review*, Vol. 108, 2003 – 2004. Págs. 165 y ss. En relación a Europa, UZELAC, Alan; Van Rhee, C.H, ob. cit.

8 GLASSER, Cyril; ROBERTS, Simon: “Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives, Introduction”. En: *Modern Law Review*, Vol. 56, N° 3, 1993. Pág. 277.

9 VARGAS, Macarena; FUENTES, Claudio: *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas Aproximaciones*. DER Ediciones, 2018, Capítulo I, especialmente páginas 30 a 36.

juicio en los procedimientos reformados<sup>10</sup>, es posible observar cómo algunas características del procedimiento y del rol del juez parecen experimentar una sensible evolución en relación con las características y definiciones más tradicionales inspiradas en la predominante y tradicional imagen del proceso y el juez civil, a propósito del uso de la conciliación en esta etapa del proceso judicial.

El objetivo del presente documento será doble. Primero, describirá algunas de las prácticas que tienen lugar en los sistemas reformados en cuanto al importante uso de la conciliación como método para resolver el conflicto, identificando los incentivos que parecen motivarlas, el repertorio de prácticas que utilizan los jueces y juezas y los efectos o consecuencias que está generando en los procedimientos de familia y laboral. El texto asume, por tanto, la existencia de la conciliación como un fenómeno en actual operación, por lo que no se discutirá sobre la conveniencia o inconveniencia del mecanismo y sobre otros aspectos teóricos procesales sobre la introducción de los acuerdos en la legislación chilena<sup>11</sup>. Segundo, a partir de lo que ha sido la experiencia nacional, identificaremos algunos desafíos, obstáculos o condiciones que pueden poner en discusión la efectividad de la reciente reforma al Código de Procedimiento Civil, que introdujo el artículo 3 bis, referido al deber de los jueces, de los funcionarios del tribunal y de los abogados de promover el uso del ADR.

Para contextualizar estos objetivos conectaremos estos desarrollos con referencias a la experiencia registrada en algunos sistemas jurídicos modernos que ya han enfrentado cambios derivados de la incorporación más

---

10 La investigación empírica en cuestión fue parte de la tesis doctoral de Claudio Fuentes Maureira en la Universidad de Stanford. Uno de los principales resultados de las que esta dio lugar dice relación con el uso de la conciliación en los sistemas reformados. Con todo, ese no fue el único resultado de dicho trabajo. Véase: FUENTES MAUREIRA, Claudio: *The Challenges and Complexities of Procedural Legal Transplants: The Case of Chile*. Stanford University, 2020.

11 Sobre este aspecto, por ejemplo, véase: MENESES, Claudio; GORIGOITÍA, Felipe: “Contra la conciliación en materia laboral: Algunas propuestas de cambio”. En: Vásquez Palma, María Fernanda: *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, problemas existentes y propuestas de solución*. Thomson Reuters, Santiago, 2018. Págs. 609 – 639.

decisiva de acuerdos vinculados al proceso judicial. Buscamos identificar algunos elementos que nos permitan orientar el desarrollo de este fenómeno y articular adecuadamente los diversos valores en juego.

Para estos efectos, el presente trabajo se organizará en cuatro secciones, además de esta introducción y sus conclusiones. En la primera sección describiremos sucintamente las principales tendencias globales que han promovido las soluciones basadas en el acuerdo de los litigantes. Este marco referencial será útil en varios sentidos. Nos permitirá comprender cuales son las lógicas que están empujando estos cambios y la forma en que han ido modificando el entendimiento tradicional de los procedimientos y el rol del juez y las partes. También será útil para visualizar la proyección de estas consecuencias en el ámbito nacional y contextualizar nuestro propio desarrollo. En la segunda sección describiremos las principales modificaciones al Código de Procedimiento Civil, especialmente la introducción de la conciliación como trámite obligatorio, para identificar como esta evolución en búsqueda de un juez activo e involucrado en el proceso para agilizar la litigación -en línea con los desarrollos comparados- se ha convertido en una tendencia consistente en el plano normativo, pero débil en el plano de su implementación, sin mayor impacto en el uso y fomento de los acuerdos y en general de los mecanismos consensuados de resolución de conflictos. La tercera sección se ocupará de la conciliación en los procedimientos reformados chilenos, identificando, describiendo y analizando críticamente sus prácticas en la audiencia de juicio. Para una mejor comprensión de este análisis, transcribiremos algunas notas de observación con detalle. En la cuarta sección, identificaremos algunos de los desafíos y tareas pendientes que se deducen de las prácticas observadas y que sería necesario considerar para una inserción y operación adecuada de la reciente reforma legal que introduce el artículo 3 bis, en la justicia civil. Finalizaremos con algunas reflexiones a modo de conclusión.

## 2. TENDENCIAS GLOBALES QUE HAN FOMENTADO EL USO DE LAS SOLUCIONES ACORDADAS EN EL PROCESO.

Según Taruffo, desde la revolución francesa, la estructura clásica del proceso en la tradición de derecho continental, se basa en dos elementos: la idea de una justicia pública, administrada desde el Estado por medio de jueces independientes e imparciales, dotados de especialización profesional y del status de funcionarios públicos (elegidos, retribuidos, formados y organizados según los principios que gobiernan en general la administración pública) y la existencia de una disciplina normativa del proceso que tiende a ser unitaria, coherente y completa, representada paradigmáticamente por los códigos de procedimiento civil, entendidos como instrumentos capaces de asegurar –a todos del mismo modo– la tutela jurisdiccional de los derechos<sup>12</sup>. Según estas bases, el Estado y los tribunales estatales han sido abordados durante siglos como los cuasi únicos instrumentos disponibles para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos<sup>13</sup>.

Sin embargo, el mismo Taruffo observa la inadecuación y la crisis de funcionalidad y eficiencia que caracteriza a la justicia estatal en muchos ordenamientos. Cuando la justicia pública es lenta, costosa, poco accesible e incapaz de proveer una tutela efectiva de los derechos, es inevitable que se piense en otros métodos para resolver controversias que justamente se sitúan fuera de la jurisdicción<sup>14</sup>. Es lo que muchos autores consideran como crisis de la justicia<sup>15</sup>.

---

12 TARUFFO, Michelle: “Aspectos de crisis de la justicia civil fragmentación y privatización”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 3, 1999. (Trad. Silvina Álvarez). Pág. 61.

13 BARONA, Silvia; ESPLUGUES, Carlos: “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”. En: Esplugues, Carlos; Barona, Silvia: *Global Perspectives on ADR*. Cambridge, Intersentia, 2014. Págs. 1 y ss.

14 TARUFFO, Michelle, ob. cit. Pág. 69.

15 Por todos, ZUCKERMAN, Adrian: *Civil justice in crisis, comparative perspectives of civil procedure*. Oxford, Oxford University Press, 1999, Págs. 1 – 485.

En perspectiva evolutiva puede decirse que, frente a un claro fenómeno de la jurisdiccionalización de las sociedades modernas, la etapa de la globalización y de la modernidad ha venido marcada por una necesidad imperiosa de buscar nuevos cauces, vías y medios. En ese contexto la evolución ha sido trascendental y las respuestas que se ofrecen son la consecuencia inmediata de la realidad existente, tanto social, económica como políticamente establecida<sup>16</sup>.

Es en este marco general, que se insertan varias tendencias de Derecho comparado que inciden en la comprensión y promoción del uso de los acuerdos dentro y fuera de los tribunales estatales, en la evolución de los sistemas de justicia en los últimos cien años.

Una de ellas es el desarrollo del movimiento de acceso a la justicia. Metafóricamente se habló de las tres “olas”. La primera fue la provisión de asistencia jurídica a los pobres, la segunda fue el reconocimiento de intereses colectivos o difusos, en particular los intereses de los consumidores y ambientalistas; y la tercera ola implicó la creación de procedimientos alternativos e instituciones especializadas de resolución de conflictos, menos formales que el sistema tradicional de tribunales.<sup>17</sup> El rasgo distintivo del enfoque de Cappelletti es que solo la combinación armónica y proporcionada de las tres olas puede responder de manera eficaz y eficiente a la demanda de justicia de la sociedad<sup>18</sup>.

Desde una perspectiva teórica, Cappelletti indica que el movimiento de acceso a la justicia procede de la crítica realista al formalismo y dogmatismo jurídico con su absurdo pretexto de una “pureza” que no tiene nada que ver con el mundo real y tiende a objetivos más diferenciados, más fieles a la

---

16 BARONA, *Ibidem*, pp. 189 y ss.

17 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan: “Access to justice as a focus of research”. En: *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 1, 1981. Págs. 10 y ss.

18 CAPONI, Remo: “‘Just Settlement’ or ‘Just About Settlement’? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics”. En: *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Vol. 79, 2015. Pág. 126.

complejidad de la sociedad humana. En este contexto, el componente normativo de la ley no se niega, pero lo ve como un elemento, no necesariamente el principal, del derecho y del sistema jurídico. En el enfoque de acceso a la justicia, los elementos principales son las personas, las instituciones, los procesos que representan los elementos de los cuales la ley se origina, vive, evoluciona. El sistema jurídico no es visto como un sistema separado, autónomo, autopoiético sino como una parte inseparable e integradora del sistema social más complejo, una parte que no puede aislarse artificialmente de la economía, la ética y la política<sup>19</sup>.

Lo que se hace predominante en esta perspectiva, es la accesibilidad del fenómeno procesal al individuo, a los grupos, a la sociedad en general. Por ello, se consideran los costos, la duración y los efectos sociales del proceso judicial, así como el impacto que el fenómeno ejerce sobre los individuos, los grupos y la sociedad<sup>20</sup>. Así las cosas, la idea de acceso a la justicia constituye una tendencia en todos los sistemas legales: una condición necesaria adaptación de los sistemas jurídicos a la nueva sociedad de masas<sup>21</sup>.

Una segunda tendencia muy importante y, por cierto, relacionada con la anterior, se asocia al creciente problema que tienen los sistemas de justicia de procesar una mayor cantidad de casos. En este sentido, la promoción de los acuerdos y, en general de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, han tenido como un gran impulsor la necesidad de hacerse cargo de la masividad de casos<sup>22</sup>. Esto obliga a reconocer que es imposible ofrecer a cada uno de ellos un procedimiento judicial. Pérez Ragoné y Copani subrayan que por mucho que se quiera, por muchos recursos que un Estado determinado tenga y que se decidan políticamente invertir en justicia, es imposible ofrecer a todos un juicio, un procedimiento y una sentencia. La

---

19 CAPPELLETTI, Mauro: "Access to justice as a theoretical approach to law and a practical programme for Reform". En: *The South African Law Journal*, N° 109, 1992. Pág. 25.

20 *Ídem*, págs. 25 – 26.

21 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan, ob. cit. Págs. 10 y ss.

22 SARAT, Austin: "The litigation explosion, access to justice, and court reform: Examining the critical assumptions". En: *Rutgers Law Review*, N° 37, año 1984 – 1985. Págs. 319 – 336.

justicia, entendida como la satisfacción –o el sentimiento de satisfacción– de un interés en igualdad formal y material es cada vez más reconocida y exigida. Pero este bien es escaso y debe ser repartido sujeto a un criterio para su distribución<sup>23</sup>.

Estas ideas se relacionan con el surgimiento y evolución del *case management*<sup>24</sup>, donde el juez se involucra en la gestión activa de los procedimientos, fomentando los acuerdos entre las partes y las salidas alternativas a la litigación<sup>25</sup>. En Estados Unidos, como explica la profesora Resnik, a través de un proceso de enmiendas, las Reglas Federales modificaron la configuración inicial que ellas tenían sobre el rol del juez, ordenando a los jueces que promovieran la solución alternativa de controversias (ADR) y muchos tribunales estatales también comenzaron a requerir que las partes intentaran resolver sus casos a través de la mediación y acuerdos antes del juicio. Así, los jueces comenzaron a involucrarse activamente en el procedimiento que tradicionalmente había sido manejado por las partes<sup>26</sup>. Estas modificaciones han tenido resultados concretos. Según Hensler, pese a que estos mecanismos alternativos o ADR no han desplazado del todo el rol tradicional de la litigación, la cantidad de casos civiles de los tribunales ha disminuido significativamente en muchas jurisdicciones. Al mismo tiempo, se constata una disminución en la fracción de casos civiles que llegan a juicio<sup>27</sup>.

Un tercer factor es el asentamiento de un nuevo paradigma sobre los objetivos del sistema de justicia y del proceso. Tradicionalmente, la justicia ha sido el concepto fundamental que ha guiado nuestro pensamiento sobre

---

23 PÉREZ RAGONE, Álvaro; COPANI, Juan: “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 1, N° XXVII, 2006. Pág. 157.

24 GARCÍA, Ramón; FUENTES, Claudio: “El surgimiento del *case management* y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época”. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Vol. 88, 2020. Págs. 113 – 147.

25 RESNIK, Judith: “Managerial Judges”. En: *Harvard Law Review*, N° 96, 1982. Págs. 374 – 448.

26 RESNIK, Judith: “The privatization of process: Requiem for and celebration of the federal rules of civil procedure at 75”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, 2014. Págs. 1802 – 1803.

27 HENSLER, Deborah: “Our Courts, ourselves”, ob. cit. Págs. 166 – 168.

el derecho sustantivo y procesal, y proporciona la medida mediante la cual se evalúan las virtudes de los arreglos institucionales y los riesgos de la innovación. Existe un esfuerzo continuo para alcanzar el resultado justo, por el cual usualmente nos referimos a nuestra mejor aproximación al resultado correcto -donde los hechos han sido correctamente encontrados y la ley correctamente aplicada. Sin embargo, este paradigma, según el cual, el único objetivo de los Tribunales de Justicia es alcanzar la decisión correcta del litigio, sin consideración del tiempo que se consumió en ello o del costo que representó a los litigantes y al sistema en su conjunto, paulatinamente va quedando atrás<sup>28</sup>. En este sentido, el cambio de paradigma consiste en una revalorización de la importancia de los objetivos asociados a la oportunidad y costos de la decisión, preocupación que ha sido particularmente visible en los procesos de reformas procesales a nivel mundial<sup>29</sup>, y reforzado por la jurisprudencia de los tribunales sobre derechos humanos<sup>30</sup>.

En el ámbito individual, los ciudadanos tienen derecho a tener una respuesta de calidad, pero también oportuna<sup>31</sup> y cuyos costos la hagan accesible<sup>32</sup>. Como indica Vranken, la *communis opinio* es que la complejidad, los altos

---

28 CANNON, Mark: "Judicial administration to the 21st century". En: *Public Administration Review*, Vol. 45, 1985. Pág. 679.

29 UZELAC, Alan: "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world, global developments towards harmonisation (and back)". En: Uzelac, Alan: *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*. Springer International Publishing, Suiza, 2014. Págs. 3 – 31.

30 SETTEM, Ola Johan: *Applications of the 'fair hearing' norm in ECHR article 6(1) to civil proceedings. With special emphasis on the balance between procedural safeguards and efficiency*. Springer International Publishing, 2016. Págs. 885 – 887.

31 La Corte Interamericana, ha establecido que "... el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Ver: Caso Mémoli vs. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de agosto de 2013. Documento electrónico disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie\\_265\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_265_esp.doc), (consulta: 06 de octubre de 2022).

32 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido que: "92. ...los costos del proceso -- sea éste judicial o administrativo-- y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. 93. De esta manera, los órganos del SIDH han determinado que un proceso que demande excesivos costos para su desarrollo vulnera sin más, el artículo 8 de la Convención Americana". Véase: COMISIÓN INTERAMERICANA

costos y/o muchos retrasos violan tanto el derecho fundamental de acceso a la justicia como el derecho fundamental a la igualdad. Ninguna sociedad puede permitirse aceptar esta situación<sup>33</sup>. Por otro lado, desde un punto de vista macro, es necesario que el Estado sea eficiente para los efectos de procesar todo este conjunto de casos y asegurar la efectividad misma de los derechos<sup>34</sup>. Rozakis indica que los problemas de tiempo y costos de los procesos debilitan la habilidad del sistema de justicia, afectando su credibilidad y efectividad, y con ello la vigencia del estado de derecho<sup>35</sup>. En este sentido, Hensler afirma que un sistema judicial caracterizado por la demora y costos elevados, en última instancia, perderá la confianza del público, que es el alma de las instituciones judiciales en una sociedad democrática<sup>36</sup>.

---

DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, documento 4 (2007), págs. 20 – 21. Documento electrónico disponible en: <http://www.cidh.org/pdfiles/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> (consulta: 01 de octubre de 2022). En materia de tasas judiciales, la Corte en el Caso Cantos señaló que: “Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Cantos”, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, N° 97.

33 VRANKEN, J. B. M.: “The impact of civil procedure reforms on the opportunities of substantive judge- made law”. En: Nomi, P.: *Procedure in the XXIst century compared*. Tokio, Japan – Netherlands Institute, 2001, VII. Pág. 14.

34 MATIC, Auersperger: *Just words. The Effectiveness of Civil Justice in European Human Rights Jurisprudence*. Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Págs. 117 y ss.

35 ROZAKIS, Christos: “The right to a fair trial in civil cases”. En: *Judicial Studies Institute Journal*, edición 2, 2004. Págs. 96 y ss. El Estado de Derecho se puede concebir formalmente y sustancialmente, por un lado, como el sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley en sus actividades; y por el otro, como la certeza de que las consecuencias derivadas de la ley se aplicarán, cuestión esta última que desaparece si no existen instrumentos concretos destinados a lograr ese fin, considerando el proceso judicial como uno de los más importantes en el diseño actual. WALDRON, Jeremy: “The Rule of Law and the Importance of Procedure”. En: Fleming, James: *Getting of the Rule of Law*. New York, London, New York University Press, Nomos L, 2011. Págs. 3 – 31; especialmente págs. 8 – 10.

36 HENSLER, Deborah: “The contribution of judicial reform to the rule of law”. En: *Conference on New Approaches for Meeting the Demand for Justice*, Mexico City, 2001. Pág. 1. Documento electrónico disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/henslerspeech.pdf> (consulta: 08 de julio de 2022).

La última tendencia, que podría ser un tanto disruptiva en nuestra cultura legal, es la creciente comprensión del juicio como un recurso de última *ratio*. Según esta mirada, lo que se pretende derechamente es que los conflictos se resuelvan primariamente en base al acuerdo<sup>37</sup>. Varios ejemplos respaldan esta afirmación. La reforma de Inglaterra del año 2000 plasmó una fuerte política pública en favor de alentar a las partes a resolver sus disputas por acuerdo, en lugar de litigar a través de un juicio<sup>38</sup>. El objetivo, en general, es que ningún caso debe ser juzgado sin que las partes hayan considerado un acuerdo o emprendido alguna forma de ADR para tratar de resolver el caso<sup>39</sup>. En Estados Unidos la enmienda de la Regla 16 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil en 1983 y, luego, por la promulgación de la *Civil Justice Reform Act* en 1990, fomentaron paulatinamente que los jueces asumieran roles como promotores de acuerdos y gestores de casos<sup>40</sup>. Esta tendencia fue rápidamente observada por Owen Fiss, que, en un artículo precursor, consignaba que el movimiento que promueve los acuerdos y ADR, prometía reducir la cantidad de litigios iniciados, y de acuerdo con ello, la mayor parte de sus propuestas se dedicaban a establecer la negociación y la mediación previa a la demanda<sup>41</sup>, lo que ha sido materia de importantes objeciones doctrinarias<sup>42</sup>.

---

37 ARMENTA, Teresa: *Derivas de la justicia; Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*. Marcial Pons, Madrid, 2021. Págs. 89 – 157.

38 SIME, Stuart: “Offers to settle incentive, coercion, clarity”. En: Zuckerman, A.A.S.: *Civil Justice Quarterly, Special Issue: The implementation of Sir Rupert Jackson’s review of civil litigation costs*, Vol. 32, N° 2, 2013. Pág. 182.

39 RAMSEY, Vivian: “Implementation of the costs reforms”. En: Zuckerman, A.A.S.: *Civil Justice Quarterly, Special Issue: The implementation of Sir Rupert Jackson’s review of civil litigation costs*, Vol. 32, N° 2, 2013. Pág. 117.

40 GALANTER, Marc: “The vanishing trial: An examination of trials and related matters in federal and state courts”. En: *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, N° 3, 2004. Pág. 520.

41 FISS, Owen M.: “Against settlement”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 93, N°6, 1984. Págs. 1073 y ss.

42 GENN, Hazel: *Judging civil justice*. Cambridge University Press, 2008. Págs. 78 y ss.; RESNIK, Judith: “From ‘cases’ to ‘litigation’”. En: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, N° 5, 1991. Págs. 5 – 68; RESNIK, Judith: “Managerial judges: The potential costs”. En: *Public Administration Review*, Vol. 45, 1985. Págs. 686 – 690.

Un último ejemplo de esta tendencia, lo constituyen las recientes Reglas Modelo de Procedimiento Civil ELI/UNIDROIT publicadas el año 2021.<sup>43</sup> Estas reglas, que han considerado las mejores prácticas observadas en el proceso civil,<sup>44</sup> constituyen una especie de Código Procesal Civil Modelo para Europa, para transformarse en insumo para el desarrollo del futuro Derecho procesal europeo.<sup>45</sup> Así, en su Regla 3, que establece obligaciones de las partes y sus abogados, indican que estas deben, entre otras cosas: (a) tomar las medidas razonables y apropiadas para resolver las disputas de manera amistosa. Esta norma debe complementarse con la Regla 9, según la cual, (1) Las partes deben cooperar para intentar resolver su disputa consensualmente, tanto antes como después de que comience el procedimiento. (2) Los abogados deben informar a las partes sobre la disponibilidad de métodos consensuales de resolución de disputas, ayudarlos a seleccionar el método más adecuado y, en su caso, fomentar su uso. (3) Las partes pueden solicitar al tribunal que genere un acuerdo de conciliación ejecutable. (4) Cuando no se pueda llegar a un acuerdo consensuado en su totalidad, las partes deben aprovechar todas las oportunidades razonables para reducir el número de cuestiones controvertidas antes de la adjudicación. Finalmente, la Regla 10, indica que el Tribunal: (1) Debe facilitar el acuerdo en cualquier etapa del procedimiento. En particular, debe asegurarse de que las partes consideren el acuerdo en la etapa preparatoria del procedimiento y en las conferencias de *case management*. Si es necesario para promover el acuerdo, podrá ordenar a las partes comparecer ante él en persona. (2) Debe informar a las partes sobre la disponibilidad de diferentes tipos de métodos de acuerdo. Puede sugerir o recomendar el uso de un específico método de resolución consensuada de disputas. (3) Puede participar en los intentos de conciliación y ayudar las

---

43 En este trabajo utilizamos la versión en inglés de 21 de febrero de 2021, publicada en el sitio web del European Law Institute como *Model European Rules of Civil Procedure*. Documento electrónico disponible en: <https://cutt.ly/30wKx4n>

44 UZELAC, Alan: "Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations". En: Simons, Adrian; Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio; Pérez Ragone, Álvaro; Henrique dos Santos Lucon, Paulo: *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, libro electrónico. Pág. 60.

45 VAN RHEE, C.H.: "Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers". En: *Access to Justice in Eastern Europe*, N° 1 (6), 2020. Pág. 264.

partes para llegar a una resolución consensuada. También puede ayudar en la redacción de los acuerdos. (4) Cuando un juez interviene durante un proceso de conciliación y recibe información en ausencia de una de las partes, tal juez no debe decidir el caso<sup>46</sup>.

Como se observa, las Reglas se empapan de la idea que el acuerdo debe ser la primera forma de resolución de la disputa, considerando el juicio como un recurso de última *ratio*, tendencia que parece ser muy consistente en Europa. Uzelac, uno de los redactores del texto indica que, ante la escasez de recursos y la larga duración de los procedimientos judiciales, las jurisdicciones europeas adoptan cada vez más el enfoque, según el cual, las partes no deben intervenir en la maquinaria de la justicia civil a menos que tengan una necesidad real de protección judicial. Así las cosas, “...en los casos civiles ordinarios, recurrir a los tribunales debería, en principio, ser una medida de último recurso: el *ultimum remedium*”<sup>47</sup>.

### 3. LA CONCILIACIÓN EN CHILE ANTES DE LAS REFORMAS PROCESALES.

#### 3.1. La evolución del proceso civil: desde el formalismo, la pasividad y el dispositivo extremo.

Según Oteiza, la raíz hispánica de nuestro proceso civil, como la del resto de las codificaciones procesales hispanoamericanas, puede explicarse con referencia a las formalidades que eran usadas en la conducción de los procedimientos que incluían estrechos lazos con España, el uso de un lenguaje muy similar al utilizado en los tribunales españoles y un cierto conservadurismo

---

46 Ver Reglas en ELI/UNIDROIT *Model European Rules of Civil Procedure*.

47 UZELAC, Alan.: “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”. En: *Hungarian Journal of Legal Studies* 58, N° 1, 2017. Pág. 11.

judicial tanto en jueces y abogados, acostumbrados a resolver conflictos en virtud de reglas de procedimiento que eran similares a las que se habían utilizado durante la época colonial<sup>48</sup>.

En esta concepción, el proceso es un drama entre tres personas, dos partes parciales, y, un tercero imparcial, en el que las primeras son “*las dueñas de los pleitos*” y, por eso, el proceso se inicia y avanza por el impulso de las dos. En esta línea de ideas, se ha destacado que el proceso civil posee un carácter excesivamente privado, lo que se traduciría en un entendimiento extremo del principio dispositivo, según el cual, solo las partes controlan el avance del proceso. Este entendimiento se extendería a una regulación y práctica que no favorece una intervención de los tribunales en el avance de los procesos<sup>49</sup>.

En este contexto, el procedimiento no puede dejar de ser complicado, lento y formalista y, por lo tanto, de elevado costo<sup>50</sup>. Inserto en este legado, nuestro procedimiento civil también se estructura en la lógica de un sistema escrito, desconcentrado y con delegación de funciones<sup>51</sup>.

---

48 OTEIZA, Eduardo: “Civil procedure reforms in Latin America: The role of the judge and the parties in seeking a fair solution”. En: *The Supreme Court Review* 49, 2010. Pág. 233.

49 CAROCCA PÉREZ, Alex: *Derechos humanos y derecho civil: Una perspectiva procesal*. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1997. Pág. 16. Esta observación ha sido destacada recientemente como novedosa. RIEGO, Cristián; LILLO, Ricardo: “¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la Reforma”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015. Pág. 20. En el mismo sentido, véase la crítica a esta comprensión del proceso civil dispositivo, en ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía: *Los hechos del proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021, especialmente el Capítulo II.

50 HARASIC YASIC, Davor: “Justicia civil: Transformación necesaria y urgente”. En: Silva, José Pedro; García, José Francisco; Leturia, Francisco: *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*. Fundación Libertad y Desarrollo y Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006. Pág. 389.

51 MENESES, Claudio: “La Reforma Procesal Civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”. En: Carrasco Poblete, Jaime: *La Reforma Procesal Civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil. Cuadernos de Extensión Jurídica* N°16. Editorial Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2009. Págs. 25 – 27.

Por otro lado, la doctrina anterior a las reformas judiciales no desarrolló definiciones ni mayores elaboraciones conceptuales sobre el rol del juez en el proceso y las potestades de dirección<sup>52</sup>, limitándose, más bien, a constatar la pasividad del juez en la conducción del proceso<sup>53</sup>.

Así las cosas, resulta, de algún modo, inconsistente que sucesivas reformas legales confiaran al juez una serie de herramientas para reducir las demoras en la tramitación de los procesos, pese a la ausencia de una cultura y un marco teórico apropiado que pudiere orientar una dirección del proceso, como tampoco, experiencias en la operación del sistema procesal bajo criterios distintos al de pasividad judicial. En efecto, a propósito de la Ley 7.760 de 1944, se consignó que con ella se ampliaban las facultades de los jueces, dándoles mayor iniciativa en ciertos casos, en que se los sacaba de su rol meramente pasivo<sup>54</sup>. Posteriormente, la Ley 18.705 de 1988, modificó el artículo 78 del CPC disponiendo que, vencido un plazo judicial, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado el trámite en rebeldía, proveyendo lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del Secretario. Esta misma ley introdujo otra modificación de importancia en materia de atribuciones correctivas, conforme los artículos 83 y 84 del CPC<sup>55</sup>.

---

52 Los textos tradicionales que caracterizan el procedimiento ordinario de mayor cuantía, paradigma de la estructura procedimental chilena, no registran elaboraciones conceptuales sobre el rol del juez en el proceso. Cfr. DÍAZ, Claudio: *Curso de derecho procesal civil*, I. Lexis Nexis, Santiago, 2004; RODRÍGUEZ, Ignacio: *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Editorial Jurídica de Chile, 5a edición, Santiago, 1995; BENAVENTE, Darío: *Derecho procesal civil. Juicio ordinario y recursos procesales*. Editorial Jurídica de Chile, 5a edición, Santiago, 2004; STOEHLER, Carlos: *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*. Editorial Jurídica de Chile, 5a edición, Santiago, 1993.

53 CAROCCA PÉREZ, Alex: *Manual de derecho procesal*, II. Lexis Nexis, Santiago, 2003. Pág. 61.

54 TAPIA, Hugo: "Las reformas introducidas en el libro I del C. de P. Civil por la ley 7760". En: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 50, 1944. Pág. 297; ALESSANDRI, Fernando: *Ley N° 7.760 Reformas introducidas al Código de P. Civil por la Ley N° 7760*. Centro de Derecho de la U. de Chile, N° 2, segundo semestre de 1944. Págs. 16 – 17.

55 Artículo 78 CPC, sustituidos por el artículo 1 N° 9, y artículos 83 y 84 modificados por el artículo 1 N° 10 y 1 N° 11, respectivamente, de la Ley N° 18.705.

La Ley 18.882 de 1988, sustituyó el artículo 64 del CPC, eliminando el trámite de “*acusar rebeldía*” disponiendo la fatalidad de los plazos, en cuyo caso, el tribunal, de oficio o a petición de parte, debe proveer lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo<sup>56</sup>. En cuanto a la Ley 19.334, que incluyó la conciliación como trámite obligatorio, hay constancia de que su configuración normativa final, esto es, al terminar el período de discusión, tuvo por objeto preciso permitir un papel más activo del juez, ya que, de este modo, tendría mejor conocimiento del caso<sup>57</sup>. Sin embargo, los jueces no hacen uso de esta facultad<sup>58</sup>, cuestión que implica una pérdida de eficiencia considerando al sistema judicial en su conjunto<sup>59</sup>.

### **3.2. La irrelevancia de la conciliación en el sistema procesal chileno previo a las reformas.**

Para la cultura y doctrina jurídica chilenas el proceso termina normalmente a través de una sentencia<sup>60</sup>. Desde la perspectiva inversa, cualquier otra forma, como el uso de los acuerdos, constituye una forma anormal de finalización<sup>61</sup>.

---

56 Artículo 64 CPC, sustituido por el artículo 1 N° 4 de la Ley N° 18.802.

57 Historia de la Ley N° 19.334, Intervención del Senador Miguel Otero en la Comisión Mixta, pág. 74. Documento electrónico disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) (consulta: 25 de agosto de 2022).

58 BORDALÍ, Andrés; MARÍN, Juan: “Las relaciones entre las partes, los jueces y los abogados. El caso de Chile”. En: Storme, Marcel; Gómez, Cipriano: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, III, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Pág. 260.

59 CAPPALLI, Richard: “Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 2, 1992. Págs. 268 – 269.

60 Según la teoría procesal dominante, el modo normal e ideal para resolver un conflicto es la sentencia recaída al final de un proceso judicial, calificando por tanto de “anómalos” aquellos medios que extinguen el proceso, pero que no son sentencia. PÉREZ RAGONE, Álvaro; COPANI, Juan, ob. cit. Págs. 174 y 175.

61 La conciliación es, en la gramática procesal, un equivalente jurisdiccional; esto es, una forma “anormal” de terminar el juicio, considerando que la forma “normal” de concluirlo es la sentencia definitiva. NÚÑEZ, Raúl; LARROUCAU, Jorge: “La conciliación en los procedimientos civiles”. En: Vásquez Palma, María Fernanda: *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, problemas existentes y propuestas de solución*. Thomson Reuters, Santiago, 2018. Pág. 696.

Esta noción ha tenido al menos cuatro consecuencias importantes en el ámbito del Derecho procesal chileno. En primer lugar, en términos de erudición jurídica, los procesalistas han dedicado históricamente poco de su tiempo al estudio de cualquier forma de solución negociada. De hecho, no hay mucha teoría en torno a ella, y es algo que solo se revisa brevemente en alguna clase o libro. En segundo lugar, le ha asignado una etiqueta de categoría inferior a cualquier forma de resolver los casos distinta de la sentencia, enviando el mensaje de que una decisión sobre el fondo debería ser siempre la forma de terminar el litigio. En tercer lugar, ha repercutido en la teoría y el diseño procesal empleado por los legisladores, aunque contemplando la posibilidad de la conciliación judicial, mal y escasamente regulada, y sin ninguna teoría sobre el papel adecuado del juez en ella. En cuarto lugar, ha transmitido la idea de que los acuerdos y mecanismos distintos a la sentencia son excepcionales y que la mayoría de los casos terminan con una decisión judicial.

La escasa atención que la doctrina procesal chilena prestó a la conciliación<sup>62</sup> o el hecho de que se la tachara de “anormal” no significa que esta forma de resolver las causas fuera inédita o no existiera antes de las reformas procesales. De hecho, los registros históricos muestran que un importante debate sobre el establecimiento de la conciliación tuvo lugar durante la primera parte del siglo XIX en el que se propuso un proyecto de ley<sup>63</sup>, aunque no llegó a convertirse en tal dada la oposición del más destacado jurista chileno, Andrés Bello<sup>64</sup>.

En efecto, el texto original del CPC de 1903 no contemplaba en su diseño original el trámite de la conciliación, sino que esta fue introducida por la Ley N°7.760, de 5 de febrero de 1944 estableciéndola con un carácter vo-

---

62 DELGADO, Jordi: “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito procesal: Sentimientos encontrados hacia una mejor justicia”. En: Vásquez Palma, María Fernanda: *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, problemas existentes y propuestas de solución*. Thomson Reuters, Santiago, 2018. Pág. 569.

63 DOUGNAC, Antonio: “La Conciliación previa a la entrada en juicio en el derecho patrio chileno (1823-1855)”. En: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, Vol. 18, 1996. Págs. 113 – 147.

64 Ídem. Págs. 146 - 147.

luntario. Conforme a esta disposición, en todo juicio civil, con excepción de algunos procedimientos especiales, el juez o jueza podía en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación y proponer bases de arreglo<sup>65</sup>. Sin embargo, la práctica judicial de la época demuestra que no funcionó. Como consecuencia, en 1994 se modificó el Código de Procedimiento Civil, estableciendo una etapa de conciliación judicial ante el juez como paso obligatorio<sup>66</sup>, no obstante, esta no se constituyó en una forma destacada de resolución de casos<sup>67</sup>.

En este contexto, antes de las reformas procesales de 2000, los estudiosos del procedimiento y de la práctica de los litigios estaban de acuerdo en que la conciliación judicial no era una forma común de resolver los casos. De hecho, la razón de su fracaso estaba relacionada con la forma poco rigurosa en que los tribunales civiles la enfrentaban: no tenía lugar delante del juez sino del personal del tribunal, que era el que rápidamente preguntaba a las partes si querían conciliar y si la respuesta era negativa pasaba inmediata-

---

65 Véase la Ley N° 7.760, “modifica las disposiciones que se indican del Código de Procedimiento Civil”.

66 Ver Ley N° 19.334, “que introduce modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de conciliación judicial”. Si bien el proyecto original pretendía incluir un trámite obligatorio de conciliación, previo al inicio del juicio, se desechó dicha alternativa por cuestionamientos a la constitucionalidad de dicha medida como barrera de acceso al sistema de justicia, lo que significó que, en definitiva, el llamado obligatorio a conciliación se articulara dentro del juicio, una vez agotados los trámites de la fase de discusión conforme el texto vigente del art. 262 del CPC. Nótese el cambio de perspectiva que el tiempo ha dado sobre esta cuestión, ya que en reformas posteriores al año 2000 – de manera paralela a los desarrollos comparados a los que se aludió previamente – la mediación como trámite obligatorio y requisito de procesabilidad se ha ido imponiendo en materias de familia y en materias propiamente “civiles”, como lo son las demandas contra hospitales y clínicas ante tribunales civiles.

67 BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego: *Proceso Civil: el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Thomson Reuters, 2ª Edición, Santiago, 2014. Pág. 197. DELGADO, Jordi: “Conciliación laboral: Las bondades de un método ‘alternativo’ de resolución de conflicto”. En: Rivero, Renee; Marín, Juan Carlos; Ferrada, Francisco: *Reformas procesales necesarias a la justicia chilena. Actas de las VI Jornadas Nacionales de Derecho procesal*. Librotecnia, Colección Académica Derecho, T. I, Santiago. Pág. 297.

mente a la siguiente fase del procedimiento. Al mismo tiempo, las partes no se comprometían en esta oportunidad y solo aparecían para promover el llamado y evitar la eventual nulidad posterior del procedimiento<sup>68</sup>.

Una situación similar ocurría en los tribunales laborales pre-reformados, en los que se estipulaba una oportunidad de conciliación desde 1931, pero según Pereira Anabalón, los jueces laborales no participaban en su desarrollo<sup>69</sup>.

Otra consecuencia derivada de la falta de atención legislativa y doctrinaria de los métodos autocompositivos de solución de controversias es la inexistencia de una normativa general en la materia y los que se han regulado de forma particular -como la conciliación-, han tenido por finalidad mayoritaria la descongestión del sistema judicial<sup>70</sup>, sea de procesos ya iniciados o para evitar el inicio de uno, aunque sin los incentivos necesarios para una implementación exitosa<sup>71</sup>.

---

68 ALLENDE, José: “Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia”. En: *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 32, N° 1, 2019. Págs. 261 – 262. La falta de relevancia de la conciliación judicial en los procesos civiles ha permanecido en el tiempo. Por ejemplo, en el año 2003 un proyecto de ley reconocía esta situación y señalando que “(...) la experiencia ha demostrado que los jueces rara vez participaron en ella, delegando su responsabilidad en el personal del juzgado que limita su actuación a preguntar a las partes si “tienen un acuerdo” e inmediatamente después dejará constancia en el expediente de que “el llamado a conciliación fracasó”. Ver Proyecto de Ley N° 3255-07, “que modifica el proceso de conciliación judicial regulado en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil”.

69 PEREIRA, Hugo: “El juez conciliador”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XVIII, 1996. Pág. 187.

70 MERA, Alejandra: “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En: *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. CEJA, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Santiago, 2013. Págs. 376 y 409. Documento electrónico disponible en: <https://cutt.ly/s0wH3a7>. Quien sostiene que en general ese ha sido el objetivo, pero en materia de familia, la intención del Ejecutivo fue la de lograr soluciones colaborativas, atendiendo a las características del mecanismo.

71 VARGAS, Macarena: “La Justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede civil”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, 2019. Págs. 197 – 200.

Finalmente, información estadística muy reciente confirma el mínimo papel que tiene la conciliación en los tribunales civiles. En efecto, para el año 2019 de un total de 135.568 casos terminados, solo 154 (0,11%) finalizaron mediante conciliación judicial. Cifras similares se pudieron encontrar para el año 2018, en el que se terminaron un total de 114.856 casos, y de ellos, solo 233 siguieron esta alternativa (0,20%)<sup>72</sup>.

Teniendo en cuenta esta información y observando la regulación de la conciliación en los juzgados de familia y laborales reformados, una primera intuición permitiría pensar que no había razón para esperar que la conciliación jugara un papel fundamental, especialmente en la audiencia de juicio. De hecho, ambas legislaciones compartían un diseño procesal que consideraba que, una vez superada una determinada fase del procedimiento, la audiencia de preparación, el único camino sería terminar el caso con una decisión sobre el fondo. Al mismo tiempo, los legisladores afirmaron que la conciliación judicial debía ser promovida y establecieron específicamente la audiencia previa al juicio como la principal oportunidad por parte del juez o de las partes para resolver el caso mediante un acuerdo<sup>73</sup>. Como se verá a continuación, el cambio a un sistema procesal por audiencias constituye el inicio de un giro importante en cuanto a la relevancia de la conciliación como forma de término del proceso.

---

72 PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA: *Cuenta Pública del Poder Judicial de Chile*, 2020, apéndice, cuadro 3.18. Documento electrónico disponible en: <https://www.pjud.cl/docs/download/2700>.

73 Por ejemplo, en la reforma del procedimiento de familia, el artículo 14 establece el principio de colaboración, en el que se da preferencia a las vías alternativas de solución del conflicto que mitiguen la confrontación entre las partes. La situación es diferente en el contexto de los tribunales laborales. Delgado afirma que ni en los antecedentes de la Ley N° 20.087 -que introdujo la reforma- ni en la ley N° 20.260 -que introduce algunos retoques- no había una declaración detallada, un capítulo especial o alguna proyección sobre el papel específico que debía tener la conciliación judicial para el nuevo sistema. DELGADO, Jordi, “Conciliación laboral: Las bondades de un método ‘alternativo’ de resolución de conflicto”, ob. cit. Pág. 297.

## 4. LA PRÁCTICA DE LA CONCILIACIÓN EN LAS REFORMAS DE FAMILIA Y LABORAL

En esta parte del trabajo se entregan algunas de las conclusiones de una investigación empírica en torno a la audiencia de juicio en los procedimientos reformados, en relación con el uso de la conciliación en esta etapa del proceso judicial. El estudio se basa en la observación de más de 70 audiencias de juicio celebradas ante los tribunales reformados de Santiago, incluyendo familia y laboral. Además, se efectuaron entrevistas con jueces, abogados, administradores y funcionarios de los tribunales.

### 4.1. Sobre la oportunidad en que se verifica la conciliación

Aunque algunas investigaciones anteriores habían mencionado que, en algunos casos, la conciliación judicial tenía lugar en la audiencia de juicio<sup>74</sup>, fue sorprendente registrar durante las observaciones el importante papel que

---

74 PALOMO, Diego: “Sobre la conducta procesal de algunos jueces: De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”. En: *Ius et Praxis* Vol. 20, N° 1, 2014. Pág. 390. Algunos trabajos han tocado el tema del uso de la conciliación judicial en los tribunales laborales, aunque siguen un camino diferente al de esta investigación. En primer lugar, se basan en escasos datos empíricos, que solo incluyen una referencia general a los porcentajes de conciliación judicial, sin distinguir su uso en la fase de instrucción o de juicio. Su crítica es doble. En primer lugar, la afirmación general de que las cifras de conciliación judicial son demasiado elevadas, lo que se considera automáticamente como algo negativo, partiendo de esta tendencia que no debe seguirse, presentando una visión de la eficiencia judicial como solo preocupada por mejorar las estadísticas. PALOMO, Diego; MATAMALA, Pedro: “Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio”. En: *Revista de Derecho, U. Católica del Norte*, Año 19, N° 2, 2012. Pág. 445. En segundo lugar, presentan una crítica basada en un punto de vista teórico, que la conciliación judicial significa que el legislador chileno ha restado relevancia a ciertos derechos procesales, y como consecuencia el procedimiento laboral no podría ser considerado como un procedimiento “real”, dado lo que le falta. PALOMO, Diego; MATAMALA, Pedro: *Ídem*. Pág. 444, y PALOMO, Diego: *Ídem*. Pág. 384. La falta de datos empíricos sobre el tema es algo que ha destacado uno de los pocos estudiosos del tema. Véase DELGADO, Jordi: “Conciliación laboral: Las bondades de un método ‘alternativo’ de resolución de conflicto”, ob. cit. Pág. 298. Las únicas excepciones son los trabajos de ALCAÍNO, Eduardo; LILLO, Ricardo: *Reporte sobre el funcionamiento de la reforma a la justicia laboral en Chile*, CEJA, Santiago, 2013; y de ROSADO, César: “El juez laboral desatado: Estado de Derecho y derechos laborales en el Chile ‘neoliberal’”. En: *Law & Social Inquiry*, Vol. 43, N° 4, 2018, que tienen algunas limitaciones en comparación con esta investigación. Alcaíno y Lillo observaron 20 audiencias, de las cuales

las conversaciones impulsadas por el juez tenían en esa fase como forma de resolver los casos. También fue sorprendente porque ni la doctrina ni los legisladores consideran que la audiencia de juicio -el final del proceso- era la oportunidad ideal para conciliar un caso.

De hecho, según la normativa de los procedimientos reformados, la audiencia preparatoria es la última oportunidad en la que los legisladores asumieron que la conciliación judicial tenía sentido, junto con las otras funciones que dicha audiencia tiene para preparar el litigio para el juicio. Del mismo modo, la audiencia de juicio tiene una función, esto es, la de presentar todas las pruebas de forma concentrada ante el juzgador para llegar a una decisión sobre el fondo<sup>75</sup>. Un hallazgo importante de esta investigación fue que los jueces laborales y de familia, como práctica general, han transformado la audiencia de juicio en una improvisada conferencia de conciliación, lo que llamaron *conciliación extraordinaria* o conciliación especial.

En cuanto a las observaciones de los tribunales, de las 22 audiencias de juicio observadas en los tribunales de familia, en ocho se produjo un intento de conciliación judicial. La práctica fue más destacada en los tribunales laborales de Santiago, en los que, de las 28 audiencias de juicio observadas, se produjeron 20 conciliaciones promovidas judicialmente. Los jueces entrevistados, el personal de los juzgados y los abogados corroboraron este hallazgo.

---

solo 6 eran de juicio, entre el 20 y el 24 de febrero, mientras realizaban 20 entrevistas entre diferentes actores, incluyendo magistrados de Corte de Apelaciones, jueces de letras del trabajo, abogados de la Inspección de Trabajo, abogados privados y sindicalistas. No proporcionan la distribución *por* tipo de entrevistado. ALCAÍNO, Eduardo y LILLO, Ricardo, *Ídem*. Pág. 72. La investigación de Rosado se basó principalmente en observaciones de participantes en la Inspección del Trabajo y en los juzgados de letras del trabajo durante siete meses entre 2009 y 2010 y en entrevistas con 5 informantes, tres inspectores de trabajo y dos jueces de letras del trabajo. ROSADO, César, *Ídem*. Pág. 1598.

75 BAEZA, Gloria; PÉREZ, Jaime: *Los nuevos tribunales de familia*. Thomson Reuters Santiago, 2008. Pág. 112. NÚÑEZ, René; CORTÉS, Mauricio: *Derecho Procesal de Familia*. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2012. Pág. 341. BORDALÍ, Andrés; HUNTER, Iván: "Juicios orales en Chile". En: Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Saíd Ramírez, Alberto: *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 2013. Pág. 172. DÍAZ, Marcela: *Manual de Procedimiento del trabajo*. Librotecnia, 3ª edición, Santiago. Págs. 141 – 142.

Finalmente, la información estadística corrobora estas observaciones. Según datos proporcionados por el Departamento de Estudios de la Corte Suprema de Chile, para el año 2016, un total de 8.827 causas fueron conciliadas judicialmente en los tribunales de Familia de la ciudad de Santiago. De ese universo, 2.418 (27% de ellas), fueron en la audiencia de juicio. Una tendencia similar se dio en el año 2017, en que el total de causas que terminaron por conciliación judicial fue de 6.269, de las cuales 1.294 (21%) se produjeron en la audiencia de juicio.

Los números también ratifican este hallazgo en los tribunales laborales. En 2018, el Segundo Juzgado del Trabajo de la ciudad de Santiago del total de causas terminadas, 9.155 causas concluyeron en la audiencia preparatoria, siendo un 30% de estas gracias a una conciliación judicial. Asimismo, 4.203 casos terminaron en la etapa de juicio, de las cuales 1.663 terminaron por conciliación judicial, es decir, aproximadamente el 40%<sup>76</sup>.

Como se puede apreciar, comparando la información histórica, de la experiencia de los procesos pre reformados y de la teoría procesal chilena, la conciliación judicial en los juzgados de familia y laborales, especialmente en la audiencia de juicio, no es para nada anormal.

#### **4.2. De la audiencia de juicio a la audiencia de conciliación**

En las siguientes líneas se explican las prácticas que transforman la audiencia de juicio en una audiencia de conciliación en los tribunales de familia y laborales.

El primer intento de conciliar un caso lo realiza el personal de los juzgados de familia y de trabajo. Consejeros técnicos y funcionarios de acta, respectivamente, incluso antes de que comience la audiencia de juicio, preguntan

---

<sup>76</sup> Esta información estadística fue proporcionada por la jueza laboral Paola Díaz, quien fue comentarista de una presentación sobre los principales hallazgos de esta investigación. El seminario se realizó en la Universidad Diego Portales, el 15 de octubre de 2019.

a las partes y a sus abogados, si han tenido alguna conversación sobre un posible acuerdo y si desean un tiempo para ello, aunque automáticamente dicen: “Tienen cinco minutos”. Mientras las partes discuten la posibilidad de un acuerdo, estos funcionarios informan al tribunal como reaccionaron las partes y si hubo una respuesta inicial positiva a esta posibilidad. Transcurrido ese tiempo, se indica que las partes y sus abogados entren en la sala de audiencias, frente al juez. Independientemente de la respuesta de la parte a la pregunta del personal del tribunal, el juez vuelve a examinar la posibilidad de un acuerdo. Solo en algunas audiencias observadas, los jueces limitaron su intervención y aceptaron la negativa inicial de las partes para pasar de inmediato a la rendición de las pruebas. Por el contrario, especialmente en los juzgados laborales, los jueces destinaron parte del tiempo de la audiencia de juicio a impulsar un acuerdo entre las partes.

La mayoría de las audiencias de juicio observadas en los juzgados laborales presentaron escenarios similares a la siguiente transcripción de las notas de campo en el Primer Juzgado de Letras del Trabajo el 20 de diciembre de 2017:<sup>77</sup>

*La audiencia de juicio comenzó a las 11:40 horas y la primera acción del juez fue explorar la posibilidad de un acuerdo. “Creo que lo que propuso el anterior juez era demasiado”, dijo y presentó a las partes un acuerdo por menos dinero, en torno al 50% del salario del trabajador.*

*Inmediatamente, el juez mira al demandado y dice: “¿Podemos pedirle que haga un esfuerzo? En este caso, hay riesgos para ambas partes”. A continuación, propone a los abogados un receso de cinco minutos, que ellos aceptan. El demandante es el primero en abandonar la sala.*

---

77 Caso O-3860-2017, Juzgado de Letras del Trabajo N° 1.

*Mientras tanto, el juez, a solas con la demandada, dice: “sólo las indemnizaciones rondan los 7.000.000 de pesos”, recordando a la parte las consecuencias de una decisión desfavorable, “la parte contraria está esperando fuera”. La demandada y su abogado salen de la sala.*

*A las 11:50 A.M. ambas partes regresaron y le dijeron al juez que no era posible llegar a un acuerdo. El juez les preguntó de qué habían hablado, y los abogados dijeron que había una diferencia de 1.000.000 de pesos para llegar a un acuerdo. El juez preguntó al demandado si había alguna posibilidad de aumentar la cantidad en 500.000 pesos. En ese momento, el abogado del demandante dice que el trabajador no quiere llegar a un acuerdo, a lo que el juez responde: “Entiendo que la carta de despido no era clara (...) ;de qué estamos hablando! (...) todo puede ser interpretado de forma diferente por ambas partes”.*

*El juez se dirige directamente al abogado del demandante, afirmando que debe recordar que él es el abogado y que debe saber orientar a su cliente. El abogado afirma que su cliente cree que tiene un buen caso con muchos testigos, a lo que el juez se ofrece a hablar directamente con la parte. En ese momento, la trabajadora es citada (por razones no aclaradas no estuvo presente durante las discusiones del acuerdo).*

*Justo cuando la trabajadora entró, el juez se dirigió directamente a ella, evitando hablar con su abogado, diciendo: “usted cree que los testigos van a decir todo lo que piensa, pero yo [el juez] puedo interrogarlos a ellos y el otro abogado. No sabemos lo que van a decir. Hay mucha información para un lado y para el otro”, finalizando con “la decisión es suya”. Enfatizando inmediatamente que “hay un millón de cosas que no se saben y de información que hay que tener en cuenta”.*

*Entonces el juez se dirige al demandado: “para mí es más grave que un trabajador se quede sin indemnización que el empresario tenga que pagar”. Al oír esto, el demandado ofreció inmediatamente una cantidad mayor, solicitando que se dividiera el pago. Después, se llegó a un acuerdo.*

*A partir de ese momento, hubo un acuerdo entre las partes sobre el número de pagos, la fecha de pago, la cláusula penal y la cláusula de aceleración del pago si el demandado no pagaba.*

*Al final de la audiencia, el juez agradeció a las partes su cooperación<sup>78</sup>.*

Es importante destacar varios aspectos de este ejemplo de conciliación judicial.

En primer lugar, muestra la conexión entre la preparación del juicio y el proceso de conciliación impulsado por la jueza. En este caso, la jueza da a entender que revisó las negociaciones del acuerdo en la audiencia preparatoria, especialmente la propuesta que el juez había hecho a las partes. A partir de esto, la jueza tuvo una opinión y generó una propuesta diferente.

En otros juicios observados, los jueces dijeron explícitamente a las partes que habían leído la demanda y la contestación y que conocen la posición previa de las partes sobre el asunto (“He visto la transcripción previa al juicio, la demanda, la contestación (...) el tribunal propone la misma cantidad, pero dividida”).<sup>79</sup> Es en esta parte de la audiencia cuando los jueces demuestran que conocen los contornos del caso en cuestión y que están en buena posición para proponer un acuerdo. Además, este ejemplo muestra que la jueza destinó una cierta cantidad de tiempo de la audiencia de juicio para generar

---

78 Algunas de estas mismas prácticas se constatan en un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que transcribió toda la interacción en que un juez de familia presionó a una parte para aceptar la conciliación. Véase: Corte de Apelaciones de Concepción, Causa ROL N° 549-2022, Sentencia de 8 de septiembre de 2022.

79 Casos laborales: Caso O-2894-2017, Juzgado de Letras del Trabajo N° 2; Caso S-76-2017, Juzgado de Letras del Trabajo N° 1.

una oportunidad de negociar. En este caso, ofreció un breve receso, que duró 10 minutos, y posteriormente destinó el resto de la audiencia de juicio a resolver el caso. En los demás casos observados, independientemente de que terminaran con una conciliación judicial, los jueces destinaron una cantidad importante de tiempo a este fin, que varió entre 24 minutos y 1 hora y 20 minutos<sup>80</sup>. La cantidad de tiempo es relevante dado que la duración promedio de una audiencia de juicio en los casos laborales es de alrededor de una hora, lo que significa que la primera audiencia podría dedicarse solo a los intentos de conciliación judicial, generando automáticamente la necesidad de dividir la audiencia de juicio<sup>81</sup>.

Ahora bien, en el ejemplo anterior, una vez terminado el intento inicial de conciliación, independientemente de la respuesta negativa de las partes, la jueza persistió en su intento de conciliar el caso. Esta persistencia judicial hizo que algunos de los abogados entrevistados dijeran que se sentían presionados para llegar a un acuerdo. En las entrevistas, los abogados utilizaron expresiones como “siempre presionando”<sup>82</sup>, “de forma intimidatoria”<sup>83</sup>, “tanta presión”<sup>84</sup>, “apretando mucho”<sup>85</sup>, y el abogado de familia N° 14, que trabaja en la Corporación de Asistencia Judicial, declaró: “Siempre les digo

---

80 Por ejemplo, en los casos T-443-2017 (35 minutos), O-3741-2017 (24 minutos), T-532-2017 (40 minutos), O-2820-2017 (1 hora y 20 minutos), S-76-2017 (33 minutos), T-1009-2017 (52 minutos) y O-3860-2017 (30 minutos). Los mismos datos para el tribunal de familia no estaban disponibles.

81 Durante las entrevistas con los abogados, algunos de ellos se quejaron de esta práctica dado que generaría automáticamente una segunda sesión en el futuro. Por ejemplo, el abogado de familia N° 14, que suele representar a clientes pobres porque trabaja para una oficina de asistencia jurídica, declaró “*No hemos empezado a presentar nuestras pruebas, luego pasa lo que pasa, estoy presentando el primer documento y los jueces dicen: Llevamos una hora y media con esto, es imposible continuar, vamos a suspender*”. Un relato similar de la abogada de familia N° 13.

82 Abogado laboralista N° 8.

83 Abogado laboralista N° 15.

84 Abogado de familia N° 5 y abogado de familia N° 3.

85 Abogado de familia N° 13.

a mis clientes: Señor, esto es como una antigua tortura, el balde de agua”<sup>86</sup>, dando a entender la necesidad de resistirse a los intentos de los tribunales de llegar a un acuerdo.

Finalmente, esta y otras notas de campo muestran que los jueces manejan una serie de actividades de distinta naturaleza, conformadas con recursos retóricos y técnicas de negociación autodidactas que despliegan estratégicamente para convencer o derechamente forzar a las partes a efectos de terminar el caso por conciliación<sup>87</sup>.

### **4.3. Los jueces caminando por la delgada línea entre “la zanahoria y el garrote”: el surgimiento de un control del caso por los jueces.**

A propósito de las prácticas en esta materia brevemente presentadas, surgen dos reflexiones generales sobre el comportamiento de los jueces y la conciliación.

En primer lugar, surge la noción de “repertorio”, es decir, que los jueces tienen a su disposición una serie de narrativas y técnicas que combinan y utilizan en diferentes situaciones para intentar conciliar el caso. En el ejemplo que se presenta, esta idea se pone de manifiesto cuando el juez primero intenta llegar a un acuerdo utilizando un enfoque amistoso “por favor, hagan un esfuerzo”; luego separar a las partes, aunque brevemente; más tarde un enfoque más amenazante o intimidatorio durante el cual surge la narrativa de la imprevisibilidad de los juicios; y después la estrategia de intentar generar una suerte de desconfianza entre las partes y sus abogados; finalizando con un acto de amenaza de despliegue de poder por parte de un juez omnipotente.

---

86 No todos los abogados entrevistados habían experimentado esta sensación, como el abogado laboralista N° 12, aunque sí afirmó que es responsabilidad del juez llegar a acuerdos.

87 Un resumen de diversas estrategias que los jueces y las juezas de familia y laboral utilizan a efectos de persuadir o presionar a las partes para conciliar pueden verse en GARCÍA, Ramón; FUENTES, Claudio: “¿Dirección judicial del proceso en la producción de pruebas? NO, Judicial Case management”. En: Santibáñez, María Elena; Marcazzolo, Ximena: *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters, Santiago, 2019. Págs. 617 – 620 y 622 – 625.

En segundo lugar, esto muestra el proceso por el que los jueces pasan de proponer, promover, presionar y casi forzar un acuerdo judicial a las partes. En efecto, el acontecer de esta dinámica en la audiencia de juicio acaba generando algo así como un “concurso de miradas” o un “duelo de voluntades” entre los abogados y el juez. Por un lado, los abogados tenían claro antes de la audiencia que el personal del tribunal y el juez insistirían en la conciliación para resolver el caso y, por otro, los jueces preveían que algunos abogados o clientes no querían llegar a un acuerdo. Existe una tensión entre los jueces que “promueven un acuerdo razonable” y los abogados que “se resisten a una conciliación judicial presionada”.

Esta forma de proceder por parte de los jueces observados muestra que es difícil de trazar la línea o frontera entre llegar a un acuerdo porque un juez lo promueve con buenos argumentos que tienen sentido para las partes, y la posibilidad de llegar a un acuerdo porque una figura de autoridad es la que lo promueve, bajo amenazas implícitas y explícitas.

Más importante aún, se observa que los jueces no asumieron un rol pasivo y desinteresado respecto de la forma de término del caso, a diferencia de lo que ocurre en materia civil. Al contrario, los jueces asumen el control del caso, partiendo por determinar cuál a su juicio es la forma adecuada de darle término, escogiendo respecto de cuales casos fomentarán con menor o mayor fuerza ponerles término a través de la conciliación<sup>88</sup>.

---

88 No es posible descartar que existan otros intereses que no dicen relación exclusivamente con cuestiones de orden procesal (carga de trabajo, reducción de la labor, etc.), sino que, también, con la ponderación de intereses de orden material asociados a la legislación sustantiva en la materia. Así, podría deducirse de las expresiones de la jueza en el escenario descrito al inicio de esta sección cuando señala que: “...para mí es más grave que un trabajador se quede sin indemnización que el empresario tenga que pagar”.

## 5. CUANDO LO ANORMAL SE VUELVE NORMAL. ALGUNOS DESAFÍOS Y PROPOSICIONES PARA MODELAR LA EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN.

Los resultados del estudio indican que con las reformas procesales que establecieron audiencias emerge un juez más activo e involucrado con el caso y que las sentencias van siendo desplazadas paulatinamente, al menos como mecanismo único y normal. Por otro lado, las interacciones y entrevistas sugieren que el uso de las conciliaciones parece atribuirse a la imposibilidad de dar a todos una sentencia debido a la carga de trabajo. Redactar sentencias implica haber visto, escuchado y analizado todas las pruebas, valorarlas y cumplir con exigentes estándares de motivación y fundamentación en un plazo determinado, sometándose a un eventual control vertical de la decisión por parte del superior jerárquico lo que tiene varias implicancias en el modelo judicial. Las preocupaciones por el tiempo del proceso que manifiestan los jueces y juezas con sus prácticas, como también la de entregar soluciones más equitativas en contextos de casos de mayor complejidad jurídica y de difícil resolución parecen también ocupar un lugar en este panorama. En este último caso, el juicio es entendido como un evento incierto y en ocasiones como una respuesta inapropiada, ya que la adjudicación genera un juego de suma cero<sup>89</sup>. Finalmente, el estudio detectó que los jueces ocupan distintas estrategias y estilos para promover los acuerdos: algunos potencian la coordinación y colaboración con los demás intervinientes del juicio, mientras que otros poseen un estilo autoritario y que, en algunos casos, incluso puede llegar a conflictuar con los derechos que tienen las partes.

Así las cosas, desde un punto de vista más general, puede comprobarse que se está transformando la imagen tradicional que en procedimientos civiles han tenido los jueces, lo que se materializa en prácticas con diverso grado de sustento legal.

---

89 VARGAS, Juan Enrique: “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”. En: *Sistemas Judiciales. Resolución alternativa de conflictos*. CEJA, INECIP N° 2, 2003. Documento electrónico disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/891> (consulta: 30 de noviembre de 2022).

Este contexto, también deja al descubierto diversos problemas o riesgos a propósito de las prácticas descritas y analizadas. Estas prácticas e interacciones constituyen la experiencia desarrollada por los jueces nacionales que podría servir de precedente en el evento de que se materializaran reformas pendientes como la postergada reforma procesal civil.

Por esta razón, revisaremos aspectos que aun presentan graves deficiencias y riesgos, generando algunas proposiciones que nos parecen importantes para conducir este desarrollo a un balance adecuado entre los distintos valores en juego.

La tendencia hacia el fomento de los acuerdos está presente, su operación en la práctica nacional está instalada, y un uso racional del mecanismo es necesario para el funcionamiento del sistema. Además, debe tenerse presente que el nuevo artículo 3° bis del Código de Procedimiento Civil, introducido por la Ley 21.394 de noviembre de 2021, incorporó con carácter de disposición permanente el deber de los abogados, de los funcionarios de la administración de justicia y de los jueces, de promover el empleo de métodos autocompositivos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación, entre otros. Si uno mira esta disposición en términos evolutivos, puede considerarse como el paso natural en la sucesión de intentos del legislador de fomentar el uso de los acuerdos, no obstante, sea en términos muy toscos y gruesos, más bien, como declaración de intenciones, claramente insuficiente para modelar prácticas, rutinas y culturas de los operadores jurídicos.

En este sentido, la integración de los acuerdos y en general, de los ADR en la justicia civil, a nuestro juicio, genera una segunda razón que justifica el valor de esta reflexión. La centralidad que tiene históricamente el proceso civil, en donde se afina un conjunto de conceptos sobre la actividad del juez y de las partes, implicaría generar un cambio en la formación jurídica, lo que significaría también alterar las imágenes tradicionales que tenemos de juez, abogado y del proceso judicial mismo. Igualmente, si consideramos el rol supletorio que el procedimiento civil tiene para con el resto de los procedi-

mientos y su impacto más general en la cultura jurídica de los operadores, podemos entender la trascendencia que un cambio de esta naturaleza pudiera generar en el conjunto del sistema.

El estudio expuesto en la sección anterior sugiere que existen básicamente dos grandes grupos de problemas o desafíos, los de carácter procesal y los culturales.

## **5.1. Problemas de carácter procesal**

### **5.1.1. Centralidad de la generación de información en etapas tempranas**

Entre los operadores del sistema las explicaciones de los fenómenos observados en las audiencias de juicio de familia y laboral se deben a la falta de trabajo en las etapas preliminares, especialmente en la audiencia de preparación<sup>90</sup>. De las entrevistas con los operadores es posible advertir que se presentan varias razones a estos problemas. Por ejemplo, los requisitos legales de los escritos iniciales (la demanda y la contestación) exigen solamente plantear los hechos o la exposición clara de hechos y fundamentos de derecho, pero esas exposiciones en términos generales son absolutamente insuficientes para poder avanzar en la información necesaria para poder obtener un acuerdo, o incluso para poder reducir la disputa a las cuestiones

---

90 Un indicio de lo anterior puede verse en la duración promedio que tiene la audiencia preparatoria. Sería razonable pensar que, si la audiencia preparatoria cumple diversos roles importantes para descongestionar el sistema como fomentar la conciliación, el llegar a convenciones probatorias, la discusión de la admisibilidad y la exclusión de la prueba, entre otras, entonces esta debería tener una duración acorde a todas esas actividades que deberían desplegarse en cada una de ellas. Sin embargo, este no parece ser el caso.

Por ejemplo, en el primer juzgado de letras del trabajo de Santiago en mayo de 2013 la audiencia preparatoria tenía una duración promedio de 39 minutos, mientras que para 2019 dicha duración promedio disminuyó a 27 minutos. Algo más extremo ocurrió en el juzgado de letras del trabajo de Concepción, en que para mayo del año 2013 la duración promedio de esta audiencia fue de 50 minutos y en el mismo mes del 2019 fue de 26 minutos. El mismo fenómeno puede verse los juzgados de familia de Santiago. Así, en el cuarto juzgado de familia de Santiago en mayo de 2013 la audiencia preparatoria tenía una duración promedio de 39 minutos y para el año 2019 de 27. En el juzgado de familia de Concepción esta audiencia históricamente ha tenido una duración cercana a los 20 minutos.

que son realmente controvertidas. Lo mismo puede predicarse de lo que ocurre en las conciliaciones en materia civil, ya que la información sobre la cual puede proponerse un acuerdo justo y acorde con el caso es también muy insuficiente.

En otras palabras, especialmente la experiencia en materia de conciliaciones en familia y laboral en que se logran acuerdos en estados muy posteriores del proceso, da cuenta de que la sola introducción del artículo 3 bis probablemente no tendrá el impacto deseado si es que este no va acompañado de otras modificaciones al diseño del régimen procesal, como mayores exigencias a los requisitos de la demanda y la contestación, así como el aseguramiento de ofrecimientos probatorios de manera muy temprana en el proceso. Esta experiencia da cuenta de que un incorrecto diseño procesal previene que las soluciones colaborativas puedan lograr sus objetivos; reducir la conflictividad y permitir la descongestión. En efecto, si solo muy avanzado el proceso se contará con la información necesaria para conciliar, entonces los fines de descongestión se verán seriamente afectados, manteniéndose los casos vigentes en el sistema por más tiempo del que debiesen. Asimismo, esta situación extenderá innecesariamente el conflicto entre las partes.

Dado lo anterior, para satisfacer una mínima expectativa de que los sistemas judiciales puedan promover de forma efectiva los acuerdos, y en general, los ADR, se requiere cambiar el eje gravitacional del proceso desde la sentencia hacia sus etapas tempranas. En este sentido, en los sistemas comparados que han tenido cierto éxito en la incorporación e implementación de los acuerdos, esto ha sido una cuestión central. Si a la audiencia de preparación se le asigna un conjunto de objetivos importantes para el adecuado funcionamiento del sistema, una condición relevante es que los actores del proceso dispongan de la información necesaria para ello. Con la finalidad de adoptar decisiones que permitan una conducción eficiente de la litigación, esto es, alcanzar respuestas justas, económicas y oportunas, se requiere, especialmente, que el juez se familiarice e involucre tempranamente

con el caso, ya que, de esta forma, podrá identificar sus características y complejidades concretas. Con esta información, el juez podrá calibrar las necesidades del caso y tomar decisiones sobre los acuerdos.

De este modo, se plantea la necesidad de generar el máximo de información posible sobre el caso en disputa. Esta información se podría adquirir por medio de reuniones entre el juez y las partes, y que pueden constituir audiencias o conferencias. Un ejemplo de esta opción en la experiencia comparada, la constituyen las conferencias, que constituyen una herramienta común de *case management*, que involucra la discusión de asuntos prácticos y logísticos del caso<sup>91</sup> y que tienen un carácter menos formal y adversarial que las audiencias tradicionales previas al juicio. Según Leipold, las *case management conference* tienen su origen en sistemas procesales que tradicionalmente permiten a las partes organizar la recopilación y clarificación de los hechos y medios de prueba. En este sentido, constituyen una especie de compromiso que preserva alguna influencia de las partes y promueve un acuerdo entre ellas y el tribunal<sup>92</sup>.

En la conferencia, se genera un intenso cuestionamiento que permite obtener información adicional a la contenida en los escritos fundamentales. De esta forma, cumplen diversos objetivos. En términos generales, por ejemplo, permiten una evaluación temprana del caso, una ocasión para discutir la derivación de la disputa a mediación, o alcanzar un acuerdo y, si ello no es posible, preparar el juicio<sup>93</sup>. Esto significaría, por supuesto, cambiar la cultura chilena actual de la litigación, que opera con una lógica estratégica, en la que se mantiene oculta la información lo máximo que se pueda, para así darle la menor cantidad de tiempo a la parte contraria para que prepare su defensa. De esta forma, esto implica invertir la manera en que se visualiza la actividad procesal en estas etapas preliminares.

---

91 TZANKOVA, Ianika: “Case Management: The stepchild of mass claim dispute resolution”. En: *Uniform Law Review*, Vol. 19, N° 3, 2014. Págs. 7 – 8.

92 LEIPOLD, Dieter, ob. cit. Pág. 68.

93 BELL, Evans: “Judicial case management”. En: *Judicial Studies Institute Journal*, Vol. 76, 2009. Pág. 94.

Otro ejemplo orientado a revitalizar la etapa previa del juicio y fomentar acuerdos en la experiencia comparada son las denominadas *pre action protocols*. Estas, en el contexto de las *Civil Procedure Rules* de Inglaterra y Gales, pueden ser entendidas como directivas que deben cumplir las partes antes de iniciar el juicio y establecen una serie de requerimientos procesales que constituyen un requisito previo para entablar un litigio. Tienen por objeto fomentar los acuerdos, y en caso de que ello no se logre, reducir las cuestiones en disputa para facilitar un proceso de prueba más eficiente<sup>94</sup>. Así, antes de iniciar el procedimiento, el tribunal esperará que las partes hayan intercambiado información suficiente para: (a) entender la posición del otro; (b) tomar decisiones sobre cómo proceder; (c) tratar de resolver las cuestiones en controversia sin procedimientos; (d) considerar una forma alternativa de resolución de disputas (ADR); (e) apoyar el *case management* de esos procedimientos; y (f) reducir los costos de resolución del conflicto<sup>95</sup>.

Del mismo modo, en Estados Unidos, operan las llamadas *joint case management statement*, que pueden ser entendidas como la obligación de los abogados de presentar un plan conjunto, un convenio entre partes, de cómo se va a enfrentar la preparación y desarrollo del caso. En esta declaración conjunta debe exponerse la posibilidad de llegar a un acuerdo, cuáles son los esfuerzos que se han desarrollado para los efectos de lograrlo, si existe un plan para llevar el caso a un mecanismo alternativo o cuáles serían las órdenes que el juez deberá decretar o las solicitudes que deberá autorizar para que se produzca un intercambio de información mínima -sea para acordar o para continuar con el juicio- o bien, para facilitar ciertos acuerdos<sup>96</sup>.

---

94 WOOLF, Harry: *Access to Justice Final Report*, Section III, Chapter 10, “Pre-action Protocols”, no. 9, 1996. Documento electrónico disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041328/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3a.htm#c10> (consulta: 16 de Agosto de 2022).

95 *Practice Direction* (PD) *Pre-action conduct*, parágrafo 3. Documento electrónico disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia del Reino Unido: [https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd\\_pre-action\\_conduct](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct) (consulta: 14 de octubre de 2022).

96 GARCÍA, Ramón: *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020. Págs. 378 y ss.

Similar a esta herramienta, en las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT, las *rules 57 a 60*, incorporan un mecanismo llamado “*petición conjunta de proceso consensual*”, en virtud del cual las partes, de común acuerdo, pueden formular una solicitud, vinculante para el tribunal, acerca del modo en que ha de desarrollarse el proceso: las partes describen en la petición inicial sus pretensiones y defensas, los extremos sobre los que se proyectan sus discrepancias y que han de ser resueltos por el tribunal, la concreta tutela que solicitan, así como los medios de prueba a su disposición para sostener sus alegaciones fácticas. Como indica Gascón Inchausti, que las partes sean capaces de llegar a formular una petición conjunta de proceso consensual obedecerá, con toda probabilidad, al desarrollo eficaz por su parte de actuaciones destinadas a lograr una solución pactada; aunque el resultado no haya sido pleno, las partes pueden con esta fórmula “ahorrarse” las etapas iniciales del proceso y colocar directamente al juez a las puertas de la fase decisoria<sup>97</sup>.

### 5.1.2. Coordinación de la gestión y jurisdicción

Una segunda cuestión a nivel procesal es que debe considerarse una articulación muy eficiente entre el sistema de justicia, su aparato administrativo y el judicial, para asegurar las condiciones necesarias para que se produzcan buenos acuerdos. Esta problemática opera en distintos niveles.

En primer lugar, el sistema de agendamiento en estos tribunales hace que el juez de preparación no tenga incentivos para desplegar esfuerzos en torno a los acuerdos, ni, en general, desarrollar otras funciones que la ley asigna a la audiencia preparatoria, como filtrar la prueba. En este sentido, un tema que ha sido poco explorado en nuestro país es la forma en cómo se asignan los jueces a los casos, cuestión que ha sido clave en aquellos países en que el fomento de los acuerdos ha tenido mayor éxito. En la experiencia

---

97 GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “*Las European Rules of Civil Procedure: ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?*”. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, N° 1, 2021. Pág. 289.

comparada sobre este aspecto, se distinguen dos sistemas o modelos, el calendario maestro (*master calendar*) y la asignación individual de los casos ("*individual docket system*", "*single o individual calendar system*"). En un sistema de calendario maestro, el caso no es asignado al conocimiento completo y exclusivo de un juez en particular, sino que cada juez desarrolla una función particular durante el desarrollo del procedimiento<sup>98</sup>. Solo si se requiere la decisión judicial de un asunto o cuando el caso esté listo para la etapa de juicio, se asigna a un juez que esté disponible para su conocimiento y resolución<sup>99</sup>. En cambio, en un sistema de calendario individual, el caso es asignado exclusivamente a un juez desde su inicio hasta su finalización<sup>100</sup>, de forma que permanece con el mismo juez hasta que termine por juicio o en un acuerdo, el que mantiene la responsabilidad de su propio número de casos<sup>101</sup>.

En Chile, desde la reforma procesal penal en adelante, se estableció el principio de la no radicación. Esta idea es consistente con la conformación de un tribunal unipersonal de composición múltiple, donde la diferencia entre la figura del juez y del Tribunal es más acentuada. También lo es, con un sistema de calendario maestro, donde diferentes jueces pueden intervenir en diferentes partes del proceso, y con el concepto de flujo de procesos, donde cada funcionario, incluyendo el juez, participa de un proceso productivo, realizando funciones determinadas, previamente descritas. En este sentido, no existe una asignación de casos a jueces en particular, sino la asignación de tareas entre ellos, distribuyéndoselas cuando alguna solicitud requiera la intervención de un juez en el curso del proceso<sup>102</sup>.

---

98 FABRI, Marco: "Selected issues of judicial administration in a comparative perspective". En: Fabri, Marco; Langbroek, P.M.: *The challenge of change for judicial systems. Developing a public administration perspective*. IOS Press Ohmsha, Amsterdam, Berlin, Oxford, Tokyo, Washington D.C., 2000. Pág. 191.

99 LEGG, Michael: *Case Management and complex litigation*. Federation Press, 2011. Págs. 4 – 5.

100 FABRI, Marco, ob. cit. Pág. 191.

101 LANGBEIN, John: "The demise of trial in American civil procedure: How it happened, is it convergence with European civil procedure?". En: Van Rhee, C.H.; Uzelac, Alan: *Truth and efficiency in civil litigation fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context*. Intersentia Cambridge, Antwerp, Portland, 2012. Pág. 139.

102 GARCÍA, Ramón, *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*, ob. cit. Págs. 508 y ss.

Si bien este sistema propende a la eficiencia del sistema, diluye la responsabilidad de los jueces sobre el proceso de litigación. Esto implica, por ejemplo, que en materia de familia o en materia laboral no siempre el juez que prepara el procedimiento, que interviene en la audiencia preparatoria o que tiene que ver con las cuestiones iniciales, incluso de carácter prejudicial, va a ser el que va a presidir la audiencia de juicio. Desde que la radicación no es la regla general, sino que la excepción, el juez de preparación prefiere “pasar” toda la problemática vinculada a la audiencia preparatoria a otro juez, con la esperanza de que no sea él mismo quien dirigirá la audiencia de juicio. Ello ha significado que en la audiencia de preparación no existen incentivos para que el juez tome seriamente alguna actividad o alguna actitud promocionando los acuerdos, y explica, en parte, porque la conciliación emerge con fuerza en la audiencia de juicio.

Nuevamente, los mejores resultados se reflejan claramente en aquellos sistemas donde los jueces tienen el conocimiento del caso desde su inicio y hasta su terminación (“*single o individual calendar system*”), ya que los incentivos de los jueces están en mejorar el control, avance y preparación de los casos y, por supuesto, de tener resultados relativamente eficientes en etapas tempranas, como ha sido el caso de las experiencias norteamericanas<sup>103</sup> e inglesa<sup>104</sup>.

En segundo lugar, es preciso poner atención en las relaciones existentes a nivel de funcionarios judiciales entre sí y dichos funcionarios con el juez o la jueza, especialmente a la luz del artículo 3 bis del CPC, teniendo en consideración que este no solo tiene como destinatario a las partes y al tribunal,

---

103 ROSENBERG, Maurice: “Federal rules of civil procedure in action: Assessing their impact”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 37, N° 6, 1989. Págs. 2199 – 2200.

104 NEUBERGER, David: “Docketing: Completing case management’s unfinished revolution”. En: *Ninth Lecture in Implementation Programme Solicitors’ Costs Conference*, London, 2012. Pág. 10. Documento electrónico disponible en: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mor-speech-solicitors-cost-conference-lecture-feb2012.pdf> (consulta: 13 de octubre de 2012).

sino que también a “los funcionarios de la administración”. En efecto, es importante no invisibilizar a estos últimos ya que cumplen un rol relevante en la promoción y facilitación de salidas autocompositivas.

Lo anterior se ve refrendado por la experiencia en materia de conciliación en los procedimientos de familia y laboral. En dichas experiencias se pudo observar una división de trabajo entre el juez y otros funcionarios del tribunal (funcionarios de acta y consejeros técnicos) a efectos de impulsar y generar las condiciones que permitan una mayor tasa de soluciones autocompositivas.

Para lo anterior es necesario que existan adecuadas instancias de coordinación entre todos los miembros del tribunal, especialmente que todos compartan un entendimiento similar de los objetivos y formas de llevar adelante los métodos autocompositivos. Solo de esta manera tiene sentido lo indicado por el artículo 3 bis, al extender su mandato más allá de las partes y el juez.

En tercer lugar, es preciso, alinear los incentivos e indicadores de gestión para jueces y administradores. En la actualidad, mientras para la administración el objetivo es procesar la mayor cantidad de casos en el menor tiempo posible, las preocupaciones de los jueces son arbitrar una serie de cuestiones dentro del procedimiento y producir una sentencia con ciertos estándares de calidad. En este sentido, si se pone el eje exclusivamente en la carga de trabajo, con miras a garantizar el procesamiento de un flujo de casos en aumento y evitar la acumulación de casos, los indicadores se orientarán a privilegiar la capacidad de asimilar los casos entrantes, medido por la capacidad de tener la más alta tasa de casos terminados lo más cerca posible de la entrada de casos nuevos. Por el contrario, si consideramos que el propósito del sistema de justicia es la entrega de respuestas de calidad, oportunas y con el menor costo posible, entonces los indicadores deberían reflejar hasta qué punto los tribunales han logrado cumplir con ello. Este enfoque orientado al usuario debería considerar predominantemente los intereses del público y evaluar el desempeño del sistema de justicia en la satisfacción de la necesidad de justicia. Como indica Uzelac, el éxito del proceso es evaluado por el producto

y, en última instancia, el producto entregado es la decisión mediante la cual se cierra el caso para el tribunal en cuestión. Los indicadores de desempeño que corresponderían a este enfoque deberían, por lo tanto, tener en cuenta lo que está en juego para las partes en el proceso; cuáles son los costos de resolución de disputas; la duración del proceso de resolución de disputas; y, por último, la eficacia de todo el proceso y el tiempo necesario para ejecutar finalmente la decisión judicial<sup>105</sup>.

Por estas razones, es necesario que existan objetivos comunes que orienten el desarrollo de ambas actividades, ya que son interdependientes. Es necesario repensar y reconfigurar el paradigma de separación estricta entre funciones jurisdiccionales y las funciones administrativas o de gestión. La experiencia comparada indica que ambos niveles, el judicial y administrativo deben operar bajo un paradigma de coordinación, por lo que resulta necesario delinear objetivos que sean comunes en los dos ámbitos<sup>106</sup>. Esta coordinación permitiría aquilatar adecuadamente los casos, con una perspectiva que integre las necesidades de eficiencia con los requerimientos de justicia. El estudio arrojó que no había casos especialmente identificados para llegar a acuerdos, esto es, no era posible establecer características comunes en los casos en donde los jueces promovían acuerdos en esta etapa del proceso. Esta clase de definiciones debería ser una de las que requiere una articulación entre los jueces y juezas con el estamento administrativo y de gestión de los tribunales.

## **5.2. Problemas de carácter cultural**

Sobre este aspecto, destacaremos el rol de la academia y los incentivos.

### **5.2.1 La gran deuda de la academia legal**

---

105 UZELAC, Alan: “Public and Private Justice: Working together for Common Goals”. En: Uzelac, Alan; Van Rhee, C.H.: *Public and Private Justice Dispute Resolution in Modern Societies*. Intersentia Antwerpen – Oxford, 2007. Págs. 11 – 13.

106 JEULAND, Emmanuel: *Court management - Gestion du tribunal Pour un principe de coordination en matière de gestion du tribunal - For au Principle of Coordination in Court Management*. IRJS Editions Collection: Bibliothèque de l’Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Paris, 2020. Págs. 1 – 22.

El problema de incorporar formalmente los acuerdos y en general, los llamados ADR en la formación jurídica es de antigua data<sup>107</sup>. Un cambio cultural hacia enfoques integradores de los acuerdos requiere, en general, una educación legal omnicompreensiva para los estudiantes de derecho, abogados y jueces, así como un liderazgo político unificado y coherente de las organizaciones de profesionales académicos, abogados, jueces y funcionarios<sup>108</sup>.

A nivel cultural, es imposible que los acuerdos se puedan desarrollar adecuadamente si no verificamos un cambio sustancial desde la academia, en su rol de formadora de jueces y abogados presentes y futuros. Lo importante es que quienes participen del proceso de conciliaciones tengan la formación necesaria para desenvolverse en una actividad de creciente relevancia en la operatoria del sistema. La idea de una formación obligatoria, intensiva y continua de los jueces, abogados y personal judicial interesados aparece como una preocupación muy generalizada de sistemas que están introduciendo los acuerdos con más fuerza<sup>109</sup>. Hoy en día no parece realista que los abogados enfrenten la litigación sin ninguna formación sobre los acuerdos. Pero también estas deficiencias tienen implicancias sistémicas.

En efecto, una adecuada formación en estas materias resulta clave no solo para su adecuada implementación, sino que para garantizar su legitimidad. La experiencia de la conciliación en materia de familia y laboral da cuenta de que una de las principales razones por las cuales esta salida es cuestionada en

---

107 GARTH, Bryant: “ADR and Civil Procedure: A Chapter or an Organizing Theme?”. En: *Journal of Legal Education*, Vol. 37, 1987. Págs. 34 – 36.

108 MORRIS, Catherine: “How legal culture & traditions shape systems & practices of mediation & conciliation: Lessons from Canada’s judicial system”. *Seminar for judges and mediators of the Intellectual Property and International Trade Court Bangkok*, Thailand, 12 November 2015. Documento electrónico disponible en: [https://www.academia.edu/28269262/How\\_legal\\_culture\\_and\\_traditions\\_shape\\_systems\\_and\\_practices\\_of\\_mediation\\_and\\_conciliation\\_Lessons\\_from\\_Canada\\_s\\_judicial\\_system](https://www.academia.edu/28269262/How_legal_culture_and_traditions_shape_systems_and_practices_of_mediation_and_conciliation_Lessons_from_Canada_s_judicial_system) (consulta: 02 de diciembre de 2022). En Chile, véase ROMERO RODRÍGUEZ, Sophia: “Redefiniendo el rol de los abogados en la justicia civil”. En: Sílvia Pereira et al. (Dir.), *Modernización, Eficiencia y aceleración del proceso*, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 511-516

109 MIAN, Nannu; HOSSAIN, Shaikh: “Problems of alternative dispute resolution mechanisms and proposals for improvement: A study in Bangladesh”. En: *International Journal in Management and Social Science*, Vol. I, 2013. Págs. 1 – 32, pág. 29.

dichos foros dice relación con las técnicas y discursos que los jueces utilizan para fomentar las conciliaciones. Tal como se mencionó, las técnicas que los jueces de familia y laboral han usado son muchas veces intimidatorias y abusivas. Lo anterior tiene diversas explicaciones, pero una de ellas es la falta de una ética judicial acerca de la conciliación, en otras palabras, la falta de capacitación de jueces acerca de estándares de comportamiento claros sobre como desempeñarse adecuadamente en esa instancia específica. La sola consagración legal en materia de familia del principio de colaboración (Art. 14 LTF) y de actuación de oficio (Art. 15 LTF) no provee por si solo de un marco teórico claro sobre la manera en que dicho mandato debe ser implementado.

Algo similar posiblemente ocurrirá con la introducción del artículo 3 bis del CPC, en la medida que como se anticipó este no viene acompañado de un discurso, de una teoría o de un marco teórico que guíe su puesta en práctica. La situación puede ser incluso más compleja en materia procesal civil, en la medida que dicho artículo deberá convivir con un marco teórico antagonista, el fuerte peso cultural que posee el principio dispositivo.

Como es sabido existe un problema de comprensión acerca del principio dispositivo entre los abogados, pues, para la mayoría la posibilidad de negociar está entregada de forma exclusiva a su voluntad o la de su cliente<sup>110</sup>. Sobre este punto ha surgido la discusión sobre si es posible asumir que las partes tienen un derecho absoluto a llevar o forzar un caso hasta el juicio por la sola voluntad de una de las partes, sin que ello lleve aparejado ningún costo.

Para que tenga plena operatividad el artículo 3 bis del CPC, este debiese ir acompañado de figuras similares a las contempladas en el derecho comparado, que establecen costos para la parte que tiene un entendimiento absoluto del principio dispositivo. Por ejemplo, existe la figura de la propuesta de acuerdo, que contempla incentivos a la posibilidad de que las partes logren

---

110 Sobre esta cuestión, véase el trabajo de ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía, ob. cit. especialmente, capítulo II.

un acuerdo que ponga fin al proceso. Se trata de la obligación de generar una oferta de acuerdo, cuyo rechazo puede generar repercusiones en los costos para aquella parte que desechó la propuesta<sup>111</sup>. La regla 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure* de USA, establece que una oferta de acuerdo debe ser hecha al iniciarse el procedimiento, la que, en caso de ser rechazada, y posteriormente, la sentencia otorga menos que la cantidad inicialmente ofrecida, el litigante que la rechazó deberá pagar los costos incurridos con posterioridad a la oferta<sup>112</sup>. Las Reglas Europeas si bien no llegan a prever como obligatorio un intento –fallido– de solución consensual del litigio como condición para la interposición de una demanda, la *rule 51* establece, bajo la rúbrica de “*Pre-commencement procedural duties*”, el deber de las partes de promover una solución consensual de la controversia y, en su defecto, un desarrollo eficaz del proceso<sup>113</sup>.

### 5.2.2. Incentivos

Conforme al estudio, el incentivo principal que existe para conciliar en la audiencia de juicio para los jueces se reduce fundamentalmente al manejo de la carga de trabajo. Lo anterior se entiende en el contexto de la programación de 3 a 4 audiencias preparatorias y de 1 ó 2 audiencias de juicio diarias, donde la agenda dispone la realización de las audiencias preparatorias en los primeros bloques de la mañana, finalizando el día con las audiencias de juicio. En este contexto, las conciliaciones se presentan al juez como una manera de evitar dictar sentencia en la causa, es decir, evitar ocupar toda una audiencia de juicio o varias de ellas recibiendo la prueba, para después producir un fallo -en el que cada vez se hace más exigente la

---

111 CORTÉS, Pablo; SOTELO, Francisco: “Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los derechos del common law y su aplicación en el proceso civil español”. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2011. Págs. 2 – 37.

112 Regla 68 de las Federal Rules of Civil Procedure. Documento electrónico disponible en: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/> (consulta: 20 de agosto de 2022).

113 GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, ob. cit. Pág. 289.

obligación de fundamentación- y cumplir con la agenda diaria de audiencias. De esta manera, los jueces perciben que en la conciliación se encuentra una herramienta de alivio a este tipo de complejidad.

Esta visión limitada, hace entender la imperiosa necesidad que se establezcan objetivos claros y compartidos en nuestro sistema que orienten las distintas actividades que ejecutan los operadores jurídicos y que comuniquen sobre el por qué es necesario y conveniente que un número considerable de asuntos sean resueltos mediante acuerdos.

En Estados Unidos, el juez que fomenta acuerdos está desarrollando una actividad que tiene por finalidad cumplir objetivos institucionales que son la obtención de una decisión justa, rápida y económica, conforme la regla 1 de las *Civil Procedural Federal Rules* de EE. UU. En Inglaterra es lograr el *Overriding Objective*, esto es, permitir que los tribunales traten los casos justamente y a un costo proporcional. Entonces existen objetivos institucionales o de sistema que inducen a que todos los actores también se orienten a desarrollar actividades en este orden de objetivos. En Europa, las reglas modelo europeas ELI/UNIDROIT, han sintetizado estas cuestiones señalando que el principio orientador en materia procesal es el de la cooperación leal entre los abogados y los jueces, cuya aplicación tiene por finalidad alcanzar los objetivos básicos del sistema<sup>114</sup>.

En consecuencia, alcanzar estos objetivos y principios, es lo que le otorga legitimidad a una serie de exigencias que las normas procesales pueden imponer a las partes. Esta realidad contrasta con la nacional, especialmente con la introducción del nuevo artículo 3 bis.

Este artículo estableció el deber de abogados, funcionarios de la administración de justicia y de los jueces, de promover el empleo de métodos autocompositivos de resolución de conflictos, sin que se pueda atribuir responsabilidad específica a algún interviniente en el fomento de estos instru-

---

114 Ver Regla 3 Reglas Europeas UNIDROIT/ELI.

mentos, como tampoco consecuencias derivadas por su falta de promoción. En otras palabras, existe una ausencia de reflexión y discurso acerca de los diversos incentivos que tienen los operadores del sistema de justicia para explorar soluciones autocompositivas.

## 6. CONCLUSIONES

El sistema de justicia chileno no es una isla, aunque a veces así lo parezca. En efecto, en el texto hemos dado cuenta cómo nuestro país ha seguido la misma senda que otros sistemas de justicia en cuanto a la progresiva incorporación, relevancia y rol que tienen los ADR y, en particular, la conciliación. Evidencia de lo anterior se presentó en cuanto al papel que la conciliación ha tenido y tiene en los sistemas por audiencias que nuestro legislador comenzó a implementar a principios del 2000, teniendo lugar una práctica regular de su uso, aunque no exenta de polémica.

En contraste, a propósito de lo que ha ocurrido históricamente con la conciliación en materias estrictamente civiles nuestro sistema sí parece una isla. Así se constata cuando observamos que tradicionalmente la doctrina nacional no ha prestado a la conciliación un mayor interés y la ha designado como una forma “anómala” de poner término a un conflicto, designación que ha tenido, a nuestro juicio, una serie de consecuencias más allá de lo simbólico. Asimismo, la poca información empírica disponible muestra que la conciliación en los juicios civiles no ha desempeñado un rol significativo.

Con todo, en un nuevo paso evolutivo siguiendo las tendencias comparadas, el año 2021 una reforma al Código de Procedimiento Civil introdujo el nuevo artículo 3 bis, atreviéndose a ir mucho más allá de las reformas legales previas en la materia, al establecer una nueva norma de carácter general y supletoria, que consagra un deber no solo para los jueces, sino que para los funcionarios del tribunal y los mismos abogados de promover el uso de los ADR.

Nos preguntamos entonces, ¿qué futuro le depara a esta a nueva norma? Para responder la interrogante tomamos como punto de partida la experiencia de los procedimientos de familia y laboral, examinando las prácticas en cuanto al uso de la conciliación, identificando los problemas que presenta en base a una investigación empírica exploratoria. Fue así como presentamos algunas dinámicas y estrategias desarrolladas por los jueces y las juezas chilenas en estas jurisdicciones en la audiencia de juicio, incluyendo sus consecuencias y las razones que han impulsado su mayor uso, entre ellas, las audiencias, que obligan, por un lado, a destinar tiempo exclusivo del juez o jueza para un caso y, por otro, programar un conjunto diario de ellas para darle rendimiento al sistema, lo que se conoce con el nombre de agenda.

Es esta experiencia la que nos permitió anticipar algunos de los principales obstáculos que tendrá la conciliación en materias civiles a efectos de poder cumplir con el rol que el legislador le atribuyó con la más reciente reforma. Así, distinguimos obstáculos procesales y obstáculos culturales. En cuanto a los primeros, identificamos la necesidad de generar información de alta calidad no en el final del litigio, sino que lo más temprano posible. Esta cuestión resulta fundamental para que las partes puedan evaluar con claridad sus respectivas pretensiones y el tribunal pueda proponer bases de acuerdo que efectivamente transformen a la conciliación en una solución viable y de calidad al inicio del proceso. Asimismo, mostramos la fuerte interdependencia de la conciliación con las estructuras administrativas del tribunal, ejemplificándolo con el sistema de agendamiento, que no favorece una adecuada vinculación entre la audiencia preparatoria y la de juicio, al no asegurar que un mismo juez conozca de ambas, afectando el desempeño de la audiencia preparatoria. Igualmente dimos cuenta de la relevancia de examinar la relación de los distintos funcionarios del tribunal y como estos pueden coordinarse a efectos de fomentar este tipo de salidas. En cuanto a los obstáculos culturales, observamos que no solo el sistema de justicia civil se encuentra de alguna manera atrasado respecto del sitio y relevancia de la conciliación, sino que, también, la academia, en la medida que no ha existido una adecuada reflexión sobre el rol de la conciliación en el sistema de justicia,

la pertinencia de su utilización y la forma en cómo esta debiese llevarse a cabo. Lo anterior, ha llevado a que la capacitación de los abogados y jueces no ha dado a la conciliación la importancia que merece, ni ha orientado la función que a los operadores de justicia les corresponde respecto de su uso.

Como consecuencia de lo anterior, existe una falta de reconocimiento de la conciliación y la ausencia de una discusión respecto de su legitimidad y un análisis apropiado de la cultura de los acuerdos. Estimamos que lo anterior no ha sido inocuo, generando una tensión irresoluta que hasta el momento tiene consecuencias perniciosas. Por un lado, no existe discusión acerca de cómo enfrentar la creciente demanda de acceso al sistema de justicia, especialmente en ciertas áreas, lo que ha incentivado que los jueces tengan un desempeño más activo a efectos de poder administrarla. Por otro lado, en la medida que no exista un debate que abiertamente reconozca un espacio a la conciliación, las finalidades que legítimamente se pueden perseguir con esta, ni existan objetivos sistémicos que sean compartidos por los distintos operadores respecto de su adecuado uso y alcance, esta seguirá operando sin un destino claro, poco comprendida por los operadores y permanentemente cuestionada.

Finalmente, si el legislador tiene alguna pretensión de que la reforma al CPC tenga algún impacto en la realidad, parece fundamental hacerse cargo de los puntos que hemos identificado. Si dicha norma no opera, entonces se trata de letra muerta, frustrando cualquier objetivo de política pública en la materia. Por el contrario, si el nuevo artículo 3 bis opera, no tenemos idea alguna de si lo hará de una manera que constituya una mejora para el funcionamiento del sistema o en su detrimento.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

ALCAÍNO, Eduardo; LILLO, Ricardo: *Reporte sobre el funcionamiento de la reforma a la justicia laboral en Chile*, CEJA, Santiago, 2013.

ALESSANDRI, Fernando: *Ley N° 7.760 Reformas introducidas al Código de P. Civil por la Ley N.° 7760*. Centro de Derecho de la U. de Chile, N° 2, segundo semestre de 1944.

ALLENDE, José: “Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia”. En: *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 32, N° 1, 2019. Págs. 255 – 273.

ARMENTA, Teresa: *Derivas de la justicia; Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*. Marcial Pons, Madrid, 2021.

BAEZA, Gloria; PÉREZ, Jaime: *Los nuevos tribunales de familia*. Thomson Reuters Santiago, 2008.

BARONA, Silvia: “ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 1, 2011.

BARONA, Silvia; ESPLUGUES, Carlos: “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”. En: Esplugues, Carlos; Barona, Silvia: *Global Perspectives on ADR*. Cambridge, Intersentia, 2014.

BELL, Evans: “Judicial case management”. En: *Judicial Studies Institute Journal*, Vol. 76, 2009.

BENAVENTE, Darío: *Derecho procesal civil. Juicio ordinario y recursos procesales*. Editorial Jurídica de Chile, 5a edición, Santiago, 2004.

BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego: *Proceso Civil: el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*. Thomson Reuters, 2ª Edición, Santiago, 2014.

BORDALÍ, Andrés; HUNTER, Iván: “Juicios orales en Chile”. En: Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Saíd Ramírez, Alberto: *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 2013.

BORDALÍ, Andrés; MARÍN, Juan: “Las relaciones entre las partes, los jueces y los abogados. El caso de Chile”. En: Storme, Marcel; Gómez, Cipriano: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, III, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CANNON, Mark: “Judicial administration to the 21st century”. En: *Public Administration Review*, Vol. 45, 1985.

CAPONI, Remo: “‘Just Settlement’ or ‘Just About Settlement’? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics”. En: *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Vol. 79, 2015.

CAPPALLI, Richard: “Procedimiento civil comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 2, 1992. Págs. 203 – 275.

CAPPELLETTI, Mauro: “La protection d’intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)”. En: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 27, N° 3, 1975. Págs. 571 – 597.

CAPPELLETTI, Mauro: “Access to justice as a theoretical approach to law and a practical programme for Reform”. En: *The South African Law Journal*, N° 109, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan: “Access to justice as a focus of research”. En: *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 1, 1981.

CAROCCA PÉREZ, Alex: *Derechos humanos y derecho civil: Una perspectiva procesal*. Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1997.

CAROCCA PÉREZ, Alex: *Manual de derecho procesal*, II. Lexis Nexis, Santiago, 2003.

CORTÉS, Pablo; SOTELO, Francisco: “Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los derechos del common law y su aplicación en el proceso civil español”. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2011. Págs. 2 – 37.

DELGADO, Jordi: “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito procesal: Sentimientos encontrados hacia una mejor justicia”. En: Vásquez Palma, María Fernanda: *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, problemas existentes y propuestas de solución*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

DELGADO, Jordi: “Conciliación laboral: Las bondades de un método ‘alternativo’ de resolución de conflicto”. En: Rivero, Renee; Marín, Juan Carlos; Ferrada, Francisco: *Reformas procesales necesarias a la justicia chilena. Actas de las VI Jornadas Nacionales de Derecho procesal*. Librotecnia, Colección Académica Derecho, T. I, Santiago.

DÍAZ, Claudio: *Curso de derecho procesal civil*, I. Lexis Nexis, Santiago, 2004.

DÍAZ, Marcela: *Manual de Procedimiento del trabajo*. Librotecnia, 3ª edición, Santiago. DOUGNAC, Antonio: “La Conciliación previa a la entrada en juicio en el derecho patrio chileno (1823-1855)”. En: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, Vol. 18, 1996. Págs. 113 – 147.

FABRI, Marco: “Selected issues of judicial administration in a comparative perspective”. En: Fabri, Marco; Langbroek, P.M.: *The challenge of change for judicial systems. Developing a public administration perspective*. IOS Press Ohmsha, Amsterdam, Berlin, Oxford, Tokyo, Washington D.C., 2000.

FISS, Owen M.: “Against settlement”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 93, N° 6, 1984.

FUENTES MAUREIRA, Claudio: *The Challenges and Complexities of Procedural Legal Transplants: The Case of Chile*. Stanford University, 2020.

GALANTER, Marc: “The vanishing trial: An examination of trials and related matters in federal and state courts”. En: *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, N° 3, 2004.

GARCÍA, Ramón: *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

GARCÍA, Ramón; FUENTES, Claudio: “El surgimiento del *case management* y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época”. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Vol. 88, 2020. Págs. 113 – 147.

GARCÍA, Ramón; FUENTES, Claudio: “¿Dirección judicial del proceso en la producción de pruebas? NO, Judicial Case management”. En: Santibáñez, María Elena; Marcazzolo, Ximena: *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Thomson Reuters, Santiago, 2019.

GARTH, Bryant: “ADR and Civil Procedure: A Chapter or an Organizing Theme?”. En: *Journal of Legal Education*, Vol. 37, 1987.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?”. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, N° 1, 2021.

GENN, Hazel: *Judging civil justice*. Cambridge University Press, 2008.

GLASSER, Cyril; ROBERTS, Simon: “Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives, Introduction”. En: *Modern Law Review*, Vol. 56, N° 3, 1993.

HARASIC YASIC, Davor: “Justicia civil: Transformación necesaria y urgente”. En: Silva, José Pedro; García, José Francisco; Leturia, Francisco: *Justicia civil y comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*. Fundación Libertad y Desarrollo y Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.

HENSLER, Deborah: “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System”. En: *Penn State Law Review*, Vol. 108, 2003 – 2004.

HENSLER, Deborah: “The contribution of judicial reform to the rule of law”. En: *Conference on New Approaches for Meeting the Demand for Justice*, Mexico City, 2001. Pág. 1. Documento electrónico disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/henslerspeech.pdf> (consulta: 08 de julio de 2022).

JEULAND, Emmanuel: *Court management - Gestion du tribunal Pour un principe de coordination en matière de gestion du tribunal - For au Principle of Coordination in Court Management*. IRJS Editions Collection: Bibliothèque de l’Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Paris, 2020. Págs. 1 – 22.

LANGBEIN, John: “The demise of trial in American civil procedure: How it happened, is it convergence with European civil procedure?”. En: Van Rhee, C.H.; Uzelac, Alan: *Truth and efficiency in civil litigation fundamental aspects of fact-finding and evidence-taking in a comparative context*. Intersentia Cambridge, Antwerp, Portland, 2012.

LEIPOLD, Dieter: “Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure”. En: Carpi, Federico; Ortells, Manuel: *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente/Oral and written proceedings: Efficiency in civil procedure*. Universidad de Valencia, Valencia, I, 2008. Pág. 68.

LEGG, Michael: *Case Management and complex litigation*. Federation Press, 2011.

MATIC, Auersperger: *Just words. The Effectiveness of Civil Justice in European Human Rights Jurisprudence*. Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

MENESES, Claudio; GORIGOITIA, Felipe: “Contra la conciliación en materia laboral: Algunas propuestas de cambio”. En: Vásquez Palma, María Fernanda: *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, problemas existentes y propuestas de solución*. Thomson Reuters, Santiago, 2018. Págs. 609 – 639.

MENESES, Claudio: “La Reforma Procesal Civil en Chile. Observaciones críticas sobre la organización del primer nivel jurisdiccional”. En: Carrasco Poblete, Jaime: *La Reforma Procesal Civil en Chile. Análisis crítico del Anteproyecto de Código Procesal Civil. Cuadernos de Extensión Jurídica* N°16. Editorial Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2009.

MERA, Alejandra: “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En: *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en*

*América Latina*. CEJA, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Santiago, 2013. Documento electrónico disponible en: <https://cutt.ly/s0wH3a7>.

MIAN, Nannu; HOSSAIN, Shaikh: “Problems of alternative dispute resolution mechanisms and proposals for improvement: A study in Bangladesh”. En: *International Journal in Management and Social Science*, Vol. I, 2013.

MORRIS, Catherine: “How legal culture & traditions shape systems & practices of mediation & conciliation: Lessons from Canada’s judicial system”. *Seminar for judges and mediators of the Intellectual Property and International Trade Court Bangkok*, Thailand, 12 November 2015. Documento electrónico disponible en: [https://www.academia.edu/28269262/How\\_legal\\_culture\\_and\\_traditions\\_shape\\_systems\\_and\\_practices\\_of\\_mediation\\_and\\_conciliation\\_Lessons\\_from\\_Canada\\_s\\_judicial\\_system](https://www.academia.edu/28269262/How_legal_culture_and_traditions_shape_systems_and_practices_of_mediation_and_conciliation_Lessons_from_Canada_s_judicial_system) (consulta: 2 de diciembre 2022).

NEUBERGER, David: “Docketing: Completing case management’s unfinished revolution”. En: *Ninth Lecture in Implementation Programme Solicitors’ Costs Conference*, London, 2012. Documento electrónico disponible en: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mor-speech-solicitors-cost-conference-lecture-feb2012.pdf> (consulta: 13 de octubre de 2012).

NÚÑEZ, Raúl; LARROUCAU, Jorge: “La conciliación en los procedimientos civiles”. En: Vásquez Palma, María Fernanda: *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado Actual, problemas existentes y propuestas de solución*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

NÚÑEZ, René; CORTÉS, Mauricio: *Derecho Procesal de Familia*. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

OTEÍZA, Eduardo: “Civil procedure reforms in Latin America: The role of the judge and the parties in seeking a fair solution”. En: *The Supreme Court Review* 49, 2010.

PALOMO, Diego: “Sobre la conducta procesal de algunos jueces: De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”. En: *Ius et Praxis* Vol. 20, N° 1, 2014.

PALOMO, Diego; MATAMALA, Pedro: “Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio”. En: *Revista de Derecho, U. Católica del Norte*, Año 19, N° 2, 2012.

PEREIRA, Hugo: “El juez conciliador”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XVIII, 1996.

PÉREZ RAGONE, Álvaro; COPANI, Juan: “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 1, N° XXVII, 2006.

RAMSEY, Vivian: “Implementation of the costs reforms”. En: Zuckerman, A.A.S.: *Civil Justice Quarterly, Special Issue: The implementation of Sir Rupert Jackson’s review of civil litigation costs*, Vol. 32, N° 2, 2013.

RESNIK, Judith: “Managerial Judges”. En: *Harvard Law Review*, N° 96, 1982.

RESNIK, Judith: “The privatization of process: Requiem for and celebration of the federal rules of civil procedure at 75”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, 2014.

RESNIK, Judith: “From ‘cases’ to ‘litigation’”. En: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, N° 5, 1991. Págs. 5 – 68.

RESNIK, Judith: “Managerial judges: The potential costs”. En: *Public Administration Review*, Vol. 45, 1985.

RIEGO, Cristián; LILLO, Ricardo: “¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la Reforma”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015.

RODRÍGUEZ, Ignacio: *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Editorial Jurídica de Chile, 5a edición, Santiago, 1995.

ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía: *Los hechos del proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021.

ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía, “Redefiniendo el rol de los abogados en la justicia civil”. En: Sílvia Pereira et al. (Dir.), *Modernización, Eficiencia y aceleración del proceso*, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 511-516

ROSADO, César: “El juez laboral desatado: Estado de Derecho y derechos laborales en el Chile ‘neoliberal’”. En: *Law & Social Inquiry*, Vol. 43, N° 4, 2018.

ROSENBERG, Maurice: “Federal rules of civil procedure in action: Assessing their impact”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 37, N° 6, 1989.

ROZAKIS, Christos: “The right to a fair trial in civil cases”. En: *Judicial Studies Institute Journal*, edición 2, 2004.

SARAT, Austin: “The litigation explosion, access to justice, and court reform: Examining the critical assumptions”. En: *Rutgers Law Review*, N° 37, año 1984 – 1985.

SETTEM, Ola Johan: *Applications of the 'fair hearing' norm in ECHR article 6(1) to civil proceedings. With special emphasis on the balance between procedural safeguards and efficiency*. Springer International Publishing, 2016.

SIME, Stuart: "Offers to settle incentive, coercion, clarity". En: Zuckerman, A.A.S.: *Civil Justice Quarterly, Special Issue: The implementation of Sir Rupert Jackson's review of civil litigation costs*, Vol. 32, N° 2, 2013.

STOEHREL, Carlos: *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*. Editorial Jurídica de Chile, 5a edición, Santiago, 1993.

TAPIA, Hugo: "Las reformas introducidas en el libro I del C. de P. Civil por la ley 7760". En: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 50, 1944.

TARUFFO, Michelle: "Aspectos de crisis de la justicia civil fragmentación y privatización". En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 3, 1999. (Trad. Silvina Álvarez).

TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo: *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Giappichelli Editore, Torino, Quaderni CESIFIN, nuova serie, 2005.

TZANKOVA, Ianika: "Case Management: The stepchild of mass claim dispute resolution". En: *Uniform Law Review*, Vol. 19, N° 3, 2014.

UZELAC, Alan: "Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world, global developments towards harmonisation (and back)". En: Uzelac, Alan: *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*. Springer International Publishing, Suiza, 2014.

UZELAC, Alan: “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”. En: Simons, Adrian; Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio; Pérez Ragoné, Álvaro; Henrique dos Santos Lucon, Paulo: *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, libro electrónico.

UZELAC, Alan.: “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”. En: *Hungarian Journal of Legal Studies* 58, N° 1, 2017.

UZELAC, Alan: “Public and Private Justice: Working together for Common Goals”. En: Uzelac, Alan; Van Rhee, C.H.: *Public and Private Justice Dispute Resolution in Modern Societies*. Intersentia Antwerpen – Oxford, 2007.

UZELAC, Alan; VAN RHEE, C.H.: “The Metamorphoses of Civil Justice and Civil Procedure: The Challenges of New Paradigms — Unity and Diversity”. En: Uzelac, Alan; Van Rhee, C.H.: *Transformation of Civil Justice (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, 70)*. Springer Publishing AG, part of Springer Nature, 2018.

VAN RHEE, C.H.: “Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers”. En: *Access to Justice in Eastern Europe*, N° 1 (6), 2020.

VARGAS, Juan Enrique: “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”. En: *Sistemas Judiciales. Resolución alternativa de conflictos*. CEJA, INECIP N° 2, 2003. Documento electrónico disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/891> (consulta: 30 de noviembre de 2022).

VARGAS, Macarena: “La Justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede civil”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, 2019.

VARGAS, Macarena; FUENTES, Claudio: *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas Aproximaciones*. DER Ediciones, 2018.

VRANKEN, J. B. M.: “The impact of civil procedure reforms on the opportunities of substantive judge-made law”. En: Nomi, P.: *Procedure in the XXIst century compared*. Tokio, Japan – Netherlands Institute, 2001, VII.

WALDRON, Jeremy: “The Rule of Law and the Importance of Procedure”. En: Fleming, James: *Getting of the Rule of Law*. New York, London, New York University Press, Nomos L, 2011.

WOOLF, Harry: *Access to Justice Final Report*, Section III, Chapter 10, “Pre-action Protocols”, N° 9, 1996. Documento electrónico disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041328/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3a.htm#c10> (consulta: 16 de Agosto de 2022).

ZUCKERMAN, Adrian: *Civil justice in crisis, comparative perspectives of civil procedure*. Oxford, Oxford University Press, 1999.

## NORMAS CITADAS

### Código de Procedimiento Civil

Ley N° 18.705.

Ley N° 18.802.

Ley N° 19.334, “que introduce modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de conciliación judicial”.

Ley N° 7.760, “modifica las disposiciones que se indican del Código de Procedimiento Civil”.

## DOCUMENTOS CITADOS

PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA: *Cuenta Pública del Poder Judicial de Chile*, 2020, apéndice, cuadro 3.18. Documento electrónico disponible en: <https://www.pjud.cl/docs/download/2700>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, documento 4 (2007), págs. 20 – 21. Documento electrónico disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> (consulta: 01 de octubre de 2022).

MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE, Versión en inglés de 21 de febrero de 2021, documento electrónico disponible en el sitio web del European Law Institute como <https://cutt.ly/30wKx4n>

Historia de la Ley N° 19.334, Intervención del Senador Miguel Otero en la Comisión Mixta, pág. 74. Documento electrónico disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) (consulta: 25 de agosto de 2022).

*Practice Direction (PD) Pre –action conduct*, párrafo 3. Documento electrónico disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia del Reino Unido: [https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd\\_pre-action\\_conduct](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct) (consulta: 14 de octubre de 2022).

Proyecto de Ley N° 3255-07, “que modifica el proceso de conciliación judicial regulado en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil”.

Regla 68 de las Federal Rules of Civil Procedure. Documento electrónico disponible en: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/> (consulta: 20 de agosto de 2022).

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Concepción, Causa ROL N° 549-2022, Sentencia de 8 de septiembre de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Cantos”, sentencia de 28 de noviembre de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Mémoli Vs. Argentina”, Sentencia de 22 de agosto de 2013.

**OBSOLESCENCIA DE LA BIPARTICIÓN  
CIVIL LAW - COMMON LAW:  
GESTACIÓN DE NUEVOS MODELOS PROCESALES  
CIVILES ¿REALIDAD O UTOPIA?¹**

OBSOLENCE OF THE BIPARTITION  
CIVIL LAW - COMMON LAW:  
GESTATION OF NEW CIVIL PROCEDURAL MODELS  
REALITY OR UTOPIA?

Evelyn Vieyra Luna\*

**Resumen**

El objetivo principal de este artículo es presentar brevemente la historia, características y diferencias de los tradicionales modelos procesales: el *common law* y el *civil law* a fin de demostrar su obsolescencia y quiebre. Para estos efectos, se ha empleado el método funcional, propio del derecho comparado, en el entendido que se busca comparar el medio por el cual el *common law* y el *civil law*, resuelven sus conflictos de relevancia jurídica, esto es, el “proceso”, a través de la identificación sucinta de los rasgos esenciales de cada uno de ellos, diferenciándoles de elementos variables, mediante la constatación de normativa relevante (histórica y vigente) como de la verificación de las diversas posiciones dogmáticas básicas que han

---

1 Artículo recibido el 14 de marzo de 2023 y aceptado el 19 de mayo de 2023.

\* Académica de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dpto. de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, Copiapó, Chile, [evelyn.vieyra@uda.cl](mailto:evelyn.vieyra@uda.cl)  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8040-376X>.

personificado a dichos modelos procesales. El resultado ha sido la comprobación de que en la actualidad los sistemas mixtos se asoman como una realidad más común de lo que pareciera.

### **Palabras claves**

Modelo procesal; *common law*; *civil law*; modelos mixtos; proceso civil.

### **Abstract**

The main objective of this article is to briefly present the history, characteristics and differences of the traditional procedural models: the common law and the civil law in order to demonstrate their obsolescence and bankruptcy. For these purposes, the functional method, characteristic of comparative law, has been used, in the understanding that it seeks to compare the means by which the common law and the civil law resolve their conflicts of legal relevance, that is, the “process”, through the succinct identification of the essential features of each of them, differentiating them from variable elements, through the verification of relevant regulations (historical and current) as well as the verification of the various basic dogmatic positions that have personified said procedural models. The result has been the verification that currently mixed systems appear as a more common reality than it seems.

### **Keywords**

Procedural model; common law; civil law; mixed models; civil process.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Por años los docentes de derecho procesal de todo occidente hemos enseñado en nuestras aulas la conocida e inmaculada bipartición de los modelos procesales: *common law* y *civil law*.

En Latinoamérica nos hemos conformado con admitir y asumir que el medio en que resolvemos nuestros conflictos de relevancia jurídica son una expresión más del modelo procesal de *civil law*. Esta idea envuelta en el

seno más profundo de nuestra cultura jurídica nos lleva a horrorizarnos con la implementación de nuevas fórmulas jurídicas propias del *common law* o incluso de otros modelos procesales que se encuentran fuera del radio geográfico histórico-normativo occidental.

Sin embargo, hoy en día hay una paulatina y cada vez más difundida presencia de características pertenecientes a un modelo procesal como de otro, a propósito de una serie de factores dinámicos, como los son las reformas y las consecuencias jurídicas propias de la globalización.

Lo anterior ha provocado la fragmentación de los esquemas tradicionales: *civil law* y *common law*, por lo cual no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos jurídicos.

Mantenernos ajenos a la realidad jurídica mediante la continua enseñanza de la típica bipartición de los modelos procesales de *civil law-common law*, no es una opción, porque impide una comprensión real del fenómeno que estamos viviendo, sesgando el saber a modelos procesales idealizados sin permitirnos pensar en nuevas fórmulas jurídicas ajenas a lo que tradicionalmente habíamos concebido.

En virtud de ello, el objetivo principal de este opúsculo es presentar brevemente la historia, características y diferencias de los tradicionales modelos procesales: el *common law* y el *civil law* a fin de demostrar su obsolescencia y quiebre.

Para estos efectos, se ha empleado el método funcional, propio del derecho comparado, en el entendido que se busca comparar el medio por el cual el *common law* y el *civil law*, resuelven sus conflictos de relevancia jurídica, esto es, el “proceso”, a través de la identificación sucinta de los rasgos esenciales de cada uno de ellos, diferenciándoles de elementos variables,

mediante la constatación de normativa relevante (histórica y vigente) como de la verificación de las diversas posiciones dogmáticas básicas que han personificado a dichos modelos procesales.

Para realizar la comparación referida, hemos seleccionado los siguientes rasgos: modelo procesal imperante (adversarial o inquisitivo); formación y designación de los jueces; formación y educación jurídica de los abogados; participación de los operadores técnicos del proceso (mayor o menor participación); forma de litigación de los abogados en el procedimiento; carácter del tercero imparcial que resuelve la controversia (juez letrado o jurado); normas reguladoras de la prueba (tales como “suficiencia probatoria” y testigos a oídas); forma de comunicación entre el juez y la partes en el proceso (oralidad o escrituración); existencia de una fase preliminar, como fase autónoma o no del procedimiento y finalmente, alcance del recurso de apelación.

Es importante advertir, que los rasgos seleccionados no son los únicos de los cuales se puede realizar una comparación entre los modelos procesales en cuestión<sup>2</sup>, por lo que en ningún caso excluyen la existencia de otros criterios diferenciadores, la selección obedece más bien a la opinión de la marcada incidencia que éstos producen en el proceso, como a la limitada extensión en la cual se puede desarrollar el presente trabajo.

---

2 Es importante aclarar que los rasgos seleccionados dicen relación con el proceso, entendido como medio idóneo para dirimir imparcialmente por acto de juicio de autoridad los conflictos de relevancia jurídica mediante la dictación de una resolución judicial. Lo anterior, atendido que el objeto de comparación son los modelos procesales y no los sistemas jurídicos de *civil law* y *common law* en su conjunto, pues esto último, excedería con creces los alcances de la presente investigación. Debido a ello, no se realizó un análisis de la tradicional diferencia de los sistemas *common law* y *civil law*, respecto al uso del precedente versus la ley escrita, respectivamente, así como tampoco se incluyeron las fuentes del derecho ni las reglas de interpretación de este, entre otras. Respecto al uso del precedente versus ley escrita y su falta de valor descriptivo en la actualidad. Véase Taruffo, Michele: “Precedente y Jurisprudencia”. En: *Precedente. Revista Jurídica*, 2007, Pág. 85-99.

Nuestra investigación se desarrollará en tres ítemes, el primero de ellos abordará los modelos procesales: *common law* y *civil law*; el segundo de ellos, la obsolescencia y quiebre de dichos esquemas tradicionales; y el tercero, finalmente intentará exponer la situación actual y el surgimiento de los modelos procesales mixtos.

## 2. LOS TRADICIONALES GRANDES MODELOS PROCESALES: EL COMMON LAW Y EL CIVIL LAW

### 2.1. Consideraciones previas

No es una novedad el estudio comparado de los distintos modelos procesales, pues son varios los intentos de ello, mediante la observación de las diferentes formas de solución de conflictos de relevancia jurídica de todo el mundo, lo cual deriva de las diferentes culturas jurídicas, y por supuesto, culturas políticas, de cada país.

Entre ellas, se ha considerado frecuentemente la división en procesos romanos, germánicos y angloamericanos<sup>3</sup>.

Respecto, al estudio comparativo, desde los sistemas procesales resulta emblemática la yuxtaposición entre los modelos procesales correspondientes al *civil law* y *common law*<sup>4</sup> en los países de civilización occidental.

---

3 STÜRNER, Rolf: “Derecho Procesal y Culturas Jurídicas”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 1, 2007. Pág. 435. Sin perjuicio, de que al final de su artículo concluye que en el presente se conocen tres modelos procesales que no pueden clasificarse más de acuerdo con la familia jurídica de la cual provienen. Los modelos procesales actuales, según él, sería el modelo procesal románico, el modelo de la “audiencia principal” y el modelo por jurado. *Ibid.* Págs. 444-445.

4 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vicenzo & COMOGLIO, Paolo: *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*. Marcial Pons, Madrid, 2017. Pág. 28; Taruffo, Michele: “Legal Cultures and Models of Civil Justice”. En: Heldrich, Andreas & Uchinda, Takeyoshi, *Festschrift für Hideo Nakamura*. Seibundo, Tokyo, 1996. Págs. 621 y ss.; Denti, Vittorio: “L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei”. En: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 20, N° 1, 1965. Págs. 31 y ss.; CAPPELLETTI, Mauro: *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”*. Cedam, Padova, 1963. Págs. 43 y ss.

Existen otros sistemas procesales como el de los países asiáticos, escandinavos y soviéticos e incluso otros a éstos.

Sin embargo, reduciremos el estudio de este punto solo en los sistemas procesales de tradición occidental, sin por supuesto pretender menoscabar la importancia y los valores de los otros sistemas legales.

Para ello necesariamente, debemos limitar el ámbito geográfico dónde se desarrollaron los sistemas jurídicos de *common law* y *civil law*, que nos llevan al estudio particular de los modelos procesales de cada uno de ellos.

Los países representantes del *common law*, son aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo Estados Unidos<sup>5</sup>. Al respecto, Dondi<sup>6</sup>, señala que la noción de *common law* resulta coincidente con la de los modelos procesales desarrollados en Inglaterra en el curso de la baja Edad Media<sup>7/8</sup> y luego, a partir del siglo pasado, también resulta

---

5 En Estados Unidos, su origen, se produce por la colonización principalmente de Inglaterra. En la época, de los primeros asentamientos, a comienzos del siglo XVII, había también colonias de otros países europeos, como Holanda que ocupaba Nueva Ámsterdam (y que pasó a ser Nueva York), Suecia, que ocupaba una parte de lo que más tarde habría de ser Nueva Jersey, y Francia, que ocupaba lo que pasó a ser Canadá y otras áreas que en la actualidad van desde Pennsylvania occidental hasta Nueva Orleans. A partir de 1660 Inglaterra atacó y expulsó a los colonos de estos países, instaurando así un dominio exclusivo sobre las colonias americanas forjando así Norteamérica su sistema jurídico, y especialmente procesal, sobre la base del modelo inglés. Hazard, Geoffrey & Taruffo, Michele, ob. cit. Pág. 21.

6 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 29.

7 Respecto del "*Feudal element*", a modo ejemplar, véase: POUND, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*. Marshall Jones Company, Francestown, 1921. Págs. 1 y ss.; WYNESS MILLAR, Robert: *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*. Law Center of New York University for The National Conference of Judicial Councils, New York, 1952. Págs. 12 y ss.

8 GELDART, estima que no se puede señalar ningún momento exacto, de cuándo comenzó el *Common law*, solo podríamos limitarnos a indicar que tan atrás como los antecedentes o reportes se encuentre la suposición de los jueces de que existen un *Common law* no hecho por ningún legislador. GELDART, Williams: *Introduction to English law*. Oxford University Press, Oxford, 1984. Pág. 2.

tendencialmente coincidente con la de *adversary system of litigation*, especialmente con referencia al orden técnico-estructural del modelo de proceso civil desarrollado en el ámbito estadounidense<sup>9</sup>.

En todo caso, se estima que los sistemas americanos eran más sencillos que el modelo inglés representativo del *common law*. Por ejemplo, aunque en esa época existían en Inglaterra diversos tribunales de *common law*<sup>10</sup>, en la mayoría<sup>11</sup> de cada Estado americano había un solo tipo de tribunal y un solo procedimiento<sup>12</sup>.

No obstante, no es posible negar que los Estados americanos en 1776 heredaron el derecho procesal civil inglés, con un cúmulo de adaptaciones que se remontan a no menos de siete siglos de historia de las instituciones de Inglaterra<sup>13</sup>.

---

9 LANDSAMN, Stephen: *The adversary system: A description and defense*. American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, 1984. Págs. 41 y ss.; FRANKEL, Marvin: "Search for truth: An Umpireal View". En: *University Of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, N° 5, 1975. Págs. 1036 y ss.; DAMAŠKA, Mirjan: *The faces of justice and state authority*. Yale University Press, New Haven, 1988. (Trad. Michele Taruffo). Págs. 104 y ss.; JOLOWICZ, Jhon: "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, N° 2, 2003. Págs. 281 y ss.; JOLOWICZ, Jhon: *On Civil Procedure*. University Press Cambridge, Cambridge, 2000. Págs. 175 y ss.; BRAZIL, Wayne: "The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change". En: *Vanderbilt Law Review*, Vol. 31, N° 6, 1978. Págs. 1295 y ss.

10 El sistema judicial inglés era la combinación descoordinada de cuatro tribunales distintos y de muchos tribunales locales. Los cuatro tribunales centrales eran *King's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer* y *la Court of Chancery*. Para mayor estudio sobre el quehacer e historia de los tribunales centrales véase: HAZARD, Geoffrey & Taruffo, Michele: *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzandi, Madrid, 2006. (trad. Fernando Gascón Inchausti). Págs. 25-27.

11 Decimos "la mayoría" sin realizar una afirmación absoluta sobre esta materia, porque los estados norteamericanos que se convirtieron en Delaware y Nueva Jersey sí mantuvieron tribunales separados de *common law* y de *equity*, sin cambios relevantes respecto al modelo procesal civil inglés.

12 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, op. cit. Pág. 23.

13 Ídem. En este mismo sentido, JOLOWICZ, J: "El procedimiento Civil en el common law. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX". En: *Años de Evolución Jurídica*. Vol. LXXV, 1978 (trad. Lucio Cabrera Acevedo). Págs. 99-166.

Mientras que, el *civil law*, se circunscribió a un ámbito geográfico principalmente europeo continental, se trató de colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, sin perjuicio de otros ámbitos geográficos, que replicaron este sistema.

No obstante, esta distinción geográfica, de los territorios que representarían cada uno de los sistemas referidos, también resulta importante reconocer que, desde siempre ha habido muchas diferencias al interior de cada sistema, por ejemplo, entre Francia y Alemania, así como Inglaterra y Estados Unidos, pues como comentamos, a propósito de la clasificación de “procesos”, la forma de entender el “proceso”, por ejemplo, resulta diferente, en uno y otro caso.

## **2.2. Algo de Historia de los Sistemas Jurídicos de Common law y Civil law**

### 2.2.1 El Civil law

El término “*civil law*” se deriva de las palabras latinas “*jus civile*”, por el cual los romanos designaron las leyes que solo los romanos ciudadanos o “*cives*” originalmente tenían el privilegio de disfrutar. Para los demás estaba el “*jus gentium*”<sup>14</sup>. Este último, supervisaba las controversias entre extranjeros o éstos y ciudadanos romanos<sup>15</sup>.

Se dice que los países de *civil law* son aquellos que recibieron su ordenamiento jurídico del derecho romano, particularmente Italia<sup>16</sup>, a diferencia del sistema inglés, donde el derecho romano no constituye fuente directa del derecho<sup>17</sup>.

---

14 DAINOW, Joseph: “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, N° 3, 1966-1967. Pág. 420.

15 SCARCIGLIA, Roberto: “A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times”. En: *Beijing Law Review*, N° 6, 2015. Pág. 298.

16 Ídem.

17 ANN GLENDON, Mary, WALLACE GORDON, Michael & CAROZZA, Paolo: *Comparative legal traditions*. West Group, ST. Paul, Minn., 1999. Págs. 283-284.

Ahora, si bien es cierto que el derecho romano constituye fuente del *civil law*, ello, es solo una parte de la historia. Esta referencia al derecho romano puede apreciarse mejor a la luz de un examen de la naturaleza de su desarrollo junto con su evolución histórica y social durante un período de al menos mil años, desde el comienzo de la escritura formal de la ley en las Doce Tablas hasta la finalización de las codificaciones y compilaciones de Justiniano<sup>18</sup>.

Hubo un período antiguo con un sistema cuyo marco legal era muy rígido, con formas procesales estrictas y limitadas. Cuando sus insuficiencias causaron excesivas penalidades, se estableció la oficina del “pretor”, por el cual las influencias liberales podrían hacerse sentir y recibir una aplicación concreta. La estricta ley antigua, el “*jus civile*”, fue atemperado y al mismo tiempo complementada por la justicia y la equidad de los nuevos recursos y procedimientos desarrollados por los pretores.

A medida que creció la consideración pública por el pequeño número de juristas altamente calificados, a menudo se buscaban sus opiniones para aclaración y orientación. Con el transcurso del tiempo, estos juristas llegaron a gozar del más alto prestigio.

Durante siglos, se hicieron algunos esfuerzos para coordinar y agrupar las normas del derecho; también hubo intentos de recopilar los resultados de un estudio de un gran número de decisiones de casos reales, especialmente los más significativos. Fue en este contexto, y para ser entendido a la luz de que el emperador Justiniano reunió a los grandes juristas de su época y les hizo compilar el cuerpo de leyes que inmortalizó su nombre.

Luego, en la Edad Media, el derecho romano fue eclipsado en muchas partes de Europa. Sin embargo, reapareció en diferentes épocas y de diversas maneras, fue modificado y reinterpretado, y en los siglos XVIII y XIX habiendo adquirido un profundo reconocimiento de los juristas y académicos europeos. El derecho romano estaba en uno de los picos de su prestigio

---

18 DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 421.

cuando las diversas unificaciones políticas de Europa occidental llevaron a la unificación del derecho privado en los movimientos nacionales de codificación, especialmente en Francia y en Alemania<sup>19</sup>.

Las características esenciales de estas modificaciones legislativas fijaron las bases y determinaron la naturaleza de los sistemas jurídicos de los que eran expresión, las cuales se pueden simplificar en la ley como fuente principal del derecho; la utilización de jueces letrados para decidir las controversias y; por último, el proceso ordinario civil, de carácter inquisitivo y escrito, para resolver las controversias de dicha naturaleza.

### 2.2.2. El Common law

El *common law* como sistema jurídico, como vimos, su origen está asociado a Inglaterra y su desarrollo, también a Estados Unidos. En Inglaterra se originó y desarrollo debido a las condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas derivadas del sistema feudal y sus incidencias, mientras que, en Estados Unidos, se instaura producto de la colonización.

En el sistema inglés, la resolución de disputas se realizaba a nivel puramente local, cada región actuaba de forma independiente y sin conocimiento de lo que hacían las demás. Los tribunales locales eran innumerables y particulares: se trataba de tribunales de castillo, de pueblo y de distrito, además de tribunales especiales en algunas regiones estratégicas en diversas zonas de Inglaterra<sup>20</sup>. Cuando el rey buscó establecer un poder central más importante, se encontró con un serio conflicto con las autoridades locales. Sin embargo, estableció sus propios tribunales con jueces que circulaban por todo el país.

---

19 Ídem.

20 *Ibíd.* Pág. 25.

Así las cosas, el sistema judicial inglés resultaba de una combinación des-coordinada entre los tribunales locales y los tribunales centrales. Estos últimos eran *King's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer* y la *Court of Chancery*<sup>21</sup>.

Estos son de gran importancia para el desarrollo del proceso civil anglo-sajón, pues a partir del siglo XVII, la potestad autónoma de los tribunales de declarar el Derecho se afirmó como un presupuesto para limitar el poder real, luego, en el siglo XVIII, los colonos invocaron el *common law*, de creación judicial para afirmar su propia autonomía frente a los poderes del parlamento, explicando así la potestad de los jueces de crear derecho como tradición de la cultura anglosajona<sup>22</sup>.

En efecto, si bien no eran tribunales de jurisdicción general, sino solo competentes en ciertos tipos de casos, mediante sus decisiones pudieron crear las primeras normas uniformes, que servirían para establecer normas generales y comunes en todo el país.

Estas adquieren la forma de derecho general o derecho consuetudinario para todas las partes del reino; de ahí el nombre de *common law*<sup>23</sup>. Según la teoría creativa (o judicial)<sup>24</sup>, la posición moderna es reconocer que los

---

21 Para mayor estudio sobre el quehacer e historia de los tribunales centrales véase: HAZARD & TARUFFO (2006), pp. 25-27.

22 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 27.

23 DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 422.

24 En contraposición existe la teoría declarativa, según la cual, las decisiones eran meramente la expresión concreta o la evidencia del *common law*, el cual, tenía una existencia permanente y universal, que coincidía con la figura del juez pasivo [FRIEDMAN, Lawrence: "Legal Rules and the Process of Social Change". En: *Stanford Law Review*, Vol. 19, N° 4, 1967. Págs. 103 y ss.], a fin de legitimar ese papel institucional. Concepción tradicional de la doctrina inglesa y americana que dominó todo el siglo XIX con significativas adhesiones aún en épocas posteriores. CROSS, Rupert & HARRIS, J. W: *Precedent in English Law*. Clarendon Law, Oxford, 1977. Págs. 23 y ss.; POUND, Roscoe: *An Introduction to the Philosophy of Law*. Yale University Press, New Haven, 1922. Págs. 103 y ss. Según esta teoría, el juez se limita a declarar la norma que gobierna el caso concreto. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008. (trad. Beatriz Quintero). Pág. 128.

casos decididos fueron la fuente misma y la esencia del derecho inglés<sup>25</sup>. La negación del poder creativo del juez, no correspondía a la realidad *decision-making*<sup>26</sup>.

La función del *law-making* del juez se manifestó con mayor intensidad en Estados Unidos que en Inglaterra<sup>27</sup>, probablemente también en función de la distinta rigidez del sistema del precedente en ambos países<sup>28</sup>.

A ello, sumamos que, en el derecho anglosajón, existía, por una parte, el procedimiento propio del *common law* (fundado en los “*writs*”) y por otra, el de la *equity*. Los cuales se resolvían conforme a reglas jurídicas diversas.

En sentido estricto, un proceso de *common law*, es aquel en que la tutela se fundaba en el sistema de los *writs*<sup>29</sup>. Este sistema regulaba la tutela ante varios ilícitos específicos, como la perturbación de la posesión o el incumplimiento contractual.

---

25 DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 423.

26 De otro modo no se explicarían fenómenos como la creación de los fundamentos del derecho comercial moderno, o en general la capacidad del *common law* de adecuarse modificándose a las situaciones económicas jurídicas y sociales en profunda evolución a través de los siglos. Por lo demás, tal idea contradice el fundamento mismo de la teoría de precedente. CROSS, Rupert & HARRIS, J.W, ob. cit. Págs. 24 y ss., 176 y ss., 182 y ss. Para los análisis fundamentales de la *decisión-making*, véase: CARDOZO, Benjamin: *The Nature of Judicial Process*. Yale University Press, New Haven, 1921. Págs. 98 y ss.; CARDOZO, Benjamin: *The Growth of the Law*. Yale University Press, New Haven, 1924. Págs. 56 y ss.; POUND, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*. ob. cit. *passim*; POUND, Roscoe: An Introduction...ob. cit. Págs. 5 y ss.; POUND, Roscoe: “The Theory of Judicial Decision”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 36, N° 8, 1923. Págs. 940 y ss. 27 JAFFE, Louis: *English and American Judges as Lawmakers*. Clarendon Press, Oxford, 1969. Págs. 4 y ss., 67 y ss.

28 Toda vez que después de que la función normativa de la legislación adquirió su propia importancia, los tribunales estaban obligados a dictar sus decisiones de acuerdo con el texto, pero cada vez que surgía alguna pregunta o duda, se daba una interpretación restringida al estatuto para minimizar su intrusión en el *common law* y preservar un máximo de autoridad en los tribunales. Dainow, Joseph, ob. cit. Pág. 422.

29 En estos casos, la *action* tenían un inicio tipificado, a través de un writ, que era una orden (que determinaba la competencia del tribunal, procedimiento aplicable y excepciones posibles oponibles), emitida por los funcionarios judiciales del rey, que obligaba al demandado a realizar determinados actos para restablecer la paz. Cuando el demandado ofrecía su contestación, el tribunal podía enjuiciar la concreta conducta denunciada, o en su caso la controversia jurídica subyacente de la que aquélla derivaba. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 27.

La “*equity*”<sup>30</sup> nace para hacer frente a todo tipo de nuevos problemas o situaciones difíciles, atendido que los “*writs*” no cubrían todo el panorama de posibles ilícitos jurídicos, ni en teoría ni en la práctica<sup>31</sup>. En algunos casos, la “*equity*” lo logró, complementando el *common law* al ofrecer remedios compatibles, pero en otros produjo un conflicto directo con el derecho común<sup>32</sup>.

La *equity* se caracterizó por desarrollar un procedimiento propio y distintivo<sup>33</sup>, ante el Canciller de la Corte Real, de aquel tramitado ante los tribunales locales anglosajones. Por tanto, implicó la creación paulatina de un sistema procesal propio, por el riesgo que corría el demandante al no hacer una correcta elección del *writ* adecuado, como por la inexistencia de una segunda instancia<sup>34</sup>.

Con el transcurso del tiempo, el Canciller, paso a llamarse Tribunal de la Cancillería<sup>35</sup>, que a menudo emitía una orden judicial equitativa que ordenaba a una persona cesar una acción que había sido ordenada por un tribunal de *common law*.

Ambos coexistieron, pero siempre tuvo mayor importancia y aplicación personal y material el sistema del *Common Law*. El procedimiento de equidad no tardó mucho tiempo en integrarse también de rigidez y formalismo. Ambos no fueron codificados, se fundaron en la costumbre, en la práctica de los tribunales y en el precedente.

---

30 La historia y la evolución de la “*equity*” en el derecho inglés llama la atención al parecerse al desarrollo de la justicia pretoriana en el derecho romano. Al respecto DAINOV, se pregunta si será que el *common law* no estaría en proceso de pasar por las etapas de desarrollo que experimentó el *civil law* hace mucho tiempo, y si el futuro del *common law* no podría en alguna medida ser anticipado en la historia del *civil law*. DAINOV, ob. cit. Pág. 423.

31 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 29.

32 ANN GLENDON, Mary, WALLACE GORDON, Michael & CAROZZA, Paolo, ob. cit. Pág. 284.

33 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 30, 32.

34 PÉREZ RAGONE, Álvaro: “Writ” y “Actio” en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval. En: *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N° 29, 2007. Págs. 333-356.

35 *Ibid.* Pág. 422.

Con todo, el *common law* se trasplantó a Norteamérica, con simplificaciones<sup>36</sup> respecto del empleado en Inglaterra, pero que aun así revestía numerosos anacronismos técnicos. Por otra parte, se conservó el proceso con jurado, que llegó incluso a quedar garantizado por las constituciones de los Estados que emergieron de la revolución, adjudicándosele como una característica propia de su democracia.

Finalmente, diremos que los elementos procesales fundamentales son el precedente como fuente principal del derecho; la utilización del jurado para decidir las cuestiones de hecho; y, por último, el *adversary system* como método para que las partes formulen sus pretensiones y sus defensas<sup>37</sup>, el cual se caracterizaría por un procedimiento de carácter adversarial y oral.

### 2.3. Características y diferencias de los Modelos Procesales de Common law y Civil law

Si bien es posible visualizar ciertas características en cada uno de los grandes sistemas procesales, de *civil law* y *common law*, que podían servir de base para una comparación general<sup>38</sup>, se debe advertir, que este escenario ha variado profundamente.

En virtud, de ello, y a fin de practicar un análisis fructífero, revisaremos en este apartado, los atributos generales que fueron considerados en su oportunidad para fundamentar y justificar la distinción entre los modelos procesales referidos, para que, en el siguiente ítem, analicemos cuáles de éstos perduran y cuáles no.

---

36 En el Estado de Nueva York se construyó una estructura diversa, al no considerar dos tribunales separados de *common law* y *equity*, sino un solo tribunal de primera instancia con una competencia general. No obstante, si bien se radicaron estas materias ante un mismo órgano jurisdiccional, igual se les otorgó un tratamiento diferenciado, previendo procedimientos diversos según si la controversia era *in law* o *in equity*. Asimismo, algunos Estados solamente tuvieron tribunales y procesos fundados en el *common law*, pero aplicaron principios de *equity* en casos como los de dolo o error contractual.

37 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 27.

38 DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 419.

Podríamos decir que lo que caracterizaba al modelo procesal del *common law*<sup>39</sup>, era que su proceso se fundaba en el *adversary system*<sup>40</sup>, en el que los abogados tenían el control sobre el desarrollo y tramitación del proceso<sup>41</sup>, encontrándose así, el juez sustancialmente privado de la intervención<sup>42</sup> en el desarrollo de la actividad procedimental<sup>43</sup>. Ahora, la función de los abogados en el *adversary system* es actuar como representantes de las partes, sus clientes. La norma es la de la iniciativa de partes<sup>44</sup>, pero la actividad procesal es normalmente llevada a cabo por los abogados<sup>45</sup>.

---

39 TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 2.

40 Si bien dicho concepto adquirió varios significados técnicos, resulta esencial tener claro que, el modelo procesal adversarial surge a partir de una contienda o disputa que se desarrolla por el compromiso de dos adversarios que se hacen cargo de la acción judicial ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. Sin perjuicio de otras incertidumbres que pueden surgir a partir de ello, tales como ¿Cuán pasivo puede ser el juez? DAMAŠKA, Mirjan: *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000 (Trad. Andrea Morales Vidal). Pág. 13. Por otra parte, podemos afirmar que este modelo, constituye la forma normal con que la sociedad americana resuelve sus conflictos de relevancia jurídica, con independencia de la naturaleza de dichos asuntos. En particular sobre el proceso civil: KAGAN, Robert: *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Harvard University Press, Cambridge, 2001. Págs. 99 y ss.; Sobre el proceso penal: *Ibid.* Págs. 61 y ss.; Sobre el proceso administrativo: *Ibid.* Págs. 126 y ss.

41 HAZARD & TARUFFO, ob. cit. Págs. 141; Taruffo: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 5; SALTZBURG, Stephen: "The Unnecessary Expanding Role of the American Trial Judge". En: *Virginia Law Review*, Vol. 64, N° 1, 1978. Págs. 13 y ss.; JAMES, Fleming: *Civil Procedure*. Little Brown & Co., Toronto, 1965. Págs. 3 y ss.

42 Bajo la idea tradicional de que es justo y oportuno que el juez sea natural y pasivo, y limite su actividad al control acerca de la *fairness* del debate, porque en caso contrario estaría en peligro su imparcialidad y por tanto la garantía de la igualdad de las partes desde el punto de vista del *due process of law*. TARUFFO: *El proceso civil adversarial*, ob. cit. Págs. 2, 107 y ss.

43 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 30; TARUFFO: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 2.

44 Comúnmente conocido como principio dispositivo. El principio dispositivo puede definirse como aquel que en el proceso "atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso" ESPARZA, Iñaki: *El principio del debido proceso*. Bosch, Barcelona, 1995. Pág. 33. También puede ser definido como "aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez". PALACIO, Lino: *Derecho procesal civil*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979. Págs. 253-254.

45 HAZARD & TARUFFO, ob. cit. Pág. 101.

Mientras que, el *civil law*, se caracterizaba por modelos procesales portadores, en sus aspectos fundamentales de un intenso compromiso por parte del juez<sup>46</sup> - al menos en teoría- en el desarrollo de las actividades procedimentales, y los abogados únicamente podían dirigir peticiones o sugerencias<sup>47</sup>. Esto último, se conoce como modelo no adversarial o inquisitivo<sup>48</sup> y se relaciona con el principio inquisitivo, el cual dice relación con la idea de que el impulso procesal es de oficio<sup>49</sup>.

A consecuencia de ello, en el sistema norteamericano los abogados formulaban sus respectivas calificaciones jurídicas de la controversia, y el juez se limitaba a elegir entre ellas; en los sistemas de *civil law* era el juez, al menos, en teoría, quien formulaba la calificación jurídica de la causa, en ocasiones aceptando, pero a menudo ignorando las argumentaciones jurídicas de las partes<sup>50</sup>.

---

46 Emblemática a este propósito es la difusión estadounidense del estudio de ENGELMANN, Arthur: *A history of continental civil procedure*. Little Brown & Co., Boston, 1927, *passim*. Acerca de la importancia del dato comparatista a través de la doctrina estadounidense de la época, también desde la perspectiva de una reafirmación fundamental de los valores de adversariales, véanse las críticas relativas de CLARK, Charles: "A History of Continental Civil Procedure by Arthur Engelmann" En: *The Yale Law Journal*, Vol. 37, N° 5, 1928. Págs. 680-682 y; Wyness Millar, Robert: "The Formative Principles of Civil Procedure". En: *Illinois Law Review*, Vol. 18, N° 1, 1923. Pág. 16.

47 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 41.

48 El modelo no adversarial está estructurado como investigación oficial, bajo el cual, la mayor parte de las acciones son realizadas por los funcionarios encargados de administrar justicia. Sin embargo, como muy bien expone Damaska este concepto está dotado de rasgos diferentes cuando la discusión se centra en casos criminales, civiles o en la administración de justicia en general. DAMAŠKA, Mirjan, ob. cit. Pág. 13. Es más, según Taruffo, la acepción histórica de "inquisitorio" es que las partes no se pueden defender, pero si le otorgáramos dicho significado en sentido estricto al concepto, lo cierto es que no existe proceso que pueda definirse como inquisitorial. TARUFFO, Michele: "El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales". En: *Ius et Praxis*, Vol. 12, N°1, 2006. Pág. 74.

49 Resulta común la utilización indistinta de "sistema inquisitivo" y "principio inquisitivo", sin embargo, tienen acepciones diferentes. El primero de ellos dice relación con un conjunto de aspectos relacionados con el proceso, mientras que el segundo, solo es un aspecto más del sistema, que dice relación con la fuerza o actividad que pone en movimiento el proceso y lo hace avanzar hacia su fin una vez iniciado, no considera otros aspectos.

50 HAZARD & TARUFFO, ob. cit. Pág. 141.

La delimitada, intervención del juez en los procesos de *common law*, se debía a que en la individualización en el *trial* -momento de presentación y de definición del conflicto-, se practicaba frente al jurado, resultando muy limitado, en efecto, el rol del juez- en la determinación del contenido específico del proceso anglosajón<sup>51</sup>.

Bajo un perfil distinto, la conexión entre pasividad del juez e imparcialidad de la decisión se proponía también en función del jurado, por cuanto se subrayaba que un juez “activo” en el proceso podía condicionar el juicio del jurado inclinándolo a favor de una parte o de la otra<sup>52</sup>.

El jurado era un juez de hecho desprovisto de toga y plurisubjetivo (jurado), cuya formación, en efecto, era no burocrática, sitiada por una profesión legal independiente<sup>53</sup>. El juez letrado, por su parte, sí tenía una formación jurídica y asumiría y ejercería sus poderes en el momento de la decisión, en cuanto a la determinación de la *ratio decidendi* jurídica del caso<sup>54</sup>.

---

51 HANSCHIED, W.J: “Les principes fondamentaux du droit judiciaire”. En: Storme, Marcel & Casman, Hélène (Eds.), *Towards a Justice with a Human Face. First International Congress on the Law of Civil Procedure*. Faculty of Law, State University of Ghent, Ghent, 1978. Págs. 29 y ss. En perspectiva histórica con particular referencia al *Jury trial*, HAZARD, Geoffrey & VETTER, Jan: *Perspectives on Civil Procedure*. Little Brown & Co., Boston-Toronto, 1987. Págs. 77 y ss.; de nuevo en relación al proceso por jurado, pero también al instituto de la *cross examination*, GREEN, Eric & NESSON, Charles: *Problems, Cases, and Material on Evidence*. Little Brown, Boston, 1983. Págs. 203 y ss.

52 En particular SALTZBURG, ob. cit. Págs. 19 y ss.

53 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vicenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 31; CAPPELLETTI, Mauro: “Who Watches the Watchmen?” A comparative Study on Judicial Responsibility”. En: *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, N°1, 1983. Págs. 1 y ss.; STORME, Marcel: “Role and Status of the Judiciary as a State Power”. En: CARPI, Federico & LUPOI, Michele, *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*. Giappichelli, Torino, 2001. Págs. 55 y ss.; Van Caenegem, William: “History of European Civil Procedure”. En: CAPPELLETTI, Mauro, *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XVI. Mohr Siebeck, Tübingen, 1973. *passim*.

54 Para una mayor profundidad del estudio del Juez como “*Policy-Maker*” véase TARUFFO: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Págs. 126-143; TARUFFO, Michele: *Motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, 2006. (trad. Lorenzo Córdova Vianello). Págs. 226 y ss.

Esta idea se fundaba, en la distinción entre hechos y Derecho, como característica esencial de este modelo procesal. En efecto, “la distinción entre hechos y Derecho se corresponde en *common law* con la frontera que separa la función del juez de la del jurado. Tanto el juez como el jurado representan la voz de la justicia”<sup>55</sup>.

Dicha distinción, además, hizo necesaria la institución procesal de “suficiencia probatoria”<sup>56</sup> del *common law* y produjo efectos en la determinación y alcance de la prueba testimonial<sup>57</sup> como del sistema recursivo, en dicho sistema procesal.

En los sistemas de *civil law* no existe nada parecido a la “suficiencia probatoria”, dado que el juez de primera instancia resuelve tanto las cuestiones de hecho como las jurídicas, no es preciso plantearse si las pruebas podrían razonablemente fundar una decisión por parte de otro, es decir el jurado<sup>58</sup>.

Además, en los sistemas de *civil law*, si bien son consideradas con cautela las declaraciones de testigos a oídas, lo cierto, es que se admiten como pruebas en el proceso<sup>59</sup>, a diferencia del *common law*, en los juicios ante jurado.

---

55 Hazard, Geoffrey & Taruffo, Michele, ob. cit. Págs. 32-33.

56 Este instituto procesal es una norma reguladora de prueba, que se refiere a la cantidad y calidad de pruebas necesarias para que la causa se someta al jurado. Su finalidad es impedir que el jurado emita un veredicto que no estaría fundado en esencia sobre elementos de prueba, por hallarse prevenido en contra de una parte o por querer aplicar criterios jurídicos diferentes a los indicados por el juez. Por lo cual, se le permite al juez decidir si las pruebas rendidas en el *trial*, permiten al jurado racionalmente alcanzar un veredicto, en el caso, que no sea así, el jurado se disuelve. Se trata, entonces, de una cuestión de Derecho. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 164-165.

57 Las declaraciones *Hearsay* que, en nuestro caso, serían las declaraciones de los testigos a oídas, son rigurosamente restringidas e incluso prohibidas en los procesos con jurados, pues se considera en este sistema, que el jurado, al no tener una formación técnica, daría crédito con facilidad a dichas declaraciones. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 54-155.

58 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 164-165.

59 Por ejemplo, en Chile, difiere el valor probatorio que le asigna la ley al testimonio de un testigo a oída. Dicho testimonio constituye semiplena prueba, a diferencia de un testigo presencial, verídico e imparcial que, de razón de sus dichos, pues a este testimonio se le asigna plena prueba. Pero en el primer caso, se le asigna valor probatorio igual, y constituye base para

Finalmente, en este punto, la diferenciación marcada de hechos y derecho en el *common law*, implicó que la impugnación sobre cuestiones de hecho tuviera un ámbito extremadamente limitado, mientras que en los sistemas de *civil law* la resolución de los tribunales de primera instancia estuvo sujeta a una amplia revisión ante los tribunales de segunda instancia<sup>60</sup>.

Es por ello, que hasta el siglo XIX no existía un procedimiento de apelación en el *common law*, y una vez incorporado, no fue concebido con igual alcance que en los sistemas de *civil law*<sup>61</sup>.

Respecto, a la formación de los jueces letrados en el *common law*, no existía una formación particular para los jueces, salvo ser abogado o procurador con varios años de experiencia y reputación. Después de haber tenido éxito como practicante, uno era designado por el gobierno, como en Inglaterra, o elegido por el pueblo, como en muchos estados americanos<sup>62</sup>.

Lo anterior, repercutía, además, en la formación de los operados técnicos del derecho, es decir, existe una influencia recíproca directa entre la naturaleza de un sistema legal y el patrón de la educación letrada<sup>63</sup>.

En el *common law* la educación jurídica se fundaba en la primacía del precedente; enfatizaba el importante papel de los tribunales en el desarrollo y unificación del derecho, y se inclinaba hacia una interpretación estricta de los estatutos para minimizar la intrusión legislativa en la prerrogativa judicial.

---

una presunción judicial. Art. 384 CPC.

60 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 142.

61 Ello, porque si bien, los posibles defectos del veredicto podían ser controlados por un procedimiento de segundo grado, este último no era una repetición de la controversia, sino más bien un proceso para controlar el proceso en primera instancia. *Ibid.* Pág. 33.

62 Los métodos para la designación de los jueces en los Estados Unidos son completamente diferentes, y son típicamente políticos. Los controles políticos sobre el nombramiento y la promoción de los jueces operan como límites democráticos a la autonomía del poder judicial. Para un mayor estudio respecto a la designación política de los jueces, véase: *Ibid.* Págs. 75-79.

63 Para estos efectos véase PÉREZ-PERDOMO, Rogelio: "La educación jurídica en el common law: Una breve historia con referencia especial a los Estados Unidos". En: *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*. Vol. 8, N° 2021. Págs. 9-38.

Por su parte, la formación de los abogados se centraba en la discusión de problemas prácticos, sin ignorar, por supuesto, por completo los libros de derecho de importancia general y la especulación filosófica<sup>64</sup>.

A contrario *sensu*, en ciertos países de *civil law* como Francia, existía una mayor diferencia entre la función judicial y la práctica del derecho. El abogado y el juez tenían la misma formación jurídica a nivel universitario; después de eso, sin embargo, cada individuo debía hacer su elección de carrera y entrar en la formación de aprendizaje práctico para la rama de la profesión jurídica que había elegido. Pasando directamente de los estudios de derecho a una asociación judicial, el futuro juez se acercaba al derecho principalmente a través de la educación teórica que había recibido.

Así la educación jurídica para el *civil law* se centraba en la legislación, la codificación y la doctrina, en un nivel alto de abstracción y, a la vez, existía un gran respeto por la legislación por parte del juez, incluso cuando este utilizaba una ley como punto de partida para una interpretación liberal de la misma<sup>65</sup>.

En relación con la forma de litigar de los abogados en ambos procesos, es dable comentar que se decía que los abogados del *adversary system* eran esencialmente partidistas<sup>66</sup>, a diferencia de los que litigaban en un sistema de *civil law*, atendido el carácter individualista y competitivo<sup>67</sup> de la cultura americana<sup>68</sup>. A ello -a nuestro parecer- se sumaba el órgano ante el cual

---

64 DAINOW, Joseph, ob. cit. Págs. 428-429.

65 Ídem.

66 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 118-120; TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 36.

67 Efectivamente, se dice que los abogados del *common law* vendrían a transformar al *adversary System*, en un proceso de competición. Sin embargo, “*el proceso es una competición en el sentido técnico del término, y lo es en cualquier sistema procesal*”, incluso en los sistemas de *civil law*. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 120-121.

68 Para KAGAN, la mentalidad adversarial es el factor más importante del sistema norteamericano: una ideología cuyos valores fundamentales son el individualismo competitivo y adquisitivo, la desconfianza hacia el Estado en todas sus manifestaciones, la lucha y la competencia como métodos privilegiados para la realización y protección de los intereses económicos y sociales.

se litigaba, puesto que los abogados del *common law* amplificaban este partidismo ante el jurado, a fin de convencerlos-casi teatralmente<sup>69</sup>- de que la postura que ellos representan era la justa y, no la del abogado contrario, cuestión que no debían hacer los abogados del *civil law*, por la referencia que se tenía al juez letrado, y también por la forma en que se desarrollaba el procedimiento.

En efecto, los procedimientos del *civil law*, eran esencialmente escritos<sup>70</sup>, no teniendo los abogados, entonces, la oportunidad teatral de demostrar públicamente su partidismo respecto a la causa que representan, mientras que el *common law*, se caracterizaban por la “oralidad”<sup>71/72</sup>, propia de un proceso adversarial, que se contraponía con el supuesto proceso inquisitorial del sistema procesal *civil law*<sup>73</sup>.

---

KAGAN, Robert, ob. cit. *passim*. Por su parte, TARUFFO indica que es propio de una sociedad fundada sobre valores democráticos como la norteamericana. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 36.

69 Particularmente en la *cross examination*, en donde se pueden verificar elementos de teatralidad, en la cual se reafirman y se realizan simbólicamente algunas exigencias éticas, antes que jurídicas, características del estrato profundo de la ideología social norteamericana. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 30.

70 KAPLAN, Benjamin: “Reflections on the Comparison of Systems”. En: *Buffalo Law Review*, Vol. 9, N° 3, 1960. Págs. 409 y ss.; KAPLAN, Benjamin; VON MEHREN, Arthur & SCHAEFER, Rudolf: “Phases of German Civil Procedure II”. En: *The Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 8, 1958. Págs. 1443-1472; VON MEHREN, Arthur; *The Civil Law System: Cases and Materials for the comparative study of law*. Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1958. *passim*; MERRYMAN, John: *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, Stanford, 1985. *passim*.

71 Véase PASSANANTE, Luca: *England Oralità e Scrittura nel Processo Civile Inglese*. En: Universidad de Valencia, s.n, 2014, *passim*.

72 Cfr. TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’: Aspectos fundamentales”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 12, N° 1, 2006, p. 73.

73 MURILLO MARTÍNEZ, Carlos: “Apuntes sobre la oralidad en el juicio acusatorio-adversarial, un acercamiento a través del derecho comparado”. En: *Chihuahua Hoy 2013: Visiones de su historia, economía, política y cultura*. Universidad Autónoma de Ciudad de Juárez, Ciudad de Juárez, 2013. Págs. 135-175.

A consecuencia de la “oralidad y escrituración”, el procedimiento del interrogatorio directo en el proceso de *common law*<sup>74</sup> estaba en claro contraste con la práctica de la prueba testimonial en los sistemas de *civil law*. En este último sistema la parte debía indicar previamente los testigos (mediante un escrito “lista de testigos”) que pretendía que fueran interrogados por el juez, y debía aportar una exposición detallada de los hechos sobre los que habrán de versar las declaraciones de los testigos, con copia a la contraria<sup>75</sup>, a diferencia del sistema del *common law*, donde el abogado de la contraria no sabe con precisión sobre qué depondrá del testigo de la contraparte.

También se expuso, en su oportunidad, en que la forma en que estaba concebido el *adversary system*, beneficiaría a la parte rica frente a la pobre, cosa que no ocurriría, supuestamente en el *civil law*<sup>76</sup>.

Se producía esta desigualdad<sup>77</sup> en el *adversary system*, porque el Estado no intervenía directamente en la vida de la sociedad y dejaba el más amplio espacio posible a la iniciativa particular del individuo privado, a propósito de la ideología del liberalismo clásico<sup>78</sup>, cuyo modelo de proceso, evidentemente resultaba coherente con dicha ideología<sup>79</sup>.

---

74 El interrogatorio directo en el sistema de *common law* se efectúa por el abogado, a través de la formulación gradual de preguntas. La parte contraria no conoce con precisión el testimonio que dará el testigo, aunque las *depositions* verificadas por el testigo en sede de *discovery* suelen permitir hacerse previsiones fiables. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 157-158.

75 Ibid. Pág. 158.

76 Según algunos, el proceso *adversary*, refuerza la desigualdad de partes. véase: WANNER, Craig: “The Public Ordering of Private Relations Part Two: Winning Civil Court Cases”. En: *Law & Society Review*, Vol. 9, N° 2, 1975, Pág. 306; GALANTER, Marc: “Afterword : Explaining Litigation”. En: *Law and Society Association*, Vol. 9, N° 2, 1975. Pág. 360.

77 Según Taruffo el proceso *adversary* tiene una estructura por sí incapaz de afrontar y resolver los problemas de las desigualdades concretas entre las partes. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial*...ob. cit. Págs. 47-106.

78 Estamos hablando del liberalismo clásico de Locke y Smith y que, a través de complejas vicisitudes como el *new liberalism* y la parábola descendente de la *new left*. Acerca de tales vicisitudes véase: MYERS, Edward: “Liberalism and Legal Science: The Jurisprudence of Morris Raphael Cohen”. En: *Notre Dame Law Review*, Vol. 52, N° 4, 1977. Págs. 654 y ss. Respecto a exponentes más modernos de la ideología liberal clásica, respecto al concepto de justicia como *fairness* como de *procedural justice*, véase: RAWLS, John: *A theory of Justice*. Belknap Press, Cambridge, 1999. *passim*.

79 DAMAŠKA, Mirjan: *The faces of justice*...ob. cit. Págs. 73 y ss.

Sin embargo, el mismo problema, existía en los sistemas de *civil law*, y por las mismas razones, que se traduce en el hecho de que cuando la profesión legal no es monopolio del Estado se crea un mercado de servicios legales<sup>80</sup>.

Desde la modernidad, algunos aseguran que la diferencia sustancial entre ambos modelos, subyace en la fase preparatoria<sup>81</sup>. Pues es del caso, que tratándose del *common law*, se registran indagaciones que se individualizarán en el *pretrial*-y en su interior especialmente el *discovery*<sup>82/83</sup>-, a diferencia del modelo *civil law*, el cual carecería de una fase preliminar autónoma y esencial, sino más bien entendida como una mera prosecución de fase introductoria dentro del proceso civil, más no como una forma de investigación preliminar sobre las pruebas<sup>84</sup>.

En conclusión, la yuxtaposición de los sistemas procesales de *common law* y *civil law*, se fundaba en las siguientes diferencias de orden procesal: modelo procesal imperante (adversarial o inquisitivo); formación y designación de los jueces; formación y educación jurídica de los abogados; participación de los operadores técnicos del proceso (mayor o menor participación); forma de litigación de los abogados en el procedimiento; carácter del tercero imparcial que resuelve la controversia (juez letrado o jurado); normas reguladoras de la prueba (tales como “suficiencia probatoria” y testigos a oídas); forma

---

80 En todo mercado quien está en condiciones de pagar precios más altos está también en condiciones de asegurarse recursos mejores que quien tiene una capacidad económica más limitada, como la contratación de buenos abogados. El problema de fondo yace en constatar si el sistema procesal provee mecanismos de reequilibrio entre partes que no están siendo defendidas del mismo modo. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 120-121.

81 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 31; TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Págs. 11-19; JUNKER, Abbo: *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr: Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 1987. *passim*.

82 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 30.

83 TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Págs. 11-19; DONDI, Angelo: *Effectività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam, Padova, 1985. *passim*. En la doctrina alemana, JUNKER, Abbo, ob. cit. *passim*; JACOBY (1961), JACOBY, S.: *Das Enforschungverfahren im amerikanischen Zivilprozess: Vorschläge für eine Reform der ZPO*. Zeitschrift für Zivilprozess, Berlín, 1961. Págs. 141 y ss.

84 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 141.

de comunicación entre el juez y la partes en el proceso (oralidad o escrituración); existencia de una fase preliminar, como fase autónoma o no del procedimiento y finalmente, alcance del recurso de apelación.

### 3. OBSOLESCENCIA Y QUIEBRE DE LOS ESQUEMAS TRADICIONALES

Según DONDI *et al*<sup>85</sup>, a partir de la segunda mitad del siglo XX, esta rígida yuxtaposición sistémica de ambos modelos procesales, registra numerosas y fundadas observaciones<sup>86</sup> por parte de los juristas.

Desde los años sesenta del *Novecento* ha entrado profundamente en crisis el orden distintivo imperante entre los modelos procesales *civil law* y *common law*, a propósito del carácter simplista de la distinción, fundada principalmente en los poderes del juez, como también en la lenta, pero progresiva revalorización de la extensión de la comparación procesal a ordenamientos extra-europeos<sup>87</sup>.

85 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vicenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 30.

86 En los Estados Unidos, la corriente de crítica se inicia en 1906 con “*The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” POUND, Roscoe: “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”. En: *Crime & Deinquency*, Vol. 10, N° 4, 1964. Págs. 355-371. Posteriormente tenemos: VANDERBILT, Arthur: *Cases and other materials on modern procedure and judicial administration*. Washington Square Publishing Corporation, New York, 1952. Págs. 32 y ss.; FRANK, Jerome: *Courts on trial: Myth and reality and American Justice*. Princeton University Press, Princeton, 1950. Págs. 80 y ss.; EHREN-ZWEIG, Albert: *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*. Duncker & Humblot, Berlín, 1973. Págs. 322 y ss. La situación es distinta en la doctrina inglesa donde dominaron autorizadas reediciones de aproximación tradicional, en DENNING, Alfred: *The Road to Justice*. Stevens and Sons, Toronto, 1995. Pág. 34 o en JOLOWICZ, Jhon: “The active role of the Court in Civil Litigation”. En: Jolowicz, Jhon & Cappelletti, Mauro: *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*. Giuffé. Milano, 1975. Pág. 88. Solo se elaboró en dicha época una crítica eficaz, en el Report de la comisión de juristas conocida con el nombre de “*Justice*”. Esta última es una organización de Derechos Humanos y reforma legal con sede en el Reino Unido, que se fundó en 1957, dentro de los miembros fundadores destacan, Hartley Shawcross, John Galway Foster QC y Peter Benenson. Para estos efectos véase BRITISH SECTION OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS: *Going to law: a critique of English civil procedure: a JUSTICE report*. Stevens and Sons, Londres, 1974.

87 En particular, LANGBEIN, John: “The Influence of Comparative Procedure in the United States”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, N° 4, 1995. *passim*; DODSON, Scott: “The Challenge of Comparative Civil Procedure”. En: *Alabama Law Review*, Vol. 60, 2008. Págs. 133 y ss.

En esta época, el California *Evidence Code* de 1965 recoge normas encaminadas a hacer que el control del juez sobre el interrogatorio de los testigos se dirija hacia el establecimiento de la verdad, y a reconocer expresamente al juez el poder de llamar de oficio testigos no aducidos por las partes, así como también poder nombrar *expert witnesses* imparciales.

De modo análogo, y con un alcance más general las *Federal Rules of Evidence* promulgadas en 1975 reconocen al juez el poder llamar testigos de oficio, de interrogar por su iniciativa los testigos de parte y de nombrar de oficio consultores técnicos, los cuales podrán someterse a la *cross-examination* por todas las partes<sup>88</sup>.

En general, la doctrina del *common law* llegó a determinar un punto firme, que se constituye por la imagen del juez como “creador” de la decisión por medio del ejercicio de una *discretion* que hace referencia, más que a *rules* rígidas, a criterios de *policy*, a *standards* y a principios generales<sup>89</sup>. Se decretó de dicha manera el fin de la teoría del juez pasivo en lo que concierne a la decisión: el mero *law-finder* cedió el puesto al *law-maker*<sup>90</sup>.

---

88 Las *Federal Rules* 614 y 706. Particularmente importante es la norma que de manera general reconoce al juez el poder de nombrar consultores técnicos de oficio, llevando a la superación del sistema basado en la figura del *expert witness* como testimonio de parte. Ella confirma la idea de que la consultoría técnica corresponde a un procedimiento de búsqueda objetiva de la verdad, aunque en un procedimiento *adversary*. WRIGHT, Charles & MILLER, Arthur: *Federal Practice and Procedure*. Thomson Reuters, St. Paul, Minnesota, 1970. Pág. 697; y que la iniciativa del juez al respecto opera para garantizar un *fair trial*. Por otra parte, precisamente en la figura tradicional del *expert witness* como parte se ha determinado uno de los momentos de más grave crisis del sistema *adversary*.

89 Es importante aclarar que esta discusión entre quienes consideraban que el juez debía desempeñar la función de *policy-maker* y quienes en cambio consideraban que debía limitarse a aplicar normas, en función del persistente dualismo entre ideologías individualistas e ideologías “altruistas” mantuvo en la cultura americana. KENNEDY, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 8, 1976. Págs. 1752 y ss.

90 TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial*...ob. cit. Pág. 135.

Lo que conllevó a una concepción moderna de la función del juez, porque se advirtió la disonancia entre el papel pasivo que se continuaba asignando al juez en el proceso del *adversary*, y el papel activo y creativo, que desempeñaba en el mismo proceso, en el momento de la *decision-making*.

A ello se suma, la explosión de una dimensión colectiva de tutela jurisdiccional, que se ampliaba siempre más, y que cada vez con más frecuencia se integraba por situaciones que no se agotaban en el esquema clásico de la relación individual bilateral, en los cuales el conflicto que originaba la *litis* no era reducible a una esquema de controversia bipolar entre partes privadas, sino que además involucraba intereses de *public policy* y de tutela de intereses generalizados, precisamente para subrayar que en estos casos el modelo tradicional del proceso no era suficiente, lo mismo ocurrió con los llamados *dinosaur cases*<sup>91</sup>, o con los *polycentric issues*<sup>92</sup>.

Conforme a ello, la exigencia de una tutela adecuada y efectiva experimentó una profunda transformación, sobre todo en lo que concierne a la figura del juez como órgano preminente del proceso y como creador de formas nuevas y complejas de *relief*<sup>93</sup>.

---

91 Se refiere a los casos que la entidad de la *litis*, la cantidad de los documentos y la necesidad de evaluaciones técnicas complejas en el extremo impiden al juez-vinculado al contexto del proceso *adversary* y dotado de poderes limitados-controlar eficazmente el desenvolvimiento de la *litis* y llegar a una decisión racional. ALDISERT, Ruggero: "The Role of the Courts in Contemporary Society". En: *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 38, N° 3, 1977. Págs. 468 y ss.; Taruffo, Michele: El proceso civil adversarial...ob. cit. Pág. 140; KIRKHAM, Francis: "Complex Civil Litigation. Have Good Intentions Gone Awry?". En: *Federal Rules Decision*, Vol. 70, N° 199, 1976. Págs. 200 y ss.

92 Se refiere a los casos caracterizados por el hecho de que en la *litis* se traba una pluralidad de intereses distintos y constante, privados y colectivos, absolutamente irreductibles al esquema del encuentro bilateral. ALDISERT, Ruggero, ob. cit. Págs. 462 y ss.; Sander, Frank: "Varieties of Dispute Processing". En: *Federal Rules Decision*, Vol. 70, N° 1, 1976. Págs. 118 y ss.; TARUFFO, Michele: El proceso civil adversarial...ob. cit. Pág. 140; FULLER, Lon: "Collective Bargaining and the arbitrator". En: Kahn, Mark: *Collective Bargaining and the Arbitrator's Role. Proceeding of the fifteenth annual meeting national academy of arbitrators*. BNA Incorporated, Pittsburgh, Pennsylvania, 1962. Págs. 33 y ss.

93 CHAYES, Abram: "The Role of the Judge in Public Law Litigation". En: *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 7, 1976. Págs. 1284, 1288 y ss.; FRIENDLY, Henry: "The Gap in Lawmaking--Judges Who Can't and Legislators Who Won't". En: *Columbia Law Review*, Vol. 63, N° 5, 1963. Pág. 41.

En efecto, Estados Unidos experimenta una transformación con el surgimiento de la figura del *managerial judge*, que reemplaza y toma el puesto del tradicional juez como *passive umpire*, lo cual se consolida con la continua reforma de las *Federal Rules of Civil Procedure*, las reformas descentralizadas y localizadas a las cuales abre paso la *Civil Justice Reform Act* de 1990<sup>94</sup>. Paralelamente, significativos poderes instructorios del juez ya estaban previstos en las *Federal Rules of Evidence* introducidas en 1975 y modificadas en 1994, en particular con referencia a la prueba testimonial y a la *expert evidence*<sup>95</sup>.

Lo propio ocurre en Inglaterra, donde la figura de un juez como “árbitro pasivo” en el modelo adversarial del proceso, fue cambiada casi completamente a través de las *Civil Procedural Rules* 1998, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999<sup>96</sup>. ZUCKERMAN se ha atrevido a decir que las *Civil Procedure Rules* 1998, modificaron completamente el proceso: al optar por un sistema en el que la dirección del proceso se confía al juez, con el fin de realizar una justicia civil rápida, eficiente y justa<sup>97</sup>.

Luego, desde el siglo XX, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, se ha venido configurando, una fase preliminar (*pre-trial*) con la función de permitir a las partes prepararse adecuadamente para el juicio, esencialmente el “*discovery*” de las pruebas en posesión del adversario o de un tercero<sup>98</sup>, para luego, pasar a la fase de *trial*, para la práctica de las pruebas orales en audiencia a través del mecanismo de la *direct* y *cross examination*.

---

94 TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 76.

95 Véase la *Rule* 614 (a) FRCP, que prevé el poder de oficio del juez para disponer prueba testimonial no solicitada por las partes, la *Rule* 614 (b) FRCP, según la cual el juez puede interrogar los testigos presentados por las partes, y la *Rule* 706 FRCP relativa al poder del juez de nombrar peritos de oficio.

96 Véase *Rule* 32.1. (1) (a) (b) (c) y 32.1.2 CPR.

97 ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Procedure*. LexisNexis, Londres, 2003. Págs. 30 y ss.

98 Véase HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 151; JACOB, Jack: *La giustizia civile in Inghilterra*. Il Mulino, Bologna, 1995. (Trad. Elisabetta Silvestri). Págs. 147 y ss.

Lo anterior, conllevaría a la existencia, en principio, de dos fases, en el proceso civil del *common law*, a saber: el *pre-trial* y el *trial*.

Decimos “en principio”, porque existe una profunda discusión, respecto a la realidad práctica de este modelo bifásico<sup>99</sup>, atendido que dicha estructura ha evolucionado de tal forma que, el legislador en el derecho anglosajón<sup>100</sup> empuja decididamente en dirección de favorecer la resolución del conflicto en la fase del *pre-trial*, a efectos de evitar el *trial*, razón por la cual, solo del orden del 2-3 % de las causas iniciadas llegan a esta fase<sup>101</sup>. En los Estados Unidos más del 90% de las controversias se resuelven por medio de transacción o conciliación antes de llegar al juicio<sup>102</sup>.

Configurándose así, la fase preparatoria -que como su nombre lo indica, tiene por objeto “preparar” el *trial*-, esencialmente en una fase de “resolución de la controversia sin decisión”<sup>103</sup> y excepcionalísimamente cumple aquella función por la cual fue concebida, sino que sustituye más bien a una fase de la rendición de prueba, cuyos puntos importantes que han de ser tratados quedan determinados por el tribunal<sup>104</sup>.

99 Véase al respecto a TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 77.

100 Es importante dejar en claro, que existen diversas técnicas para lograr dicho objetivo, y las optadas dependerán del Ordenamiento jurídico en cuestión. Así, tratándose de Inglaterra se utiliza la conciliación, decisiones *in default*, juicios sumarios y *payments into court*. JACOB, Jack, ob. cit. Págs. 77 y ss.; en Estados Unidos se utiliza el *settlement*, conciliación, arbitraje o algún mecanismo de resolución precoz de la controversia. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 130 y ss.

101 FRIEDENTHAL, Jack; KANE, Mary, & MILLER, Arthur: *Civil procedure*. West Group, St. Paul, Minnesota, 1999. Págs. 490-499; TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 78; PASSANANTE, Luca, ob. cit. *passim*; SUBRIN, Stephen: “Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules”. En: *Boston College Law Review*, Vol. 39, N° 3, 1998. Pág. 315; ANDREWS, Neil: *Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2013. (Trad. Álvaro Pérez-Ragone y Antonio Morales Mutis). Pág. 4.

102 FINE, Toni: *Il Diritto Americano. Un Introduzione completa al Sistema Giuridico Anglo-Americano*. Edizioni XL Sas di Stefania Bonura, Roma, 2011. (Trad. Anna Maria De Giacomo y Alessandra Pera). Pág. 132; HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 120.

103 Véase, en particular, GROSS, Samuel & SYVERUD, Kent: “Don’t try: Civil jury verdicts in a system geared to settlement”. En: *UCLA Law Review*, Vol. 44, N°1, 1996. Págs. 1-64.

104 STÜRNER, Rolf, ob. cit. Pág. 444.

Consecuentemente, sería impropio hablar de un esquema bifásico de *pre-trial* y *trial*, “sino a costo de provocar malentendidos, por la clara razón de que en el orden del 90-98 por ciento de los casos el *trial* no tiene lugar”<sup>105</sup>.

Respecto a la presencia del jurado en las controversias civiles, como elemento característico del *common law*, podemos decir, que antes de 1940, el Tribunal Supremo había interpretado la garantía solo de aplicación a los procesos resarcimiento de daños fundados en los principios tradicionales, pero una serie de resoluciones posteriores extendieron el derecho al proceso con jurado a muchos procesos por daños fundados en nuevos supuestos creados por la legislación y a muchos asuntos en que se solicita en todo caso una condena de contenido pecuniario. Desde 1990 el derecho al proceso con jurado existe en la mayor parte de los asuntos civiles<sup>106</sup>.

Luego, en Inglaterra el jurado civil desapareció hace decenios, y en los pocos casos<sup>107</sup> en los cuales el proceso avanza a la fase de *trial*, éste se desarrolla frente a un juez togado (unipersonal), sin ningún jurado<sup>108</sup>.

En Estados Unidos, si bien el jurado civil es una figura que se mantiene como característico de dicho ordenamiento jurídico, lo hace en términos minoritarios<sup>109</sup>. Las razones principales de éstas sobrevivencias, son el hecho de que el *jury trial* es previsto como garantía de la VII enmienda de la Constitución estadounidense<sup>110</sup>, que forma parte del *Bill of Rights* adoptado en 1791, y por el hecho de que los jurados populares son famosos por su

---

105 TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 78.

106 HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 233.

107 Como en casos de difamación, persecución maliciosa y fraude (“*false imprisonment*” o “*fraud*”). Al respecto, véase ANDREWS, Neil: *Justicia Civil Inglesa...* ob. cit. Pág. 78.

108 JACOB, Jack, ob. cit. Págs. 154 y ss.; TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 79.

109 En la década de los 90’ todos los Estados, a excepción de Luisiana, tenían normas constitucionales que garantizaban el juicio con jurado.

110 La VII Enmienda afirma que “En los procesos de *common law*, cuando la cuantía del litigio supere los veinte dólares, se garantiza el juicio con jurado, y ningún hecho enjuiciado por el jurado podrá volver a ser examinado de otro modo por otro tribunal de los Estados Unidos, todo ello de conformidad con las normas de la *common law*”.

generosidad en las indemnizaciones así que el demandante en una causa de responsabilidad por daño puede estar tentado a asumir los elevados costos y también los riesgos, del *jury trial*, con la esperanza de ganar mucho dinero en la lotería judicial<sup>111</sup>.

Los aspectos ya vistos, repercuten en las características populares de escrituración vs oralidad, entre el proceso de *civil law* y *common law*, respectivamente.

Pues resulta engañoso entender la “oralidad” como una característica general del *common law*, si, en efecto, es el *trial* el que se ha caracterizado por la “oralidad”, pero de un tiempo a esta parte, el *trial*, se celebra en un porcentaje numéricamente despreciable de casos y, por otra parte, la fase de *pre-trial*, en la práctica es mucho más importante, y ésta última se lleva a cabo principal y esencialmente de forma “escrita”.

Si bien las nuevas normas en el proceso civil inglés admiten “inserciones de oralidad”, en la fase de *pre-trial*, con el objetivo de favorecer el tratamiento de la causa, la “oralidad” no representa la forma exclusiva de discusión, sino que más bien, viene a integrar y complementar en pequeñas dosis la forma de “escritura”<sup>112</sup>.

Así las cosas, la afirmación de “oralidad vs. escrituración”, no resulta del todo correcta, no porque no exista diferencia desde este punto de vista, sino por la extrema variedad de la regulación en muchos aspectos del proceso, en donde estas discrepancias pareciesen no existir, y en algún otro caso son muy relevantes<sup>113</sup>, como sería en el caso del *trial*, donde el examen oral ocupa un lugar privilegiado<sup>114</sup>.

---

111 ANDREWS, Neil: *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford University Press, Oxford, 2003. *passim*.

112 PASSANANTE, Luca, ob. cit. *passim*.

113 TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Págs. 73-74.

114 PASSANANTE, Luca, ob. cit. *passim*.

Pero sin querer complicar más el asunto, resulta importante comentar que incluso a la fecha se discute la “oralidad”, como representativa del actual “*trial*”, al menos en el sistema inglés, pues producto de las reformas introducidas, la comparecencia de testimonios, a la fecha quedo reducida a escritos en la fase de *pre-trial* y, por otra parte, apareció el expediente del juicio: *il trial bundle*, con el objeto de permitir que el juez de autos, realice un estudio de la disputa<sup>115</sup>, otorgando mayor cabida a la “escritura” por sobre la “oralidad”.

Bajo dicha lógica si bien el *trial* aún conserva su carácter concentrado, no puede decirse lo mismo en cuanto a su oralidad y teatralidad. En efecto, en el pasado era posible asistir como meros espectadores a un *trial* y comprender toda la controversia, gracias a los discursos iniciales de los abogados, a la asunción oral integral de la prueba por textos, a las discusiones finales y a la lectura pública de los documentos, hoy todo eso pertenece al pasado y el debate, lo más breve y concentrado posible por razones de economía procesal, aparece como una audiencia bastante “estéril” a la que solo pueden acceder quienes ya conocen la controversia en profundidad ayudar a comprender lo que allí sucede<sup>116</sup>.

Lo mismo ocurre tratándose de los aspectos referidos a la adversariedad e inquisición. DAMAŠKA escribe justamente que la tradicional contraposición entre sistema adversarial y sistema inquisitorial ya no tiene significado y por tanto debe abandonarse<sup>117</sup>. TARUFFO, es de la opinión que todos los procesos civiles del *civil law*, jamás fueron inquisitoriales en el sentido estricto del término, pues, según él, la acepción histórica del término “inquisitorio”, es el hecho de que las partes no se pueden defender, cosa que nunca ha ocurrido al menos tratándose de los procesos civiles<sup>118</sup>.

---

115 Ídem.

116 Para algunas reflexiones sobre el principio de oralidad en el juicio. Zander, Michael: *Cases and Materials on The English Legal System*. LexisNexis, Londres, 2003. Págs. 415-417.

117 DAMAŠKA, Mirjan, ob. cit. Págs. 3 y ss.

118 TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Págs. 69-94; DAMAŠKA, Mirjan: “Evidentiary Barriers to Conviction and the Two Models of Criminal Procedure: A comparative Study”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, N° 3, 1973. Págs. 569 y ss.

Ahora, si con ese término se quiere aludir a modelos procesales en el cual el juez desarrolla un rol activo en la dirección y gestión del procedimiento y posee autónomos poderes de iniciativa instructora, entonces la contraposición en objeto cambia de sentido, pero permanece igualmente en gran medida infundada<sup>119</sup>.

Respecto a los ordenamientos de *civil law*, en general, la concepción y definición de las características de un modelo procesal único, resulta mucho más compleja<sup>120</sup>, por la carencia en Europa continental de un modelo homogéneo de proceso civil, atendida la diversificación y fragmentación de jurisdicciones y regulaciones<sup>121</sup>.

En efecto, al siglo XX se conocen al menos tres modelos principales de *civil law*, a saber: el francés que continúa siendo seguido en algunos países como, por ej., Bélgica e Italia; el austríaco-alemán, que es seguido también en los países escandinavos y en los de Europa Oriental, además de Japón: y el español, que es seguido por muchos países de América Latina<sup>122</sup>.

---

119 TARUFFO, Michele: "El proceso civil de 'civil law'...ob. cit. Págs. 74-75.

120 *Ibid.* Pág. 79.

121 Es del caso que, en Europa continental, en su época, era posible observar los procesos regulados por el *Code Louis*, los estatus italianos, la práctica judicial de la rota romana y de los otros grandes tribunales o la *Kammergerichtsordnungen germánica*. Para estos efectos véase: PICARDI, Nicola: "Il giudice alla legge nel 'Code Louis'". En: *Rivista di Diritto Processuale*, N° 1, 1995. Págs. 33 y ss.; SELLA, Prieto: *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*. Hoepli, Milano, 1927. *passim*; HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 8 y ss.; GORLA, Gino: "Il Tribunali Supremi degli Stati Italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati (disegno storico-comparativo)". En: Paradisi, B. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Casa Editrice Leo S. Olschki, Firenze, 1977. Págs. 447 y ss.; GORLA, Gino: "I 'Grandi Tribunali' italiani fra i secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d'Italia". En: Foro Italiano (Ed.), Quaderni del Foro italiano, 1969. Págs. 629 y ss.; RANIERI, Filippo: *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption: eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*. Böhlau Verlag, Köln, 1985. Págs. 195 y ss.

122 TARUFFO, Michele: "El proceso civil de 'civil law'...ob. cit. Pág. 80.

Lo anterior, no limita la posibilidad de visualizar transformaciones en el sistema procesal de *civil law*, como lo hemos hecho con el *common law*. Las primeras transformaciones se producen en Alemania, modelo procesal propio del *civil law*, para luego generar repercusiones en el ordenamiento jurídico italiano, francés y español<sup>123</sup>.

En efecto, para nadie es una novedad que los procedimientos civiles reformados en el *civil law*, apuntan a la oralidad, inmediatez y concentración, -características propias de un modelo procesal de *common law*-, dejando de lado, la arcaica tramitación de forma escrita, mediante expedientes, bajo el yugo de la mediación.

A modo ejemplar, podemos señalar que el código Klein de 1895 innovó la justicia civil en Austria, y además constituyó un modelo para las reformas germánicas sucesivas, mediante la adopción de un proceso oral y concentrado, diferenciado del modelo francés (e italiano).

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española actualmente permite el desarrollo del proceso en audiencias, considerando por lo demás, una audiencia previa al juicio, lo cual, sin duda, constituye una de las piezas claves del procedimiento articulado en la reforma española. Con ella, “se pretende imponer la oralidad, después de que con las alegaciones contenidas en la demanda y en la contestación, las partes hayan fijado, por escrito, sus respectivas posiciones, no porque esta forma oral de producción de los actos sea mejor o peor que la escritura, sino porque la oralidad propicia la concentración y hace indispensable la inmediatez judicial, con lo que el tribunal pasa de una actitud pasiva a una actitud protagonista en la dirección del proceso, sin alterar el mecanismo de contradictorio”<sup>124</sup>.

---

123 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 32.

124 GUASP & ARAGONESES (2003), p. 650

En Italia, también el proceso fue reformado para desarrollarse de modo oral (artículo 180 del código procesal civil italiano), y las reformas posteriores que procuran llevar a la práctica este principio en la fase preliminar del proceso<sup>125</sup>.

#### **4. ACTUALIDAD Y NUEVOS MODELOS PROCESALES. SISTEMAS MIXTOS Y OTRAS PROPUESTAS.**

Al iniciar un repaso analítico de los aspectos cruciales de los procesos civiles, ya sea al interior de los ordenamientos individuales o de los modelos procesales, parece verdaderamente inevitable señalar la paulatina y cada vez más difundida presencia de características pertenecientes a un sistema como del otro, unas con mayores preponderancias que otras, pero, al fin y al cabo, de ambos sistemas.

Los factores dinámicos que han influido<sup>126</sup>, en los cambios serían la “circulación de los modelos”, que implica como las reformas procesales a nivel normativo, no solo se verifican teniendo en cuenta la propia cultura e historia o singulares ordenamientos estatales, sino también modelos generales o áreas de ordenamiento<sup>127</sup> y; por otra parte, las “consecuencias jurídicas de la globalización”, lo que se visualiza con el incremento de la frecuencia de controversias transnacionales, como también con la uniformidad cultural que comienza a manifestarse también en orden procesal, a propósito de exi-

---

125 TARUFFO, Michele: “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”: (versión abreviada). En: Carpi, Federico & Ortells, Manuel: Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Universidad de Valencia, Valencia, 2008. Págs. 205-219.

126 Ibid. Págs. 83-85.

127 Por ejemplo, la adopción por parte de sistemas de *civil law* del jurado penal, propio del *common law*, como es el caso de España; la técnica de interrogatorio cruzado, la idea de que se debe limitar el recurso ante la Corte Suprema, la *class action*, el empleo de testimonios escritos sobre el modelo del *affidavit*, y varias otras cosas. O al revés, es decir casos, donde el *common law*, ha adoptado instituciones procesales propias del *civil law*, como es Inglaterra, en materia de medidas cautelares y poderes del juez en las *Civil Procedure Rules* de 1999, aunque es menos recurrente esta situación sí.

gencias difundidas y comunes de adecuación del instrumento procesal por exceso de conflictividad y la extrema complejidad con la cual van surgiendo las controversias civiles<sup>128</sup>.

A ello, se suma las jurisdicciones comunes a las cuales están afectos un grupo de países, debiendo adecuar su derecho interno, por ejemplo, el Derecho Español y el Derecho Inglés, que se encuentran sujetos a la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>129</sup>, o bien en América, el Derecho Chileno y el Derecho Argentino, sujetos a la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José de Costa Rica.

En este último aspecto no podemos dejar fuera uno de los fenómenos más significativos de transformaciones de la cultura del proceso civil, que se encuentra representado por los intentos de elaborar disciplinas procesales transnacionales: las *Transnational Rules* y los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*<sup>130</sup>, que tienen por objeto combinar el *common law* y el *civil law* para aproximarlos con la finalidad de favorecer y acentuar la armonización de las distintas disciplinas procesales<sup>131</sup>.

Iberoamérica no se queda atrás, pues el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha trabajado en tres modelos de Código Procesal para Iberoamérica, en materia civil, penal y procesos colectivos, que han influido decididamente en la actividad de reforma de la justicia emprendida por un gran número de países de América Latina<sup>132</sup>.

---

128 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 33.

129 Este último está ahora sujeto directamente a la Convención Europea de Derechos Humanos en virtud de la *Human Rights Act 1998* [Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1>] [fecha de consulta: 06.03.2023].

130 Elaborados por la *American Law Institute* (ALI) e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) desarrollados entre fines del siglo XX y el inicio del XXI.

131 Andrews, Neil: *Justicia Civil Inglesa*...ob. cit. Pág. 13; DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 54.

132 Véase: Tarzia, Giuseppe, "Modelos europeos para un proceso civil uniforme". En: Revista de la Facultad de Derecho PUCP. N° 53, 2000. Págs. 735-751. Para mayor información acceda a <http://www.iibdp.org/es/codigos-modelo/>

Estas transformaciones, han vislumbrado una marcada tendencia de técnicas procesales, DONDI estima que estas apuntan a la modulación de los roles de jueces y abogados como a la adaptación del proceso civil a la diversificación y complejidad de las controversias civiles<sup>133</sup>.

En particular, se han observado directrices de reformas inspiradas en una acentuación del rol del juez como *mánager* en Estados Unidos, Alemania, Inglaterra e incluso en España y Francia<sup>134</sup>. Esto resulta particularmente evidente en los ordenamientos estadounidense e inglés, atendido que, en ambos, progresivamente en Estados Unidos, y a continuación de una reforma individual del proceso civil en Inglaterra, se ha logrado una reconfiguración significativa del rol del juez<sup>135</sup>.

Esta directriz ya no es exclusiva de las culturas procesalísticas anglosajonas. En efecto, esta corriente ha dejado de ser privativa de los ordenamientos jurídicos que pertenecen al *common law*, atendido que ordenamientos jurídicos de *civil law*, se entusiasman con la idea de otorgarle un mayor papel y poderes al juez en los procesos civiles.

En efecto, en el Código Brasileño en su art. 139 se enumera una serie de actividades confiadas al juez para alcanzar una serie de objetivos variados, cuyo intento principal es conectar el ejercicio de los valores constitucionales para elevar el estándar de eficacia procesal<sup>136</sup>. El aumento de poderes de juez se ve también reflejado en el Código Uruguayo (art. 25, inciso 2°) que impone al juez dirigir el proceso en modo de perseguir la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes<sup>137</sup>.

---

133 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Págs. 34-35, 61.

134 *Ibid.* Pág. 54.

135 *Ibid.* Pág. 62.

136 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 34. Pág. 173.

137 *Ídem.*

A la fecha, existe un consenso generalizado para la adopción de lo que se denomina *case management*<sup>138</sup>. Este mecanismo procesal respecto al papel que se le asigna al juez ha sido reconocido como esencial para asegurar el derecho a un juicio en un tiempo razonable en varias jurisdicciones alrededor del mundo<sup>139</sup>.

El proceso civil alemán es uno de los procesos que se encuentra en reforma progresiva en dirección al rol activo del control de la gestión durante el desarrollo del proceso encabezada por el juez<sup>140</sup>. En este caso, se ha señalado que los fuertes poderes del juez alemán en sede de *Haupttermin* han sido vistos como sustancialmente análogos a los del juez federal estadounidense en sede de *petrial conference* o de *Discovery conference*, y también técnicamente comparables con aquellos<sup>141</sup>.

Por su parte, el ordenamiento francés -a continuación de la reforma de 1975, o de más recientes reformas sectoriales- ha logrado caracterizar al rol del juez netamente directivo. Y, a su vez, en este caso, ello se ha alcanzado gracias a pronósticos resultantes de estrechas interacciones con los abogados, a los fines de la programación de los tiempos y de las modalidades de la actividad jurisdiccional<sup>142</sup>.

---

138 Las características que son posible deducir como parte del *case management*, a propósito de los principios ALI/UNIDROIT, son: i) es de naturaleza instrumental, esto es, para alcanzar ciertos fines como la solución justa, eficiente y con una velocidad razonable de la disputa (debidamente administrada de justicia); ii) por medio de una gestión temprana y activa del tribunal sobre el procedimiento; iii) promoviendo la cooperación y coordinación con las partes, como una forma de asegurar que se alcance un proceso justo y eficiente a la vez; y, iv) establece un procedimiento flexible cuya configuración dependerá de la naturaleza del caso. GARCÍA, Ramón: "El case management en las reglas europeas de procedimiento civil ELI/UNIDROIT en contraste teórico con el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil. ¿Obsolescencia anticipada?". En: Ezurmendi Álvarez, Jesús (Ed.), *Principios de justicia civil*. Bosch, Barcelona, 2022. Pág. 178.

139 UZELAC, Alan: "Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations". En: Simons, Adrian; Goncalves de Castro Mendes, Aluisio; Pérez Ragone, Álvaro & Henrique dos Santos Lucon, Paulo, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. Tirant lo Blanch, Sao Paulo. 2019. Pág. 53.

140 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 63.

141 *Ibid.* Pág. 33.

142 *Ibid.* Pág. 63.

En el mismo orden de ideas, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española -aprobada al inicio del 2000<sup>143</sup> y entrada a vigor a inicios del 2001- le asigna al juez de un rol directivo del todo extraño a la tradición cultural de aquel ordenamiento procesal<sup>144</sup>.

En relación con las transformaciones del rol de abogado, los ordenamientos jurídicos, también se han acercado a modelos procesales, a los cuales, en principio no pertenecen ni representan; por ejemplo, en China y Japón, existe un dato común de ambos ordenamientos a propósito de la profesión legal y, es que toman como base la *law firm* estadounidense<sup>145</sup>.

La LEC en su última reforma impone a los abogados de un *standard* de colaboración definitivamente inusual en el panorama de la cultura procesalista europea continental, especialmente en el ámbito latino<sup>146</sup>.

Respecto a las nuevas formas de tutelar el ejercicio de los derechos, que se han replicado en otros sistemas procesales, un ejemplo de ello son las *class action* norteamericanas en el Código Procesal Civil Brasileño, como en otros países de *civil law*<sup>147</sup>.

También existen otras ideas transformadoras, por ejemplo, después de la segunda guerra mundial, el ordenamiento procesal japonés recibió influencia estadounidense de modo muy intenso, dando lugar al nacimiento del Código Procesal Civil Japonés, de 1998, que recoge elementos tales como la "*cross examination*" o bien, en la LEC en España, se introdujo

---

143 OLIVA SANTOS, Andrés: Sobre criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998. En: *Revista de Derecho Procesal*, Vol. 1, N° 2, 1999. Págs. 362 y ss.; MONTERO AROCA, Juan: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del Juez y la Oralidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. *passim*.

144 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 34.

145 *Ibid.* Pág. 78.

146 *Ibid.* Pág. 34

147 Véase GIDI, Antonio. "Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries". En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N° 2, 2003. Págs. 311 y ss.; GIDI, Antonio: "The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries". En: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, N° 1, 2005. Págs. 37 y ss.

una audiencia preliminar, para luego realizar la producción de prueba ante el juez que conoce en una audiencia oral concentrada, desapegándose así del modelo románico clásico<sup>148</sup>.

También pareciera que estuviera en curso una convergencia fundamental entre los ordenamientos de *civil law* y *common law* en la configuración de los actos introductorios, cuya tendencia prevalente apunta a la especificación de estos. Confirman esta circunstancia recientes evoluciones ya sea en los ordenamientos estadounidenses<sup>149</sup> e inglés<sup>150</sup>, como en el español, y en manera si bien sectorial, pero incisiva, en el francés y alemán. Por otra parte, ello se verifica también con relación a otros ordenamientos extraeuropeos, como los latinoamericanos<sup>151</sup>.

Chile, no se queda atrás si bien este ordenamiento procesal mantiene un Código de Procedimiento Civil de hace 120 años atrás, cuenta con un proyecto de reforma procesal civil pendiente, del año 2012, reactivado el año 2021, con una serie de indicaciones, que intentan acercarse a criterios de modernidad relativos al derecho comparado.

Para estos efectos, entre otras propuestas, el Proyecto otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto.

---

148 STÜRNER, Rolf, ob. cit. passim.

149 En Estados Unidos el debate se inició con la sentencia emitida en el 2007 por la Corte Suprema federal que en el caso *Twombly*, que se acentúa con la actual *Rule 4* de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

150 A través de las *Civil Procedure Rules* de 1999. En esta reforma, resulta crucial la búsqueda del *overriding objective*, esto es, de una simplificación comprensiva del recorrido procesal, que se concreta a través de su modulación en tres *track* procesales bien definidos, estructurados, según la dificultad-complejidad de la controversia.

151 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Págs. 106 y ss.

Con todo, según GARCÍA<sup>152</sup>, si bien existe consenso en el sentido que el PCPC busca modificar la posición tradicional del juez, propiciando un rol más activo, imponiéndole ciertos deberes sobre la marcha y ordenación del proceso, estamos de acuerdo con él, que el PCPC no busca incorporar<sup>153</sup> derechamente al *case management* moderno<sup>154</sup>.

Podríamos continuar exponiendo los numerosos cambios en los distintos ordenamientos jurídicos individualmente considerados, como en relación a los modelos procesales a los cuales pertenecen, sin embargo, un análisis detallado de ello, no es el objetivo de este opúsculo, nuestra intención es exhibir cómo es posible advertir la influencia de los caracteres generales de los modelos individuales de proceso, realizando una progresiva transformación de su naturaleza, tornándolo modelos procesales sustancialmente mixtos, a propósito de las recientes reformas procesales<sup>155</sup>.

Con ello, al día de hoy parece posible, la configuración de ordenamientos jurídicos mixtos, esto es, “modelos procesales ya no coherentes en todo con las características tradicionalmente propias de los dos sistemas prevalentes de *civil law* y de *common law*”<sup>156</sup>.

---

152 GARCÍA, Ramón, ob. cit. Pág. 205.

153 Lo anterior se refuerza por el Mensaje del PCPC, que expresa: “(...) consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en el que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario manteniendo su plena vigencia”. Mensaje N° 432-459 del Proyecto de Código Procesal Civil.

154 En contra BRAVO, Pablo: “Hacia la reforma del proceso civil en Chile”. En: *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, Vol. 29, N° 17, 2013. Pág. 17.

155 DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 34.

156 TARUFFO, Michele: “Transcultural Dimension of Civil Justice”. En: *Comparative Law Review*, Vol. 23, N° 1, 2000. Págs. 1 y ss.; Örtücü, Esin: “A General view of Legal Families and of Mixed Systems”. En: Örtücü, Esin & Nelken, David, *Comparative Law: A Handbook*. Hart Publishing, Oxford, 2007. Págs. 169-187; CORAPI, Diego: “Tradizione romanistica e influenze di Common Law nell’evoluzione del diritto brasiliano”. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, Vol. 1, N° 4-6, 2009. Pág. 365.

Según TARUFFO la yuxtaposición de los sistemas procesales referidos, fue fuertemente simplificada en su época, lo que no significa que ha desaparecido toda diferencia, sino más bien que, ya no son aceptables los términos tradicionales mediante los cuales se ha formulado por mucho tiempo la distinción<sup>157</sup>.

Así las cosas, las transformaciones que se han verificado, junto al hecho de que existan ordenamientos jurídicos cuyas reformas se encuentran en curso -como el caso de Chile- ha provocado la fragmentación de los esquemas tradicionales: *civil law* y *common law*, por lo cual no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos jurídicos.

Para estos efectos, TARUFFO presenta una propuesta, en orden a imaginar nuevos tipos fundamentales de modelos procesales, para lo cual distingue en: a) modelos estructurales; b) modelos funcionales y c) modelos supranacionales<sup>158</sup>.

Los modelos estructurales, serían aquellos que se fundan en la estructura de procedimiento. Luego, los aspectos relevantes a considerar en esta estructura serían: 1) la actuación de las garantías fundamentales previstas en las distintas Constituciones; 2) la desformalización y simplificación del proceso; 3) atribución al juez de funciones y responsabilidades; 4) esquema procedimental a dos fases, una destinada a la preparación y otra a la prueba y decisión.

Por su parte, los modelos funcionales, consideran esencialmente la instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta la justicia civil. Ahora, las características que harían fun-

---

157 TARUFFO, Michele: "El proceso civil de 'civil law'...ob. cit. Pág. 82.

158 *Ibíd.* Págs. 82 y ss.

cional al proceso serían: 1) efectividad de la tutela procesal; 2) rapidez en la resolución de controversias y 3) adecuación específica del procedimiento respecto a la finalidad de tutela de las varias situaciones jurídicas.

Y, en tercer lugar, los modelos supranacionales, pueden ser estructurales y funcionales, empero se caracterizan por el hecho de referirse a dimensiones que van más allá de los límites nacionales de los particulares ordenamientos procesales. Estos a su vez, se subclasifican en: modelos que consideran procedimientos específicos para las controversias transnacionales<sup>159</sup> y modelos que apuntan a la unificación del derecho procesal en amplias áreas geográficas y culturales<sup>160</sup>.

Estos nuevos modelos procesales representan instrumentos conceptuales potencialmente útiles para análisis comparado de los ordenamientos procesales actuales y futuros e instan a la necesidad de reinterpretar la cambiante realidad de los varios sistemas procesales por medio de esquemas cognitivamente más actualizados y heurísticamente más eficaces.

Así las cosas, en la actualidad podemos apuntar al establecimiento de modelos procesales mixtos y a la reformulación del estudio comparado de los modelos procesales de formas más flexibles, como la propuesta por TARUFFO.

Bajo esta perspectiva, no debe resultar descabellada la idea, por ejemplo, de incorporar instituciones procesales del derecho anglosajón al sistema procesal civil chileno, pues precisamente, lo que se busca es encontrar soluciones plausibles y eficientes, para lidiar con las deficiencias del proceso civil actual, sin reducir las posibles soluciones a un ámbito geográfico determinado como a una cultura jurídico procesal particular.

---

159 Un ejemplo sería los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* que están en curso de elaboración por parte de la *American Law Institute* y de UNIDROIT.

160 Un ejemplo sería el Código Modelo latinoamericano, que precisamente sirve como base para una reglamentación unificada del proceso en los ordenamientos nacionales del área de América Latina. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA (2004).

Ahora, es importante decir que, el proceso civil del *common law*, tampoco es la panacea. Este modelo procesal civil no siempre se llena de elogios. Hay juristas que de forma categórica aseguran que dicho proceso posee más características negativas que positivas<sup>161</sup>, y debería ponerse en guardia a los imitadores superficiales y a los importadores acríticos -en contextos políticos, institucionales y jurídicos distintos- de instituciones o modelos extraídos este sistema<sup>162</sup>.

Estamos conteste de que ninguna institución procesal puede llegar y ser trasplantada. Un comparatista serio sabe muy bien cómo son de peligrosos, y destinados en la mayor parte de los casos al fracaso, los *transplants* imprudentes de institutos e instrumentos jurídicos a sistemas distintos del originario<sup>163</sup>.

Finalizamos este apartado, con el preciso comentario de CHASE, quien señala: “(...) cualquier propuesta para importar procedimientos judiciales procedentes de otra sociedad, debería requerir un contraste cultural (...)”<sup>164</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

En este artículo de investigación se intentó introducir al lector en un viaje histórico escueto, pero no por eso, menos profundo, respecto a los tradicionales grandes modelos procesales: El *common law* y el *civil law*.

---

161 A modo ejemplar: Nieva Fenoll, Jordi: *Derecho Procesal II. Proceso Civil*. Marcial Pons, Madrid, 2015. Págs. 99-100; KAGAN, Robert, ob. cit. Págs. 100 y ss.

162 Justamente la obra del Prof. Michel Taruffo, pone en guardia a los comparatistas de esa época. Al respecto la presentadora de su libro, señala: “*La obra del profesor Taruffo es una voz que alerta a los movimientos que sin el debido examen se empeñan en importar a todo costo el sistema de adversary, borrando inclusive resultados de batallas que se ganaron para la justicia material, la defensa de las partes débiles, en un país tercermundista que no permite el sueño de la mano protectora que asegure la justicia en un proceso desenvuelto en libre competencia como si se trata de un asunto más del comercio libre*”. QUINTERO, en Presentación del libro TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. VIII.

163 Ibid. Pág. XIII.

164 CHASE, Oscar: *Derecho, Cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Marcial Pons, Madrid, 2011. (Trad. Fernando Martín Diz). Pág. 7.

Seguidamente se describió cada una de las características que en su oportunidad se consideraron para permitir diferenciar a estos modelos procesales el uno del otro. En nuestra opinión, la yuxtaposición de estos se fundaba en las siguientes diferencias de orden procesal: modelo procesal imperante (adversarial o inquisitivo); forma de participación de los operadores técnicos del proceso, esto es, abogados y juez; (mayor o menor participación); carácter del tercero imparcial que resuelve la controversia (juez letrado o jurado); existencia de la cuestión de derecho “suficiencia probatoria”; eficacia de los testigos a oídas; alcance del recurso de apelación; formación de los jueces letrados y sus mecanismos de designación; formación y educación jurídica; forma de litigación de los abogados en el proceso; forma de comunicación entre el juez y la partes en el proceso (oralidad o escrituración); existencia de una fase preliminar, como fase autónoma o no del procedimiento.

También se demostró que, la rígida yuxtaposición de los modelos procesales, registra numerosas y fundadas observaciones por parte de los juristas. Las principales, en nuestra opinión, son las concernientes a: la figura del juez, pues se adopta la figura del *managerial judge*, en Estados Unidos como en Inglaterra y a la configuración de la fase preliminar como etapa esencial en estos mismos ordenamientos, que si bien, en principio nace con el objetivo de preparar el juicio, en la realidad práctica, esta finalidad se pierde, en pro de la resolución de controversia sin decisión, por las instituciones del *discovery* y *disclosure*. Esto último conlleva, a que no haya juicio en la gran mayoría de los casos, perdiendo las características sobre: jurado, oralidad y adversariedad que eran propias del modelo de *common law*.

Las olas de reformas para adaptar las intervenciones legales a las exigencias puestas por la práctica del proceso trascienden las jurisdicciones y, como vimos existen tendencias sobre algunos ámbitos rompiendo con las concepciones de diferenciación respecto a los modelos procesales, a fin de superar las perspectivas tradicionales.

El estado actual de las cosas, nos revela la obsolescencia de los grandes modelos procesales como históricamente han sido concebidos y nos invita a abrirnos a nuevas concepciones, ya sea de modelos procesales mixtos, ya no del todo coherentes con las características que en su oportunidad diferenciaron a los sistemas prevalentes de *civil law* y *common law*, o bien a la introducción de modelos procesales, cuya clasificación se base en criterios más flexibles, que permitan la adaptación a las diversas reformas legales. Lo cual nos lleva a concluir que, el establecimiento de nuevos modelos procesales no es una utopía, es una realidad.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDISERT, Ruggero: “The Role of the Courts in Contemporary Society”. En: *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 38, N° 3, 1977 [Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1410832](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410832)] [fecha de consulta: 22.04.2022].

ANDREWS, Neil: *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford University Press, Oxford, 2003.

ANDREWS, Neil: *Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2013. (Trad. Álvaro Pérez-Ragone y Antonio Morales Mutis).

ANN GLENDON, Mary, WALLACE GORDON, Michael & CAROZZA, Paolo: *Comparative legal traditions*. West Group, ST. Paul, Minn., 1999.

BRAVO, Pablo: “Hacia la reforma del proceso civil en Chile”. En: *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, Vol. 29, N° 17, 2013.

BRAZIL, Wayne: “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”. En: *Vanderbilt Law Review*, Vol. 31, N° 6, 1978 [Disponible en: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111230>] [fecha de consulta: 31.08.2021].

BRITISH SECTION OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS: *Going to law: a critique of English civil procedure: a JUSTICE report*. Stevens and Sons, Londres, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro: *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” –“common law”*. Cedam, Padova, 1963.

CAPPELLETTI, Mauro: “Who Watches the Watchmen? A comparative Study on Judicial Responsibility”. En: *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, N°1, 1983 [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/839606?seq=1>] [fecha de consulta: 28.04.2022].

CARDOZO, Benjamin: *The Nature of Judicial Process*. Yale University Press, New Haven, 1921.

CARDOZO, Benjamin: *The Growth of the Law*. Yale University Press, New Haven, 1924.

CHASE, Oscar. *Derecho, Cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Marcial Pons, Madrid, 2011. (Trad. Fernando Martín Diz).

CHAYES, Abram: “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 7, 1976. [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1340256?seq=1>] [fecha de consulta: 22.04.2022].

CLARK, Charles: “A History of Continental Civil Procedure by Arthur Engelmann” En: *The Yale Law Journal*, Vol. 37, N° 5, 1928.

CORAPI, Diego: “Tradizione romanistica e influenze di Common Law nell’evoluzione del diritto brasiliano”. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, Vol. 1, N° 4-6, 2009.

CROSS, Rupert & HARRIS, J. W: *Precedent in English Law*. Clarendon Law, Oxford, 1977.

DAINOW, Joseph: “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, N° 3, 1966-1967. [Disponible en: <https://doi.org/10.2307/838275>] [fecha de consulta: 23.03.2022].

DAMAŠKA, Mirjan: “Evidentiary Barriers to Conviction and the the Two Models of Criminal Procedure: A comparative Study”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, N° 3, 1973.

DAMAŠKA, Mirjan: *The faces of justice and state authority*. Yale University Press, New Haven, 1988. (Trad. Michele Taruffo).

DENNING, Alfred: *The Road to Justice*. Stevens and Sons, Toronto, 1995.

DENTI, Vittorio: “L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei”. En: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 20, N° 1, 1965.

DODSON, Scott: “The Challenge of Comparative Civil Procedure”. En: *Alabama Law Review*, Vol. 60, 2008. [Disponible en: [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bamalr60&id=135&div=&collection=journals%5Cnhttp://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bamalr60&div=7&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults&terms=\(challenge AND of AND comparat\)](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bamalr60&id=135&div=&collection=journals%5Cnhttp://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bamalr60&div=7&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=(challenge AND of AND comparat))] [fecha de consulta: 28.03.2022].

DONDI, Angelo: *Effectività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam, Padova, 1985.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo: Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada. Marcial Pons, Madrid, 2017.

EHRENZWEIG, Albert: Psychoanalytische Rechtswissenschaft. Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

ESPARZA, Iñaki: El principio del debido proceso. Bosch, Barcelona, 1995.

ENGELMANN, Arthur: A history of continental civil procedure. Little Brown & Co., Boston, 1927.

FINE, Toni: Il Diritto Amricano. Un Introduzione completa al Sistema Giuridico Anglo-American. Edizioni XL Sas di Stefania Bonura, Roma, 2011. (Trad. Anna Maria De Giacomo y Alessandra Pera).

FRANK, Jerome: Courts on trial: Myth and reality and American Justice. Pricenton University Press, Pricenton, 1950.

FRANKEL, Marvin: "Search for truth: An Umpireal View". En: University Of Pennsylvania Law Review, Vol. 123, N° 5, 1975. [Disponible en: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5309&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5309&context=penn_law_review)] [fecha de consulta: 24.03.2022]

FRIEDENTHAL, Jack; KANE, Mary, & MILLER, Arthur: Civil procedure West Group, St. Paul, Minnesota, 1999.

FRIEDMAN, Lawrence: "Legal Rules and the Process of Social Change." En: Stanford Law Review, Vol. 19, N° 4, 1967. [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1227535?seq=1>] [fecha de consulta: 22.04.22]

FRIENDLY, Henry: “The Gap in Lawmaking--Judges Who Can’t and Legislators Who Won’t”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 63, N° 5, 1963 [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1120530?seq=1>] [fecha de consulta: 22.04.2022].

FULLER, Lon: “Collective Bargaining and the arbitrator”. En: Kahn, Mark: *Collective Bargaining and the Arbitrator’s Role*. Proceeding of the fifteenth annual meeting national academy of arbitrators. BNA Incorporated, Pittsburgh, Pennsylvania, 1962.

GALANTER, Marc: “Afterword : Explaining Litigation”. En: *Law and Society Association*, Vol. 9, N° 2, 1975 [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3052981?seq=1>] [fecha de consulta: 22.04.2022]

GARCÍA, Ramón: “El case management en las reglas europeas de procedimiento civil ELI/UNIDROIT en contraste teórico con el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil. ¿Obsolencia anticipada?”. En Ezurmendia Álvarez, Jesús (Ed.), *Principios de justicia civil*. Bosch, Barcelona, 2022.

GELDART, Williams: *Introduction to English law*. Oxford University Press, Oxford, 1984.

GIDI, Antonio. “Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N° 2, 2003 [Disponible en : <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/51/2/311/2571705?redirectedFrom=fulltext>]

GIDI, Antonio: “The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries”. En: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, N° 1, 2005.

GORLA, Gino: "I 'Grandi Tribunali' italiani fra i secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d'Italia". En: Foro Italiano (Ed.), Quaderni del Foro italiano, 1969.

GORLA, Gino: "Il Tribunali Supremi degli Stati Italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati (disegno storico-comparativo)". En: Paradisi, B. La formazione storica del diritto moderno in Europa . Casa Editrice Leo S. Olschki, Firenze, 1977.

GREEN, Eric & NESSON, Charles: Problems, Cases, and Material on Evidence. Little Brown, Boston, 1983.

GROSS, Samuel & SYVERUD, Kent: "Don't try: Civil jury verdicts in a system geared to settlement". En: UCLA Law Review, Vol. 44, N°1, 1996 [Disponibile en: <https://repository.law.umich.edu/articles/1615/>] [fecha de consulta: 28.03.2022].

HANSCHIED, W.J: "Les principes fondamentaux du droit judiciaire". En: Storme, Marcel & Casman, Hélène (Eds.), Towards a Justice with a Human Face. First International Congress on the Law of Civil Procedure. Faculty of Law, State University of Ghent, Ghent, 1978.

HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele: La Justicia Civil en los Estados Unidos. Thomson Reuters Arazandi, Madrid, 2006. (trad. Fernando Gascón Inchausi).

HAZARD, Geoffrey & Vetter, Jan: Perspectives on Civil Procedure. Little Brown & Co., Boston-Toronto, 1987.

JACOB, Jack: La giustizia civile in Inghilterra. Il Mulino, Bologna, 1995. (Trad. Elisabetta Silvestri).

JACOBY, S.: Das Enforschungsverfahren im amerikanischen Zivilprozess: Vorschläge für eine Reform der ZPO. Zeitschrift für Zivilprozess, Berlín, 1961.

JAFFE, Louis : English and American Judges as Lawmakers. Clarendon Press, Oxford, 1969.

JAMES, Fleming: Civil Procedure. Little Brown & Co., Toronto, 1965.

JOLOWICZ, Jhon: “The active role of the Court in Civil Litigation”. En: Jolowicz, Jhon & Cappelletti, Mauro: Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation. Giuffé. Milano, 1975.

JOLOWICZ, Jhon: On Civil Procedure. University Press Cambridge, Cambridge, 2000.

JOLOWICZ, Jhon: “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”. En: International and Comparative Law Quartely, Vol. 52, N° 2, 2003.

JOLOWICZ, Jhon: “El procedimiento Civil en el common law. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX”. En: Años de Evolución Jurídica, Vol. LXXV, 1978 (trad. Lucio Cabrera Acevedo). Págs. 99-166. [Disponible en dos partes. Parte I: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Art%C3%ADculo%20Rev.%20Valpara%C3%ADso/el-procedimiento-civil-en-el-common-law-aspectos-de-su-evolucion-historica-en-inglaterra-y-en-los-estados-unidos-durante-el-siglo-xx-primera-parte.pdf] [Parte II: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Art%C3%ADculo%20Rev.%20Valpara%C3%ADso/el-procedimiento-civil-en-el-common-law-aspectos-de-su-evolucion-historica-en-inglaterra-y-en-los-estados-unidos-durante-el-siglo-xx-segunda-parte.pdf] [fecha de consulta: 10.05.2023].

JUNKER, Abbo: Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987.

NAGEL, Heinrich: *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr* by Abbo Junker. En: *JuristenZeitung*, Vol. 42, N° 12, 1987.

KAGAN, Robert: *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Harvard University Press, Cambridge, 2001.

KAPLAN, Benjamin: “Reflections on the Comparison of Systems”. En: *Buffalo Law Review*, Vol. 9, N° 3, 1960. [Disponible en: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol9/iss3/2/>] [fecha de consulta: 28.02.2022].

KAPLAN, Benjamin; VON MEHREN, Aertur & SCHAEFER, Rudolf: “Phases of German Civil Procedure II”. En: *The Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 8, 1958.

KENNEDY, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 8, 1976 [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1340104?seq=1>] [22.04.2022]

KIRKHAM, Francis: “Complex Civil Litigation. Have Good Intentions Gone Awry?”. En: *Federal Rules Decision*, Vol. 70, N° 199, 1976.

LANDSAMN, Stephen: *The adversary system: A description and defense*. American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, 1984.

LANGBEIN, John: “The Influence of Comparative Procedure in the United States”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, N° 4, 1995. [Disponible en: <https://doi.org/10.2307/840606>] [fecha de consulta: 28.03.2022].

MERRYMAN, John: *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, Stanford, 1985.

MONTERO AROCA, Juan: Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del Juez y la Oralidad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MURILLO MARTÍNEZ, Carlos: “Apuntes sobre la oralidad en el juicio acusatorio-adversarial, un acercamiento a través del derecho comparado”. En: Chihuahua Hoy 2013: Visiones de su historia, economía, política y cultura. Universidad Autónoma de Ciudad de Juárez, Ciudad de Juárez, 2013.

MYERS, Edward: “Liberalism and Legal Science: The Jurisprudence of Morris Raphael Cohen”. En: Notre Dame Law Review, Vol. 52, N° 4, 1977 [Disponible en: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2673&context=ndlr>] [fecha de consulta: 22.04.2022].

NIEVA FENOLL, Jordi: Derecho Procesal II. Proceso Civil. Marcial Pons, Madrid, 2015.

OLIVA SANTOS, Andrés: Sobre criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998. En: Revista de Derecho Procesal, Vol. 1, N° 2, 1999.

ÖRÜCÜ, Esin: “A General view of Legal Families and of Mixed Systems”. E: Örücü, Esin & Nelken, David, Comparative Law: A Handbook. Hart Publishing, Oxford, 2007.

PALACIO, Lino: Derecho procesal civil. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.

PASSANANTE, Luca: England Oralità e Scrittura nel Processo Civile Inglese. En: Universidad de Valencia, s.n, 2014 [Disponible en: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip42eng.pdf>] [fecha de consulta: 01.09.2021].

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio: “La educación jurídica en el common law: Una breve historia con referencia especial a los Estados Unidos”. En: Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho. Vol. 8, N° 2021.

PICARDI, Nicola: “Il giudice alla legge nel ‘Code Louis’”. En: Rivista di Diritto Processuale, N° 1, 1995.

POUND, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*. Marshall Jones Company, Frankestown, 1921.

POUND, Roscoe: *An Introduction to the Philosophy of Law*. Yale University Press, New Haven, 1922.

POUND, Roscoe: “The Theory of Judicial Decision”. En: Harvard Law Review, Vol. 36, N° 8, 1923.

POUND, Roscoe: “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”. En: *Crime & Delinquency*, Vol. 10, N° 4, 1964 [Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/001112876401000403>] [fecha de consulta: 13.04.2022]

PÉREZ RAGONE, Álvaro: “Writ” y “Actio” en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval. En: *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N° 29, 2007. [Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552007000100008&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552007000100008&script=sci_arttext)] [fecha de consulta: 24.04.2022]

RANIERI, Filippo: *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption : eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*. Böhlau Verlag, Köln, 1985.

RAWLS, John: *A theory of Justice*. Belknap Press, Cambridge, 1999.

SALTZBURG, Stephen: “The Unnecessary Expanding Role of the American Trial Judge”. En: *Virginia Law Review*, Vol. 64, N° 1, 1978. [Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1072542>] [fecha de consulta: 18.04.2022].

SANDER, Frank: “Varieties of Dispute Processing”. En: *Federal Rules Decision*, Vol. 70, N° 1, 1976.

SCARCIGLIA, Roberto: “A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times”. En: *Beijing Law Review*, N° 6, 2015 [Disponible: <https://doi.org/10.4236/blr.2015.64026>] [fecha de consulta: 01.09.2021]

SELLA, Prieto: *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*. Hoepli, Milano, 1927

STORME, Marcel: “Role and Status of the Judiciary as a State Power”. En: Carpi, Federico & Lupoi, Michele, *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*. Giappichelli, Torino, 2001.

STÜRNER, Rolf: “Derecho Procesal y Culturas Jurídicas”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 1, 2007 [Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100015&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100015&script=sci_arttext)] [fecha de consulta: 01.09.2021]

SUBRIN, Stephen: “Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules”. En: *Boston College Law Review*, Vol. 39, N° 3, 1998 [Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss3/6>] [fecha de consulta: 01.09.2021]

TARUFFO, Michele: “Legal Cultures and Models of Civil Justice”. En: Heldrich, Andreas & Uchinda, Takeyoshi, *Festschrift für Hideo Nakamura*. Seibundo, Tokyo, 1996.

TARUFFO, Michele: “Transcultural Dimensiono of Civil Justice”. En: *Comparative Law Review*, Vol. 23, N° 1, 2000.

TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’: Aspectos fundamentales”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 12, N° 1, 2006 [Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>] [fecha de consulta: 17.03.2022]

TARUFFO, Michele: *Motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, 2006. (trad. Lorenzo Córdova Vianello).

TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008. (trad. Beatriz Quintero).

TARUFFO, Michele: “Precedente y Jurisprudencia”. En: *Precedente. Revista Jurídica*, 2007.

TARUFFO, Michele: “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”: (versión abreviada). En: Carpi, Federico & Ortells, Manuel: *Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal*. Universidad de Valencia, Valencia, 2008.

TARZIA, Giuseppe, “Modelos europeos para un proceso civil uniforme”. En: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. N° 53, 2000.

UZELAC, Alan: “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”. En Simons, Adrian; Goncalves de Castro Mendes, Aluisio; Pérez Ragoné, Álvaro & Henrique dos Santos Lucon, Paulo, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. Tirant lo Blanch, Sao Paulo. 2019 [Disponible en: <https://www.ptonline.com/articles/how-to-get-better-mfi-results%0Aumhammadkahfi16060474066@mhs.unesa.ac.id>] [fecha de consulta: 22.02.2023]

VAN CAENEGEM, William: “History of European Civil Procedure”. En: Cappelletti, Mauro, *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XVI. Mohr Siebeck, Tübingen, 1973.

VANDERBILT, Arthur: *Cases and other materials on modern procedure and judicial administration*. Washington Square Publishing Corporation, New York, 1952.

VON MEHREN, Arthur; *The Civil Law System: Cases and Materials for the comparative study of law*. Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1958.

WANNER, Craig: “The Public Ordering of Private Relations Part Two: Winning Civil Court Cases”. En: *Law & Society Review*, Vol. 9, N° 2, 1975 [Disponible: <https://www.jstor.org/stable/3052978?origin=crossref&seq=14>] [fecha de consulta: 22.04.2022]

WRIGHT, Charles & MILLER, Arthur: *Federal Practice and Procedure*. Thomson Reuters, St. Paul, Minnesota, 1970.

WYNESS MILLAR, Robert: “The Formative Principles of Civil Procedure”. En: *Illinois Law Review*, Vol. 18, N° 1, 1923.

WYNESS MILLAR, Robert: *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*. Law Center of New York University for The National Conference of Judicial Councils, New York, 1952.

ZANDER, Michael: *Cases and Materials on The English Legal System*. LexisNexis, Londres, 2003.

ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Procedure*. LexisNexis, Londres, 2003.



# NORMAS DE CONSTITUCIÓN, NORMAS DE LEY: UNA RESPUESTA IMPROBABLE A LA LUZ DEL CASO CHILENO<sup>1</sup>

CONSTITUTIONAL NORMS, LEGAL NORMS:  
AN IMPROBABLE ANSWER IN LIGHT OF THE CHILEAN CASE

Domingo A. Lovera Parmo\*

*The life of the law has not been logic: it has been experience*

Oliver Wendell Holmes, Jr., THE COMMON LAW<sup>2</sup>

## Resumen

Uno de los debates transversales que generó la propuesta de nueva Constitución ofrecida por la Convención Constitucional — rechazada, luego, por el pueblo — fue el relativo a las materias que deberían incluirse en una

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 20 de marzo de 2023 y aceptado el 13 de junio de 2023.

Esta investigación se enmarca en el Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11190310, denominado “Los usos de la Constitución en el proceso legislativo chileno”, del que el autor es su investigador responsable.

Una versión preliminar de este trabajo se presentó en la Conferencia Anual del ICON-S México, “Desafíos Contemporáneos en el Derecho Público”, en el ITAM, México, 26 de octubre de 2022, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 28 de octubre de 2022, y en la Conferencia Derecho y Cambio Social, en la Universidad Austral de Chile, 20 de enero de 2023. Quiero agradecer los comentarios y sugerencias que entonces se me hicieron. Agradezco, también, los comentarios que Jaime Bassa, Rodrigo Kaufmann, Paz Irarrázabal, Raúl Letelier, Daniel Mondaca, Pablo Soto, Nicolás Perrone, Flavio Quezada, Christian Viera y Yanira Zúñiga formularan a una versión muy inicial de este trabajo. Por último, quiero agradecer especialmente la asistencia de investigación de Ignacia Valenzuela y Rodrigo Cortés.

\* Doctor en Derecho, Universidad de York, Canadá. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Dirección postal: Avenida República 112, Santiago, Chile. Correo electrónico: [domingo.lovera@udp.cl](mailto:domingo.lovera@udp.cl) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3601-096X>.

<sup>2</sup> Little Brown and Co., Boston, 1881. Pág. 1.

Constitución y cuáles, en cambio, dejadas a la ley (u otras fuentes normativas). Este trabajo tiene por objetivo ordenar los argumentos a partir de los que se formulaban esas objeciones. Se dividen en cuatro razones. La primera de ellas arranca de una cierta expectativa o concepción respecto de la función de las constituciones. La segunda reposa en una visión sobre la forma en que las constituciones podrían alentar o menoscabar la democracia al transferir poderes de decisión a instituciones no representativas. La tercera reclama una supuesta infracción a la experiencia constitucional acumulada globalmente. La cuarta, y última, se formula desde una cierta cultura social y/o nacional que debe respetarse. Cada uno de esos criterios será sometido a escrutinio con razones que, desde luego — así como los mismos criterios —, encuentran eco en la literatura especializada.

### **Palabras claves**

Materias de constitución; Derecho comparado; Poder constituyente.

### **Abstract**

One of the cross-cutting debates generated by the proposal for a new Constitution offered by the Constitutional Convention — later rejected by the people —, was the question of which matters should be included in a Constitution and which, on the other hand, should be left to the law (or other normative sources). The purpose of this paper is to sort out the arguments upon which these objections were formulated. They are divided into four reasons. The first stems from a certain expectation or conception about the function of constitutions. The second rests on a view of how constitutions might encourage or undermine democracy by transferring decision-making powers to non-representative institutions such as the judiciary. The third claims a breach of what would be a globally accumulated constitutional experience. The fourth, and last, is formulated from a certain social and/or national culture that must be respected. Each of these criteria will be subjected to scrutiny with reasons that, just as the criteria themselves, are echoed in the specialized literature.

## Keywords

Constitutional matters; Comparative law; Constituent power.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA INADECUACIÓN NORMATIVA

En 1993 Jeremy Waldron sostenía, entre otras cosas, que el reconocimiento de derechos constitucionales importaba alguna forma de defraudación democrática<sup>3</sup>. Descansando en el que denomina el derecho de los derechos, esto es, el derecho de las personas a poder intervenir y decidir en situaciones en las que existe un desacuerdo razonable respecto a qué derechos tenemos, argumentaba que el reconocimiento constitucional de ciertos derechos — y, desde luego, la atribución de los tribunales para decidir autoritativamente qué derechos tenemos y cuáles son sus contornos — supone excluir ciertos asuntos del debate político<sup>4</sup>.

¿Es esta una actitud democráticamente adecuada frente a nuestras conciudadanas, se preguntaba Waldron? No parece serlo de cara a las circunstancias de la política, el hecho de que somos millones de personas, que vivimos juntas y que debemos tomar decisiones que permitan organizar la vida en

---

3 WALDRON, Jeremy: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, Nº 1, 1993.

4 En nuestra tradición esta ha sido conocida como la tesis del coto vedado. Se trataría de un núcleo de decisiones de todas las posibles — los derechos — que estaría sustraído de la voluntad de la mayoría, sin dejar de ser, por ello, fundamento de la democracia. Véase, por todos, GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Consenso, racionalidad y legitimidad”. En: *ISEGORÍA*, Vol. 2, 1990.

común<sup>5</sup>. Menos cuando esas decisiones, esto es las decisiones respecto a cómo debemos organizar nuestra vida en común, están atravesadas por un genuino y razonable desacuerdo. Incluidas las cuestiones de derechos<sup>6</sup>.

Por cierto, la objeción al atrincheramiento constitucional de los derechos no procede solo respecto de ellos — algo que el debate doméstico suele pasar por el lado cuando objetan la constitucionalización de los que son, además, solo una parte de los derechos: los sociales —, sino que también respecto a la parte orgánica de las constituciones. Como el mismo Waldron reclamaría algunos años después, en parte para abordar la reconfiguración de la revisión judicial como una orientada solo al control de los procedimientos y espacios participativos de una política democrática<sup>7</sup>, si le reconocemos a las personas agencia moral, política y constitucional para poder pensar y debatir en torno a cuestiones sustantivas, ¿por qué debieran quedar excluidas de poder abordar las cuestiones de procedimiento? Si la democracia supone conferir a las personas un papel protagónico en el (auto)gobierno, ese alcanza, desde luego, las cuestiones relativas a “al carácter procedimental de sus arreglos políticos”<sup>8</sup>.

---

5 WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 1999. Pág.102. Este punto debe ser puesto de relieve: como parte importante del tratamiento que el concepto de las circunstancias de la política de Waldron ha girado en torno al aspecto del desacuerdo que existiría para poder organizar la vida en común, se ha oscurecido otro ámbito del argumento que, para efectos de esta crítica, puede tener mayor interés. Esto es la necesidad de, pese al desacuerdo, contar con mecanismos (y podríamos agregar actitudes) que permitan la cooperación humana. En efecto, como el mismo Waldron argumenta, la ley — una de las formas en que vamos abordando, sin necesariamente eliminar, los desacuerdos — debe ser vista como el resultado de cientos de voluntades orientadas a poder superar esos problemas de acción colectiva, más que como un puro resultado azaroso. Sobre este punto, véase, LATHAM-GAMBI, Alexander: “Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics”. En: *The Review of Politics*, Vol. 83, N°2, 2021.

6 WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*, ob. cit. Pág. 225.

7 Cf. ELY, John H.: *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.

8 WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*, ob. cit. Pág. 296.

El derrotero de la discusión permite afirmar que el anterior no es una objeción contra (la función que desempeñan)<sup>9</sup> las constituciones, sino una en contra de falta de atención a los procedimientos a que echamos mano para procesar y resolver nuestros desacuerdos<sup>10</sup>, por una parte, como a la apertura que las mismas debieran considerar para la actualización de sus interpretaciones y regulaciones<sup>11</sup>, de otra. En efecto, como el mismo Waldron apunta, las teorías de los derechos (y podemos añadir, de las constituciones, en general) deben complementarse con una teoría de la autoridad (y los procedimientos para ejercerla) respecto de las decisiones en torno a los mismos que considere el rol adecuado que las personas nos corresponde en una democracia<sup>12</sup>.

En lo que sigue, y con estas consideraciones a la vista, quiero revisar parte del debate que se generó durante el proceso constituyente chileno llevado a cabo por la Convención Constitucional. Allí, y conforme se iban conociendo las diferentes normas que la Convención iba aprobando — en especial, aunque no exclusivamente, en materia de derechos —, era común encontrarse con el reclamo que acá denominaré de inadecuación normativa. En términos generales, podría decirse que lo que acá llamo inadecuación normativa supone un reclamo conforme al que se objeta que se incluyan en

---

9 Véase, por ejemplo, WALDRON, Jeremy: “Never Mind the Constitution”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 127, N° 4, 2014. Pág. 1164.

10 En especial una crítica a la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación, como es evidente en WALDRON, Jeremy: “The Core of the Case Against Judicial Review”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N° 6, 2006.

11 Un buen ejemplo de esta forma de constitucionalismo puede encontrarse en COLON-RIOS, Joel: *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Routledge, Londres y Nueva York, 2013; hablándole al momento de la decisión constituyente, y en WEBER, Grégoire C. N: *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009; hablándole al funcionamiento regular de la política democrática. Esta objeción, propiamente democrática a una cierta forma de constitucionalismo, alcanza, desde luego, a los tribunales que ejercen atribuciones de control de constitucionalidad. Al respecto pueden consultarse los ensayos disponibles en GARGARELLA, Roberto (coord.): *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

12 WALDRON, Jeremy: *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, ob. cit. Págs. 31-32.

una propuesta constitucional, asuntos que — por diversas razones que acá se proponen ordenar — no son propiamente constitucionales. Se habría tratado, en términos gruesos, de una constitucionalización excesiva.

Que se haya tratado, en la voz de sus críticos, de una propuesta que avanzaba en una constitucionalización excesiva, se debía a varias razones. En efecto, este reclamo general de inadecuación tuvo varias manifestaciones. Por ejemplo, y en parte por la extensión de la propuesta de nueva Constitución (PNC, en adelante), la Convención — se dijo — se habría animado a constitucionalizar materias que deberían haber sido dejadas a la ley. Ello se habría debido, se sostuvo, por la alta desconfianza que la Convención exhibía respecto de las demás instituciones. En un contexto tal, se incluyó una larga lista de derechos para “asegurarlos de manera permanente, de modo que no se puedan desconocer o modificar ante futuros cambios políticos o institucionales”<sup>13</sup>.

Contrapartida necesaria de esta excesiva constitucionalización, también se reclamó, era que se concedía un poder enorme a los tribunales<sup>14</sup> en desmedro del Congreso Nacional<sup>15</sup> y la actividad política en general. Jorge Correa Sutil, por ejemplo, sostuvo al respecto que la “constitución no debe resolver el sistema social y económico [donde hay legítimas diferencias que] hay que definir en elecciones periódicas y no en un texto constitucional”<sup>16</sup>.

---

13 MONDACA, Gabriela y NAVARRETE, Esperanza: “499 artículos: ¿Maximalista y detallista? Las dudas que rodean al primer borrador de nueva Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/499-articulos-maximalista-y-detallista-las-dudas-que-rodean-al-primer-borrador-de-nueva-constitucion/40-QUMIZRWFGVJP2L4RLDKDYIJM/>

14 Como diré más abajo, pero esto es, en parte, el modelo de derechos que podría explicar el mismo afán de la Convención, esta objeción descansaba en una cierta idealización de los tribunales que dialogaba poco, curiosamente, con el papel que se les asignaba — en especial a la justicia constitucional — en la PNC.

15 Cuyo papel desmejorado, en todo caso, y paradójicamente, puede apreciarse hoy sin necesidad de descansar en la PNC.

16 El MERCURIO: “Constitución no debe resolver el sistema social y económico”. En: *Diario El Mercurio de Valparaíso*, 23 de octubre de 2022. Pág. 7.

En fin, otra de las manifestaciones de esta crítica (y sin ánimo exhaustivo), sostuvo que la PNC incluía una suerte de programa político detallado, muy lejos de lo que las constituciones debieran hacer<sup>17</sup>. Un boletín de un centro de estudios vinculado a la derecha, así, señaló que la propuesta pecaba de maximalista, “tratando temas que, por su especificidad o carácter dinámico, son ajenos a una Constitución, como la crisis climática y ecológica; gestión de residuos, humedales, bosques nativos y suelos”<sup>18</sup>. Más recientemente, una propuesta de diseño para continuar con el proceso constituyente, ofrecida por quienes se han denominado como centroizquierda por el rechazo, señaló, justamente, que “[u]no de los problemas de...la reciente propuesta de la Convención, es que las fuerzas mayoritarias (en número o en poder) plasmaron en el texto varias cuestiones que siguen siendo legítimamente discutidas en la sociedad chilena. No corresponde a la Constitución resolver estas controversias ideológicas, que pertenecen a la esfera de legítimo debate democrático”<sup>19</sup>. Se referían, por cierto, al reconocimiento del derecho “a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción”<sup>20</sup>.

Este trabajo tiene por objetivo modesto: ordenar los argumentos a partir de los que se formulaban esas objeciones. Esta ordenación se hace atendiendo los reclamos que se formularon en el caso chileno, echando, luego, un vistazo a las razones teóricas que acompañan esas críticas. Los dividiré en cuatro razones. Así, sostendré que (II) algunas de esas objeciones arrancaban de

---

17 Esto, a pesar que también se criticó — algo paradójicamente si el problema era la extensión de la propuesta — que la PNC reconociera derechos y luego permitiera su regulación por medio de leyes. HERRERA, Mariela: “Números y riesgos de una Constitución maximalista con 499 artículos, más de 100 derechos y 20 nuevos órganos”. En: *El Líbero*, 16 de mayo de 2022. Disponible en: <https://ellibero.cl/libero-constituyente/numeros-y-riesgos-de-una-constitucion-maximalista-con-499-articulos-mas-de-100-derechos-y-20-nuevos-organos/>

18 LIBERTAD Y DESARROLLO: “Informe sobre el desarrollo de la discusión en la Convención Constitucional”. En: *Actualidad Constituyente*, N° 42, 20 de mayo de 2022. Pág. 12. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/05/ACTUALIDAD-CONSTITUYENTE-42.pdf>

19 Se trata de un documento que, en medios al menos, se conoció como la propuesta constitucional de los senadores Walker y Rincón. Disponible en: <https://static.emol.cl/emol50/documentos/archivos/2022/10/24/202210247359.pdf>

20 CONVENCION CONSTITUCIONAL: *Propuesta Nueva Constitución*. En: Chile Convención, 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/> Art. 6.

una cierta expectativa (concepción) respecto de la función de las constituciones; (III) otras de ellas reposaban en una visión sobre la forma en que las constituciones podrían alentar o menoscabar la democracia transfiriendo amplios poderes de decisión a avenidas no representativas; (IV) un tercer grupo reclamaba una supuesta infracción a la experiencia constitucional acumulada globalmente, de la que la PNC se habría alejado; (V) por último — quizá el reclamo menos cercano a la disciplina legal —, algunas de las críticas se formulaban desde una cierta cultura social y/o nacional que se habría visto defraudada por la PNC. Cada uno de esos criterios será, a su turno, sometido a escrutinio — con razones que también encuentran eco en la literatura especializada —.

El orden que acá se ofrece, por cierto, solo busca distinguir las razones a que se echaba mano. En caso alguno se sugiere que la división haga incompatibles o que no permita la concurrencia de dos o más de ellos en las críticas. Reservo algunas (VI) conclusiones para el final.

## **2. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL**

### **2.1. El argumento**

Un primer grupo de críticas a la PNC, descansó en lo que podríamos llamar la concepción de la constitución. Las constituciones, suele señalarse, deben limitar al poder y no habilitarlo. Mientras lo habilitan, lo que suele ocurrir cuando éstas son demasiado extensas, en especial en su apartado de derechos y principios, se atenta contra una de las bases del constitucionalismo moderno. En el caso de Chile puede tomarse en cuenta las siguientes declaraciones de un profesor de derecho constitucional, precisamente abordando la

extensión del (entonces) borrador de PNC: “en principio, las constituciones son textos que tienen como finalidad ‘lograr la limitación del poder’, que un ejemplo de ello es la Carta Magna de Estados Unidos, la que ‘es corta y no con muchos artículos, tiene pocos derechos’ y que, por el contrario, ‘los sistemas constitucionales muy ambiciosos, o sea aquellos que quieren resolver todos los problemas, creo que son sistemas constitucionales, en principio, con un riesgo enorme’”<sup>21</sup>.

Descansando en una cierta lectura del constitucionalismo, este acercamiento reivindica el rol de las constituciones en tanto artefacto de control y límite del poder<sup>22</sup>. Esta es una aproximación que goza de buena salud en el país. Así, por ejemplo, se ha señalado que el “movimiento constitucionalista supone que los poderes públicos se encuentren limitados por la Constitución”<sup>23</sup>. ¿Por qué la eventual extensión de las constituciones podría atentar contra tal objetivo? Porque si la constitución supone el sometimiento del poder al derecho, se requieren pocos poderes y limitados. De esta manera, las constituciones *deben* contener — nótese cómo esta afirmación se aproxima exactamente al asunto que acá se discute — “lo mínimo porque la Constitución es un acuerdo en lo fundamental...”<sup>24</sup>. Por ello es que sus normas deben ser — dice Peredo citando a Wheare con aprobación — “poco numerosas, generales y fundamentales. Asimismo, deben referirse a materias aptas y propias para ser descritas y ordenadas en forma de norma legal”<sup>25</sup>.

---

21 CHECHILNITZKY, Alexandra: “Se instala debate sobre conveniencia de tener una Constitución maximalista”. En: Emol, 9 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/01/09/1043412/cronica-constitucional.html>

22 FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001. Pág. 85.

23 PEREDO, Marcela: *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters, Santiago, 2018. Pág. 5.

24 PEREDO, Marcela: *Lecciones de teoría constitucional chilena*. Thomson Reuters, Santiago, 2019. Pág. 4. El título esa sección es, de hecho, “Teoría de la Constitución. Lo que debe contener una Constitución para que sea tal”.

25 *Ibíd.*, pág. 5.

Una manifestación de diseño constitucional que se deriva del hecho de concebirlas como artefactos orientados a limitar el poder, es la de reclamar que sean mínimas y de carácter general. En la experiencia comparada hay pocas voces como la de Cass Sunstein que hayan apostado por ese diseño. En parte por razones que se vinculan con otra de las objeciones que se formularon en el contexto del debate constituyente chileno (la que revisaré abajo en 3), Sunstein ha llamado — por cierto, inevitablemente anclado en la experiencia de los Estados Unidos — a preferir constituciones de corte más bien general, que se sustenten sobre lo que denomina acuerdos teóricos incompletos<sup>26</sup>. Para evitar que los desacuerdos políticos genuinos nos impidan acordar una propuesta constitucional, Sunstein propone transformar esos desacuerdos en fuerzas creadoras conforme a las que podremos alcanzar acuerdos generales, con independencia de los debates o la falta de certeza en torno a cuestiones fundamentales<sup>27</sup>.

## 2.2. ¿Una sola concepción?

Una objeción inicial a este reclamo, o al criterio en que se funda, es que el constitucionalismo adecuadamente comprendido debe abandonar la idea de que su función es únicamente la de servir como límite al poder<sup>28</sup>. Aunque entre nuestra doctrina existe esa tendencia, el énfasis en los límites descuida el hecho que las constituciones estatuyen “órganos que permiten

---

26 SUNSTEIN, Cass: *Designing Democracy. What Constitutions Do*. Oxford University Press, Oxford, 2001. Pág. 9. En otro de sus trabajos, Sunstein nos invita a evitar hacer descansar las constituciones en doctrinas comprensivas y concebirlas como documentos “que no ofrecen una teoría muy profunda de (por ejemplo) la libertad de expresión, la igual protección de las leyes o el poder ejecutivo”. SUNSTEIN, Cass: *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, Nueva Jersey 2009. Pág. 7.

27 SUNSTEIN, Cass: *Designing Democracy*, ob. cit. Pág. 9. Sunstein, en todo caso, consistente con su propuesta, ha reclamado un rol igualmente modesto — aunque es discutible que ello sea posible — para los jueces que tienen a su cargo la interpretación de la Constitución, por ejemplo a través de los mecanismos de control de constitucionalidad. Cf. SUNSTEIN, Cass: *One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1999.

28 GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila: “Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013. Pág. 6.

a las personas cooperar y coordinarse en la búsqueda de proyectos que de otro modo no podrían perseguir,<sup>29</sup> así como procedimientos e instituciones que aseguran la posibilidad que múltiples puntos de vista sean escuchados en la toma de decisiones.

Una visión que solo acentúa los límites es normativamente debatible. Con ella se corre el riesgo de que todas las acciones de un Estado, incluso las que van en beneficio de las personas, sean sospechosas de ilegitimidad<sup>30</sup>. El problema es que un Estado que no logra satisfacer el bienestar de sus ciudadanos, a veces porque es impedido de hacerlo desde los órganos de control, es uno que falla<sup>31</sup>. ¿Quién configuraría una forma de constitucionalismo — se pregunta Barber — así de inútil?<sup>32</sup> Por ello es que la comprensión del constitucionalismo como pura limitación al poder descansa en una premisa falsa: la de concebir el proyecto constitucional como uno acabado, cuando los principios del constitucionalismo solo están determinados en algunos de sus aspectos.

Como puede observarse, esta objeción tiene una variante que se desliza en la cita arriba transcrita: y es que se asume que la constitución cumple mejor su objetivo mientras más breve (y general) sea. Desde luego que esto abre una serie de discusiones, como por ejemplo, qué derechos debemos incluir — un asunto para nada pacífico — o cuánto deben regularse las instituciones si lo que se quiere es limitar el poder — para lo que, de hecho, los derechos, que justamente se quiere reducir a un puñado, han probado ser fundamentales —.

---

29 WALDRON, Jeremy: *Political theory*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 2016. Pág. 34.

30 *Ibíd.*, pág. 26.

31 BARBER, Nicholas W.: *The Principles of Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2018. Pág. 5.

32 Hay buenas razones, en efecto, para sostener que la excesiva contención del poder que animó el modelo constitucional de 1980 terminó siendo la causa de su propia defunción política. ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier: *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. LOM Ediciones, Santiago, 2017. Págs. 15-19 y 41- ss.

Con todo, es discutible que las constituciones puedan lograr mejor su objetivo de limitar el poder mientras menos detalladas sean. En efecto, esto podría ser bastante contraintuitivo. Si las constituciones limitan el poder, entonces la extensión y el detalle de las mismas daría cuenta de pocos espacios para poder ejercer atribuciones que no estuvieran observadas por el derecho constitucional<sup>33</sup>. José Ignacio Martínez, por ejemplo, que en una intervención transcrita más arriba abogaba por una constitución menos extensa porque ello aseguraría un mayor control del poder estatal, ha sostenido que si se incorporan en las constituciones conceptos constitucionales ambiguos o indeterminados — lo que podría pasar tanto en una mínima como en una extensa —, ellos podrían traer aparejados problemas de certeza jurídica: los conceptos “ambiguos o indeterminados puede suponer especiales riesgos y complejidades...desde el punto de vista jurídico la indeterminación puede afectar la confianza legítima y las legítimas expectativas, y con ello la previsibilidad, es decir, aquello que las personas pueden razonablemente esperar de la actuación de los poderes públicos...”<sup>34</sup>. En consecuencia, ¿qué debemos hacer? Él mismo ofrece un camino, separándose de Peredo, aunque abrazando una misma concepción de las constituciones: “sobre todo en materia de derechos libertades...la mayor o menor precisión de los

---

33 Esta fue, de hecho, por naive que hoy parezca, la tesis de los padres fundadores norteamericanos: la de apostar por regulaciones orgánicas que contuvieran el poder de los órganos que estaban creando, antes que la de apostar por contenidos sustantivos — como las cartas de derechos —. ALDUNATE, Eduardo: *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2008. Pág. 22.

34 MARTÍNEZ, José Ignacio: *Constitución, Conceptos Indeterminados y Conceptos Controvertidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 41. Con todo, debe abandonarse la pretensión de que cláusulas simples permiten tener casos fáciles. TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C.: *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1991. Págs. 33-38.

conceptos parece ser una cuestión especialmente álgida”<sup>35</sup>. Y aun así esto es algo que podría controvertirse, pues, si hay un ámbito en el que es deseable una relativa precisión, es, justamente, en el diseño de los procedimientos<sup>36</sup>.

Además — y sobre esto volveré más abajo a propósito de la eventual existencia de un acervo común constitucional que nos enseñaría qué debe incluirse en una constitución —, hay ocasiones en que la propia experiencia política, histórica y social puede desaconsejar la adopción de regulaciones breves y generales. Este es, justamente, el punto que remarcaba Cea al promover el nivel de detalle de la regulación constitucional de 1980 (en materia de derecho de propiedad, por ejemplo), cuando advertía que “es preferible, por ende, una Carta minuciosa a otra elegantemente sumaria cuando las elecciones de historia indican que si es posible reducir el fraude a sus directivas”<sup>37</sup>.

En tercer lugar, todavía, puede advertirse que la concepción minimalista de las constituciones puede estar anclada en una tradición legal que debe ser escrutada cuán en sintonía se encuentra con la nuestra (la de la región y la tradición legal de la que somos tributarios). En efecto, como se ha señalado por la literatura comparada, los países que pertenecen a la tradición del derecho continental, como ocurre en el caso de Chile, exhiben “constituciones tienen un carácter más estatista: presuponen y consagran un papel de gran alcance para el Estado en una variedad de ámbitos, al dotar al Estado de una amplia gama de poderes y responsabilidades”<sup>38</sup>. En el caso

---

35 MARTÍNEZ, José Ignacio, ob. cit. Pág. 41. Por cierto, como la suya es una aproximación que concibe a las constituciones como límite al poder, la solución de detallar para evitar ambigüedades — como acontece hoy en materia de derecho de propiedad — desaparece tratándose de lo que denomina “el lenguaje del constitucionalismo social”. Allí, señala él mismo, ello “conlleva necesariamente la inclusión de conceptos indeterminados...cuya especificación y consecuente operatividad depende esencialmente del legislador”. MARTÍNEZ, José Ignacio, ob. cit. Pág. 41-42.

36 DIXON, Rosalind: “Constitutional drafting and distrust”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, N°4, 2015. Pág. 825.

37 CEA, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988. Pág. 17.

38 LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”. En: *California Law Review*, Vol. 99, N° 5, 2011. Pág. 1164.

de los países pertenecientes a la tradición del *common law*, en cambio, — la tradición en la que se sitúa el constitucionalismo norteamericano que suele ser invocado por los promotores del minimalismo —, las constituciones son “relativamente libertarias, en el sentido de que personifican una tradición constitucional de derecho común de libertad negativa y, más concretamente, de protección judicial contra la detención o el daño corporal a manos del Estado”<sup>39</sup>. Ello redundaría en que las constituciones de la primera tradición son más extensas, y más breves (mínimas) las segundas, desde luego en el ámbito del reconocimiento de derechos.

Por último, las constituciones pueden ser igualmente generales, esto es, contener menos normas y menos detalladas, aun cuando se sostenga una concepción diferente sobre su función. De hecho, un acercamiento a las constituciones más cercano a las posturas de Waldron o Barber arriba reseñadas, puede compartir la necesidad de optar por una constitución de enfoque general y sin demasiados detalles, justamente por las razones opuestas. Así, mientras más generales sean las constituciones, mayor ámbito de decisión quedará disponible para la actividad democrática. Como se ha señalado, las cláusulas generales “permite[n] que sea la política ordinaria la que vaya determinando el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales y, asimismo, la que pueda ajustarlas a las transformaciones sociales y culturales que los pueblos necesariamente experimentan a lo largo de su historia”<sup>40</sup>.

Para concluir esta sección, quiero señalar, por ahora, que todas estas discusiones arrancan desde el desacuerdo respecto de la concepción de la constitución y no tenemos, por ende, algo así como un criterio objetivo al que apuntar para poder dirimir con precisión qué materias son propiamente constitucionales y cuáles no. Carecemos, de la misma forma, de un criterio objetivo conforme al que podemos identificar qué materias deben ser reguladas con detalles y cuáles dejadas a las regulaciones vagas y generales y —

---

39 Ídem.

40 MARSHALL, Pablo y CHARNEY, John: “¿Qué es una Constitución?”. En: Lorca, Rocío et al. (eds.): *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución*. La Pollera Ediciones, Santiago, 2020. Pág. 25.

como se hará evidente inmediatamente —, incluso si lo tuviéramos, hemos incorporado arreglos institucionales como la revisión judicial que han sido generosos a la hora de leer en las constituciones más de lo que éstas dicen.

### 3. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

#### 3.1. El argumento

La objeción democrática apunta a la forma en que una constitución demasiado extensa podría terminar constriñendo a la política ordinaria, en general, y las atribuciones legislativas, en particular<sup>41</sup>.

El argumento es conocido: una constitución muy detallada, extensa y maximalista, confiere demasiado poder a la judicatura, la que termina adoptando decisiones por sobre la política representativa. Luego, para reducir la discrecionalidad judicial, por una parte, y consecuentemente dejar espacio de maniobra a las cámaras de representación popular, por otra, el constituyente debería “optar por un acercamiento minimalista a la Constitución”<sup>42</sup> y “abstenerse de incluir en el texto constitucional cláusulas excesivamente

---

41 Aunque está vinculada, la crítica es diferente — como diré más abajo — a la que se formula a la posibilidad de que la judicatura (ordinaria o especial) pueda controlar la constitucionalidad de las leyes. Sobre esta objeción, en general, véase BICKEL, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1962. Págs. 16-23. Acá, además, reviso solo las razones que se han esgrimido en contra de la extensión de las constituciones por el impacto que acarrear en términos de reducción del espacio democrático. No abordo otras como su mayor tendencia a la rigidez y (consecuente) necesidad de reforma. TSEBELIS, George y NARDI, Dominic J.: “A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries”. En: *British Journal of Political Science*, Vol. 46, N° 2, 2014.

42 SUNSTEIN, Cass: “The Minimalist Constitution”. En: Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.): *The Constitution in 2020*. Oxford University Press, Nueva York, 2009. Pág. 37.

abstractas”<sup>43</sup>. Este peligro — la mixtura entre cláusulas constitucionales vagas y atribuciones judiciales de revisión de la constitucionalidad de las leyes — ya había sido advertido por el mismo Kelsen. Así, sostuvo que,

“para evitar un semejante desplazamiento del poder — que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado — del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”<sup>44</sup>.

El problema es evidente. Las cuestiones comunes terminan siendo definidas en foros cerrados a la participación ciudadana, por funcionarios que nadie ha elegido y con formas que solo un puñado de profesionales capacitados pueden manejar. El gobierno del pueblo es, de esta forma, reemplazado por el gobierno de los jueces y las juezas, lo que incluye decisiones que van desde la determinación los valores fundamentales de una comunidad, la administración del presupuesto y la definición de las urgencias políticas, a la identificación de las estructuras básicas de un orden constitucional que quedaría indisponible para el poder político representativo<sup>45</sup>. Todo lo ante-

---

43 Como la describe, sin suscribirla necesariamente, FERRES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Págs.77 y ss. La tesis que apuesta por una constitución de detalle, además, envía también recomendaciones a la judicatura constitucional que, ejerciendo sus atribuciones, debería abstenerse de echar mano a las cláusulas más abstractas. En especial, SUSTEIN, Cass: *One Case at the Time*, ob. cit. Págs. 10-14.

44 KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. UNAM, Ciudad de México, 2001. Págs. 81-82.

45 Cf. ROZNAI, Yaniv: *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press, Oxford, 2019.

rior, sin que logre justificarse — lo que ha empujado a algunos a considerar la procedencia de la revisión judicial — que se trata de un foro en el que puede arribarse a mejores respuestas sobre los asuntos arriba identificados<sup>46</sup>.

Este argumento ha tenido un correlato en nuestra discusión, tanto en general como a propósito del desarrollo del proceso constituyente, aunque casi siempre cuando se trata de derechos sociales<sup>47</sup>. Así, un ejemplo de lo primero lo encontramos en la que es, quizá, la versión más elaborada de esta crítica. Según el profesor José Francisco García, una Constitución no debiera aspirar a zanjar las controversias sociales fundamentales. Para ello debe ser mínima, privilegiando los arreglos institucionales y orgánicos por sobre los sustantivos, permitiendo que sea el proceso democrático el que adopte “el grueso de las decisiones de la vida social”<sup>48</sup>. ¿Por qué esto es relevante en el contexto de esta objeción? Porque en caso contrario, esto es, en caso de optarse por constituciones demasiado cargadas de derechos y otras declaraciones sustantivas — o sea constituciones maximalistas: lo que obviamente ocurriría cuando incluyen derechos sociales, pero no los civiles y políticos<sup>49</sup> —, “su judicialización genera espacios para el activismo judicial, esto es, el que los jueces y no el proceso político tome las decisiones de política pública (por ejemplo, en materia de legislación social) más relevantes del país”<sup>50</sup>. Alvarado, aunque escrutando un programa presidencial que buscaba avanzar en el reconocimiento de derechos sociales, señalaba que “esto abre enormemente el campo de la actuación judicial, en desmedro de la legislativa. El

---

46 Cf. WALDRON, Jeremy: “Judges as moral reasoners”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Nº 1, 2009.

47 El vínculo lo advierte, acertadamente, ZÚÑIGA, Francisco: “Constitución: el Estado social y las ‘cláusulas económicas y sociales’”. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Coord.): *Tránsito Constitucional: Camino hacia una nueva Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 60.

48 GARCÍA, José Francisco: “Minimalismo e incrementalismo constitucional”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 1, 2014. Pág. 274. Debe advertirse que García no opta por una concepción que concibe a las constituciones como orientadas exclusivamente a limitar el poder. En sus palabras, los arreglos procedimentales e institucionales deberían crear “un equilibrio virtuoso entre habilitación y restricción al poder público” (ídem).

49 *Ibíd.*, pág. 284.

50 *Ibíd.*, pág. 293.

resultado de lo que venimos diciendo es claro: mientras más derechos y más amplios, menor es el espacio para la deliberación democrática”<sup>51</sup>. Marshall y Charney, por último — aunque a propósito de la regulación constitucional del derecho de propiedad contenida en el texto de 1980 y no de los derechos sociales —, han dicho que el problema de una regulación constitucional demasiado detallada “reduce el ámbito de acción de la política”<sup>52</sup>.

En el caso del proceso constituyente, ahora, se dijo, por ejemplo, que existía “una suerte de confusión entre materias constitucionales y elementos de programa político partisano”<sup>53</sup>. Reiterando el argumento en su versión más tradicional, y criticando la posibilidad de plagar la nueva Constitución de principios, se dijo que se corría el riesgo de trasladar el poder a quienes a su cargo la interpretación de aquélla. En palabras de Sebastián Soto, “cuando el derecho se abandona en los principios, quienes asumen más poder son los jueces; ellos pasan a decidir cuestiones que tradicionalmente estaban en el ámbito de los representantes de la ciudadanía”<sup>54</sup>. Tratándose de derechos sociales, desde luego, el reclamo solo aumenta su intensidad: su reconocimiento importa “transferir a la judicatura las decisiones de política pública”<sup>55</sup>. Otro constitucionalista aseguraba que “si usted lleva estos temas a la Constitución, lo único que puede lograr es que estos temas terminen judicializados, o sea, que terminen los jueces resolviendo cuánta cultura debemos recibir, y a mí me parece que eso es un error político muy grave”<sup>56</sup>. En fin, un grupo de profesores de derecho observó que, en su opinión, “la

---

51 ALVARADO, Claudio: *La ilusión constitucional: sentido y límites del proceso constituyente*. IES, Santiago, 2016. Pág. 49.

52 MARSHALL, Pablo y CHARNEY, John, ob. cit. Págs. 26 y 27.

53 OTTONE, Ernesto: “El proyecto de nueva Constitución es malito, así que conviene rechazarlo y hacer uno mejor”. En: *El País*, 28 de agosto de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-08-28/el-proyecto-de-nueva-constitucion-es-malito-asi-que-conviene-rechazarlo-y-hacer-uno-mejor.html>

54 SOTO, Sebastián: *La Hora de la Re-Constitución*. Ediciones UC, Santiago, 2020. Pág. 180.

55 *Ibíd.*, pág. 112.

56 VEGA, Maximiliano y DONOSO, Nicolás: “¿Más o menos texto?: Cómo y por qué influye el tipo de extensión de una Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/mas-o-menos-texto-como-y-por-que-influye-el-tipo-de-extension-de-una-constitucion/GCJX3XSFEZFPQ5DEKNNSIDL6AQQ/>

propuesta en ocasiones viene a constituir en estas materias un programa de política pública basado en una visión política que va más allá de lo propiamente constitucional...la propuesta zanja o al menos toma posición en debates que son parte de la política ordinaria en Chile...limitando fuertemente al legislador democrático quien está llamado a determinar la configuración específica de estos derechos”<sup>57</sup>.

### 3.2. Errando el blanco

Asumiendo que la democracia y la constitución, como ha sido entendida por el constitucionalismo, son susceptibles de ser reconciliadas<sup>58</sup>, lo que acá quiero sostener es que este criterio que he denominado la objeción democrática, y que desde el punto de vista teórico comparto, descansa no tanto en la forma de las constituciones y los derechos que éstas contengan, como sí en el arreglo institucional que ha acompañado al neoconstitucionalismo<sup>59</sup> en tanto dispositivo indiscutible para el resguardo — la concreción, dice Eduardo Aldunate — de la supremacía constitucional:<sup>60</sup> la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes<sup>61</sup>.

---

57 EDITORIAL REVISTA CHILENA DE DERECHO: “Análisis de la propuesta de nueva constitución a la luz de los principios del constitucionalismo”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49 N° 2, 2022. Pág. XI.

58 MOUFFE, Chantal: *The Return of the Political*. Verso, Londres y Nueva York, 2005. Págs. 150 y ss.

59 BAYÓN, Juan Carlos: “Derechos de democracia y Constitución”. En: Carbonell, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003. Pág. 213.

60 ALDUNATE, Eduardo, ob. cit. Pág. 183.

61 Acá me interesa, entonces, abordar solo el andamiaje de la crítica y no las posibles justificaciones que desde la misma teoría democrática se han ofrecido — con cuestionable éxito — para justificar la intervención de tribunales en el control de constitucionalidad de las leyes. Véase, por todos, FERRERES COMELLA, Víctor: “The rise of specialized constitutional courts”. En: Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.): *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2011. Págs. 270-271.

Pero esto no tienen que ser así. Al menos no necesariamente. Como se ha señalado, no hay razones conceptuales<sup>62</sup> (y podríamos cuestionar que las haya desde el punto de vista de la práctica constitucional de los países)<sup>63</sup> para sostener que solo hay una Constitución o que los derechos en ella reconocidos se encuentran debidamente protegidos únicamente si existe una forma de protección judicial de la Constitución<sup>64</sup>. Podríamos pensar en constituciones que, con independencia de su forma, puedan dejar las cuestiones más abiertas al diálogo y actualización democráticas, en las que puede caberle un rol o no a la judicatura, pero no necesariamente uno principal o supremo<sup>65</sup>.

Este criterio, o quienes echan mano a él para objetar la extensión de las constituciones, además, parece desaparecer cuando de lo que se trata es de determinar políticas estatales vinculadas a derechos individuales. Como ha escrito Michelman, “el hecho de que los derechos sociales planteen exigencias presupuestarias, o exijan la actuación del gobierno y no solo su abstención, no los diferencia radicalmente, desde el punto de vista de la justiciabilidad, de los derechos constitucionalmente protegidos a la propiedad, a la igualdad ante la ley, o a las llamadas libertades negativas”<sup>66</sup>. Pero incluso si no existirán recursos involucrados — lo que, desde luego, es bastante discutible<sup>67</sup> —, el punto sigue siendo que resulta sorprendente que no sea problemático para

---

62 CRAIG, Paul: “Democracy”. En: Masterman, Roger y Schütze, Robert (eds.): *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019. Pág. 203.

63 WALDRON, Jeremy: “Revisión de constitucionalidad de la ley y supremacía judicial”. En: *Anuario de Derecho Público*, N°1, 2015. Págs. 509-511; ATRIA, Fernando: “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. En: *Estudios Públicos*, N° 79 (invierno), 2000.

64 En esto apunta bien Soto y vuelvo a reiterar su reclamo: la judicatura, escribe, “pasa [ ] a decidir cuestiones que tradicionalmente estaban en el ámbito de los representantes de la ciudadanía”, SOTO, Sebastián, ob. cit. Pág.180. Pero ello no acontece por el tipo de normas que contiene una Constitución, como por este arreglo institucional que hoy día se impone como la forma en que se concreta la supremacía constitucional.

65 KRAMER, Larry D.: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2004.

66 MICHELMAN, Frank: “The constitution, social rights, and liberal political justification”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, N° 1, 2003. Pág. 16.

67 Cf. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Norton, Nueva York, 1999.

quienes formulan esta objeción que los jueces y juezas sí puedan gobernar, en desmedro de nuestros y nuestras representantes, cuando se trata de políticas públicas que involucran derechos individuales.

Finalmente, este criterio debe tener un correlato en el andamiaje institucional de una Constitución. Es decir, si el problema es que una Constitución demasiado extensa y general coloca en riesgo el desarrollo de la política representativa, lo que debemos ser capaces de demostrar es que esa política representativa estaba capacitada o habilitada (esto es, procedimentalmente) para poder adoptar esas decisiones que supuestamente se usurparía a nivel constitucional (y complementariamente judicial)<sup>68</sup>. Dicho de otro modo, no habría usurpación del poder político a las ramas representativas si los procedimientos a que ellas deben echar mano se encuentran diseñados de modo de colocarnos al margen de las mismas. Allí las decisiones político-representativas no podrían ser posibles, entonces, no por estar resueltas a nivel constitucional o por una imposición judicial, sino que por un diseño institucional que es poco fiel a la soberanía democrática<sup>69</sup>.

Por otro lado, además, la crítica debe ser capaz de dar cuenta de que toda ella será justiciable y que, por lo mismo, será eficaz en reducir al ámbito de acción de la política. Pero esto dista de ser así. Entre nuestra doctrina, por ejemplo, Luis Alejandro Silva ha sido insistente en apuntar y evidenciar aquellos ámbitos de la Constitución en los que no ingresan las cortes<sup>70</sup>. Como hemos tenido oportunidad de abordarlo en otro trabajo, no debe dejar de advertirse — develando de esta manera la disonancia descriptiva del reclamo que acá se retrata — que “la misma regulación constitucional, así como un cierto desarrollo jurisprudencial, ha definido zonas de la Constitu-

---

68 Este, sabemos, es uno de los pecados de ejercicio (amén del de origen) de la regulación constitucional de 1980. Véase, en general, sobre el diseño HUNEEUS, Carlos: *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet*. Taurus, Santiago, 2014. Págs. 155-190. Sobre la práctica, HEISS, Claudia: *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?* Aguilar, Santiago, 2020. Págs. 82-90.

69 WEBBER, Grégoire, ob. cit. Págs. 40 y 41.

70 Cf. SILVA, Luis Alejandro: *La Garantía Política de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ción cuya aplicación está vedada al ingreso de los tribunales”, sin que ello transforme esas secciones sobre las que no existe control judicial en normas no constitucionales<sup>71</sup>.

Si en el caso de la objeción analizada arriba (en 2) carecemos de un criterio objetivo para poder dirimir qué normas debieran estar en una Constitución, y de qué forma debieran ser recogidas, acá he querido mostrar que la denominada objeción democrática descansa en un supuesto institucional que puede estar presente como no. La objeción democrática puede ser un principio que guíe el diseño institucional conforme al que una comunidad política va a buscar formas de asegurar la vigencia de su Constitución — y de hecho creo que es el camino correcto atenderla —. Pero no es una que, sin más, pueda esgrimirse respecto de las Constituciones.

## 4. LA CULTURA JURÍDICA

### 4.1. El argumento

Un tercer grupo de objeciones alude a la existencia de una suerte de acervo jurídico y constitucional que podría observarse y que, de hecho, tiende a replicarse en los procesos de elaboración o (re)definición constitucional<sup>72</sup>. En efecto, esos momentos son ricos en tomar prestado e insertar experiencias desde otras tradiciones,<sup>73</sup> lo que ocurre, en parte, porque las constituciones enfrentan problemas similares para los que existe (prácticamente) siempre

---

71 LOVERA, Domingo y VARGAS, Catalina: “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 3, 2021. Pág. 90.

72 Se ha sostenido una variante horizontal de esta objeción, aludiendo a la necesidad de que los procesos constituyentes respeten o mantengan una relativa deferencia para con las definiciones constitucionales previas. Ese sería, se ha dicho, algo que podría constatarse en nuestra propia historia. OSSA, Juan Luis: *Chile Constitucional*. FCE-CEP, Santiago, 2020. Pág. 116. No la abordo acá en detalle, asumiendo que queda cubierta, *grosso modo*, por la versión del reclamo (y las críticas a la misma) que acá se ofrecen.

73 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila: “Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013. Págs. 103-104.

una experiencia de la que aprender<sup>74</sup>. Las constituciones, de esta forma — usualmente presentadas como producto de una voluntad soberana nacional —, son, en verdad, “documentos bastante estandarizados”<sup>75</sup>.

Según observan Goderis y Versteeg, estos procesos de estandarización ocurren por una serie de razones que van desde la coerción, esto es la presión que tanto otros estados como organizaciones internacionales pueden ejercer sobre los países al momento en que (re)diseñan sus marcos constitucionales, a una cierta aculturación “cuya lógica sugiere que los Estados emulan las normas constitucionales extranjeras no porque estén convencidos de los méritos intrínsecos de estas normas, sino porque pretenden ganar aceptación y legitimidad internacional”<sup>76</sup>. De todos esos mecanismos merece especial atención, por la libertad que envuelve — en términos republicanos<sup>77</sup> —, el aprendizaje. En los procesos de aprendizaje, los estados toman prestadas disposiciones constitucionales en tanto equivalente funcionales “entre Estados que comparten importantes similitudes preexistentes, como un sistema jurídico similar”<sup>78</sup>. En un contexto socioconstitucional tal, no es extraño que estos intercambios y diálogos, en la medida que envuelven genuinos procesos de aprendizaje en que las decisiones constitucionales de unos estados terminan impactando las de otros, vayan dando lugar a ese acervo común del tipo de disposiciones que generalmente se incluyen en las constituciones. Y se incluyen, en una de sus variantes, porque se considera que ese mayor grado de consistencia en las decisiones hace probable que esas decisiones sean correctas.

---

74 GINSBURG, Tom: “Introduction”. En: Ginsburg, Tom (ed.): *Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Págs. 1 y 2. Al desafío de enfrentar problemas comunes, con derroteros locales, debe sumarse, además, el proceso de constitucionalización que se desenvuelve más allá de las fronteras estatales. TEUBNER, Gunther: *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, Oxford, 2012. Págs. 1-2.

75 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Pág. 104

76 *Ibid.*, págs. 104 y 105.

77 Los autores anotan, desde luego, la diferencia entre los mecanismos de difusión coercitivos y estratégicos, del de aprendizaje. GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Pág. 115.

78 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Págs. 104 y 105.

Es innegable que este tercer tipo de reclamo descansa en una cierta experiencia — tanto local, como comparada — que permite advertir que las constituciones *suelen* incorporar un cierto tipo de asuntos, dejando otros, así como el detalle de los incluidos, efectivamente, a la ley (reglamentos y otras fuentes normativas). Por eso, es un lugar común, de los buenos, el que suele decirse — aunque esto aún a un nivel muy general — que las constituciones distribuyen poder, reconocen derechos y organizan la forma en que se ejerce ese poder. Todo lo demás debiera quedar en manos de la ley.

#### 4.2. Los momentos constituyentes como dislocación de la cultura jurídica

Sin negar esta experiencia — ¿quién podría hacerlo? —, me interesa advertir que quienes alzan la voz en los términos que acabo de explicar, pasan por alto que se trata de una frontera entre asuntos constitucionales y asuntos legales, trazada por una historia humana que responde a necesidades, anhelos y (no hay razón para negarlas) buenas razones, también, situados en un cierto contexto político, social y económico<sup>79</sup>. De allí que algunos de esos préstamos o injertos, suelen ser rechazados o sencillamente no funcionar en la tradición constitucional en la que se insertan<sup>80</sup>.

---

79 Como acertadamente lo ha advertido Joel Colón-Ríos, el estado mismo del derecho constitucional comparado suele presentar bajo la apariencia de estar ofreciendo meras descripciones, un conjunto de arreglos institucionales y de otro tipo como “componentes principales” de las constituciones. Se esconde, sin embargo — el principal reclamo de su trabajo —, que se trata de decisiones normativas. COLÓN-RÍOS, Joel: “El estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”. En: *Dikaion*, Vol. 31, N° 2, 2022. Págs. 6 y 7. Otro tanto advierte Ran Hirschl, a propósito de su crítica al cooperativismo constitucional que suele ofrecer generalizaciones a partir de un grupo pequeño y no representativo de experiencias, las que, además, enfatizan el reconocimiento de derechos liberales y limitaciones al gobierno, en desmedro de lo que son las preocupaciones del sur global que apuntan más al desarrollo humano (como se ve, una crítica que se conecta con la concepción de la Constitución). HIRSCHL, Ran: *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2016. Págs. 217-218.

80 GARGARELLA, Roberto: “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”. En: Gargarella, Roberto (coord.): *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I: Democracia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. Págs. 489 y ss.

En efecto, este reclamo conforme al que se estaría sobrepasando un límite entre asuntos que sí deben ser incorporados en la Constitución y otros que no, parece pasar por alto que esa experiencia que miramos descansa, justamente, en una cierta práctica humana; que el diseño constitucional, de hecho, tiene más de arte que de ciencia<sup>81</sup>. Y que, por lo mismo, se trata de una línea que, incluso si estuviera perfectamente delineada (que no lo está), puede moverse más acá o más allá. Por ello, apunta bien Ginsburg, debemos movernos con cautela cuando echamos manos a la ciencia positiva social con fines normativos<sup>82</sup>. De paso, esa falta de reflexión puede empujarnos, además, a terminar canonizando arreglos institucionales cuyos objetivos fueron pensados en términos bastante más estratégicos por las élites políticas — cualquiera que esta sea — detrás de un momento constituyente.

La Constitución de los Estados Unidos de América, por ejemplo, dispone que el Congreso Federal tendrá atribuciones para regular las oficinas y rutas de correos. ¿Es esta una materia constitucional? Probablemente hoy diríamos que no. ¿Pero lo era en 1788? Así lo señaló la Corte Suprema de Estados Unidos cuando sostuvo que, “a principios del siglo XVIII, los servicios de correo se convirtieron en una función soberana en casi todas las naciones, porque se consideraban una necesidad soberana”<sup>83</sup>. En efecto, dejando esa atribución en manos del Congreso, así como su control en las de una agencia independiente, pero estatal, se buscaba acuñar fondos para la naciente república. Otro tanto podría decirse de la Constitución italiana, que se abre (Art. 1, párrafo 1º) con la conocida declaración de que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”. Esa afirmación, que hoy cuestionaríamos si es siquiera una que deba ser incorporada en las constituciones, es indisoluble del momento político y cultural de la Italia de fines de los años 40. En efecto, escribe Grossi sobre el trabajo de la constituyente italiana, “comunistas y socialistas, católicos y liberales, todos estaban dispuestos a

---

81 GINSBURG, Tom, *Introduction*, ob. cit. Pág. 5.

82 Ídem.

83 *USPS v. Council of Greenburgh Civic Assns.*, 453 U.S. 114 (1981), p. 121.

leer en el entramado de la sociedad italiana y, haciendo a un lado el propio alcance ideológico que podía ser motivo de separación, buscaron un terreno de convergencia”<sup>84</sup>.

En nuestra experiencia, y solo por mencionar un caso, podemos recordar Art. 234 de la Constitución Política del Estado de Chile de 1822. Ubicado dentro del epígrafe ‘De la Educación Pública’, disponía expresamente el deber constitucional de “conservar y adelantar el instituto Nacional, cuidado el Supremo Director (entonces cabeza del Poder Ejecutivo) de sus progresos, y del mejor orden...”<sup>85</sup>. ¿Sería posible siquiera pensar hoy en la posibilidad de nombrar un establecimiento educacional público como uno de especial preocupación para la labor presidencial? Por cierto, las condiciones políticas, culturales y sociales de entonces, sin embargo, así lo justificaban. Al estar recién configurándose los cimientos de la república, el Instituto — principal institución de enseñanza durante los primeros años de vida independiente — cumplía con la función estatal de brindar educación.

Como se observa, las cuestiones constitucionales están atadas a la experiencia, demandas, necesidades y épocas de los pueblos que se las dan. Es posible que aquellos asuntos que algunas voces reclaman que no deberían estar en la Constitución sean hoy, en cambio, asuntos que bien merecen ser incorporados. La novedad de los asuntos que se vuelven constitucionales en el tiempo, además, afecta — o debiera afectar — decisivamente el tipo de arreglos institucionales — probablemente la tarea más relevante que debe desempeñar una constitución — que nos daremos para tratar de satisfacer esas metas. De otra parte, si bien es cierto que ese acervo constitucional de experiencias pasadas termina ejerciendo en los hechos una fuerza innegable

---

84 GROSSI, Paolo: “La Constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”. En: *Historia Constitucional*, N°15, 2014. Pág.8. Más recientemente, MILIONE, Ciro y NAPOLI, Santo: “L’Anima Lavoristica della Costituzione della Repubblica Italiana”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 53, N°158, 2020. Págs. 827-828.

85 Debo esta referencia al profesor Flavio Quezada.

en los momentos de diseño constitucional, la verdad es que ese mismo acervo muchas veces es cuestionado en los momentos de redefinición constitucional, así como su impacto matizado.

Esto es algo, de hecho, que puede anotarse desde los primeros procesos de definición del constitucionalismo moderno, como aconteció cuando los padres fundadores norteamericanos descansaron en parte importante de las enseñanzas y experiencias de los diseños constitucionales anteriores a su tiempo, sin dejar de exhibir una capacidad incombustible para desafiar esos aprendizajes — notablemente, la enseñanza conforme a la que, entonces, las democracias parecían estar reservadas solo a unas pequeñas repúblicas —. Este tipo de fenómenos no es extraño. En los momentos constituyentes los diferentes conceptos en torno a los que giran nuestros acuerdos constitucionales (y jurídicos) son tensionados, debatidos y puestos en cuestión — “se reabre la pregunta acerca de los significados de conceptos fundamentales”, escribe Cordero<sup>86</sup> —, junto con toda nuestras experiencias y los polos que miramos como inamovibles, incluida la noción misma del tipo de sociedad que somos<sup>87</sup>.

Por eso es que mientras Bello, en una versión algo estrecha de los conceptos, parece creer que la función de los arreglos constitucionales es la de recoger mecánicamente el corazón de la sociedad a riesgo de terminar sucumbiendo a las prácticas y costumbres en caso de no hacerlo<sup>88</sup>, los conceptos jurídicos — entre ellos los constitucionales — operan menos como

---

86 CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*. Ediciones Metales Pesados, Santiago, 2021. Pág. 16.

87 CORDERO, Rodrigo: “Giving society a form: Constituent moments and the force of concepts”. En: *Constellations*, Vol. 26, N° 2, 2019.

88 BELLO, Andrés: “Constituciones”. En: Squella, Agustín (selecc.): *Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. LexisNexis, Santiago, 2005. Pág. 35.

envoltorios de las estructuras sociales y más como “la materia misma que hace posible la constitución, la autodescripción y la observación de la sociedad como sociedad”<sup>89</sup>.

La capacidad de poner a prueba el conocimiento y experiencias recibidas, además, puede ser todavía más demandante en contextos democráticos de redefinición constitucional donde las preguntas que debemos hacernos (y responder) es qué objetivos queremos trazarnos y cuáles son los arreglos institucionales que mejor podrían permitirnos alcanzar esos objetivos. Otra vez, esas preguntas pueden responderse en base a la experiencia pasada, pero ella no debe ser sinónimo de inmovilismo (o lo que Unger llama fetichismo) institucional<sup>90</sup>. Si a esta objeción añadimos lo señalado a propósito de las concepciones constitucionales analizadas en 2, podemos anotar, por ejemplo, como América Latina ha sido cuna de importantes innovaciones institucionales al margen de lo que al acervo al que siempre miramos (o mirábamos) había ofrecido. Y, de hecho, algunas de esas innovaciones generadas a nivel regional son presentadas hoy día como parte de ese acervo común constitucional.

Todavía podríamos preguntarnos si acaso es cierto que existe ese acervo constitucional común. Esta pregunta no debe ser vista con extrañeza. En el mundo real del diseño constitucional, quienes las redactan (y podemos agregar, quienes critican en los términos que acá se analizan a quienes las redactan) operan bajo información imperfecta, por ejemplo echando mano a las experiencias comparadas que les son más familiares<sup>91</sup>. Como otros estudios empíricos han apuntado, no hay un patrón sistemático, tampoco,

---

89 CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos*, ob. cit. Pág. 95. Una tarea, por cierto, nada ajena a lo que nos ha acostumbrado el derecho. COHEN, Felix: “Transcendental Nonsense and the Funcional Approach”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 35, Nº 6, 1935.

90 MANGABEIRA UNGER, Roberto: *Democracy Realized: the progressive alternative*. Verso, Londres y Nueva York, 1998. Págs. 16-20 y 63-67.

91 GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila, ob. cit. Pág. 117.

de evidencia sobre la denominada convergencia constitucional — esto es, el modo en que las experiencias constitucionales de unos países afectan las definiciones de otros —<sup>92</sup>.

Aún más, habría que preguntarse si esta idea del acervo común constitucional, de la que arrancan algunas de las críticas que se formularon a la PNC, no es más que un conjunto de regulaciones de pretendida validez global, pero cuya configuración se construye sobre la base de un puñado de experiencias. Hirschl, por ejemplo — criticando la metodología de los estudios comparativos constitucionales —, ha reclamado convincentemente que hay buenas razones para cuestionar que lo que se presenta como la evidencia comparada sea, efectivamente, comparada. La más de las veces, dice, se trata de arreglos institucionales, reconocimientos de derechos y regulaciones dibujadas a partir de “los sospechosos de siempre”: un puñado de países del norte global, políticamente estables, que exhiben economías prósperas y democracias liberales<sup>93</sup>. Sus vacíos, como contrapartida — como ocurre con la falta de análisis constitucional de la extensa brecha socioeconómica que exhiben algunas de sus comunidades —, se transforman también en cánones de lo indebido, lo que queda de manifiesto cuando se observa el origen de la literatura que se opone a la constitucionalización de los derechos sociales<sup>94</sup>.

Por último, los modelos que han servido para inspirar otras experiencias de diseño constitucional también mutan en el tiempo. Este ha sido el caso del constitucionalismo de los Estados Unidos<sup>95</sup>, lo que no debiera resultar

---

92 DIXON Rosalind y POSNER Eric A.: “The Limits of Constitutional Convergence”. En: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, N° 2, 2010-2011. Pág. 402.

93 HIRSCHL, Ran: *Comparative Matters*, ob. cit. Págs. 192 y 193, 205 y ss. Véase, también, SAUNDERS, Cherylk: “Towards a Global Constitutional Gene Pool”. En: *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, N° 3, 2009. Pág. 3.

94 Para lo que a nivel local, como se ha visto, suele invocarse el modelo constitucional federal (escasamente se aborda la cuestión a nivel estadual) de los Estados Unidos de Norteamérica.

95 GINSBURG, Tom y HUI Aziz Z.: *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago University Press, Londres y Chicago, 2018. Págs. 169-170.

sorprendente. Parafraseando las palabras de la jueza Ruth Ginsburg, ¿quién diseñando una constitución en pleno siglo XXI miraría a un diseño de hace 200 años?<sup>96</sup>

Por supuesto, nada de lo dicho proscribía la posibilidad de reclamar que ciertos asuntos no merecen estar en la Constitución. Pero haríamos bien, antes que echar mano a una supuesta frontera que está lejos de ser exacta y estar claramente definida, que ofreciéramos las razones por las que ello es o no conveniente. Sin esas razones a la vista, el reclamo puede terminar siendo nada más que un slogan vacío que, de gobernar el resultado de una Constitución, podría desatender el corazón de los reclamos de la sociedad, las necesidades de una época y las urgencias del momento.

## 5. LA CULTURA (POLÍTICA Y MORAL) DE UN PAÍS<sup>97</sup>

### 5.1. El argumento

Hay, por último, una cuarta objeción que proviene de la sociología constitucional. De acuerdo a esta objeción — que de alguna forma se conecta con él, aunque no es idéntica al, criterio revisado en 2 —, hay cuestiones que serían contraculturales, esto es, que no estarían a tono o irían a contrapelo con el estado del corazón de la sociedad. Para evitar su rápido decaimiento — o como aconteció, se dice, en el caso chileno, el rechazo de la propuesta

---

96 FOX NEWS: “Ginsburg to Egyptians: I wouldn’t use U.S. Constitution as a model”. En: *Fox News*, 22 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.foxnews.com/politics/ginsburg-to-egyptians-i-wouldnt-use-u-s-constitution-as-a-model>.

97 Desde luego, y en especial tratándose de los esquemas constitucionales, se ha sostenido que los nuevos procesos transnacionales permitirían apreciar valores igualmente transnacionales que — como digo, en especial tratándose de procesos de elaboración o reemplazo constitucional — pondrían en jaque una visión más tosca de la soberanía anclada en la nación o una comunidad política singular. Como en el caso del proceso chileno el reclamo descansó en la idea de valores culturales o patrones morales de índole doméstica, o en cualquier caso anclados en Chile, prescindo (como lo hace esa objeción en el caso chileno, lo que evidencia la limitación de la misma) de este enfoque. Una visión de al respecto puede consultarse en TEUBNER, Gunther, ob. cit. y GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, ob. cit. Pág. 13-16.

—, la elaboración de las constituciones debe cuidar mantenerse alineada con esos valores. En los términos de Hegel, las constituciones no pueden ser solo diseños, por perfectos que sean, que se hacen. Son, en cambio, “el trabajo de siglos, la idea y la conciencia de lo racional, en la medida en que se ha desarrollado en un pueblo. Ninguna constitución puede ser creada...”<sup>98</sup>.

Este reclamo tiene una larga tradición en nuestra cultura jurídica. Las palabras de Andrés Bello son, en efecto, de utilidad acá: “Hemos dicho, y repetimos — escribía Bello en 1833 — que ‘las constituciones políticas escritas no son a menudo verdaderas emanaciones del corazón de sociedad, porque suele dictarlas una parcialidad dominante o engendrarlas en la soledad del gabinete un hombre que ni aun representa un partido...’<sup>99</sup>”. Por eso, insistía Bello, cuando se “nos dice que solo el historiador constitucional que penetra a fondo el modo de ser de la sociedad, puede darnos las verdaderas causas de los acontecimientos políticos, no dice nada a que no estemos dispuestos a suscribir; pero el historiador que así proceda, no habrá ceñido sus ideas a la constitución escrita sino al fondo de la sociedad, a las costumbres, a los sentimientos que en ella dominan, que ejercen una acción irresistible sobre los hombres y las cosas, y con respecto a los cuales el texto constitucional puede no ser más que una hoja ligera que nada a flor de agua sobre el torrente revolucionario, y al fin se hunde en él”<sup>100</sup>.

Más recientemente, aunque a propósito del frustrado proceso de reemplazo constitucional promovido por la Presidenta Bachelet, Javier Couso afirmó que las soluciones normativas que se proponen para el reemplazo constitucional

---

98 HEGEL, G.W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004. Pág. 257.

99 BELLO, Andrés, ob. cit. Pág. 35.

100 BELLO, Andrés, ob. cit. Pág. 41. Las palabras de Lasalle son casi idénticas: “Allí donde la constitución escrita no corresponde a la real”, esto es, no se condice con los factores de poder que rigen en una sociedad, “la constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”. LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2019. Pág. 67.

(podríamos agregar que tanto las sustantivas como las procedimentales)<sup>101</sup>, han carecido de una adecuada contextualización. Esta falta de atención habría llevado a muchos a “imaginar fórmulas normativamente adecuadas — esto es, que satisfagan el estado del arte de la teoría democrático constitucional contemporánea —, olvidando atender cómo dichas fórmulas se engarzan con la trayectoria histórico-institucional y con el actual contexto político, social y cultural del país”<sup>102</sup>.

Esto — que, como puede apreciarse, se trata de una crítica que colisiona o tiene un potencial innegable de colisión con la objeción repasada en 4 conforme a la que el contenido de las constituciones va evolucionando en el conjunto de las experiencias comparadas que no debiéramos dejar de observar — es exactamente lo que se dijo en Chile de la PNC. Así, por ejemplo, y dando algunas luces de lo que veía como algunas de las razones por las que se había terminado rechazando la propuesta, Gonzalo García señaló que,

“La variopinta representación derivó en una construcción de una propuesta constitucional tamizada de identidades. Desde el diseño institucional aparecieron unas como mayoritarias (paridad de género) — y exitosas, por lo mismo —, y otras minoritarias, que pugnaban por un reconocimiento normativo añadido (minoría indígena; de la comunidad LGTBI+; de personas en situación de discapacidad; de niñas, niños y adolescentes; de adultos mayores; de personas privadas de libertad; y de grupos de presión, desde bomberos, animalistas y veganos hasta deportistas). Muchas de ellas deben

---

101 Sobre la adecuación cultural de instancias procedimentales, entendidas por estas como los mecanismos para que una comunidad se dé una nueva Constitución, véase CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU Alkmene: “The People as amenders of the constitution”. En CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkmene: *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. Routledge, Londres y Nueva York, 2017. Pág.12 y FLINER, Thomas: Fleiner, “Participation of citizens in constitution-making. Assets and challenges — the Swiss experience”, pp. 69-71 en el mismo volumen.

102 COUSO, Javier: “La ‘solución constitucional’: una aproximación desde la sociología constitucional”. En: FUENTES, Claudio y Joignant, Alfredo: *La Solución Constitucional: Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Catalonia, Santiago, 2015. Pág. 72.

pasar por el grado de aceptación que tienen culturalmente en la población, respecto de lo cual recién esta década ha dado pasos claros en la repulsa a la discriminación”<sup>103</sup>.

## 5.2. Los momentos constituyentes: más que una (pura) foto

Creo que acá pueden ofrecerse, en parte, similares objeciones a las que se señalaron antes a propósito de la cultura jurídica. Y es que los momentos constituyentes — y el derecho, en general — parecen no quedar adecuadamente retratados cuando solo se los presenta como instancias de formalización (y a veces de petrificación) de un cierto estado de cosas social o cultural. Para volver a insistir con Cordero: los momentos constituyentes — y las decisiones jurídicas, en general — no son solo (o en absoluto) momentos de transmisión mecánica en que unas ciertas conclusiones empíricamente observadas y catalogadas son escrituradas. Antes bien, los conceptos legales, y los constitucionales también, que se debaten, resignifican y tensionan en los momentos constituyentes — momentos de dislocación, dice Cordero — son también espacios de disputas. En sus palabras: “la sociedad no es un hecho constitucionalmente dado, por así decirlo, sino un espacio inestable de posibilidades e imposibilidades constitucionales” que los conceptos legales (constitucionales) ayudan a tematizar<sup>104</sup>.

Por cierto, los cambios en la que podríamos seguir denominando cultura jurídica externa no se gatillan de manera automática al momento de alterar un texto normativo, ni siquiera uno de la relevancia de la Constitución. Sin embargo, ella — Cárdenas se refiere a los “patrones normativos”, en general — colaboran al tener una función estabilización, orientación y disciplina<sup>105</sup>.

---

103 GARCÍA, Gonzalo: “Decálogo de razones de una gran derrota”. En: *Ciper Chile*, 9 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/09/09/decalogo-de-razones-de-una-gran-derrota/>

104 CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos*, ob. cit. Pág. 113 y 114.

105 CÁRDENAS, Hugo: “La cultura de la cultura jurídica: aportes desde la teoría de los sistemas sociales”. En: Millaleo, Salvador et al. (eds.): *Sociología del Derecho en Chile*. Ediciones U. Alberto Hurtado, Santiago, 2014. Págs. 96-98.

Desde el punto de vista del derecho propiamente tal, ahora, éste se encuentra lejos de ser solo una correa transmisora, como he dicho, de acuerdos políticos, sociales y culturales (asumiendo, además, solo para efectos del argumento, que algo así como ese acuerdo es posible). En efecto, y por una parte, el derecho muchas veces opera como un obstáculo a la consolidación de cambios sociales y culturales<sup>106</sup>, no obstante en última instancia su propia estructura pueda terminar volando por los aires<sup>107</sup>. Por otra, hay ocasiones en las que el derecho llega antes que se produzcan esos cambios, con el objetivo, de hecho, de estimularlos. Robert Post ha dicho que este es el caso, por ejemplo, de las legislaciones antidiscriminación<sup>108</sup>.

Todavía más, tratándose del derecho constitucional, en general, y de los momentos constituyentes, en específico, debe anotarse que se trata de contextos en que los valores nacionales, la definición de las identidades y el rescate de las tradiciones juegan un importante papel. Pero también es cierto que, en esos mismos momentos, muchos de esos valores, tradiciones e identidades (los conceptos fundamentales de una comunidad política) son puestas en cuestión, en especial si ellas provienen de un pasado autoritario o reñido con la democracia (y, descriptivamente, con cualquier régimen al que se quiera transitar)<sup>109</sup>. Como lo señalan Galligan y Versteeg, es posible

---

106 “Los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga — escribió Novoa Monreal — se van convirtiendo gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para éste”. NOVOA, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo Veintiuno Editores, México, D.F., 1975. Pág. 13.

107 MARX, Carlos: “Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política”. En: Marx, Carlos y Engels, Federico: *Obras Escogidas*. Editorial Progreso, Moscú, 1974. Pág. 183.

108 Cf. POST, Robert: “Law and Cultural Conflict”. En: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, Nº 2, 2003.

109 Como Cordero lo ha señalado, detalladamente, durante los procesos de redefinición constitucional es la forma misma de la sociedad la que es puesta en tensión y se transforma en “objeto de disputa política”. Desde luego, de esto no se sigue — ni Cordero lo afirma — que la manera en que se da forma a una nueva sociedad solo opere a nivel de la definición constitucional. Pero la fuerza de sus conceptos, y los aparatares bajo ellos cobijados, (como en el caso de la dictadura en Chile) ayudan. CORDERO, Rodrigo: *Giving society a form*, ob. cit. Pág.1 y 2. En resumen, ese fue, en efecto, un proceso refundacional. OSSA, Juan Luis, ob. cit. Pág. 80-81.

identificar prácticas constitucionales en las que la Constitución (y su momento de definición, más propiamente) apunta a remediar parte de ese pasado y escapar de su legado<sup>110</sup>.

Este constitucionalismo ha recibido un nombre en la experiencia comparada: el constitucionalismo transformador. Se trata de un constitucionalismo que se orienta a modificar las bases de desigualdad estructural sobre las que descansa (o ha descansado) una comunidad política, y que concibe las constituciones y los momentos de redefinición constitucional, como unos que son capaces de dar origen a proyectos de largo aliento orientados a transformar las instituciones políticas, sociales y las relaciones de poder de un país<sup>111</sup>. Este constitucionalismo descansa en parte en pasado de valores, identidades e instituciones ya forjadas, pero asume, también, la tarea de avanzar en transformaciones que puedan hacerse cargo de demandas especialmente sensibles de la comunidad<sup>112</sup>. Y esa posibilidad, la de comenzar a dibujar una sociedad distinta, muestra que las constituciones no solo descansan en un pasado — como si este fuera, además, uno que puede identificarse de modo no polémico e inamovible —, sino que también se orientan al cambio.

---

110 GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, ob. cit. Pág. 9. Este, no obstante el inevitable peso que las prácticas y comprensiones constitucionales y jurídicas puedan seguir teniendo (proyectándose) al futuro. MAZZONE, Jason y TECIMER, Cem: “Interconstitutionalism”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 132, N° 2, 2022.

111 KLARE, Karl: “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. En: *South African Journal on Human Rights*, Vol. 14, 1998. Pág. 150.

112 Esta es, quizás la clave de lo que termina siendo jurídica y constitucionalmente canónico para una comunidad: decisiones colectivas que se han forjado a lo largo de años, de modo consciente e inconsciente, en las que hay tanto espacio para la preservación (lo que se mantiene) y el cambio (lo que se desafía). BALKIN, Jack y LEVINSON Sanford, ob. cit. Pág. 68-69.

Por lo tanto, el constitucionalismo transformador es también aspiracional y se orienta al futuro ofreciendo las estructuras orgánicas y sustantivas conforme a los que pueda comenzar a configurarse una nueva comunidad<sup>113</sup>, sin dejar de mirar atrás para identificar los legados de exclusión y marginalidad a los que quiere hacer frente<sup>114</sup>.

En definitiva, es discutible que las constituciones sean solo instrumentos que recogen los valores, ideales e identidades forjados en el pasado. Muchas veces, como la evidencia lo demuestra, se orientan a transformar ese mismo pasado y a tensionar los acuerdos constitutivos de una comunidad. En ese sentido — uno diverso, como digo, en el que usualmente se suele presentar el derecho y el rol de las constituciones —, los momentos constituyentes devienen o pueden devenir en instancias por medio de las que se da “forma legal a una comunidad política”, y por ende momentos en los que los conceptos fundamentales de esa comunidad “son problematizados — el concepto mismo de nación, como vimos durante 2020-2 — y eventualmente transformados”<sup>115</sup>. Por cierto, nada de esto quiere decir que parte de su propia estabilidad no se juegue en ese mayor o menor correlato con las ideas e ideales que se encuentran enraizados en la sociedad<sup>116</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido el de articular un mapa de los criterios conforme a los que podría determinarse — y que, de hecho, fueron esgrimidos durante parte de los debates generados durante el trabajo de la Convención Constitucional — qué asuntos debieran abordarse a nivel constitucional y

---

113 HAILBRONNER, Michaela: *Traditions and Transformations: the rise of German constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2015. Pág. 14.

114 LIEBENBERG, Sandra: *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*. Claremont, Juta & Co., 2010. Págs. 25-28.

115 CORDERO, Rodrigo; MASCAREÑO, Aldo; HENRÍQUEZ, Pablo y RUZ, Gonzalo: “Drawing constitutional boundaries: A digital historical analysis of the writing process of Pinochet’s 1980 authoritarian constitution”. En: *Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History*, Vol. 55, N° 3, 2022, Págs. 1-3.

116 LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: *Constituciones aparentes*. Universidad del Externo, Bogotá, 2018.

cuáles dejados a la decisión legislativa. No obstante que se trata de criterios que encuentran correlato en la literatura especializada, no resuelven, sin embargo — solo apuntándolos —, el debate.

En efecto, como se ha mostrado respecto de cada uno de esos criterios acá repasados, estos pueden cuestionarse (como ocurre con una concepción tan debatible desde el punto de vista normativo como poco contrastable empíricamente de la Constitución); tensionarse (como ocurre con un supuesto canon o acervo constitucional que se ha acuñado sobre la base de un puñado de experiencias); y, en algún caso, mostrarse inútiles (como el reclamo que apunta a la judicialización de cuestiones que deberían ser dejadas a la legislatura, lo que, en verdad, es un reclamo contra el arreglo institucional y no, en cambio, contra el tipo de normas que una Constitución recoge).

Esto permite terminar afirmando, me parece, que los criterios se esgrimen para distinguir las materias que deberían estar contenidas en una constitución y las materias de ley sean tan inestable como infructuosos en su cometido. Ello podría deberse en parte, pero en una parte muy predominante, a que todos estos desacuerdos relativos a la cuestión sobre qué normas deben ser incluidas en una constitución y cuáles no, evidencian un desacuerdo político y, si se prefiere, de política constitucional<sup>117</sup>.

Por cierto, nada de esto quiere decir que se trata de debates que no pueden sostenerse. De hecho es saludable que se sostengan. Pero estas discusiones serían más transparentes si se desarrollan derechamente en base a las razones (institucionales, de política pública y otras) a favor o en contra de la inclusión de una determinada disposición, antes que apuntando a un criterio que, no obstante su raigambre en la literatura, dista de resolver por sí solo la discusión. En momentos de redefinición constitucional, para decirlo de otra

---

117 TUSHNET, Mark: “The Politics of Constitution Making”. En: Tushnet, Mark & Kochevov, Dimitry (eds.): *Elgar Handbook on the Politics of Constitutional Law*. Edward Elgar, Cheltenham, 2023.

forma, debemos abogar por transparentar los argumentos, dejando de actuar como si los criterios a que se hace alusión fueran algo así como reglas cuyos fundamentos, razones y objetivos fueran opacos al pueblo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE, Eduardo: *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2008.

ALVARADO, Claudio: *La ilusión constitucional: sentido y límites del proceso constituyente*. IES, Santiago, 2016.

ATRIA, Fernando; SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier: *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. LOM Ediciones, Santiago, 2017.

ATRIA, Fernando: “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. En: *Estudios Públicos*, N° 79 (invierno), 2000. Págs. 35-54.

BALKIN, Jack y LEVINSON Sanford: “Los cánones en el derecho constitucional”. En: Carbonell Miguel y García Leonardo (eds.): *El canon neoconstitucional*. Editorial Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010.

BARBER, Nicholas W.: *The Principles of Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2018.

BAYÓN, Juan Carlos: “Derechos de democracia y Constitución”. En: Carbonell, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.

BELLO, Andrés: “Constituciones”. En: Squella, Agustín (selecc.): *Andrés Bello. Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. LexisNexis, Santiago, 2005.

BICKEL, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven y Londres, 1962.

CÁRDENAS, Hugo: “La cultura de la cultura jurídica: aportes desde la teoría de los sistemas sociales”. En: Millaleo, Salvador et al. (eds.): *Sociología del Derecho en Chile*. Ediciones U. Alberto Hurtado, Santiago, 2014.

CEA, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales*. Garantías constitucionales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

CHECHILNITZKY, Alexandra: “Se instala debate sobre conveniencia de tener una Constitución maximalista”. En: *Emol*, 9 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/01/09/1043412/cronica-constitucional.html>

COHEN, Felix: “Transcendental Nonsense and the Funcional Approach”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 35, Nº 6, 1935. Págs. 809-849.

COLÓN-RÍOS, Joel: “El estado del derecho constitucional comparado: ¿para qué son las constituciones?”. En: *Dikaion*, Vol. 31, Nº 2, 2022. Págs. 1-27.

COLÓN-RÍOS, Joel: *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Routledge, Londres y Nueva York, 2013.

CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU Alkmene: “The People as amenders of the constitution”. En: CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkmene: *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*. Routledge, Londres y Nueva York, 2017.

CORDERO, Rodrigo; MASCAREÑO, Aldo; HENRÍQUEZ, Pablo y RUZ, Gonzalo: “Drawing constitutional boundaries: A digital historical analysis of the writing process of Pinochet’s 1980 authoritarian constitution”. En: *Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History*, Vol. 55, N° 3, 2022. Págs. 1-22.

CORDERO, Rodrigo: “Giving society a form: Constituent moments and the force of concepts”. En: *Constellations*, Vol. 26, N° 2, 2019. Págs. 1-26.

CORDERO, Rodrigo: *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*. Ediciones Metales Pesados, Santiago, 2021.

COUSO, Javier: “La ‘solución constitucional’: una aproximación desde la sociología constitucional”. En: Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo: *La Solución Constitucional: Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Catalonia, Santiago, 2015.

CRAIG, Paul: “Democracy”. En: Masterman, Roger y Schütze, Robert (eds.): *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL: *Propuesta Nueva Constitución*. En: Chile Convención, 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/>

DIXON Rosalind y POSNER Eric A.: “The Limits of Constitutional Convergence”. En: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, N° 2, 2010-2011. Págs. 399-423.

DIXON, Rosalind: “Constitutional drafting and distrust”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, N° 4, 2015. Págs. 819-846.

EDITORIAL REVISTA CHILENA DE DERECHO: “Análisis de la propuesta de nueva constitución a la luz de los principios del constitucionalismo”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49 N° 2, 2022.

El MERCURIO: “Constitución no debe resolver el sistema social y económico”. En: *Diario El Mercurio de Valparaíso*, 23 de octubre de 2022.

ELY, John H.: *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press, Cambridge, 1980.

FERRES COMELLA, Víctor: “The rise of specialized constitutional courts”. En: Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.): *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham y Northampton, Edward Elgar, 2011.

FERRES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001.

FOX NEWS: “Ginsburg to Egyptians: I wouldn’t use U.S. Constitution as a model”. En: *Fox News*, 22 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.foxnews.com/politics/ginsburg-to-egyptians-i-wouldnt-use-u-s-constitution-as-a-model>.

GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GALLIGAN, Denis J. y VERSTEEG, Mila: “Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GARCÍA, Gonzalo: “Decálogo de razones de una gran derrota”. En: *Ciper Chile*, 9 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/09/09/decalogo-de-razones-de-una-gran-derrota/>

GARCÍA, José Francisco: “Minimalismo e incrementalismo constitucional”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N°1, 2014. Págs. 267-302.

GARGARELLA, Roberto (coord.): *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

GARGARELLA, Roberto: “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América”. En: Gargarella, Roberto (coord.): *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I: Democracia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

GARGARELLA, Roberto: *El derecho como una conversación entre iguales: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran — por fin — al diálogo ciudadano*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Consenso, racionalidad y legitimidad”. En: *ISEGORÍA*, Vol. 2, 1990. Págs. 13-28.

GINSBURG, Tom y HUI Aziz Z.: *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago University Press, Londres y Chicago, 2018.

GINSBURG, Tom: “Introduction”. En: Ginsburg, Tom (ed.): *Comparative Constitutional Design*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

GOBIERNO DE CHILE: “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”. En: Archivo Chile, 11 de marzo de 1974. Disponible en: [http://www.archivochile.com/Dictadura\\_militar/doc\\_jm\\_gob\\_pino8/DMdocjm0005.pdf](http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf)

GODERIS, Benedikt y VERSTEEG, Mila: “Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework”. En: Galligan, Denis J. y Versteeg, Mila (eds.): *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GROSSI, Paolo: “La Constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”. En: *Historia Constitucional*, N° 15, 2014. Págs. 1-22.

HAILBRONNER, Michaela: *Traditions and Transformations: the rise of German constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, 2015.

HEGEL, G.W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004.

HEISS, Claudia: *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?* Aguilar, Santiago, 2020.

HERRERA, Mariela: “Números y riesgos de una Constitución maximalista con 499 artículos, más de 100 derechos y 20 nuevos órganos”. En: *El Líbero*, 16 de mayo de 2022. Disponible en: <https://ellibero.cl/libero-constituyente/numeros-y-riesgos-de-una-constitucion-maximalista-con-499-articulos-mas-de-100-derechos-y-20-nuevos-organos/>

HIRSCHL, Ran: *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2016.

HIRSCHL, Ran: *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge University Press, Cambridge y Londres, 2004.

HOLMES, Jr., Oliver Wendell: *The Common Law*. Little Brown and Co., Boston, 1881.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Norton, Nueva York, 1999.

HUNEEUS, Carlos: *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet*. Taurus, Santiago, 2014.

KELSEN, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. UNAM, Ciudad de México, 2001.

KLARE, Karl: “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. En: *South African Journal on Human Rights*, Vol. 14, 1998. Págs. 146-188.

KRAMER, Larry D.: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2004.

LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2019.

LATHAM-GAMBI, Alexander: “Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics”. En: *The Review of Politics*, Vol. 83, N° 2, 2021. Págs. 242-263.

LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”. En: *California Law Review*, Vol. 99, N° 5, 2011. Págs. 1163-1257.

LAW, David S. y VERSTEEG, Mila: *Constituciones aparentes*. Universidad del Externado, Bogotá, 2018.

LEVINSON, Sanford: *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2006.

LIBERTAD Y DESARROLLO: “Informe sobre el desarrollo de la discusión en la Convención Constitucional”. En: *Actualidad Constituyente*, N° 42, 20 de mayo de 2022. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2022/05/ACTUALIDAD-CONSTITUYENTE-42.pdf>

LIEBENBERG, Sandra: *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*. Claremont, Juta & Co., 2010.

LOVERA, Domingo y VARGAS, Catalina: “El Congreso Nacional y la interpretación constitucional en el proceso legislativo: criterios y momentos”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 3, 2021. Págs. 79-105.

MANGABEIRA UNGER, Roberto: *Democracy Realized: the progressive alternative*. Verso, Londres y Nueva York, 1998.

MARSHALL, Pablo y CHARNEY, John: “¿Qué es una Constitución?”. En: Lorca, Rocío et al. (eds.): *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución*. La Pollera Ediciones, Santiago, 2020.

MARTÍNEZ, José Ignacio: *Constitución, Conceptos Indeterminados y Conceptos Controvertidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MARX, Carlos: “Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política”. En: Marx, Carlos y Engels, Federico: *Obras Escogidas*. Editorial Progreso, Moscú, 1974.

MAZZONE, Jason y TECIMER, Cem: “Interconstitutionalism”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 132, N° 2, 2022. Págs. 1-74.

MICHELMAN, Frank: “The constitution, social rights, and liberal political justification”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, N° 1, 2003. Págs. 13-34.

MILIONE, Ciro y NAPOLI, Santo: “L’Anima Lavoristica della Costituzione della Repubblica Italiana”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 53, N°158, 2020. Págs. 826-861.

MONDACA, Gabriela y NAVARRETE, Esperanza: “499 artículos: ¿Maximalista y detallista? Las dudas que rodean al primer borrador de nueva Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/499-articulos-maximalista-y-detallista-las-dudas-que-rodean-al-primer-borrador-de-nueva-constitucion/4OQUMIZRWFGVJP2L4RLDKDYIJM/>

MOUFFE, Chantal: *The Return of the Political*. Verso, Londres y Nueva York, 2005.

NOVOA, Eduardo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo Veintiuno Editores, México, D.F., 1975.

OSSA, Juan Luis: *Chile Constitucional*. FCE-CEP, Santiago, 2020.

OTTONE, Ernesto: “El proyecto de nueva Constitución es malito, así que conviene rechazarlo y hacer uno mejor”. En: *El País*, 28 de agosto de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-08-28/el-proyecto-de-nueva-constitucion-es-malito-asi-que-conviene-rechazarlo-y-hacer-uno-mejor.html>

PEREDO, Marcela: *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

PEREDO, Marcela: *Lecciones de teoría constitucional chilena*. Thomson Reuters, Santiago, 2019.

PEÑA, Carlos: *El desafío constitucional*. Taurus, Santiago, 2020.

POST, Robert: “Law and Cultural Conflict”. En: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, Nº 2, 2003. Págs. 485-508.

ROZNAI, Yaniv: *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press, Oxford, 2019.

SAUNDERS, Cherylk: “Towards a Global Constitutional Gene Pool”. En: *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, Nº 3, 2009. Págs. 99-123.

SEIDMAN, Louis Michael: *From Parchment to Dust. The Case for Constitutional Skepticism*. The New Press, Nueva York y Londres, 2021.

SILVA, Luis Alejandro: *La Garantía Política de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SOTO, Sebastián: *La Hora de la Re-Constitución*. Ediciones UC, Santiago, 2020.

SUNSTEIN, Cass: “The Minimalist Constitution”. En Balkin, Jack y Siegel, Reva (eds.): *The Constitution in 2020*. Oxford University Press, Nueva York, 2009.

SUNSTEIN, Cass: *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, Nueva Jersey 2009.

SUNSTEIN, Cass: *Designing Democracy. What Constitutions Do*. Oxford University Press, Oxford, 2001.

SUNSTEIN, Cass: *One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1999.

TEUBNER, Gunther: *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C.: *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1991.

TSEBELIS, George y NARDI, Dominic J.: “A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries”. En: *British Journal of Political Science*, Vol. 46, N° 2, 2014. Págs. 1-22.

TUSHNET, Mark: “The Politics of Constitution Making”. En: Tushnet, Mark & Kochenov, Dimitry (eds.): *Elgar Handbook on the Politics of Constitutional Law*. Edward Elgar, Cheltenham, 2023.

VEGA, Maximiliano y DONOSO, Nicolás: “¿Más o menos texto?: Cómo y por qué influye el tipo de extensión de una Constitución”. En: *La Tercera*, 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/mas-o-menos-texto-como-y-por-que-influye-el-tipo-de-extension-de-una-constitucion/GCJX3XSFEZQ5DEKNNSIDL6AQQ/>

WALDRON, Jeremy: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, N° 1, 1993. Págs. 18-51.

WALDRON, Jeremy: “Judges as moral reasoners”. En: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, N° 1, 2009. Págs. 2-24.

WALDRON, Jeremy: “Never Mind the Constitution”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 4, 2014. Págs. 1147-1173.

WALDRON, Jeremy: “Revisión de constitucionalidad de la ley y supremacía judicial”. En: *Anuario de Derecho Público*, N°1, 2015. Págs. 505-532.

WALDRON, Jeremy: “The Core of the Case Against Judicial Review”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N° 6, 2006. Págs. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy: *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

WALDRON, Jeremy: *Political theory*. Harvard University Press, Cambridge y Londres, 2016.

WEBER, Grégoire C. N: *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

ZÚÑIGA, Francisco: “Constitución: el Estado social y las ‘cláusulas económicas y sociales’”. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional (Coord.): *Tránsito Constitucional: Camino hacia una nueva Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.



## ANTECEDENTES Y PERSPECTIVAS DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN COLOMBIA: ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS<sup>1</sup>

BACKGROUND AND PERSPECTIVES ON THE REGULATION OF  
SURROGACY IN COLOMBIA: SOME PROBLEMATIC ISSUES

Natalia Rueda\*

### Resumen

Este artículo analiza, con una perspectiva crítica, las tres sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana y los proyectos de ley de regulación de la gestación subrogada presentados desde 2016. Para ello, se describen los aspectos generales, con énfasis en el uso del lenguaje en las distintas fuentes, para mostrar algunas de las consecuencias prácticas. En particular, se pretende destacar la reelaboración del discurso en el derecho, que ha servido para legitimar lo que puede ser definido como una forma de explotación reproductiva.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 28 de mayo de 2023 y aceptado el 14 de junio de 2023.

Este trabajo retoma y profundiza, con un análisis crítico, las ideas expuestas en RUEDA, Natalia: “La gestación por subrogación en Colombia”. En: ESPEJO YAKSIC, Nicolás; FENTON-GLYNN, Claire; LATHROP GÓMEZ, Fabiola y SCHERPE, Jens (eds.): *La gestación por subrogación en América Latina*, Centro de estudios constitucionales y Cambridge Family Law, México, 2022. Págs. 121-151.

\* Docente investigadora de Derecho civil, familia, infancia y adolescencia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, [natalia.rueda@uexternado.edu.co](mailto:natalia.rueda@uexternado.edu.co)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0008-1897>.

**Palabras clave**

Explotación reproductiva, gestación subrogada, Colombia.

**Abstract**

This paper presents, from a critical perspective, the three rulings issued by the Colombian Constitutional Court and the draft laws on the regulation of surrogacy presented since 2016. To do so, it describes the general aspects, with emphasis on the use of language in the different documents, in order to show some of the practical consequences. It aims to highlight the legitimation of what can be defined as a form of reproductive exploitation.

**Keywords**

Reproductive exploitation, surrogacy, Colombia.

**1. INTRODUCCIÓN**

En torno a la llamada gestación subrogada existe una multiplicidad de problemáticas de distinto orden, algunas de las cuales profundizadas por el panorama legal y la falta de coherencia entre los distintos ordenamientos jurídicos, sin que sea posible identificar una respuesta unívoca o, cuanto menos, medianamente uniforme. En Colombia la situación es compleja por la ausencia de regulación, en virtud de lo cual la situación es de “libre mercado”. Además, actualmente no se cuenta con información sobre el estado de la cuestión, de manera que es imposible conocer, además del hecho de que es una práctica que se hace, la frecuencia o las condiciones en las que ocurre.

De igual manera, no existen estudios que analicen de manera amplia el impacto de la práctica para las personas involucradas, especialmente para las mujeres gestantes y las niñas y niños nacidos mediante ella. Esto, sin duda, favorece un escenario de flexibilidad del mercado reproductivo que hace de Colombia un destino atractivo para quien quiera adelantar esta práctica, sumado a los bajos costos en comparación con otros países. Esto

pese a que para poder adelantar la gestación y cumplir el acuerdo se deba incurrir en falsedad del registro civil de nacimiento, en caso de que no se consigne el nombre de la gestante como madre, concretando así un fraude a la ley respecto de las reglas de filiación vigentes en Colombia, o que se tenga que adelantar un proceso judicial de impugnación de maternidad, en caso de que sí se registre como madre a la mujer gestante y ella no haya aportado sus gametos<sup>2</sup>.

Adicionalmente, en Colombia también hay un vacío normativo en materia de técnicas de reproducción humana asistida, por lo que se presentan múltiples vacíos en relación con la filiación, pues allí no hay claridad sobre la configuración de las presunciones de maternidad y paternidad ni sobre la irrevocabilidad o no del consentimiento, de lo que se deducen dificultades para intentar su impugnación, con lo que se favorece la práctica informal y desregulada. Las normas existentes que hacen referencia a las técnicas se concentran en la cuestión de la prestación del servicio y los problemas asociados a la fertilidad, en las que se establecen como principios rectores la autonomía reproductiva, la dignidad humana y la justicia distributiva<sup>3</sup>.

---

2 ROMERO RUBIO, Carlos Andrés: “Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?”. En: *IUSTA*, Universidad Santo Tomás, N° 50, 2019. Págs. 175-189, sin analizar específicamente el problema de la gestación por subrogación intenta delinear, a la luz de la teoría general del derecho, los elementos con los que cuenta el juez, afirmando simplemente que se deben garantizar los derechos de la gestante y el interés superior del niño o niña nacido en virtud de este tipo. Al margen de las consideraciones de teoría general sobre el alcance de las lagunas y las herramientas para superarlas, el autor no ofrece mayores elementos para la solución de controversias.

3 El marco normativo está determinado por las leyes 1751 de 2015 y 1953 de 2019; así como la Resolución 228 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que contiene la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad. Por su parte, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con la obligatoriedad o no del cubrimiento de los gastos asociados a los tratamientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto no están incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud. Sin embargo, en la tendencia más reciente, la lectura se hace en relación con los derechos sexuales y reproductivos, sin que las cuestiones asociadas a la determinación de la filiación ocupen la atención del debate. Es posible identificar dos posiciones más o menos consolidadas en la Corte Constitucional. De conformidad con la primera se reconoce la posibilidad de garantizar el acceso a los tratamientos de reproducción asistida por vía de acción de tutela, solo en aquellos casos en los cuales haya vulneración del principio de continuidad en la prestación del servicio

Esta desregulación no ha favorecido una respuesta integral del ordenamiento jurídico respecto de la práctica de la gestación por subrogación. Hasta 2022 se han emitido tres sentencias de la Corte Constitucional en situaciones en las que se había adelantado la práctica, pero en las que se debían resolver cuestiones específicas en materia de permiso de salida del país, registro civil y licencia de maternidad, pues se trataba de sentencias de tutela<sup>4</sup>, sin que la corte se pronunciara de fondo respecto de la práctica. Aunque sus afirmaciones y decisiones sí tienen un impacto importante en la manera como se comprende el problema. De igual manera, ha habido varios intentos de regulación, todos fallidos hasta el momento. Sin embargo, a lo largo de este recorrido es posible percibir un cambio en el uso del lenguaje y en la promoción de esta práctica.

Este artículo muestra la evolución de los antecedentes jurídicos de la situación actual. Para ello, se presentarán, de forma crítica, las tres sentencias emitidas por la Corte Constitucional y los proyectos de ley presentados desde 2016, año a partir del cual se presentaron con insistencia distintas iniciativas para la regulación. Las observaciones expuestas no tienen vocación de exhaustividad, pues siendo tantos los documentos y tocando tan distintas

---

de salud; o si la no práctica del tratamiento comporta un riesgo para la vida, la salud, la dignidad y la integridad personal del paciente. En ese sentido, existen sentencias que negaron la autorización del procedimiento con fundamento en la inexistencia de riesgos para los derechos fundamentales, el hecho de que el Estado no está llamado a garantizar la maternidad biológica, las posibilidades de acceder a la adopción y la escasez de recursos (sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-946 de 2002, T-512 de 2003, T-752 de 2007, T-760 de 2008, T-424 de 2009, T-311 de 2010, T-226 de 2010, T-550 de 2010, T-935 de 2010, T-009 de 2014, T-398 de 2016, T-316 de 2018). En otras sentencias se ha autorizado la práctica del tratamiento en virtud de la garantía de continuidad (sentencias T-572 de 2002, T-633 de 2010, T-644 de 2010), cuando de la práctica del tratamiento dependen otros derechos fundamentales (sentencias T-636 de 2007, T-946 de 2007, T-870 de 2008, T-901 de 2004, T-605 de 2007). La segunda posición es más flexible, en la medida en que con base en un análisis de los derechos sexuales y reproductivos, así como el derecho a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, se considera que la imposibilidad de acceder al tratamiento comporta una violación de estos derechos (sentencias T-341 de 1994, T-528 de 2014, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-375 de 2016, T-126 de 2017, T-377 de 2018, T-337 de 2019).

4 La acción de tutela es una acción constitucional para la protección urgente de derechos fundamentales, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y regulada en el Decreto 2591 de 1991.

temáticas, no es posible hacer un análisis crítico detallado de cada aspecto que emerge de ellos. Por tal motivo, los comentarios estarán dirigidos a destacar los principales aspectos problemáticos del uso del lenguaje y de sus posibles implicaciones prácticas y en materia de derechos humanos, así como los efectos de algunas elecciones de la Corte Constitucional y de quienes han tenido iniciativa legislativa. La información se presentará en orden cronológico, pues esta perspectiva permite poner en evidencia esos cambios de lenguaje que, a su vez, hacen posible conocer el cambio en la perspectiva por parte del órgano legislativo.

## **2. 2009-2015: LA CORTE CONSTITUCIONAL ABRE LA PUERTA PARA LA REGULACIÓN MEDIANTE SU AUTORIZACIÓN TÁCITA**

Para comenzar el análisis de la evolución propuesta, se partirá de la mención de la jurisprudencia relevante en la materia antes de 2016, referida a dos sentencias de tutela conocidas por la Corte Constitucional, en las que los casos se originaban en la realización de la práctica de la subrogación, pero cuyos problemas jurídicos se referían a otras temáticas. Dichas sentencias son importantes porque no obstante que el pronunciamiento de fondo no esté centrado en la gestación subrogada, la Corte sí aprovechó para delinear algunos aspectos o su decisión incidió en las apreciaciones jurídicas que pudieran hacerse.

Así, en el año 2009, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-968, se pronuncia de forma marginal sobre la gestación por sustitución. Se trataba de un proceso en el que la mujer gestante se arrepintió de entregar a los bebés nacidos como consecuencia de la práctica, por lo que acudió a la oficina de registro para denunciar el nacimiento como hijos propios en calidad de hijos extramatrimoniales, sin señalar el nombre del padre. En el

proceso se debatía sobre un permiso de salida del país en el que se terminó definiendo, de forma inconstitucional, la custodia de los niños producto de la fecundación *in vitro* al padre y se autorizó la salida definitiva del país<sup>5</sup>.

Según la Corte, en este caso no hay “*arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai [mujer gestante] es la madre biológica [genética] de los menores. Además, suponiendo que esa hubiese sido su intención inicial, de las declaraciones del padre se desprende claramente que por lo menos desde noviembre de 2005 [cuatro meses antes del parto] había anunciado al señor Salomón su decisión de criar a los niños*”. En ese sentido, el problema que concentró la atención de la Corte fue la determinación de la custodia y el cuidado personal de los niños en consideración del interés superior y del derecho a tener una familia y no ser separado de ella. La Corte concluyó que la decisión de otorgar la custodia al padre se basó en una indebida valoración del acervo probatorio por parte del juez de instancia, además de haberse considerado la pobreza de la madre como un factor decisivo para asumir que no estaba en condición de tener a los niños, por lo que habrían estado mejor con el padre.

La Corte, siguiendo una construcción doctrinal, definió la gestación subrogada como “*el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste*”<sup>6</sup>. En la sentencia se advierte que, en virtud de que la madre aportó su material genético, existe una protección constitucional de sus derechos como madre, pues no tendría cabida ningún

---

5 En este caso, una madre soltera en condición de pobreza y un ciudadano colombiano, residente en Estados Unidos y casado con otra mujer, concibieron dos gemelos mediante una fertilización *in vitro*. Ambos se conocieron con el propósito de que ella adelantara la gestación por encargo de la pareja, por sugerencia de un Centro de Reproducción Asistida y a cambio del pago de una suma de dinero. Sin embargo, dicho procedimiento fue infructuoso en varias oportunidades, primero con los gametos de la pareja y luego también con óvulos de donante. Luego de un tiempo la mujer accedió a que se utilizara su material genético, habiéndose presentado como un matrimonio estable a la clínica.

6 Cita de GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994. Pág. 136, referida en la Sentencia.

tipo de discusión sobre la filiación materna y se tendrían que seguir las reglas del código civil en materia de filiación. De conformidad con lo que señala la Corte, quien adelanta la gestación en la práctica tradicional, y en virtud de su calidad indiscutible como madre, podría decidir, como ocurrió en el caso, arrepentirse de cumplir el acuerdo pactado y abstenerse de entregar a las hijas e hijos que nacieran en virtud de la gestación por sustitución que, entonces, ya no sería tal.

Con esta consideración pareciera ser que la Corte admite de manera tácita que estos acuerdos pueden tener alguna validez, solo que la mujer conservaría la prerrogativa de quedarse con el bebé que nazca. Sin embargo, esto no sería posible en Colombia, pues allí se configuraría una trata de personas, teniendo en cuenta que ante el carácter indiscutible del vínculo genético, habría una venta del propio hijo. En mi criterio esto emerge del hecho de que la Corte no hace ningún tipo de reproche a la realización de la práctica a lo largo de su decisión y, en cambio, en la definición que propone considera como posible la forma tradicional. Incluso podría llegar a pensarse que por la manera de presentar la práctica y establecer la protección a la madre como una cuestión potestativa, la Corte está sugiriendo que sería un acuerdo en el que la entrega del recién nacido constituye una obligación natural y, por tanto, no podría ser exigible por la parte comitente<sup>7</sup>.

Para la doctrina, las conclusiones de la Corte condujeron a asumir que la gestación subrogada tradicional sería nula<sup>8</sup>, en virtud de la ilicitud del objeto y la causa del negocio jurídico por existir un vínculo genético indiscutible entre la mujer y el neonato<sup>9</sup>. Bajo esa lógica, la subrogación gestacional

---

7 Las obligaciones naturales están definidas por el Código Civil colombiano como aquellas “que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas”: artículo 1527.

8 ALARCÓN, Fernando: “El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación”. En: *Memorias del Primer seminario franco-andino de derecho y bioética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. Pág. 134.

9 Así lo entiende el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en su concepto N° 23 del 01.06.2020. Pág. 2, disponible en: [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23-\\_concepto\\_no-23-listo-para-web.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23-_concepto_no-23-listo-para-web.pdf)

estaría permitida<sup>10</sup>. Sin embargo, hay otras posiciones en las que se afirma que la valoración de la nulidad del objeto o de la causa, o la contrariedad al orden público no considera la supuesta libertad de la mujer para disponer de su cuerpo y su autonomía reproductiva<sup>11</sup>. Esta última posición reclama la necesidad de dar validez a la autonomía privada mediante el reconocimiento de un contrato innominado y de normas imperativas de carácter prohibitivo, así como la protección de las tecnologías reproductivas<sup>12</sup>.

Por su parte, entre quienes abogan por la regulación hay quien señala la necesidad de establecer los límites para los aspectos negociales, pero también los relativos a los derechos fundamentales involucrados de todas las personas que intervengan en el acuerdo, así como respecto de la filiación<sup>13</sup>. Quienes

---

10 Esta es la opinión en algún sector de la doctrina. Según GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen: “Maternidad por encargo”. En: GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen; CORTÉS MONCAYO, Edgar y NAVIA ARROYO, Felipe (eds.): Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014. Pág. 404, “El convenio de gestar un niño no vinculado a los genes de la mujer gestante para entregarlo a otros después del nacimiento no resulta objeto de una descalificación tan tajante, pues la prestación no se considera de dar sino de hacer; la mujer no entregaría a su hijo sino que prestaría un servicio necesario para que otra mujer pueda hacer efectivo el derecho a la procreación reconocido constitucionalmente, sea como derecho autónomo o vinculado a derechos como el libre desarrollo de la personalidad o a tener una familia. Restaría analizar si el ordenamiento colombiano permite este tipo de disposición del cuerpo propio. *Nos inclinamos a pensar que la conducta de la mujer estaría permitida pues la desarrolla en ejercicio de su autonomía y, salvo excepciones que el derecho nunca puede evitar, movida por la solidaridad, por el deseo de procurar que otros tengan un hijo y sin que su actuación implique vulneración de su integridad física*”, cursivas añadidas. En el mismo sentido, ALARCÓN, Fernando: ob. cit. y LOBO GARRIDO, Gustavo Andrés: “Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia”. En: *Summa Iuris*, vol. 7, N° 1, 2019. Pág. 87. Doi: <https://doi.org/10.21501/23394536.3276>.

11 Así, GARCÍA DEL RÍO, María Stella: *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Ibáñez, Bogotá, 2014. Pág. 163 y ss.

12 MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo: “El arrendamiento de vientre en Colombia”, *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 2, N° 3. Págs. 68-86.

13 Entre otros, CARREÑO LÓPEZ, Diana; PEDRAZA LIZARAZO, Rolando Javier y QUIROGA FLÓREZ, Sergio Daniel: “Posturas sobre alquiler de vientre en Colombia y en el mundo”. En: *Visión*, N° 5, 2017. Págs. 20-27 y BEETAR BECHARA, Brajim: “La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente”. En: *Revista Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, N° 2, 2019. Págs. 135-166 <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>. Esta falta de integralidad en la regulación fue uno de los aspectos que se criticó al Proyecto de Código Civil presentado por la Universidad Nacional de Colombia, en virtud de que se consideró que la regulación propuesta era imprecisa y no se ocupaba en

pretenden que se regule permitiendo la práctica, buscan que se reconozca la supuesta voluntad procreacional auténtica de las parejas o personas que recurren a la técnica, aduciendo que se trata de una decisión “*reflexionada, consciente, voluntaria y libre*”<sup>14</sup>. Por el momento, sin embargo, existe un obstáculo normativo, pues en Colombia prevalece la base genética de la filiación<sup>15</sup>. Esto es así, aunque por vía jurisprudencial se introduzcan constantemente

---

lo absoluto de los aspectos relativos a la filiación, tampoco señalaba soluciones en el caso de la práctica tradicional ni consideraba la posibilidad de donación de gametos femeninos, pues consideraba “como madre biológica a la dadora del material genético”, al tiempo que dejaba muchas preguntas sin resolver respecto de los aspectos contractuales, de consentimiento, aborto y responsabilidad civil. Cfr. GÓMEZ CHIQUIZA, María Eugenia; RUEDA, Natalia; GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen; OSPINA, Mario Andrés; SANTAMARÍA, Enrique y USECHE MENESES, Margarita: “3. Derecho de Familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia”. En: CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto; FORTICH, Silvana; RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio y RUEDA, Natalia (coords.): *Concepto: observaciones críticas sobre el proyecto de Código civil presentado por la Universidad Nacional*, Observatorio sobre vigencia y reforma del código civil colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2020. Págs. 60, 63-64, 181 y 206. Disponible en <https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-u-nacional/> 14 PINZÓN MARÍN, Inés; RUEDA BARRERA, Eduardo y MEJÍA PATIÑO, Omar: “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 43, 2015. Pág. 120; CÁRDENAS GÓMEZ, Olga Carolina; ARIAS ESCOBAR, Juliana y MENDIETA MONTOYA, Mariana: “El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32, N° 2, 2019. Págs. 77-99. 15 GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen: ob. cit. Pág. 411 llama la atención sobre que “las TRHA y su empleo en la maternidad por encargo hacen necesario que los juristas y el legislador vuelvan a pensar profundamente en los fundamentos de la filiación como concepto jurídico y, de la misma manera que en los casos de adopción han privilegiado el criterio legal creando un sistema de filiación paralelo al consanguíneo, se planteen opciones diferentes para establecer normas especiales cuando media la asistencia médica a la procreación”.

excepciones a la regla general, en particular en relación con el reconocimiento de la familia de crianza<sup>16</sup>, posesión notoria del estado civil<sup>17</sup> y, en materia de técnicas de reproducción humana asistida<sup>18</sup>.

Ahora bien, en la sentencia, la Corte Constitucional señaló algunos criterios identificados por la doctrina como requisitos y condiciones de una “*regulación exhaustiva*” en materia de gestación subrogada, pues han sido los que han orientado el debate legislativo. Según ella se requiere: “(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requirieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento

---

16 La jurisprudencia es variada, pero esta forma de familia se ha reconocido para otorgar pensiones de sobrevivencia, indemnizaciones y el acceso a distintas prestaciones cuando se demuestre la existencia de “*relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección*”, al margen de que no haya vínculos consanguíneos o jurídicos. Ver, entre muchas otras Corte Constitucional, las sentencias T-070 de 2015 y T-279 de 2020; Corte Suprema de Justicia, STC6009-2018.

17 En materia de posesión notoria del estado civil, regulada en el artículo 397 del Código Civil, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en distintas ocasiones, también en relación con el concepto de familia de crianza, para determinar su prevalencia frente a la inexistencia del vínculo genético, como forma de proteger la familia. Así STC1171-2022. También relevante, aunque el conflicto versara sobre la negativa de una adolescente a practicarse la prueba de ADN en un proceso de impugnación de la paternidad, la STC1976-2022. Allí la Corte Suprema admitió que forzar a la realización de la prueba habría conducido a generar un daño a la niña, que no estaba justificado dado que debía prevalecer la protección de la relación con quien ella había tenido siempre por padre.

18 En la sentencia T-357 de 2022, la Corte Constitucional decide otorgar protección especial a una mujer que había decidido someterse a una técnica de Fecundación in Vitro después de que su expareja, quien había aportado los gametos para la fecundación del embrión ya existente, pretendiera revocar el consentimiento inicialmente otorgado. En la decisión la Corte resuelve que aunque se adelante el procedimiento, no se podrá establecer vínculo de filiación entre la persona que llegue a nacer y su expareja, con lo cual lo trata como si fuera un donante anónimo. Esta controversial decisión no consideró los derechos de la infancia, en particular, el derecho a la identidad.

*informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros*<sup>19</sup>.

Estos criterios que se refieren como cita de una elaboración doctrinal en España (ver nota 7), se han asumido en el debate como exigencias de la Corte Constitucional, como se verá más adelante en relación con los proyectos de ley.

Con posterioridad, en una segunda sentencia, la SU-696 de 2015, la Corte Constitucional se ocupa de un caso en el que se acudió a la gestación subrogada en el extranjero. En ella el problema central fue evaluar la conducta de las autoridades colombianas que se habían negado a registrar a dos niños por tratarse de una pareja de dos hombres, ciudadanos colombianos residentes en Estados Unidos<sup>20</sup>, por lo que no hay un estudio de fondo de la gestación

---

19 En la nota 97 la Corte cita como fuente doctrinal en relación con estos requisitos a EMALDI CIRIÓN, Aitziber: *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2001. Págs. 409-413. GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen: ob. cit. Págs. 412-414 hace un detenido análisis crítico de estos requisitos y condiciones, señalando que se ha debido precisar la mujer a la que se referían los problemas fisiológicos, así como señalar que también puede frustrarse la maternidad por problemas anatómicos y psicológicos. De igual manera critica como incorrecto que se tengan en consideración “elementos médicos para indicar el sentido que deberán tener las normas pertinentes” (Pág. 413), además del uso de la expresión imprecisa de “material reproductor” y los problemas a que puede dar lugar la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay malformaciones del feto que lo hagan incompatibles con la vida, según las exigencias de la Sentencia C-355 de 2006, pues considera que “aunque el embrión o el feto no estén relacionados genéticamente con la madre por encargo, la interrupción del embarazo decidida por los comitentes podría violentar su conciencia o, por el contrario, dar a luz una criatura que, según diagnóstico médico, nacerá en determinadas condiciones consideradas terribles por ella puede implicar para la gestante un sacrificio desproporcionado” (Pág. 414).

20 Los hombres, en unión estable y solemne, realizaron un procedimiento de fertilización in vitro en el que se fertilizaron los óvulos de una donante con gametos de ambos. De ello se obtuvo un embarazo gemelar y nacieron dos niños en Estados Unidos, registrados como hijos

subrogada en relación con ninguno de sus aspectos esenciales<sup>21</sup>. El problema jurídico abordado por la Corte, se refería al registro civil de nacimiento de niñas y niños cuyos padres conforman una pareja homoafectiva. La Corte ordena el registro inmediato para garantizar los derechos a tener una familia y no ser separado de ella, especialmente en reconocimiento de las familias diversas<sup>22</sup>. Esta decisión conduce a preguntarse si se está autorizando la gestación subrogada adelantada en el extranjero<sup>23</sup>.

---

de los dos accionantes. Una vez intentaron obtener la expedición de los registros civiles de nacimiento y los pasaportes colombianos enfrentaron una serie de obstáculos por parte de las autoridades colombianas, sin que hubieran podido registrar a los niños.

21 Aunque sí hace referencia a conocidos casos en derecho extranjero como: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Menesson c. Francia*, 26 de junio de 2014; *Paradiso Campanelli c. Italia*, 25 de enero de 2015. También hace referencia a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado española 1ª del 18 de febrero de 2009, que autoriza la inscripción en el registro civil de los niños nacidos luego de un proceso de gestación por sustitución en Estados Unidos, con fundamento en que “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”; disponible en: [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Res\\_DGRN\\_18\\_02\\_2009](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Res_DGRN_18_02_2009). Consultado el 14 de marzo de 2020.

22 Esta orden dio lugar a la Circular 024 del 08 de febrero de 2016, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sobre Implementación y diligenciamiento del nuevo formato de registro civil de nacimiento. Allí se ordenó el cambio en las casillas “datos del padre” y “datos de la madre”, en ese orden, por uno nuevo donde en ambas casillas aparece “datos de padre o madre (Para casos de pueblos indígenas con línea matrilineal, o parejas del mismo sexo, anotar el progenitor que indiquen los declarantes para el primer apellido del inscrito)”.

23 Así interpretan también el sentido del fallo MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol y RODRÍGUEZ-YONG, Camilo: “La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica”. En: *Revista Jurídicas*, vol. 18, Nº 1. Pág. 85. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>. La duda emerge en virtud de que ha sido en escenarios similares en los que se ha abierto el debate en países como Italia o Francia, donde se ha alegado para justificar la negativa de transcribir el registro hecho en el extranjero argumentos como la violación del orden público internacional o el fraude a las leyes de inmigración y filiación. Cfr. CALDERAL, Valentina: “Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism”. En: *Global Jurist*, vol. 20, Nº 3, 2020. Págs. 1-17; ID.: “La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata”. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Nº 5, 2020. Págs. 1109-1124; ID.: “Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale”. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Nº 7-8, 2017. Págs. 986-1000.

Adicionalmente, vale la pena anotar que la sentencia tuvo un salvamento de voto relevante en relación con la gestación por sustitución, por parte del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt, quien se apartó de la decisión aduciendo que la sentencia legitimaba:

*“procedimientos que son absolutamente ilegales en Colombia, como el alquiler de vientres y la inscripción de imposibles jurídicos como el reconocimiento de que un niño pueda tener 2 padres biológicos, para luego refrendar estas actuaciones a través del registro de los menores en nuestro país. El arrendamiento de un vientre materno va en contra de la dignidad humana, al instrumentalizar el cuerpo de la mujer con fines económicos, por lo cual la Corte no puede avalar esta situación irregular. 2. La aplicación de la presunción de la paternidad en este caso es completamente contraria a la biología y al derecho, pues es absurdo aceptar que 2 hombres pueden ser al mismo tiempo padres biológicos de una misma persona. Ahora la Corte Constitucional no solo está compuesta por abogados, sino por mentes brillantes cuyas discusiones ya no son jurídicas sino pseudocientíficas o estadísticas. [...] 4. A través de unas mayorías aplastantes, la Sala Plena está aprovechando para imponerle a la sociedad colombiana decisiones que desconocen totalmente el concepto de familia y los derechos de los niños. Esta decisión incluso va más allá de la adopción de parejas del mismo sexo, pues con ella ni siquiera será necesario realizar un proceso ante el ICBF, sino que bastará con viajar a otro país para realizar un procedimiento de fertilización in vitro y luego solicitar el registro de los menores en Colombia, lo cual constituye un claro fraude a la ley. 5. Ni en este caso ni en el de la adopción de parejas del mismo sexo se ha hecho prevalecer el interés de los menores. Son los niños quienes, según la Constitución, tienen el derecho a tener un padre y una madre y no los adultos los que tengan derecho a la adopción. Por ello, el concepto del interés superior del menor se está manipulando para proteger derechos de terceros. [...] 7. [...] El activismo judicial de la mayoría aplastante de la Sala Plena está destruyendo la*

*familia, utilizando como chivo expiatorio los intereses de menores que ni siquiera pueden ser consultados sobre si quieren renunciar a su derecho a tener un padre y una madre*”<sup>24</sup>.

Estas dos sentencias son los únicos antecedentes hasta 2015. A partir de entonces, comenzaría un periodo de iniciativas legislativas en distintos sentidos.

### **3. 2015-2022: INTENTOS FALLIDOS DE LEGISLACIÓN, LA DEFINITIVA MODIFICACIÓN DEL LENGUAJE**

Se han presentado, sin éxito, varios proyectos de ley, algunos más restrictivos que otros, todos teniendo como punto de referencia la sentencia de 2009. Hasta el momento, no ha habido consenso entre los partidos prohibicionistas y aquellos que buscan una regulación que permita la práctica.

El primer proyecto de ley con el que comenzaron los intentos más recientes de regulación es el N° 202 de 2016 Cámara, “*por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos*”<sup>25</sup>. Este proyecto definía la práctica como “*la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido*”, por lo que cualquier acto en el que la mujer se obligara a renunciar a la filiación materna en favor de sus contratantes o de otra persona se reputaba nulo de pleno derecho. Este proyecto equiparaba esta práctica a la trata de personas y al acto de comercialización de componentes

---

24 Comunicado a la Sentencia del Expediente T-4.496.228, difundido por el propio Jorge Pretelt, disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B0FPNuhisD38ZTkkxWGk0VTVC-ZHhCZ3MycE1Tc3dvZEJvdDNn/view>. Consultado el 2 de junio de 2021. Cursivas originales.

25 Gaceta del Congreso, N° 86 de 2016. Págs. 23-28. El consejo superior de política criminal criticó la falta de rigor en las definiciones y carencia de fundamentos empíricos, lo que, según ellos, determinaba una expansión injustificada del derecho penal. Además, se criticó la desproporción de la sanción penal, con lo cual se limitaban derechos fundamentales, lo que es impropio mediante ley ordinaria.

anatómicos humanos para trasplante (tráfico)<sup>26</sup>. El modelo propuesto era de prohibición total mediante la criminalización. El proyecto se archivó en primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes el 21 de junio de 2016, pues no se sometió a discusión, por lo que tuvo lugar el tránsito de legislatura sin que pudiera continuar el trámite legislativo<sup>27</sup>. En todo caso, el archivo implica que queda abierta la posibilidad de presentar nuevas iniciativas de regulación.

En la siguiente legislatura el mismo partido presentó el proyecto de ley N° 026 de 2016 Cámara, *“por medio de la cual se prohíbe la práctica alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos”*<sup>28</sup>. En esa ocasión definieron ya no la “maternidad subrogada” sino el “alquiler de vientres” como *“todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito u oneroso, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido”*. Por lo demás, salvo algunas modificaciones en el lenguaje, el modelo era el mismo, esto es, el de equiparar la práctica a la trata de personas y al tráfico de componentes anatómicos para trasplante, imponiendo sanción penal y estableciendo la nulidad de pleno derecho de la práctica *“a favor de persona determinada, por sí misma o a través de un tercero”*. Este proyecto tuvo una mayor discusión, aunque fue igualmente archivado, esta vez en cuarto debate. Durante su trámite se hicieron varias modificaciones, como se explica a continuación.

---

26 La trata de personas se encuentra penalizada en Colombia, en virtud de la consagración del tipo penal en el artículo 188-A del Código Penal. Por su parte, la ley 919 de 2004 prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante y considera como delito cualquier forma de tráfico, compra, venta o comercialización.

27 El tránsito de legislatura lo establece el art. 190 de la Ley 5ª de 1992. Las leyes estatutarias deben aprobarse en una sola legislatura y por mayoría absoluta, según el art. 153, Constitución Política y arts. 119, N° 4º y 208, N° 1º, Ley 5ª de 1992. Una legislatura comprende dos periodos ordinarios de sesiones, según el art. 224, Ley 5ª de 1992 y art. 138, Constitución Política.

28 Gaceta del Congreso, N° 554 de 2016. Págs. 12-16.

En el primer debate, se modificó el objeto para “*prohibir la práctica del alquiler de vientres con fines de lucro y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación*”. Gracias a ello, se consideró autorizar la práctica con fines altruistas cuando “*1. Se realice entre nacionales colombianos. 2. Se presente certificado médico en el que se demuestre infertilidad o problemas de gestación. 3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad. 4. Se cuente con el consentimiento de una mujer relacionada hasta cuarto grado de consanguinidad de alguno de los solicitantes y que esté dispuesta a ser la mujer gestante*”. De igual manera, se adicionaron dos artículos, uno que creaba el tipo penal de “*alquiler de vientres con fines de lucro*”, que sancionaba a quien “*promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro*” y otro que ordenaba al Ministerio de Salud y Protección Social elaborar un protocolo para reglamentar el “*alquiler de vientres*” sin fines de lucro que considerara las obligaciones de las partes<sup>29</sup>.

Para el segundo debate, la ponencia sugirió cambiar el lenguaje para no hablar de “*alquiler de vientres*” sino de “*maternidad subrogada*”, además de que agregó que para la reglamentación se debían considerar también los criterios establecidos por la sentencia T-968 de 2009<sup>30</sup>. En la discusión en la Plenaria de la Cámara de Representantes se aprobó, pero precisando que: (i) en el caso de la gestación altruista, uno de los miembros de la pareja pudiera ser extranjero; (ii) el certificado médico debía recomendar la realización de la “*maternidad subrogada*” por imposibilidad física o biológica; (iii) sería necesaria la declaración extrajudicial para hacer constar la plena capacidad; y (iv) se excluía cualquier responsabilidad del médico que expidiera el certificado “*siempre y cuando la motivación cumpla con las causas científicas y médicas objetivas*”<sup>31</sup>.

---

29 Gacetas del Congreso, N° 1013 y 1014 de 2016. Págs. 16-21 y 6-10 respectivamente.

30 Gaceta del Congreso, N° 989 de 2016. Págs. 5-9.

31 Gaceta del Congreso, N° 297 de 2017. Págs. 12-13; las actas de discusión en Gacetas del Congreso, N° 336 y 351 de 2017. Págs. 30-35 y 20-25 respectivamente.

Para el tercer debate, en comisión primera del Senado, se presentaron dos ponencias distintas.

La primera de ellas asumió una posición crítica frente al proyecto tal como estaba, pues señalaba que discriminaba a las parejas del mismo sexo y personas solteras, que contenía una definición restringida de la “*maternidad subrogada*” y que los requisitos para el “*alquiler de vientres*” no eran suficientes ni estaban justificados. Por ello sugirió hacer modificaciones supuestamente dirigidas a “*solucionar una serie de problemas estructurales de la propuesta original*”, así como eliminar la referencia a los problemas de infertilidad o gestación, para que se hablara mejor de “*regular su uso con fines altruistas*”. Para ello planteaba una propuesta de regulación en la que se permitiera esta forma sin ningún condicionamiento por problemas de fertilidad. De igual manera, propuso la modificación de la definición original de la práctica e incluir definiciones adicionales como:

*“Maternidad Subrogada: Se entiende por maternidad subrogada el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un acuerdo de voluntades que tenga por objeto el compromiso de una mujer de gestar y dar a luz a un bebé que genética y legalmente pertenece a otras personas, a quienes acepta entregarlo cediendo la filiación derivada de la maternidad y renunciando a los derechos sobre el recién nacido. La mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.*”

*“Mujer gestante: mujer que se compromete a llevar a término un embarazo y entregar el bebé a los solicitantes, a quienes originalmente pertenecen los gametos que dieron origen al recién nacido o quienes han solicitado la maternidad, en el caso que el material genético provenga de terceros donantes.*”

*“Solicitantes: persona o personas que aportan la totalidad del material genético para que sea dispuesto en el vientre de una mujer gestante, quien llevará a término el embarazo. Aun cuando el material genético provenga de terceros donantes, se considerará como solicitante quien o quienes realicen los actos de solicitud de maternidad subrogada.*

*“Maternidad subrogada con ánimo de lucro: acuerdo de voluntades que implica el intercambio de un beneficio monetario o en especie como contraprestación por llevar a término el embarazo.*

*“Maternidad subrogada con fines altruistas: acuerdo de voluntades que no implica el intercambio de una suma de dinero como contraprestación por llevar a término el embarazo, sin perjuicio de la cobertura de gastos médicos, psicológicos, legales, alimentación, vestuario, y demás derivados del normal desarrollo del embarazo y del parto, que serán asumidos por los solicitantes”<sup>32</sup>.*

A propósito del lenguaje adoptado, no deja de llamar la atención la manera como se ve la relación entre progenitores y sus hijos, al referirse a los derechos sobre el recién nacido y de un niño vinculado genéticamente a otro. Por esto es difícil no percibir que el afán por permitir esta práctica nada tiene que ver con el interés superior de niñas y niños, sino con el deseo de maternidad y paternidad de algunas personas. Sin ver en ello necesariamente un capricho, resulta cuestionable que el derecho, colombiano pero también aquellos foráneos, no se preocupe por el fortalecimiento del programa nacional de adopciones. Por el contrario, el proceso de adopción, por la debilidad institucional, padece demoras, muchas veces injustificadas y asociadas a la congestión y a la falta de infraestructura estatal, dejando en desprotección a la niñez institucionalizada.

---

32 Gaceta del Congreso, N° 410 de 2017. Págs. 3-4. Presentada por Claudia López Hernández. Destacado añadido.

Además, que los proyectos, y la propia Corte Constitucional, no planteen la adopción como alternativa confirma una suerte de obsesión por la filiación genética. Aquí resulta clara una cierta indiferencia respecto de la Convención sobre Derechos del Niño, de la cual es parte el Estado colombiano, pues la concentración en los intereses de quienes quieren ser padres deja de lado el interés de la niñez en situación de adoptabilidad. En cualquier caso, sí resulta cuestionable considerar que existe un derecho subjetivo a la paternidad/maternidad, pues un tal derecho no sería oponible a terceros o exigible al Estado.

Del mismo modo, la doctrina ha precisado con claridad que no existe un derecho a tener hijos, pues ello comportaría una cosificación de la persona que nace, sino más bien a que no se impida el acceso a los medios para tenerlos, siempre que se haga referencia a aquellos naturales y, en el caso de la adopción o de las técnicas de reproducción humana, a la posibilidad de postular como adoptantes o de tener acceso a la técnica en casos de infertilidad diagnosticada<sup>33</sup>. En otras palabras, el Estado no está obligado a garantizar a cualquier costo, incluso con cargo al erario, que quienes quieran se conviertan en padres y madres, de manera universal, y no solo a quienes tienen dinero para pagar la práctica. En las propuestas de regulación se defiende, en cambio, la legitimación de una forma clasista de configuración de la familia, incluso frente a la práctica altruista, por los costos de someterse a las técnicas de reproducción humana asistida.

Respecto de la gestación altruista, la ponencia que se está comentando sugirió eliminar: (i) la referencia a la nacionalidad de la pareja solicitante; (ii) la referencia a la “imposibilidad física o biológica” para la recomendación de la gestación en el certificado médico; y (iii) la exigencia de parentesco

---

33 Esta es la tesis defendida por JARUFE CONTRERAS, Daniela: Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español. Adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida, Dykinson, Madrid, 2013, especialmente en el capítulo IV.

entre la gestante y uno de los miembros de la pareja. De igual manera, propuso extender la responsabilidad penal a la mujer que aceptara adelantar la gestación con fines de lucro y agregó como exigencias

*“4. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante. 5. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas. 6. Que la mujer gestante sea mayor de edad, y cuente con una adecuada salud psicofísica. 7. Que la mujer gestante haya tenido hijos con anterioridad. 8. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas. 9. Que se preserve la identidad de las partes. 10. Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor. 11. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia. 12. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor, correspondiéndole esta obligación a los parientes más cercanos de los solicitantes, de acuerdo con la normatividad vigente. 13. Que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica”<sup>34</sup>.*

La segunda ponencia para tercer debate también propuso una serie de modificaciones sustanciales supuestamente *“con el fin de dar mayor claridad al mismo y atender a los criterios expuestos por la Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2009”*. Estas consistieron en suprimir cualquier referencia al *“alquiler de vientres”* y en reemplazar la referencia en el objeto de la ley a *“los problemas de infertilidad o de gestación”* por *“imposibilidad física o biológica para procrear”*, así como eliminar cualquier indicación sobre los parámetros para la reglamentación del Ministerio de Salud y Protección Social, aunque sugirió agregar un artículo en el que se hacía mención a que dicho reglamento debía establecer unas sanciones para toda actuación contraria a este proyecto de ley. Al igual que la ponencia antes descrita, esta sugirió extender la responsabilidad penal también a la mujer que se prestara

---

34 Gaceta del Congreso, N° 410 de 2017. Pág. 4.

a adelantar la gestación con fines de lucro. En esta ponencia también se sugirieron modificaciones al artículo correspondiente a la definición para, en cambio, proponer las siguientes definiciones:

*“Maternidad Subrogada: Se entiende por maternidad subrogada el acuerdo de voluntades que tenga por objeto el compromiso de una mujer de gestar y dar a luz a un bebé que genética y legalmente pertenece a otras personas, a quienes acepta entregarlo cediendo la filiación derivada de la maternidad y renunciando a los derechos sobre el recién nacido.*

*“Madre gestante: mujer que se compromete a llevar a término un embarazo y entregar el bebé a los padres solicitantes, a quienes originalmente pertenecen los gametos que dieron origen al recién nacido.*

*“Padres solicitantes: pareja que debido a su imposibilidad física o biológica para procrear, aporta la totalidad del material genético para que sea dispuesto en el vientre de una mujer gestante, quien llevará a término el embarazo.*

*“Maternidad subrogada con ánimo de lucro: acuerdo de voluntades que implica el intercambio de una suma de dinero como contraprestación por llevar a término el embarazo.*

*“Maternidad subrogada con fines altruistas: acuerdo de voluntades que no implica el intercambio de una suma de dinero como contraprestación por llevar a término el embarazo; mas contempla la cobertura de gastos médicos, psicológicos, legales, alimentación, vestuario, y demás derivados del normal desarrollo del embarazo y del parto, que serán asumidos por los padres solicitantes”<sup>35</sup>.*

---

35 *Ibíd.* Pág. 11. Ponencia presentada por Paloma Valencia-Laserna, Armando Benedetti Villaneda, Juan Manuel Galán, Doris Clemencia Vega, Eduardo Enríquez Maya y Alexander López Maya. Destacado añadido

En relación con la gestación altruista, propusieron mantener los mismos requisitos aprobados en segundo debate, añadiendo que en relación con el consentimiento, la mujer gestante debía ser mayor de edad y expresar que entiende “*plenamente la obligatoriedad de entregar al bebé una vez nazca*”. De igual manera, agregaban como requisitos los siguientes que:

*“5. Se realicen los exámenes físicos y psicológicos antes, durante y después del embarazo, necesarios para garantizar el buen estado de salud de la madre gestante. 6. El acto jurídico disponga la prohibición de los solicitantes de rechazar al bebé, así como la determinación de la persona quien se encargará del menor en caso de producirse el fallecimiento de los padres solicitantes antes de su nacimiento”<sup>36</sup>.*

Ambas ponencias, pese a que parecían contar con un mayor sustento jurídico y científico, y a que ampliaban las definiciones para dar mayor claridad, presentaban algunas cuestiones discutibles en relación con la regulación de esta práctica, pues ambas contemplaban restricciones que serían a todas luces inconstitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que limitaban de manera particularmente gravosa los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres gestantes, por la imposibilidad de interrumpir el embarazo, así como por la imposibilidad de arrepentirse de entregar a la niña o niño.

De hecho, estos pueden ser solo algunos de los obstáculos insuperables de la legalización de esta práctica. Incluso allí radica una de las contradicciones respecto de la defensa de la supuesta capacidad de agencia de las mujeres para disponer de su propio cuerpo, pues allí la supuesta libertad radica en cederla al arbitrio absoluto de terceros. De esto dan cuenta los acuerdos que se celebran, en los que se pactan cosas como que “*la gestante sustituta se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas según lo determine la futura madre*”, no un profesional de la salud según criterio médico; que se lleven a cabo “*hasta 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida*”, sin que exista “*la posibilidad de*

---

36 Idem.

*reducción embrionaria*”, lo que de facto comporta una alta probabilidad de embarazo múltiple, con los mayores riesgos asociados. O que “*durante el embarazo y una vez en tratamiento con el médico obstetra, seleccionado por la futura madre, la gestante sustituta deberá informar semanalmente a la futura madre*” de todo aquello que ocurra, cláusula que refleja la completa incapacidad para decidir por parte de la mujer gestante, que no es considerada madre biológica, con lo cual le desconoce cualquier capacidad de agencia.

También se pacta que las recomendaciones médicas puedan incluir “*prolongada abstinencia de relaciones sexuales*”, entre otras prohibiciones; o que no pueda salir del país e incluso de la ciudad en que vive, además de no poder siquiera cambiar domicilio sin el “*permiso escrito de la futura madre en caso de suma urgencia*”, pudiendo esta última determinar la duración del viaje. Igualmente se acuerda la autorización para que la “*futura madre o su representante [...] esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo [...] y para que hable directamente con el médico tratante cuestiones relacionadas con la salud del feto*”, en clara violación del derecho a la intimidad. Igualmente, se acuerda que “*en caso que [sic] la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento*”<sup>37</sup>.

Estas cláusulas son posibles, en parte, gracias al lenguaje deshumanizante en relación con esta práctica, en virtud del cual se prescinde de hablar de mujer, de *sujeto*, de persona, llevando todas estas categorías a términos recon-

---

37 Estas son cláusulas contenidas en el contrato de gestación subrogada revisado por el tribunal supremo español, sala de lo civil, en la sentencia N° 277/2022, STS 1153-2022 del 31 de marzo del 2022. Analizando detenidamente estas cláusulas y la intromisión que implican en la libertad y la intimidad de la mujer gestante, es imposible no considerar su similitud con las cláusulas de venta de esclavos durante el periodo colonial. Cfr. ASTIZ, María Eugenia: “Fuentes para el estudio de la esclavitud: los boletos de compra-venta de esclavos”. En: *IX Jornadas Argentinas de Estudios de Población*. Asociación de Estudios de Población de la Argentina, Huerta Grande, Córdoba, 2007. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-028/114.pdf>. Consultado el 25 de marzo de 2023.

ducibles a la esfera semántica del *objeto*. De esta manera, se pretende evadir el obstáculo que impone la dignidad humana, mediante la autorización de la prestación de servicios respecto de partes del cuerpo o del cuerpo mismo.

En esta misma línea cosificadora del cuerpo de la mujer se puede leer la reciente propuesta de Anna Smajdor de usar los cuerpos de las mujeres con muerte cerebral para gestar embriones para el mercado de la subrogación, conceptualizando lo que llama la “*donación gestacional del cuerpo entero*”<sup>38</sup>. Aunque la limitación a la libertad que imponen estos contratos de gestación subrogada de facto ya comporta el uso de los cuerpos de las mujeres como si las mismas ya estuviesen en una situación de muerte cerebral, o sea, incapacitadas para tomar decisiones oportunas de forma autónoma con respecto a la salud del feto o la de ellas mismas. En otras palabras, estos contratos buscan crear las condiciones de legitimidad para tratar a la mujer gestante como si efectivamente tuviese una imposibilidad para usar las propias capacidades cognitivas.

Volviendo al punto del debate legislativo, en la comisión primera del Senado se planteó la cuestión del tipo de trámite que debía darse al proyecto, para lo cual se nombró una comisión accidental para que emitiera concepto al respecto. Dicha comisión sugirió que, aunque inicialmente la ley tenía los requisitos para ser una ley ordinaria, las modificaciones durante los debates ampliaban su alcance, por lo que correspondía darle trámite de ley estatutaria, en su criterio el proyecto buscaba regular integralmente la materia de la gestación subrogada, lo que implicaba que “*afecta de manera directa aspectos íntimamente relacionados con el libre desarrollo de la personalidad, los derechos sexuales y reproductivos, la autonomía y la intimidad*”<sup>39</sup>. Sin embargo, ello habría implicado el archivo inmediato del proyecto, pues ya se habría superado ampliamente el término para aprobarla, por lo cual propuso algunos cambios al texto de las ponencias, para eliminar los aspectos

---

38 SMAJDOR, Anna: “Whole body gestational donation”. En: *Theoretical Medicine and Bioethics*, N° 44, 2023. Págs. 113-123.

39 Gaceta del Congreso, N° 744 de 2017. Pág. 14.

que implicarían reserva estatutaria y, de este modo, continuar el trámite que se le venía dando de ley ordinaria, razón por la cual decidieron volver a la versión prohibitiva de la gestación con fines de lucro, sin rastro alguno de regulación de la gestación altruista. En las definiciones se mantuvieron solo las de *maternidad subrogada*, *madre gestante* y *maternidad subrogada con ánimo de lucro* de la segunda ponencia apenas descrita. De igual manera, al tipo penal se adicionaba la criminalización también a “*la mujer que por voluntad propia participe en la realización de un contrato de maternidad subrogada con fines de lucro en calidad de madre gestante*”<sup>40</sup>, lo que resultaría en una criminalización de la pobreza.

Para el cuarto y último debate se presentó ponencia positiva sin modificaciones al texto aprobado en tercer debate<sup>41</sup>. Sin embargo, la plenaria del Senado no aprobó el proyecto, por lo que se dispuso su archivo<sup>42</sup>.

Luego de este proceso se presentaron, sin éxito, otros cuatro proyectos. El primero, radicado por los mismos senadores que habían presentado los dos proyectos anteriores, era un proyecto de ley estatutaria “*Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica*”; sin embargo, fue retirado sin que se hubiera hecho ningún debate y para ser presentado nuevamente en la siguiente legislatura. Este proyecto contemplaba la prohibición mediante la imputación del tipo penal de trata de personas, al tiempo que pretendía la declaración de nulidad de pleno derecho de la renuncia a la filiación materna en favor de terceros, la modificación de las normas de registro en virtud de

---

40 Actas disponibles en Gacetas del Congreso, N° 688, N° 744 de 2017. Págs. 10-19 y N° 768 de 2017. Págs. 17-23.

41 Presentada por Paloma Valencia-Laserna, Eduardo Enríquez Maya, Juan Manuel Galán, Alexander López Maya y Doris Clemencia Vega, en Gaceta del Congreso, N° 748 de 2017. Págs. 24-29.

42 Gaceta del Congreso, N° 52 de 2018. Págs. 26-28. De las actas se advierte que el disenso se dio en virtud de la supuesta visión ultraconservadora de la criminalización que se proponía.

lo cual el certificado de nacido vivo debía estar firmado mínimo por tres médicos, mientras que se establecía la obligación de hacer el registro dentro de los 5 días siguientes al nacimiento<sup>43</sup>.

Los mismos proponentes presentaron tres proyectos de ley estatutaria que tampoco fueron debatidos y que se archivaron por tránsito de legislatura. Los tres idénticos con distinto nombre, el primero lo titularon “*Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos*”; el segundo lo presentaron con el título “*Por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas*”; mientras que el tercero lo titularon “*Por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones*”. En todos proponían la creación del tipo penal de *constreñimiento a la maternidad subrogada*, mientras que respecto de la práctica altruista se exigía certificado médico para demostrar “*la incapacidad física o biológica para concebir*”<sup>44</sup>.

---

43 Gaceta del Congreso, N° 1025 de 2017. Págs. 1-5; la ponencia positiva fue presentada por la senadora María Fernanda Cabal Molina, del mismo partido de los proponentes, en ella eliminó la exigencia de la firma de tres médicos para la expedición del certificado de nacido vivo. Publicada en Gaceta del Congreso, N° 1123 de 2017. Págs. 3-8. La solicitud de retiro está disponible en el acta de la sesión del 11.04.2018, disponible en Gaceta del Congreso, N° 216 de 2018. Pág. 5.

44 El primer proyecto fue publicado en Gaceta del Congreso, N° 576 de 2018. Págs. 1-5; la ponencia favorable fue presentada por el senador Santiago Valencia González, uno de los proponentes. En Gaceta del Congreso, N° 1103 de 2018. Págs. 4-9, allí propuso la adición de un artículo en el que se estableciera que todas las decisiones sobre la gestación debían adoptarse de forma conjunta entre los comitentes y la mujer gestante, para precisar que allí donde no hubiere acuerdo se debía decidir haciendo primar el interés del *nasciturus* (p. 8). El segundo proyecto fue publicado en Gaceta del Congreso, N° 789 de 2019. Págs. 10-15; la ponencia favorable sin modificaciones fue presentada por el mismo Santiago Valencia González, en Gaceta del Congreso, N° 1027 de 2019. Págs. 3-8. Para el tercer proyecto también fueron proponentes, además de María del Rosario Guerra De La Espriella y Santiago Valencia González, Juan Fernando Espinal Ramírez y José Jaime Uscátegui Pastrana, en Gaceta del Congreso, N° 933 de 2020. Págs. 15-19. La ponencia favorable fue presentada por la senadora María Fernanda Cabal Molina sin modificaciones. En Gaceta del Congreso, N° 223 de 2021. Págs. 1-2.

#### **4. 2022: HACIA LA LEGITIMACIÓN DE LA MERCANTILIZACIÓN**

Finalmente, en enero de 2023 se presentaron dos proyectos de ley que pretenden regular la práctica mediante su autorización bajo la forma altruista. En ambos proyectos se mantiene la tendencia a regular los aspectos contractuales del acuerdo, con una diferencia sustancial respecto de los anteriores, pues cuentan con un lenguaje que instala la idea de que la práctica de gestación subrogada puede constituir trabajo.

Esta visión la adoptan estos proyectos porque la Corte Constitucional en su Sentencia T-275 del 2022 analiza un caso en el que se solicitaba la licencia de maternidad completa para un hombre que acudió a la práctica de la gestación por subrogación onerosa, en virtud de la cual nació una niña cuyo cuidado debía asumir de forma exclusiva. De esta manera, se ha abierto la puerta a la consideración de la gestación subrogada como un posible trabajo que, por ende, tendría que ser remunerado, con lo cual se incurre en una primera contradicción, pues en ese sentido no podría ser nunca altruista, que es lo que supuestamente pretenden consagrar los dos proyectos. Al margen de la decisión y de las consideraciones, el enfoque adoptado por la sentencia y seguido por los proyectos de ley de 2023 favorece la valoración de la práctica sin un enfoque de derechos humanos y no considera la dignidad humana.

Por su parte, en el caso resuelto por la Corte Constitucional, luego de adelantada la práctica, el sistema de seguridad social reconoció y pagó a la mujer gestante la licencia de maternidad de 18 semanas; mientras que al hombre comitente le reconoció la licencia de paternidad de 15 días. El hombre alegaba que debía reconocerse a él la licencia de maternidad, como ocurre en los casos de muerte de la madre, pues estaba soltero y aducía que esto implicaba que el cuidado de la niña debía ser asumido por personas distintas a él, lo que impedía que pudieran establecer una relación significativa en un momento relevante de desarrollo de la niña.

La Corte centra el análisis en la cuestión de la licencia y concluye que la licencia de maternidad está consagrada para tutelar dos intereses: de una parte, el relativo a la recuperación física de la mujer por el parto; y, de otra, el relativo al cuidado del bebé que nace. Por ello, decide otorgar la licencia de maternidad completa al hombre comitente; mientras que para la mujer gestante ordena el reconocimiento de una licencia de incapacidad de seis semanas, para garantizar su recuperación tras el parto.

De esta manera, la Corte considera que en la gestación subrogada se está ante una situación particular en la que es necesario disociar estos intereses, bajo el entendido de que, según ella, la mujer gestante no es madre. En sus palabras “teniendo en cuenta las particulares circunstancias en las que la menor de edad fue procreada, no existe madre alguna. En el asunto (...) *el accionante alquiló un vientre y, mediante la fecundación in vitro con transferencia embrionaria, procreó a la menor de edad* [...]. En otras palabras, el accionante contrató a una mujer para que prestara su cuerpo con el fin de implantar en su útero embriones resultantes de la fecundación de óvulos de donante anónima con sus espermatozoides. Por tanto, *en tales circunstancias, no existe madre*” (cursivas añadidas).

Con esta interpretación la Corte equivocadamente asume que no hay madre; pese a que es claro que la mujer gestante, aunque no sea la madre genética en los casos en los que no aporta los gametos, es madre biológica. Esta elección, claramente política, demuestra una falta de rigor conceptual evidente, en virtud de la cual se pretende instalar un lenguaje deshumanizante en relación con las mujeres, ya favorecido por la discusión legislativa anterior, legitimando la visión de la gestación subrogada como una forma de explotación reproductiva, lo que se relaciona a su vez con su consideración como un trabajo, discurso que pretende normalizar la disponibilidad de las mujeres para el mercado. Es incomprensible incluso el uso del lenguaje por parte de una Corte Constitucional, pues se afirma que los vientres (de las mujeres) se pueden alquilar y que, gracias a ello, un hombre procrea (solo) a una niña.

Es igualmente incomprensible, aunque en línea con las exigencias del mercado, que se pretenda negar de un plumazo el proceso biológico que tiene lugar con y durante la gestación. Aunque es frecuente que la multimillonaria industria<sup>45</sup> detrás de los mercados reproductivos presente la práctica de la gestación subrogada como un proceso generoso, gracias al cual una mujer permite la realización del sueño de la maternidad, asegurando que existe un derecho subjetivo a convertirse en padres y madres, hay estudios que confirman el impacto en la vida y la salud de las mujeres gestantes y los bebés nacidos mediante esta práctica. En esa misma línea, es también usual que los estudios que propenden por la legalización omitan esos riesgos y presenten sesgos.

Así las cosas, uno de los primeros problemas que surgen tiene que ver con la pretensión de fragmentar el cuerpo de la mujer y desconocer la experimentación de profundos cambios, así como la insustituible contribución que hace a la creación del nuevo ser. De hecho, ya está ampliamente demostrado que el desarrollo del bebé está determinado, además de por la genética, por otros factores que dependen exclusivamente del ambiente uterino, con efectos incluso con posterioridad al parto<sup>46</sup>. De igual manera, es clara la relación

---

45 Según Eleane Proo Méndez “A nivel global, en 2018 se reportó que la industria de la maternidad subrogada obtuvo ganancias por seis mil millones de dólares y se proyectaba para 2025 incrementarse a 27 mil 500 millones de dólares; es decir, un crecimiento anual de 24.5 por ciento, antes de la pandemia”: [https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2021\\_908.html#:~:text=A%20nivel%20global%2C%20en%202018,Proo%20Méndez%2C%20de%20la%20Facultad](https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2021_908.html#:~:text=A%20nivel%20global%2C%20en%202018,Proo%20Méndez%2C%20de%20la%20Facultad)

46 Así, está documentado que la depresión prenatal es un factor de riesgo de prematuridad, bajo peso al nacer y baja talla para la edad gestacional. Por ejemplo, ACCORTT, Eynav Elgavish; HEADLE, Alyssa y SCHETTER, Christine: “Prenatal depression and adverse birth outcomes: an updated systematic review”. En: *Maternal and Child Health Journal*, vol. 19, N° 6, 2015. Págs. 1306-1337. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25452215/>; o SZEGDA, Kathleen; MARKENSON, Glenn; BERTONE-JOHNSON, Elizabeth y CHASAN-TABER J Mate, Lisa: “Depression during pregnancy: a risk factor for adverse neonatal outcomes? A critical review of the literature”. En *Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, vol. 27, N° 9, 2014. Págs. 960-967. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24044422/>; o, OLZA FERNÁNDEZ, Ibone y GAINZA TEJEDOR, Ignacio: “La teoría de la programación fetal y el efecto de la ansiedad materna durante el embarazo en el neurodesarrollo infantil”. En: *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, vol. 24, N° 2, 3 y 4, 2007. Págs. 176–180. Disponible en: <https://aepnya.eu/index.php/revistaaepnya/article/view/98>

entre la mujer gestante y el bebé en términos de modificación del cerebro de la mujer, como consecuencia del embarazo<sup>47</sup> (además de los cambios físicos evidentes), incluido el microquimerismo fetal, en virtud de lo cual las células del bebé atraviesan la placenta y se instalan en el cuerpo de la mujer por décadas<sup>48</sup>. A esto se suman el cúmulo de experiencias emocionales que normalmente ocurren en cualquier embarazo y, en particular, en uno en el contexto de la gestación subrogada<sup>49</sup>.

En particular, en la subrogación existen mayores riesgos de medicalización durante la gestación y el parto, así como de instrumentalización<sup>50</sup>, pues tratándose de prácticas en el contexto de técnicas de reproducción asistida, es mayor la probabilidad de embarazos múltiples, lo que a su vez aumenta de manera significativa algunos riesgos para la salud del bebé y de la madre. De hecho, *“los neonatos nacidos de embriones encargados y gestados por madres de alquiler gestacional presentan un mayor número de resultados perinatales adversos, como parto prematuro, bajo peso al nacer, diabetes gestacional materna, hipertensión y placenta previa, en comparación con los nacidos vivos concebidos espontáneamente y gestados por la misma mujer”*<sup>51</sup>.

---

47 HOEKZEMA, Elseline; BARBA-MÜLLER, Erika; POZZOBON, Cristina et al.: “Pregnancy leads to long-lasting changes in human brain structure”. En: *Nature Neuroscience*, N° 20, 2017. Págs. 287–296. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/nn.4458>

48 En BROESTL, Lauren; RUBIN, Joshua B. y DAHIYA, Sonika: “Fetal microchimerism in human brain tumors”. En: *Brain Pathology*, vol. 28, N° 4, 2018. Págs. 484-494. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5884742/> plantean como posible que queden allí de por vida.

49 Aunque son muy pocos los estudios, sí hay datos que demuestran una afectación. Por ejemplo, AHMARI TEHRAN, Hoda; TASHI, Shohreh; MEHRAN, Nahid et al.: “Emotional experiences in surrogate mothers: A qualitative study”. *Iranian Journal of Reproductive Medicine*, vol. 12, N° 7, 2014. Págs. 471-480. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4126251/>

50 Normalmente los acuerdos de gestación subrogada prevén que la mujer gestante se someta necesariamente a una cesárea, lo que incrementa las posibilidades de complicación y efectos adversos incluso después del parto. Cfr. PETERS, Lilian; THORNTON, Charlene; JONGE, Ank et al.: “The effect of medical and operative birth interventions on child health outcomes in the first 28 days and up to 5 years of age: A linked data population-based cohort study”. En: *Birth*, vol. 45, N° 4, 2018. Págs. 347-357. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29577380/>

51 WOO, Irene; HINDOYAN, Rita; LANDAY, Melanie et al.: “Perinatal outcomes after natural conception versus in vitro fertilization (IVF) in gestational surrogates: a model to evaluate IVF treatment versus maternal effects”. En: *Fertility and Sterility*, vol. 108, N° 6, 2017. Págs. 993-

Por su parte, la separación del recién nacido de la madre biológica comporta una serie de riesgos para la salud de aquel, pues existirá, por ejemplo, una privación de la alimentación mediante leche materna, cuya importancia conduce a la recomendación de extenderla de forma exclusiva hasta los seis meses y de manera complementaria hasta los dos años. Ciertamente, hay casos en los que la lactancia materna no se puede establecer con éxito; sin embargo, en la gestación subrogada se suprime por disposición contractual. Adicionalmente, también resulta claro que existen efectos psicológicos de dicha separación, como el estrés agudo que sufre el bebé que ha sido separado de su madre biológica; y a la que puede identificar por su olor, el ritmo del latido del corazón, el sonido de su voz, por ejemplo, todas cosas insustituibles y que un recién nacido seguramente aprecia y valora mucho más que el patrimonio genético compartido<sup>52</sup>.

Considerando estos aspectos, parece inverosímil la afirmación de que no existe ningún vínculo entre la mujer gestante, como madre biológica, y el bebé, aunque no haya vínculo genético. Estas son solo algunas de las cuestiones que no aparecen consideradas en el debate sobre la regulación. El análisis tendría que ser mucho más amplio, pues como se ve, los problemas no se reducen a la discusión sobre la capacidad de agencia de mujeres pobres. Es ya conocido que detrás de estas prácticas existe una violencia obstétrica institucionalizada y legitimada allí donde es posible adelantar la gestación subrogada de manera legal<sup>53</sup>. Por lo que, es dable considerar que la defensa del altruismo parte de argumentos sesgados que simplemente pretenden legitimar la mercantilización. En cualquier caso, los estudios

---

998. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028217319416>  
52 Cfr. MORGAN, Barak; HORN, Alan y BERGMAN, Nils: "Should Neonates Sleep Alone?". En: *Biological Psychiatry*, vol. 70, N° 9, 2011. Págs. 817-825. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0006322311006391>

53 Cfr. POPP, Anja y SKARLATOS, Theopi: *Selling surrogates: wombs for hire in Georgia*. Unreported World, 2021. Documental disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=H-vCUvUvbXio> y TREJO PULIDO, Ana: *En el nombre del padre. Explotación reproductiva de mujeres y venta de seres humanos en el siglo XXI*, Serendipia, Ciudad Real, 2023.

jurídicos sobre la materia no consideran con seriedad estas problemáticas, de lo cual es ejemplo la propia sentencia de la Corte Constitucional, pero también los últimos dos proyectos de ley que se presentaron.

En efecto, en ambos se busca la autorización de la subrogación. En ambos se adopta un lenguaje deshumanizante tanto de la mujer gestante, como del bebé que nace en virtud de la práctica.

Por ejemplo, el proyecto de ley presentado por el Ministerio de Justicia y el Derecho<sup>54</sup>, en cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional en la sentencia, adopta un lenguaje controversial para referirse a varios aspectos de la práctica. El proyecto se propone regular la “*subrogación uterina para la gestación en Colombia*”, confirmando aquella visión enunciada líneas atrás del cuerpo de la mujer como fragmentable, como si el útero fuera un simple repuesto.

Imposible imaginar que las restricciones a la libertad y a la intimidad se pudieran también imponer solo respecto de la parte que, en criterio del proyecto, se subroga y no de todo el cuerpo y, a su vez, de la mujer misma. En la propuesta, se evita usar las palabras mujer, niño y niña; en su lugar se habla de persona gestante y de producto de la gestación respectivamente. Según la exposición de motivos, este lenguaje se adopta por considerarse más adecuado, sin que haya una explicación de fondo sobre el porqué. Sin embargo, se ofrecen como sustento de la propuesta los distintos instrumentos internacionales de protección de las mujeres y de la niñez.

Este lenguaje determina la primera parte del proyecto, relativo al objeto, definiciones y prohibiciones. También propone una regulación de los elementos de validez y contenido del acuerdo, que tendrá una naturaleza contractual. El proyecto prohíbe la práctica onerosa, pero prevé una compensación de los gastos necesarios, así como del daño emergente y el lucro cesante que se causen en virtud del cumplimiento del acuerdo. Llama la atención esto

---

54 Proyecto 345 de 2023, Gaceta del Congreso, N° 345 de 2023. Pág. 4-27.

último, pues pareciera que se asume que el acuerdo produce daños; y, sin embargo, se propende por su autorización. De igual manera, se incluye la regulación en materia de filiación, para determinar que se establece entre la pareja o la parte comitente y el niño nacido.

En fin, para “resolver” el problema propuesto por la Corte, se incluye una regulación en materia de seguridad social, para establecer que la mujer gestante tendrá derecho a una *“incapacidad médica correspondiente al periodo de recuperación de las condiciones fisiológicas previas a la gestación, es decir el tiempo de puerperio”*; mientras que para la parte comitente se conceden 18 semanas de licencia de maternidad desde el momento del nacimiento. En este proyecto se establece que los gastos del procedimiento estarán a cargo del sistema, salvo que la parte comitente asuma los costos mediante medicina prepagada. Una vez más surge la inquietud sobre por qué tendría que asumir el Estado la financiación de esta práctica, cuando existe el programa nacional de adopciones.

Por su parte, el Proyecto de ley 334 de 2023<sup>55</sup>, se propone regular la subrogación gestacional, creando a su vez dos tipos penales: constreñimiento a la gestación subrogada y constreñimiento e inducción a la gestación subrogada por parte de menores de edad. Los requisitos para ser parte comitente difieren del proyecto del Ministerio, pues en este no se autoriza para personas solteras, se exige un mínimo de ingresos mensuales, acreditación de no haber sido condenado o estar investigado por delitos contra la libertad e integridad sexual, así como acreditar condiciones óptimas de salud física y mental.

Dada la vaguedad del lenguaje empleado en el proyecto, estos requisitos parecieran comportar una exclusión a priori de personas con discapacidades intelectuales o psicosociales y de las personas pobres. En este proyecto se establece una indemnización para la mujer gestante por los *“desgastes físicos y psicológicos”* luego del nacimiento y con un monto mínimo, que podrá

---

55 Gaceta del Congreso, N° 19 de 2023. Pág. 1-6.

aumentar en caso de embarazo múltiple y por valoración de una entidad de salud. En materia de licencias, se establece un descanso remunerado de seis semanas para la mujer gestante.

Estas configuraciones son preocupantes porque se está promoviendo un lenguaje deshumanizante respecto de las mujeres gestantes y respecto de los niños y niñas nacidos mediante gestación subrogada. Este lenguaje parece una clara evasión al problema que presenta la dignidad humana, que exige que ninguna persona sea tratada como medio. Adicionalmente, pareciera querer institucionalizarse un negocio en el que *de facto* hay una venta de niños; pues la entrega está condicionada a la retribución económica, sea que se trate de una compensación, una indemnización o cualquier otra contraprestación.

Esto también desdice el carácter supuestamente altruista, pues incluso en ese escenario se proponen pagos que pueden ocultar una remuneración. Esta cuestión tendría que ser analizada en relación con las problemáticas asociadas a la existencia de verdaderos mercados reproductivos, en los que, sin duda, se enriquece sobre todo a intermediarios. Este panorama refuerza la percepción de esta práctica como una forma de explotación reproductiva de las mujeres, con un enorme riesgo de trata y tráfico de niñas y niños.

De hecho, la Relatoría Especial sobre la Venta y la Explotación Sexual de Niños ha manifestado una posición contraria a la realización de esta práctica, por considerarla contraria a los derechos de la infancia (Informe A/HRC/37/60 presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU). Respecto de la onerosa, dice expresamente que *“la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos”*. Adicionalmente, el informe destaca que, aunque en contextos de desregulación es frecuente la venta de niños y las prácticas abusivas, también en los contextos regulados, los intermediarios *“suelen ser quienes perciben los mayores beneficios y crean mercados y redes nacionales y transnacionales de gestación por sustitución a gran escala”*. Además, *“la tendencia*

*general indica que las madres suelen proceder de países en desarrollo (...) y los aspirantes a progenitor de países desarrollados*”, lo que refuerza la connotación de explotación en la práctica. Por cuanto se pretenda defender la supuesta capacidad de agencia de la mujer gestante, es claro que se trata de una situación atravesada por la desigualdad.

Esto llama la atención sobre la necesidad de analizar con mayor detenimiento la realización de esta práctica y las alternativas de regulación, que no se reducen solo a la criminalización<sup>56</sup>, considerando la posición de los intermediarios y la riqueza que se está produciendo con esta forma de explotación. Normalmente el debate se reduce a alegar el ejercicio de una supuesta libertad por parte de la mujer<sup>57</sup>, así como la necesidad de garantizar el interés superior de los niños nacidos de esta manera.

Sin embargo, en particular respecto de la niñez, una cosa es resolver la situación de incertidumbre de quienes ya nacieron; y otra muy distinta renunciar a debatir sobre la pertinencia o no de imaginar otros sentidos posibles de regulación, como la prohibición. Por ejemplo, poco se debate sobre la cuestión de la identidad de los niños y niñas, incluso en su vida adulta. Aún falta conocer los efectos a largo plazo en la vida de las personas, pues

---

56 A esta tendencia se suma Italia que está discutiendo un proyecto de criminalización de la gestación subrogada como delito universal en el que, nuevamente, la atención está completamente centrada en los adultos involucrados y se deja de lado el interés superior. Para un comentario del proyecto véase ZAMPERINI, Rachele: *Surrogacy: towards a universal criminalization of Italian intended parents*, *European Women's Law and Gender*, Università di Pisa, 2023. Disponible en <https://euwonder.jus.unipi.it/2023/06/09/surrogacy-towards-a-universal-criminalization-of-italian-intended-parents/>

57 En cualquier caso, vale la pena considerar las críticas al modelo neoliberal que defiende la capacidad de agencia de las mujeres para consentir su propia explotación. Cfr. DE MIGUEL, Ana: *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2020; NUSSBAUM, Martha: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Paidós, Bogotá, 2020. Más en relación con la práctica en sí, ver GARCÍA CAPILLA, Diego y CA-YUELA SÁNCHEZ, Salvador: “Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía”. En: *Revista de Filosofía*, vol. 45, N° 1, 2020. Págs. 27-46 y CAIELLI, Mia; PEZZINI, Barbara y SCHILLACI, Angelo (eds): *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere (CIRSDe) Università degli Studi di Torino, Torino, 2019.

los estudios no parecen interesarse por ello. Por ejemplo, no es claro cómo se puede garantizar el derecho a conocer los propios orígenes. De igual manera, esta práctica se ha demostrado como una suerte de fraude a la ley de adopción; pero sin el control respecto de la idoneidad que se exige a las personas que pretenden adoptar<sup>58</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

En Colombia el panorama de la gestación subrogada es de total desregulación, cuestión que favorece la existencia de un mercado sin ningún control de los acuerdos o de la filiación o garantías de derechos de las mujeres gestantes. En el Congreso pareciera existir una resistencia al enfoque prohibicionista, aunque esta ha sido la orientación de la mayoría de los proyectos propuestos. Todos han ignorado de forma sistemática un debate serio sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, sobre la afectación a la dignidad humana y sobre las reales implicaciones para los derechos de la niñez. La discusión se ha centrado en un supuesto derecho a la maternidad y paternidad de los progenitores intencionales, así como en un supuesto empoderamiento de la gestante, quien pudiendo disponer de su cuerpo ejercería su libertad y autonomía.

Sin embargo, quizá en esta práctica más que liberación hay una redistribución de los esfuerzos, generalmente de mujeres ricas en mujeres pobres, con la posibilidad de que se configure un fenómeno de multidiscriminación mediante el cual se acentúen racismo, clasismo, capacitismo, xenofobia, entre otros. De allí que el debate sobre este fenómeno debería considerar la interseccionalidad como herramienta de análisis, especialmente en un país en el que el 42.5% de su población vive en condiciones de pobreza (21.02 millones en pobreza [sobreviven con USD\$83 ca. mensuales] y 7.47

---

58 Hay quien propone la integración del requisito de la capacidad contractual con la consideración de otros requisitos habilitantes, como los que se exigen para adoptar; por ejemplo, idoneidad moral y social de la mujer gestante que permita identificar respeto por el interés superior del niño: PINZÓN MARÍN, Inés: Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre, Universidad del Tolima, Ibagué 2020. Pág. 85.

millones en pobreza extrema [sobreviven con USD\$36 ca. Mensuales])<sup>59</sup>. Justamente esta situación favorece la agregación de vulnerabilidades y la explotación reproductiva, que parece ocurrir con frecuencia en Colombia, cuya desregulación la convierte en destino atractivo para el “*turismo reproductivo*” por sus costos significativamente menores y en los que, sin lugar a dudas, la pobreza constituye un problema de salud pública<sup>60</sup>. A esto se suma la sugerencia que permeó varios proyectos, de sancionar penalmente a la gestante, con lo cual se termina criminalizando la pobreza con un profundo sesgo en relación con las mujeres, tendencia frecuente en los debates sobre otras cuestiones como el aborto o la prostitución.

Convendría discutir sobre la obsesión por la parentalidad genética, así como preguntarse cuándo y cómo se hace impelente; por qué se pospone la maternidad esperando tiempos en los que es más factible que haya problemas de fertilidad; qué favorece el mercado de la reproducción ¿a qué costo y para quién? Esto porque, aunque en la doctrina haya hecho carrera la idea contraria, en Colombia no existe el derecho a ser padres a cualquier costo.

En fin, está la cuestión relativa al lenguaje que se ha instalado en relación con esta práctica. No se trata simplemente de una crítica al estilo retórico, sino que tiene implicaciones reales en la manera como se concibe a las mujeres y a las niñas y niños. La deshumanización comienza cuando se prescinde de la opción de hablar de la persona, del sujeto, para hablar de “productos” o de partes del cuerpo. No de otro modo es posible legitimar la mercantilización. Estas implicaciones prácticas se pueden ver en la evolución presentada; pues en la medida en que se fue cosificando el cuerpo de las mujeres, fue cada vez más fácil concebir la regulación de la explotación.

---

59 Según cifras oficiales de abril de 2021 <https://www.larepublica.co/economia/mas-de-21-millones-de-personas-viven-en-la-pobreza-y-74-millones-en-pobreza-extrema-3161813>

60 Cfr. KINDERMAN, Peter: *A Manifesto for Mental Health: Why We Need a Revolution in Mental Health Care*, Palgrave Macmillan, London, 2019.

Convendría que el derecho analizara con mayor rigor lo que dice la ciencia, sin sesgos, sobre las implicaciones psicológicas y el impacto en la salud y la vida de la mujer gestante y de los bebés nacidos mediante esta práctica y luego separados de ella; pues de lo contrario no es posible comprender la flagrante violación de sus derechos humanos. Este trabajo ha pretendido mostrar solo algunas pocas de las problemáticas, que representan solo la punta del iceberg. Conviene recordar que si es cierto que, como decía Wittgenstein, *mi lenguaje constituye mi mundo*, el lenguaje sobre gestación subrogada busca constituir un mundo en el que algunas personas son consideradas objetos, situación similar a la que subyació al debate, en época colonial, sobre la esclavitud y su legitimación.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN, Fernando: “El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación”. En: *Memorias del Primer seminario franco-andino de derecho y bioética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

ACCORTT, Eynav Elgavish; CHEADLE, Alyssa y SCHETTER, Christine: “Prenatal depression and adverse birth outcomes: an updated systematic review”. En: *Maternal and Child Health Journal*, vol. 19, N° 6, 2015. Doi: 10.1007/s10995-014-1637-2. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25452215/>

AHMARI TEHRAN, Hoda; TASHI, Shohreh; MEHRAN, Nahid et al.: “Emotional experiences in surrogate mothers: A qualitative study”. *Iranian Journal of Reproductive Medicine*, vol. 12, N° 7, 2014. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4126251/>

ASTIZ, María Eugenia: “Fuentes para el estudio de la esclavitud: los boletos de compra-venta de esclavos”. En: *IX Jornadas Argentinas de Estudios de Población*. Asociación de Estudios de Población de la Argentina, Huerta Grande, Córdoba, 2007. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-028/114.pdf>

BEETAR BECHARA, Brajim: “La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente”. En: *Revista Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, N° 2, 2019. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>

BROESTL, Lauren; RUBIN, Joshua B. y DAHIYA, Sonika: “*Fetal microchimerism in human brain tumors*”. En: *Brain Pathology*, vol. 28, N° 4, 2018. Doi:10.1111/bpa.12557. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5884742/>

CAIELLI, Mia; PEZZINI, Barbara y SCHILLACI, Angelo (eds): *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere (CIRSDe) Università degli Studi di Torino, Torino, 2019.

CALDERAI, Valentina: “Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism”. En: *Global Jurist*, vol. 20, N° 3, 2020.

CALDERAI, Valentina: “La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata”. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, N° 5, 2020.

CALDERAI, Valentina: “Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale”. En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, N° 7-8, 2017.

CÁRDENAS GÓMEZ, Olga Carolina; ARIAS ESCOBAR, Juliana y MENDIETA MONTOYA, Mariana: “El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32, Nº 2, 2019.

CARREÑO LÓPEZ, Diana; PEDRAZA LIZARAZO, Rolando Javier y QUIROGA FLÓREZ, Sergio Daniel: “Posturas sobre alquiler de vientre en Colombia y en el mundo”. En: *Visión*, Nº 5, 2017.

DE MIGUEL, Ana: *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2020.

HOEKZEMA, Elseline; BARBA-MÜLLER, Erika; POZZOBON, Cristina et al.: “Pregnancy leads to long-lasting changes in human brain structure”. En: *Nature Neuroscience*, Nº 20, 2017. Págs. 287–296. Doi: <https://doi.org/10.1038/nn.4458>. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/nn.4458>

GARCÍA CAPILLA, Diego y CAYUELA SÁNCHEZ, Salvador: “Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía”. En: *Revista de Filosofía*, vol. 45, Nº 1, 2020.

GARCÍA DEL RÍO, María Stella: *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Ibáñez, Bogotá, 2014.

GÓMEZ CHIQUIZA, María Eugenia; RUEDA, Natalia; GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen; OSPINA, Mario Andrés; SANTAMARÍA, Enrique y USECHE MENESES, Margarita: “3. Derecho de Familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia”. En: CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto; FORTICH, Silvana; RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio y RUEDA, Natalia (coords.): *Concepto: observaciones críticas sobre el proyecto de*

*Código civil presentado por la Universidad Nacional*, Observatorio sobre vigencia y reforma del código civil colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2020. Págs. 60, 63-64, 181 y 206. Disponible en <https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-u-nacional/>

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen: “Maternidad por encargo”. En: GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen; CORTÉS MONCAYO, Edgar y NAVIA ARROYO, Felipe (eds.): *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014.

JARUFE CONTRERAS, Daniela: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español. Adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2013.

LOBO GARRIDO, Gustavo Andrés, “Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia”. En: *Summa Iuris*, vol. 7, N° 1, 2019. Doi: <https://doi.org/10.21501/23394536.3276>

MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo: “El arrendamiento de vientre en Colombia”, *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 2, N° 3. Págs. 68-86.

MARTÍNEZ-MUÑOZ, Karol y RODRÍGUEZ-YONG, Camilo: “La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica”. En: *Revista Jurídica*, vol. 18, N° 1. Pág. 85. Doi: <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>

MORGAN, Barak; HORN, Alan y BERGMAN, Nils: “Should Neonates Sleep Alone?”. En: *Biological Psychiatry*, vol. 70, N° 9, 2011. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.biopsych.2011.06.018>. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0006322311006391>

NUSSBAUM, Martha: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Paidós, Bogotá, 2020.

OLZA FERNÁNDEZ, Ibone y GAINZA TEJEDOR, Ignacio: “La teoría de la programación fetal y el efecto de la ansiedad materna durante el embarazo en el neurodesarrollo infantil”. En: *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, vol. 24, N° 2, 3 y 4, 2007. Disponible en: <https://aepnya.eu/index.php/revista-aepnya/article/view/98>

PETERS, Lilian; THORNTON, Charlene; JONGE, Ank et al.: “The effect of medical and operative birth interventions on child health outcomes in the first 28 days and up to 5 years of age: A linked data population-based cohort study”. En: *Birth*, vol. 45, N° 4, 2018. Doi: 10.1111/birt.12348. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29577380/>

PINZÓN MARÍN, Inés: *Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre*, Universidad del Tolima, Ibagué 2020.

PINZÓN MARÍN, Inés; RUEDA BARRERA, Eduardo y MEJÍA PATIÑO, Omar: “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 43, 2015.

POPP, Anja y SKARLATOS, Theopi: *Selling surrogates: wombs for hire in Georgia*. Unreported World, 2021. Documental disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=HvCUvUvbXio>.

ROMERO RUBIO, Carlos Andrés: “Maternidad subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el juez para adoptar su decisión?”. En: *IUSTA*, Universidad Santo Tomás, N° 50, 2019.

RUEDA, Natalia: “La gestación por subrogación en Colombia”. En: ESPEJO YAKSIC, Nicolás; FENTON-GLYNN, Claire; LATHROP GÓMEZ, Fabiola y SCHERPE, Jens (eds.): *La gestación por subrogación en América Latina*, Centro de estudios constitucionales y Cambridge Family Law, México, 2022.

SMAJDOR, Anna: “Whole body gestational donation”. En: *Theoretical Medicine and Bioethics*, N° 44, 2023.

SZEGDA, Kathleen; MARKENSON, Glenn; BERTONE-JOHNSON, Elizabeth y CHASAN-TABER J Mate, Lisa: “Depression during pregnancy: a risk factor for adverse neonatal outcomes? A critical review of the literature”. En: *Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, vol. 27, N° 9, 2014. Doi: 10.3109/14767058.2013.845157. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24044422/>

TREJO PULIDO, Ana: *En el nombre del padre. Explotación reproductiva de mujeres y venta de seres humanos en el siglo XXI*, Serendipia, Ciudad Real, 2023.

WOO, Irene; HINDOYAN, Rita; LANDAY, Melanie et al.: “Perinatal outcomes after natural conception versus in vitro fertilization (IVF) in gestational surrogates: a model to evaluate IVF treatment versus maternal effects”. En: *Fertility and Sterility*, vol. 108, N° 6, 2017. Págs. 993-998. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028217319416>

ZAMPERINI, Rachele: *Surrogacy: towards a universal criminalization of Italian intended parents*, European Women’s Law and Gender, Università di Pisa, 2023. Disponible en <https://euwonder.jus.unipi.it/2023/06/09/surrogacy-towards-a-universal-criminalization-of-italian-intended-parents/>



## LA PERSECUCIÓN PENAL SOMETIDA A LA DECISIÓN DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS: ¿ZONA DE PELIGRO POPULISTA?¹

CRIMINAL PERSECUTION SUBJECTED TO THE DECISION OF THE INTERNAL REVENUE SERVICE: POPULIST DANGER ZONE?

Juan Sebastián Vera Sánchez\*

María Pilar Navarro Schiappacasse\*\*

Araceli Belén González Soza\*\*\*

Karen Verónica Villegas Hidalgo\*\*\*\*

### Resumen

Este trabajo pretende mostrar que hay un buen número de argumentos para sostener que la persecución penal de los delitos tributarios sancionadas con pena privativa de libertad para cuyo inicio se exige denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos —o del Consejo de Defensa del Estado a su requerimiento—, genera una zona de riesgo de acciones populistas antidemocráticas.

---

¹ Artículo recibido el 11 de noviembre de 2022 y aceptado el 02 de marzo de 2023.

\* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona, Profesor Asistente de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santa María 076, Santiago, Chile. [jsvera@derecho.uchile.cl](mailto:jsvera@derecho.uchile.cl). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9578-8213>.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona, Profesora Asistente de Derecho Tributario, Académica del Instituto de Ciencias Sociales, Av. Libertador Bernardo O'Higgins 611, Rancagua, Chile, Universidad de O'Higgins. [mariapilar.navarro@uoh.cl](mailto:mariapilar.navarro@uoh.cl) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7750-7617>.

\*\*\* Egresada de Derecho, Universidad de Chile. [araceli.gonzalez@derecho.uchile.cl](mailto:araceli.gonzalez@derecho.uchile.cl) ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9002-8027>.

\*\*\*\* Egresada de Derecho, Universidad de Chile. [karen.villegas@derecho.uchile.cl](mailto:karen.villegas@derecho.uchile.cl) ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8730-0253>.

## Palabras clave

Populismo; Delitos tributarios; Servicio Nacional de Impuestos Internos.

## Abstract

This work aims to show that there are a good number of arguments to sustain that the criminal prosecution of tax offenses punishable with prison sentences –and the necessity for criminal prosecution to be just initiated by complaint or plaint of Internal Revenue Service or State Defense Council– generates a risk zone for antidemocratic populist actions.

## Keywords

Populism; Tax offenses; National Tax Service.

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir del Código Procesal Penal de 2000 (en adelante CPP), la persecución penal de los delitos de acción penal pública corresponde en exclusiva al Ministerio Público. Ello exigió una modificación importante en la materia en la Constitución Política (en adelante CPR), consignándose expresamente que el Ministerio Público, como órgano autónomo, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en nombre de la sociedad<sup>2</sup>. Con ello se proporciona un cierto “blindaje” constitucional a uno de los rasgos fundamentales de la persecución penal y de los sistemas procesales penales de corte acusatorio.

En el ejercicio de dicha función el órgano persecutor debe regirse por el principio de legalidad de la persecución penal. Ello implica la obligatoriedad de iniciar y sostener la acusación en relación con toda *notitia criminis* de la que se tome conocimiento por los canales institucionales, a menos que la

---

2 Artículo 83 de la CPR y artículo 53 del CPP.

ley autorice su cese o abandono<sup>3</sup>. La vigencia y aplicación del principio de legalidad en la persecución penal no solo es una decisión técnica en relación con el diseño de la persecución penal, sino que también coadyuva y favorece el derecho de igualdad ante la ley como un presupuesto básico de la vigencia y aplicación de las normas penales. Es decir, el sistema de persecución penal se activa frente a la ejecución de conductas que constituyan una puesta en peligro o afectación de bienes jurídico penalmente protegidos, con completa independencia de la pertenencia del imputado a un grupo social –por ejemplo– que pueda ser considerada para generar alguna condición de privilegio en relación con el reproche penal de su conducta. Ni menos es aceptable que en ello pueda incidir de alguna forma el Poder Ejecutivo, por impedirlo la autonomía del órgano persecutor penal y la igual consideración de todas las personas frente a la persecución penal, con independencia de razones motivadas en el sexo, raza, religión, origen o pertenencia socioeconómica.

Esta forma de concebir el principio de legalidad penal, en su vertiente sustantiva y adjetiva, configura una vía de cautela de la división de poderes y de la estricta sumisión del Poder Ejecutivo a la legalidad penal vigente. También esta configuración de la persecución penal puede ser vista como una forma de protección contra los populismos excluyentes, para que no sea posible manipular el ejercicio del *ius puniendi* ni la persecución penal con la finalidad de favorecer los intereses de los grupos específico. Lamentablemente, la materialización de dichas ventajas en favor de ciertos grupos puede ser producto de acciones de corrupción o estar relacionadas con ellas.

Sin perjuicio de todo lo anterior, nuestro sistema normativo supedita la persecución de algunos delitos tributarios a la autorización que preste al respecto el Director del Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII o Servicio). Otro tanto sucede en diversos ámbitos sectoriales como el Servicio Electoral respecto de algunos delitos electorales, la Fiscalía Nacional

---

3 De acuerdo a disposiciones del Código Procesal Penal, el Ministerio Público podrá decidir no continuar con la persecución penal en los casos estipulados en los artículos 167, 168 y 169 CPP, vale decir, cuando se trate de archivo provisional, de la facultad de no iniciar investigación o del control judicial, respectivamente.

Económica respecto de algunos delitos contra el orden público económico y otros. En estos casos, la aludida riqueza de la vigencia del principio de legalidad penal y de la persecución penal se diluye, en cuanto la suerte de los actos de persecución institucional dependerán de la autorización que dé un órgano que carece de autonomía constitucional y que se vincula estrechamente con el Poder Ejecutivo al formar parte de la Administración del Estado encabezada por el Presidente de la República. Si se ve desde otra perspectiva, la garantía jurisdiccional de la ley penal se ve condicionada a la decisión del jefe de un servicio descentralizado perteneciente a la Administración del Estado –dependiente del Poder Ejecutivo– en ciertos delitos de acción penal pública, pese a que las atribuciones generales de persecución penal recaen en nuestro sistema normativo en el Ministerio Público, con su respectiva autonomía y blindaje constitucional.

Si bien la discusión referida ha sido sometida en algunos casos al control de constitucionalidad por vía del recurso de inaplicabilidad, la cuestión adquiere otra tonalidad si se le analiza desde la perspectiva de la identificación de una zona de peligro o de riesgo de acciones populistas que atenten contra la democracia. Es decir, no se trata solo de identificar quién debe llevar o no la persecución penal en estos casos adelante según el modelo constitucional, sino de detectar consecuencias de esta especial situación en la “buena” salud del juego político de una democracia que cristaliza en una específica forma de organización: un Estado democrático y de derecho. En efecto, desde dicha perspectiva, ciertas atribuciones “penales” de la Administración puedan ser utilizadas para favorecer a ciertos grupos de élite<sup>4</sup>, que presentan ventajas sociales sobre otros o que constituyan una facción sobrerrepresentada de la sociedad. Y todo ello en el contexto de la vigencia del derecho de igualdad que detentan los ciudadanos respecto del trato recibido por el Estado.

---

4 Si bien en virtud del artículo 162 del Código Tributario al Director del SII se otorga la opción de recurrir a los Tribunales Tributarios y Aduaneros, evitando el juicio penal –que puede tomar más tiempo– y posibilitando llegar a acuerdos con el contribuyente, en lo sucesivo de la investigación se hará hincapié en casos de mayor connotación que pueden ser capturados por ciertos grupos de élite para evitar una investigación idónea.

De otro lado, especialmente en lo referido a los delitos tributarios, estos forman parte de la denominada “criminalidad económica”<sup>5</sup>. El delito tributario está íntimamente vinculado a la correcta y oportuna determinación de la obligación tributaria por parte del contribuyente. El sistema tributario— de cierta manera— asume dos ámbitos de actuación distintos del SII: en primer lugar, debe realizar una fiscalización tributaria, en la que analiza si el contribuyente cumplió correcta y oportunamente con sus obligaciones tributarias y, si no lo hizo, se dictará el acto administrativo terminal correspondiente, impugnabile según el procedimiento general de reclamaciones. Y, en segundo lugar, el Servicio debe recopilar los antecedentes —antes llamada fase de investigación<sup>6</sup>—, que busca identificar si el contribuyente en su incumplimiento, además, incurrió en la comisión de un delito<sup>7</sup> e instar el ejercicio de la acción penal<sup>8</sup>.

Como se ve y ya constituye un lugar común afirmarlo, la labor del Servicio se relaciona con incumplimientos tributarios que pueden generar una menor recaudación del Estado y, con ello, impactar en la disponibilidad de recursos para asegurar derechos sociales a grupos especialmente vulnerables. De ahí la importancia de reflexionar sobre los aspectos que se tratarán en el texto.

---

5 De acuerdo a MONTECINOS, Jorge: “El delito tributario ante la reforma procesal penal”. En: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 210, 2001, pp. 300-302, el SII, en su función fiscalizadora, no solo se ocupa de determinar el incumplimiento de obligaciones tributarias, sino también de pesquisar los hechos que constituyan una infracción tributaria propiamente tal. Sin embargo, es del caso aclarar que no toda infracción tributaria es delito tributario, cuya diferencia recae en la sanción y en el dolo que particularmente se exige respecto de estos últimos. Como se verá, esta investigación estará centrada en los delitos tributarios de mayor connotación social.

6 Para VAN WEEZEL, Alex: *Delitos Tributarios*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 157, la recopilación de antecedentes, en atención a las facultades que le confiere al SII, podría ser considerada como una “verdadera ‘etapa del procedimiento’ penal”.

7 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° letra g) del D.F.L. N° 7, del Ministerio de Hacienda, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, es facultad del Director “g) Decidir si ejercerá la acción penal por las infracciones sancionadas con multa y pena corporal, y, de resolver ejercerla, determinar si formulará denuncia o interpondrá querrela, por sí o por mandatario, o, de estimarlo necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado”.

8 Para VAN WEEZEL, Alex: *Delitos Tributarios*, op. cit., p. 167, el artículo 162 inciso 5° del Código Tributario de alguna manera exige que si se persigue penalmente al contribuyente, se tramite además un procedimiento para determinar los impuestos adeudados.

El presente trabajo buscará poner en diálogo la exclusividad de ciertas atribuciones persecutoras penales de la Administración con el acervo conceptual de populismo democrático desarrollado por las disciplinas que estudian el Derecho político. En especial, se sostendrá que la facultad que el ordenamiento jurídico otorga al SII constituye una zona de peligro populista en relación con la persecución de delitos tributarios. Ello, considerando especialmente la anuencia que ha de otorgar dicho organismo público para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal. Por su parte, estas acciones serán resultado de acciones de corrupción o estarán íntimamente relacionadas.

## **2. UNA MIRADA EXPLORATORIA SOBRE EL POPULISMO**

Si bien la democracia se erige como el sistema político más idóneo, su desenvolvimiento se ha visto truncado, por un lado, por una serie de fenómenos como la corrupción política y la desigualdad social que ha derivado en una falta de apoyo hacia las instituciones democráticas y, por otro, por diversas modalidades de sistemas políticos, como el autoritarismo. Asimismo, el cuestionamiento de la democracia representativa articulada sobre una base prevalente de partidos políticos ha abonado el campo para la expresión de acciones populista.

En nuestro continente, el conservadurismo fue forjando una sólida propuesta constitucional que fue franqueando los siglos venideros, haciéndose de ella el populismo mediante la utilización de ideas conservadoras para su desarrollo, principalmente, a través de la concentración de la autoridad en el Poder Ejecutivo por mandatos prolongados, por la posibilidad de reelección y por el otorgamiento de facultades extraordinarias. Entre 1980 y 1990, la carencia de bases sociales necesarias para forjar una democracia fuerte permitió el surgimiento de líderes populistas que perseguían políticas extremas para contar con grandes apoyos populares. Así, desde el año 2000, las crisis y la descomposición de las élites se hicieron presentes, sobre todo, en países como Venezuela, Bolivia y Ecuador que se ocuparon de redactar

nuevas constituciones con la supuesta intención de reducir los poderes del Presidente, pero que, finalmente, se apartaron de dicho objeto, incumpliendo sus promesas iniciales<sup>9</sup>, cuestión que se ha continuado manifestando en tiempos actuales, ya sea por el triunfo de Donald Trump en Estados Unidos o ya sea por Jair Bolsonaro en Brasil en los mismos términos.

Así visto el populismo hace peligrar la democracia: en un principio parece ser una forma democrática que utiliza a las masas, pero fácilmente puede convertirse en un sistema autoritario<sup>10</sup> que no se limita a un sector político en particular, sino que trasciende tanto a la derecha como a la izquierda. A pesar de ser un concepto complejo de definir, sí da cuenta de una modalidad política que, según Pierre Rosanvallon, se basa en tres elementos: directa, pues prescinde de la mediación de las instituciones y opta por una relación directa entre el líder y el pueblo; polarizada, al concebir una dicotomía entre “amigo” y “enemigo”<sup>11</sup>; e inmediata, al utilizar un discurso simplista de la realidad que raya en lo utópico y que busca soluciones rápidas sin considerar las consecuencias futuras.

---

9 ALEMPARTE, Benjamín: “El populismo contra la democracia constitucional”. En: *Revista de Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°19, 2012, pp. 234-238.

10 Por ejemplo, en Venezuela, el 2004 el Tribunal Supremo de Justicia notificó la suficiencia de firmas para convocar a un referéndum con el objeto de decidir sobre la destitución de Hugo Chávez, ante lo cual, el citado Presidente se otorgó la facultad para suspender a los jueces opositores y reemplazarlos por otros, lo que concretó la destrucción del Poder Judicial, siempre bajo un discurso apelativo al pueblo y sus necesidades. Por ello, es que el populismo utiliza instituciones democráticas para volverlas a su favor. FISHER, Taub: “El ejemplo de Venezuela: cómo el populismo deriva en autoritarismo”. En: *The New York Times*, 2017. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/04/04/espanol/el-ejemplo-de-venezuela-como-el-populismo-deriva-en-autoritarismo.html>.

11 Véase, ROSANVALLON, Pierre: *El siglo del populismo*. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2020, pp. 16 y ss. Durante las campañas presidenciales de Estados Unidos de 2016, el populismo que trajo consigo la figura de Donald Trump quedó de manifiesto en sus discursos al enfatizar en un “otro” que era causa de los conflictos que vivían los estadounidenses, señalando generalmente al “otro” como los migrantes, lo cual fue generando una cohesión social que concluyó en su triunfo al apelar a los sentimientos de las masas y hacerlos partícipe de su discurso: “nuestra policía”, “nuestras calles”, “nuestro país”. BARBERÁ, Rafael & MARTÍN DEL FRESNO, Félix: “Una aproximación al populismo en la figura de Donald Trump”. En: *VivatAcademia, Revista de Comunicación*, Madrid, N°146, 2019.

De este modo, el líder populista se vuelve el único representante del pueblo, lo que claramente refleja un tinte de autoritarismo al bloquear el paso a la pluralidad política y crear una realidad dicotómica, donde todo aquel que piensa distinto es considerado como “enemigo”. Dada esta situación, el populismo se funda en la *restauración* de los “verdaderos valores de la democracia” y en eliminar el servicio que esta presta a la élite, no solo a través de su destitución del poder, sino que reestructurando la democracia para colocar al pueblo en el centro del poder. Sin embargo, se exalta su voluntad como una entidad social homogénea y de voluntad unánime, a diferencia de los regímenes democráticos que, reconociendo las legítimas diferencias, conciben al pueblo como una entidad social heterogénea donde es posible llegar a acuerdos.

De ello se sigue que, en realidad, el populismo no busca restablecer la democracia, sino que más bien busca concentrar el poder en el Ejecutivo, incluso muchas veces traspasando o modificando los límites constitucionales o legales para asegurar permanencia en el poder. De hecho, aun cuando el populismo se ha caracterizado por un carácter antielitista, la realidad ha demostrado que pueden surgir nuevas élites que se convierten en hegemónicas, siendo grupos vinculados a populistas que reemplazan a las viejas élites para mantener la estabilidad y la supervivencia del nuevo régimen para contar con un grupo de respaldo<sup>12</sup>.

Debido a la impetuosa necesidad de proteger los intereses del líder populista o de las élites emergentes, se secuestra el aparato estatal al suprimir o modificar las instituciones con el objeto de evitar un contrapeso. Sin embargo, esta injerencia tiene una doble cara: la relación entre populismo e instituciones puede dar paso a trabas democráticas como la corrupción. Y esta, en su versión penal, puede llegar a afectar el funcionamiento de las instituciones encargadas de las persecuciones oficiales.

---

12 BULL, Benedicte & SÁNCHEZ, Francisco: “Élites y populistas: los casos de Venezuela y Ecuador”. En: *Iberoamericana - Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, 49(1), p. 97.

La corrupción, entendida como una infracción a un deber de actuación de un funcionario público con el fin de obtener un beneficio ilícito para sí o para un tercero priorizando otros intereses por sobre el interés general<sup>13</sup>, permite la aparición de intentos demagógicos y autocráticos de controlar el poder. Junto con ello, la democracia queda totalmente desvirtuada y comienza a perder su razón de ser, ya que la ciudadanía pierde confianza y deja de apreciar sus beneficios. Como afirma Ossandón, la corrupción tiene la “virtualidad para minar gradualmente los pilares sobre los que se construye el sistema político que nos rige, en cuanto la corrupción constituye, precisamente, una desviación de aquél”<sup>14</sup>. Por lo tanto, se disipa el significado e importancia del principio de igualdad ante la ley, generando una profunda desconfianza en las autoridades e instituciones<sup>15</sup>. Así, tanto la corrupción como el populismo pueden corroer y presentar una influencia en la estructura del sistema de persecución penal. Especialmente cuando se trata de ámbitos sectoriales en cuyas acciones se ven involucrados ciudadanos con una cierta educación formal, como pueden ser “los delitos de cuello y corbata” donde, en un sentido amplio, podemos situar la criminalidad tributaria. La complejidad y especialidad de este tipo de delitos –que pueden impactar en la recaudación fiscal– genera un cierto efecto de “naturalización” de estructuras persecutorias penales dúctiles o especiales, si se les compara con el régimen general. Este diseño, que aparentemente se basa en consideraciones técnico-financieras, puede constituir una zona de riesgo de acciones populistas cuando se usa en favor de ciertas personas, grupo de personas o élites, directas o indirectamente vinculadas al poder político. De ahí que, bajo el prisma del populismo antidemocrático, se haga necesario y útil revisar las estructuras institucionales de la persecución penal sectorial de los delitos tributarios, de forma de evitar que ellas terminen por realizar el riesgo denunciado.

---

13 ARTAZA, Osvaldo: “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”. En: *Delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 30, 39 y ss.

14 OSSANDÓN, María Magdalena: “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N°10, 2003, p. 161.

15 ASTUDILLO Jorge: “La corrupción política un riesgo para la democracia”, *Diario Constitucional*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-corrupcion-politica-un-riesgo-para-la-democracia/>.

### 3. LA ACCIÓN PENAL SOBRE DELITOS TRIBUTARIOS CONDICIONADA A LA ANUENCIA DEL SII

#### 3.1. Facultad de persecución penal del SII

Si bien el Ministerio Público es competente en forma exclusiva para dirigir la investigación y perseguir los delitos de acción penal pública, es posible encontrar casos con habilitación legal expresa en los cuales se supedita la persecución penal de determinados delitos a la anuencia o actuaciones penales de ciertos entes u organismos públicos. Ello se ha justificado, entre otras razones, en argumentos técnicos<sup>16</sup>. Con la instalación de la reforma procesal penal, el sistema de persecución penal toleró la habilitación expresa y excepcional en el caso del SII<sup>17</sup>. Sin embargo, sucesivas modificaciones a normas sectoriales específicas han ampliado el catálogo de órganos públicos que deben prestar esta autorización penal: el Servicio Electoral, en materia de gastos electorales; la Fiscalía Nacional Económica, en materia de atentados en contra de la libre competencia; y la Superintendencia del Medio Ambiente, a propósito del proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional y que tipifica delitos en materia medio ambiental.

El sistema tributario chileno establece dos niveles de sanción de comportamientos que el legislador considera que no son aceptables. En este contexto, se contemplan sanciones administrativas que son impuestas, como regla

---

16 NÚÑEZ, Raúl & SILVA, Manuel: “La acción penal regulada en el artículo 162 del Código Tributario”. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 51, 2018, p. 154.

17 En concordancia con cierta experiencia comparada y con lo señalado en el artículo 174 del Centro de Administraciones Tributarias (CIAT) que prescribe que “[l]as acciones penales por delitos tributarios ante la justicia ordinaria serán iniciadas por querrela o denuncia del titular de la Administración tributaria, el cual podrá actuar por sí o por medio de mandatarios, y podrá ser ejercida sin más trámite que la constatación fundada de que se ha cometido un delito tributario”. VILA BALTRA, Martín: “Titularidad de la acción penal en los delitos tributarios”. En: *Anuario de Derecho Tributario*, N° 7, 2015, pp. 62 y ss. Véase también GÁLVEZ, Carolina, GIRAUDO, Catalina & GÓMEZ, Francisca: “El ejercicio de la acción penal por delitos tributarios en los países miembros de la OCDE”. En: *Anuario de Derecho Tributario*, N° 9, 2017, pp. 37 y ss.

general, por el Director Regional del SII<sup>18</sup>, pudiendo el contribuyente reclamar del denunciado cursado ante el Tribunal Tributario y Aduanero, conforme al procedimiento especial para la aplicación de ciertas multas, regulado en el artículo 165 del Código Tributario. Sin embargo, respecto de conductas que el legislador considera más graves, se abandona el ámbito del Derecho administrativo sancionador y se tipifican estas conductas como delito, caso en el cual la condena es determinada por un tribunal con competencia penal.

El sistema de persecución penal tributaria presenta dos características distintivas que hacen excepción a las reglas generales: la investigación de los hechos constitutivos de delito tributario, por regla general, solo puede ser iniciada por el Director del Servicio de Impuestos Internos, toda vez que de conformidad con el artículo 162 inciso 1° del Código Tributario, esta solo se iniciará a requerimiento de dicha Administración Tributaria, a través de la presentación de la correspondiente denuncia o querrela. Existen dos excepciones a esta regla: (i) respecto del delito tributario del artículo 97 N° 4 inciso 3° del Código Tributario como delito base del lavado de activos<sup>19</sup> y (ii) respecto de los delitos contemplados en el artículo 97 N° 8 y 9 del CT, pues la Ley N° 21.426 amplió los sujetos que pueden instar a dicha persecución<sup>20</sup>. Ahora bien, la querrela también puede ser presentada

---

18 La excepción a esta materia la encontramos en la sanción establecida en el artículo 100 bis del Código Tributario que sanciona al asesor que haya diseñado o planificados actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4° ter, 4° quáter, 4° quinquies y 160 bis del Código del ramo. En este supuesto, la sanción es determinada por un tribunal con competencia tributaria, luego de sustanciado el procedimiento de declaración judicial de la existencia de abuso o simulación y de determinación de la responsabilidad respectiva, regulado en el citado artículo 160 bis, pero será girada por el Servicio de Impuestos Internos, según indica el inciso final del artículo 4° quinquies del Código.

19 MAYER, Laura & NAVARRO, María Pilar: "Criminal compliance y defensa en el proceso penal: una aproximación a la luz de la Ley N° 20.393". En: TOSO MILOS, Ángela, MAYER LUX, Laura & CORDERO QUINZACARA, Eduardo: *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 284-285.

20 De todos modos, se debe indicar que esto podría cambiar si se aprueba el proyecto de ley tramitado en el Boletín N° 13.205-07, que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Congreso, y que incluye un artículo 162 bis al Código Tributario, en virtud del se prescinde de la querrela o denuncia del Servicio "en aquellos casos en que el Ministerio Público investigando delitos comunes tome conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delitos tributarios en que la cuantía del impuesto exceda de 30 unidades tributarias anuales y afecten gravemente

por el Consejo de Defensa del Estado, pero a requerimiento del Director del Servicio de Impuestos Internos. Nuestros comentarios se situarán tomando como referencia la que hemos denominado “regla general” de persecución penal del Servicio. De otro lado, nos referiremos a la “actuación penal” del Servicio, para incluir en ella los casos en que el organismo público se querrela o denuncia directamente o requiere la intervención del Consejo de Defensa del Estado, y ello es imprescindible para el éxito de la persecución penal de conformidad con el artículo 162 inciso primero del Código Tributario.

De lo anteriormente señalado se sigue que en los casos que constituyen la regla general, si el fiscalizador tributario no realiza actuación penal alguna, el Ministerio Público estará impedido de iniciar la persecución penal<sup>21</sup>. Si bien es cierto el Director ya contaba con esta facultad —que detenta desde el año 1960<sup>22</sup>—, la Ley N° 19.806, que establece las normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, en su artículo 43 reemplaza el contenido del artículo 162 del Código Tributario, permaneciendo inalterado hasta esta fecha su inciso 1° que establece la forma en que se iniciarán las investigaciones de los hechos que revistan el carácter de delito tributario<sup>23</sup>.

---

el patrimonio fiscal”, y respecto de delitos realizados por personas jurídicas con la intervención de una persona natural “que ocupare un cargo, función o posición en ella, o le prestare servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, siempre que la perpetración del hecho se hubiere visto favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva por parte de la persona jurídica, de un modelo adecuado de prevención de tales delitos”.

21 Con todo, según lo señalado por el Ministerio Público, “nada obsta a que los fiscales puedan ejercer en plenitud, de conformidad con las reglas generales, sus facultades para la investigación de otros delitos, diversos a los ilícitos de carácter tributario de acuerdo con los antecedentes que pudieren surgir a partir de esos mismos hechos”, ya que en ningún caso la atribución que actualmente posee el SII, afecta la investigación y sanción de otros hechos ilícitos que confieren acción penal pública, como lo es el delito de cohecho. Fiscalía Nacional, Oficio N° 487/2016.

22 Para una revisión con perspectiva histórica de esta atribución, véase PLAZA, Ignacio: *Delitos tributarios. La facultad del Servicio de Impuestos Internos para ejercer la acción penal*. Editorial Hammurabi, Santiago, 2020, pp. 19 y ss.

23 Para el Servicio la citada ley “reafirmó la circunstancia de que el titular exclusivo de la acción penal tributaria es el Director del SII, ello en concordancia con las experiencias legislativas comparadas y las normas del Código Tributario para América Latina elaborado por el Centro de Administraciones Tributarias (CIAT), organismo del que Chile es parte y que contempla disposiciones similares”. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (SUBDIRECCIÓN JU-

En este contexto, si bien el Director del Servicio tiene facultad para determinar que se inicie la investigación de un hecho que reviste el carácter de delito, pareciera que no está facultado para limitar el círculo de sujetos o legitimados pasivos de la investigación penal. Si bien la jurisprudencia ha reconocido la suspensión del cómputo de la prescripción de la acción penal respecto de personas que aparecen individualizadas en la querrela<sup>24</sup>, tal razonamiento no podría extenderse analógicamente, como ha ocurrido en la práctica, al punto de señalar que el Ministerio Público solo puede investigar la participación punible de las personas expresamente señaladas por el SII, excluyendo la de aquellos que no se individualizan precisa y concretamente a una persona como imputado. En estos casos podría ocurrir que la propia querrela o denuncia indique que la investigación se dirija en contra de todas aquellas personas que resulten responsables de los mismos hechos<sup>25</sup>, como ha ocurrido en un sinnúmero de actuaciones penales presentadas por el SII, supuesto en el que no podría justificar la limitación del círculo de investigados. Pero incluso si se omite tal expresión en la denuncia o querrela, como sucedió con el Director Fernando Barraza, de todos modos podría sostenerse que el Ministerio Público podría investigar, pues el requisito de procesabilidad dice relación con el hecho punible, mas no con la participación en él. Lo anterior muestra la poca “fluidez” normativa de un sistema de persecución penal donde la actuación del Ministerio Público esté condicionada la actuación penal de Servicio.

No es esta, sin embargo, la única particularidad que presenta el sistema de persecución de hechos ilícitos (desde una perspectiva sancionadora), ya que el Servicio no solo puede determinar si se inicia la persecución penal de un hecho que reviste el carácter de punible, sino que además puede cambiar

---

RÍDICA): *Informe Jurídico: Ejercicio de la Acción Penal por Delitos Tributarios*. Santiago, mayo de 2017. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=102731&prmTIP-O=DOCUMENTOCOMISION>, p. 5.

24 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de diciembre de 2017, Rol N° 4.041-2017, considerandos 10° y siguientes.

25 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de junio de 2016, Rol N° 1.674-2016, considerando 6°.

la sede en la cual se discute la comisión del hecho y la participación que en este le cabe a una determinada persona en los casos en que el delito tributario sea sancionado con multa y pena privativa de libertad<sup>26</sup>.

### 3.2. Un límite desvanecido: la vía de la inconstitucionalidad

En la actualidad, hay voces que señalan la necesidad de eliminar la facultad de actuación penal que detenta el Director del Servicio. Se afirma que esta normativa adolece de inconstitucionalidad al vulnerar de manera directa la norma constitucional que señala que el Ministerio Público detenta de manera exclusiva la dirección de la investigación de los hechos que revisten el carácter de delito. Esta crítica, seguramente, encuentra su origen en la forma como el SII ha hecho uso de esta facultad, optando en algunos casos por perseguir solo la responsabilidad pecuniaria que deriva de los hechos que revisten el carácter de delito, alterando la competencia de los tribunales, pasando a discutir la configuración del hecho ilícito ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros<sup>27</sup>. En efecto, esta atribución comenzó a tomar notoriedad y a ser cuestionada a partir de los casos conocidos como “financiamiento ilegal de la política”<sup>28</sup>. Respecto de ciertos contribuyentes –Penta y SQM– se inició la vía penal; en cambio, en otros casos –Banco de Crédito de Inversiones, ECCS S.A., Aguas Andinas, Copec, Celulosa Arauco, Siemel, Inversiones Caburga, Santa Virginia y Alsacia– se optó por perseguir la multa<sup>29</sup>.

---

26 El procedimiento estuvo regulado en Servicio de Impuestos Internos, Oficio Circular N° 10/2015 y Circular N° 8/2010. Con todo, dicha Administración tributaria actualizó sus instrucciones y en la actualidad el procedimiento se regula en la Circular N° 58/2022.

27 Véase el artículo 162 del Código Tributario.

28 En palabras del Subdirector Jurídico de la época, Cristián Vargas, la mecánica consistía en que políticos le pedían dinero a grandes empresarios, quienes se lo daban encubriendo las donaciones como supuestas asesorías. Para tales fines, los políticos “se conseguían” boletas de honorarios que entregaban a estos empresarios quienes, consecuentemente, rebajaron como gasto el desembolso efectuado, disminuyendo la base imponible del impuesto a la renta a pagar. Véase, “Cristian Vargas, funcionario que destapó casos Penta y a SQM: ‘esta clase política institucional actuó prácticamente en forma unánime para protegerse’”. En: *Resumen*, 2020. Disponible en: <https://resumen.cl/articulos/cristian-vargas-funcionario-que-destapo-casos-penta-y-a-sqm-esta-clase-politica-institucional-actuo-practicamente-en-forma-unanime-para-protegerse>

29 PLAZA, Ignacio: *Delitos tributarios*, op. cit., p. 66.

En el ámbito legislativo cabe destacar que tras la polémica que generó la forma como el Servicio ejerció su facultad de perseguir los delitos en los casos de financiamiento ilegal a la política, se presentaron diversos proyectos de ley –todas mociones parlamentarias– que pretendieron quitar el monopolio al Director de la institución para autorizar al Ministerio Público a iniciar la persecución penal de los delitos tributarios<sup>30</sup>, las que, sin embargo, no han avanzado en su tramitación.

La Administración tributaria, por su parte, señala que su proceder –op-  
tar por perseguir la sanción pecuniaria ante los Tribunales Tributarios y  
Aduaneros y no instar por la vía penal– sigue la práctica internacional en la  
materia<sup>31</sup>, lo que en cifras a nivel nacional se traduce en que la aplicación de  
una sanción pecuniaria sea tanto o más efectiva que la pena<sup>32</sup>. Por otro lado,  
hay voces que señalan que la facultad discrecional que detenta el Director  
del Servicio para iniciar la investigación penal por la presunta comisión de

---

30 En efecto, se presentaron cuatro proyectos de ley que buscaron modificar el sistema. Estos son los Boletines N° 9.935-07, de 17 de marzo de 2015, Boletín N° 9.954-05, de 19 de marzo de 2015, 10.843-07, de 4 de agosto de 2016 y 12.628-07, de 9 de mayo de 2019. En el primer caso se incluye como entidad competente para iniciar la persecución penal al Consejo de Defensa del Estado; en los restantes, se señala que sería atribución del Ministerio Público. La crítica que se efectúa, y es probable que sea la razón por la cual no han avanzado, es que versarían sobre una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

31 Como indican GÁLVEZ, Carolina, GIRAUDO, Catalina & GÓMEZ, Francisca: “El ejercicio de la acción penal por delitos tributarios en los países miembros de la OCDE”. En: *Anuario de Derecho Tributario*, N° 9, 2017, pp. 37 y s., es posible encontrar cuatro modelos que dan cuenta de la regulación de la etapa de investigación de la persecución penal en materia de delitos tributarios: a) la Autoridad Administrativa es la responsable de dirigir y conducir la investigación de estos ilícitos, mientras que el Ministerio Público no cumple ningún rol en la investigación y solo provee de asesoramiento a los investigadores respecto al proceso o a los medios de prueba; b) la autoridad administrativa conduce la investigación, pero lo hace bajo la dirección del Fiscal o de jueces examinadores; c) Una agencia tributaria especializada fuera de la autoridad administrativa es la encargada de conducir la investigación, bajo la supervisión del Ministerio de Finanzas del respectivo país; y d) la agencia especializada afuera de la autoridad administrativa encargada de conducir la investigación es la policía o el Fiscal.

32 SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (SUBDIRECCIÓN JURÍDICA): *Informe Jurídico*, ob. cit., p. 11.

un ilícito tributario es inconstitucional<sup>33</sup>, si se la contrasta con la regulación constitucional del Ministerio Público, cuestionamiento que se ha manifestado también por la Corte Suprema<sup>34</sup>.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de esta facultad, concluyendo que respeta el texto de la CPR. Por ejemplo, el Ministerio Público requirió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de lo dispuesto en los incisos 1° y 3° del artículo 162 del Código Tributario, el que fue declarado inadmisibile por la Sala del Tribunal Constitucional, al considerar que adolece de falta de fundamento plausible, pues el asunto ya había sido conocido y fallado a través de diversas sentencias de dicho órgano jurisdiccional, estimándose constitucional<sup>35</sup>.

---

33 Al respecto, Piedrabuena ha señalado que existe una pugna entre la exclusividad de la dirección de la investigación del Ministerio Público que consagra la Constitución y el poder absoluto que en esta materia detenta el Director del SII, que no es un tribunal de la República para permitir dar inicio a la investigación del Fiscal. PIEDRABUENA, Guillermo: “Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios”. En: *Revista de Estudios de Derecho Público*, Vol. N° 84, 2016, p. 132.

34 En efecto, en prensa han aparecido los dichos del vocero de la Excm. Corte Suprema que ha señalado que la facultad exclusiva que detenta el Director del Servicio para iniciar la persecución penal de los delitos tributarios implica que “el Ministerio Público **queda inhibido** [de ejercer la acción penal] **y eso en mi opinión se contraponen con la norma posterior de carácter constitucional** que le da al Ministerio Público **la facultad y la exclusividad en el ejercicio de la acción penal pública**”, agregando que “debiéramos habernos puesto de acuerdo y ese es un acuerdo político de quienes generan la ley para adecuarla a la nueva disposición constitucional”. CERNA, T.: “Vocero de la Suprema cuestiona la exclusividad del SII en querellas en casos de financiamiento irregular”. En: *Emol*, 2019. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/07/08/953899/Vocero-de-la-Suprema-cuestiona-la-exclusividad-del-Sii-en-querellas-en-casos-de-financiamiento-irregular-Advierte-falta-de-acuerdos-y-choque-de-normativas.html> (el destacado en el original).

35 El requerimiento consideraba que la disposición del Código Tributario vulneraba el principio de separación de poderes contemplado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental; las garantías fundamentales de la igualdad ante la ley y debido proceso, reguladas en el artículo 19 numerales 2 y 3 de la Constitución, respectivamente, y lo establecido en el artículo 83 del texto fundamental, al “conferir un carácter absoluto y privativo a la facultad del Director del Servicio de Impuestos Internos de dar inicio al impulso procesal para investigar los hechos constitutivos de delito tributario, restringiendo y limitando las facultades investigativas y exclusivas otorgadas al Ministerio Público en el artículo 83 de la Constitución Política de la República”.

En efecto, la sentencia manifestó que el constituyente no le entrega esta facultad de ejercer la acción penal de manera exclusiva y excluyente al Ministerio Público “cuestión que, por el contrario, solo puede alcanzar al despliegue de la actividad investigativa para la acreditación de un ilícito penal”<sup>36</sup>. Agrega el Tribunal que, si se tiene presente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 83 de la Constitución<sup>37</sup>, la expresión “igualmente” implica que el Ministerio Público “ejerce la acción penal pública, pero ello no implica que esté vedada de accionar la víctima o los otros sujetos que determina la ley (STC, Rol N° 815, considerando 18°). Por el contrario, sí se desprende del precepto constitucional que el persecutor penal público dirige en forma exclusiva y excluyente la investigación, a efectos de ir estableciendo, conforme los antecedentes que vaya recabando, la eventual comisión delictiva por una o más personas, con elementos discrecionales sujetos a la legalidad y al control jurisdiccional (STC Rol N° 2680, c. 19°)”<sup>38</sup>.

Al respecto, se estima que el Tribunal Constitucional confunde dos cosas que son diversas, ya que efectivamente la Carta Fundamental le otorga a otras personas distintas del Ministerio Público la posibilidad de ejercer la acción penal, lo que en la legislación procesal penal se concreta en la facultad de la víctima de querellarse y de forzar la acusación. Sin embargo, en el caso de las actuaciones penales del Servicio, ello termina por condicionar el ejercicio de una atribución exclusiva y excluyente del Ministerio Público: investigar la *notitia criminis* y, conforme a ello, acusar. Por ello, y considerando las peculiaridades de las facultades de actuación penal del Servicio, esta situación ha sido calificada por la doctrina como inaudita<sup>39</sup>.

Con todo, si la crítica apunta a cuestionar la constitucionalidad de la facultad comentada, ella puede ser válidamente extensible a los otros supuestos en que se supedita la persecución penal a la actuación de algún órgano o

---

36 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2019, Rol N° 6.215-19, considerando 10°.

37 Que dispone que “[e]l ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

38 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2019, Rol N° 6.215-19, considerando 13°.

39 VAN WEEZEL, Alex: *Delitos Tributarios*, op. cit., p. 167.

ente público. En efecto, en todos estos casos es cuestionable que se trata de un requisito de procesabilidad legítimo y coherente con el sistema general de persecución penal<sup>40</sup>. Así como en estos casos es extensible la cuestión de la constitucionalidad y mantención de la coherencia del ordenamiento jurídico, de igual modo puede apreciarse algún impacto en la constitución de zona de riesgos populistas y de acciones de corrupción.

Ahora, no es posible analizar aquí esta cuestión por exceder el límite de este trabajo. Sin embargo, es una cuestión que debe ser anotada y destacada de cara a futuros estudios de la cuestión.

#### **4. LA PERSECUCIÓN PENAL DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS Y LA CONSTITUCIÓN DE ZONAS DE PELIGRO POPULISTA**

Si bien la cuestión de la inconstitucionalidad del rol persecutor penal del SII lograba mostrar las inconsistencias de aquello al interior del sistema normativo, frente al devenir de la jurisprudencia del TC, su negativa no parece del todo concluyente. Ahora, distinto es si se aprecia la cuestión desde el punto de vista de la identificación de una zona normativa de riesgo de populismo antidemocrático. De hecho, como veremos, la cuestión de la inconstitucionalidad de dicha función se puso en duda, desde el punto de vista criminológico, por casos penales de financiamiento ilegal de la política y, en definitiva, de la posible utilización “en la sombra” de esta atribución en consideración a la pertenencia de determinados grupos de élite muy conectado con el funcionamiento del sistema político en cuanto adherentes a determinadas posiciones. ¿Por qué es inconveniente en estos casos que esto se transforme una zona normativa de riesgo de acciones populistas?

---

40 Sobre esta autorización del Servicio de Impuestos Internos como requisito de procesabilidad, véase el voto en contra de la sentencia de la Corte Suprema, de 21 de septiembre de 2015, Rol N° 14.915-2015, razonamiento 2°. En tales casos, van Weezel ve una «administrativización de la lógica penal», pues el Derecho penal sería algo así como un instrumento para la obtención de objetivos presenciales. VAN WEEZEL, Alex: “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. En: *Política Criminal*, 2017, p. 1007.

#### 4.1. La autonomía institucional del Ministerio Público como garantía de igualdad frente a la dependencia del SII

La determinación del órgano oficial que estará a cargo de la persecución penal es una cuestión muy importante. La legitimidad del sistema de enjuiciamiento penal se verá en juego con dicha decisión. En efecto, la posición que el órgano o institución ocupa en la estructura organizacional del Estado<sup>41</sup> impactará sin duda, por ejemplo, en la relación que tendrá la institución con los poderes del Estado, las funciones a cumplir y el sistema de responsabilidad al que estará sujeta. A este respecto, la actual CPR establece una serie de órganos dotados de autonomía, lo que implica que queden al margen de los vínculos jurídicos administrativos al escapar de la línea jerárquica y, por tanto, no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles<sup>42</sup>. De tal manera, la autonomía se constituye como una garantía que le permite al órgano en cuestión actuar ausente de presiones indebidas que, generalmente, provienen del gobierno de turno o de los sujetos regulados<sup>43</sup>. Precisamente, la autonomía del órgano facilita su independencia.

Actualmente, el Ministerio Público se alza como un organismo autónomo, cuyo carácter está dado constitucionalmente en el artículo 83 y se reafirma en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. La relevancia que toma la autonomía de este órgano radica en evitar los peligros de judicialización o de manipulación política que exhiben otros modelos en los que son dependientes de algún poder estatal. En este

---

41 DUCE, Mauricio: “¿Qué significa un Ministerio Público autónomo?: Problemas y perspectivas en el caso chileno”. En: *Apuntes de Derecho*, Universidad Diego Portales, N° 9, 2001, pp. 8-11.

42 CORDERO, Luis: “La autonomía constitucional”, En: *La Semana Jurídica*, Legal Publishing, N° 34, 2001. Entre otras características, los órganos autónomos están dotados para designar a sus propios titulares, gozan de una mínima autonomía presupuestaria y de la imposibilidad de que sus decisiones puedan quedar sin efecto por otra autoridad.

43 ZÁRATE, Sebastián: “Autonomía del Ministerio Público”. En: *La Tercera*, 2015. Disponible en: <https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/15539-profesor-sebastian-zarate-autonomia-del-ministerio-publico>.

sentido, Binder considera que el Ministerio Público no debe estar ligado al poder político, particularmente, tratándose de América Latina, donde el Estado permanentemente es sospechoso de actos de corrupción, por lo que se tornaría vulnerable a las presiones e influencias políticas<sup>44</sup>. Lo anterior hace ver en extremo peligrosa la vinculación del SII con el Poder Ejecutivo, especialmente considerando que sin la actividad penal de la administración tributaria no es posible iniciar la persecución penal en el caso de delitos tributarios castigados con penas privativas de libertad. El SII tiene una vinculación con el Ministerio de Hacienda y con el Presidente de la República. El artículo 6° de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, establece que el Director será elegido por el Presidente de la República, quien será de su exclusiva confianza<sup>45</sup>. Ahora bien, el Director del SII es de aquellas autoridades que son elegidas por el sistema de Alta Dirección Pública<sup>46</sup>. Pese a que pudiera pensarse que tal situación atenúa o elimina el riesgo del populismo democrático en el ámbito penal, ello no es así. Se trata de un cargo de exclusiva confianza y, por tanto, su renuncia puede ser solicitada en cualquier momento<sup>47</sup>, seguido del inicio de un proceso de concursos por el Sistema de Alta Dirección Pública. Asimismo, al cambiar el Gobierno, el Presidente de la República puede designar directamente doce Altos Directivos Públicos de primer nivel jerárquico -dentro de los tres meses siguientes al inicio del respectivo período-<sup>48</sup>. El panorama descrito implica discrecionalidad por parte de la máxima autoridad al poder solicitar la renuncia y cambiar fácilmente al Director<sup>49</sup>.

---

44 BINDER, Alberto: *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición, actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 325.

45 Artículo 6° del D.F.L. N° 7, del Ministerio de Hacienda, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

46 Artículo trigésimo sexto de la Ley N° 19.882.

47 Como ocurrió en el caso del ex Director del SII Michelle Jorrat cuando en medio de los cuestionamientos por el manejo de los casos Penta-SQM, desde el Gobierno se le pidió la renuncia en el año 2015.

48 Artículo trigésimo sexto bis de la Ley N° 19.882.

49 Ni aún en la propuesta de Constitución Política de la República de Chile se contempló la autonomía constitucional del SII.

La ausencia de autonomía orgánica del SII y la estrecha vinculación entre el Poder Ejecutivo y la institucionalidad tributaria genera una zona normativa de riesgo para cobijar presiones indebidas en lo referido a la persecución penal de estos delitos, sea para que se ejerza en contra de un determinado contribuyente o grupo de contribuyentes, como para que se abstenga de ello. Y, precisamente, quienes pueden tener acceso a estas vías de presión —especialmente en lo que refiere a los delitos tributarios— son aquellas personas pertenecientes a un determinado grupo o élite. Es decir, la posible manipulación de la persecución penal en estos delitos más allá de la constatación de la conducta ilícita, no solo rompe contra el principio de igualdad que asiste a cada ciudadano frente al Estado, sino que derechamente puede transformarse en una herramienta al servicio del populismo antidemocrático al favorecer a un grupo determinado por diversas razones. La zona de riesgo denunciada tiende a diluirse o a presentar mejores controles si este tipo de delito se rige por los criterios de persecución penal general a cargo del Ministerio Público, que cuenta con un control político<sup>50</sup>, pero también con una definición estructural de controles en el diseño institucional como contrapartida a la autonomía funcional del base de su actuar.

Sin embargo, por el diseño del sistema, incluso si la acción penal tributaria pudiese ser ejercida por el Ministerio Público con independencia de la decisión del Servicio, de todos modos podría quedar una zona en la que el populismo antidemocrático tuviera cabida. Lo previamente señalado queda de manifiesto si se analiza toda la polémica que se generó con la forma como se llevó adelante el proceso de designación de Jorge Abbott como Fiscal Nacional, el que estuvo marcado por el interés de parlamentarios “muy concentrados en lograr [elegir] a alguien que diera garantías de que

---

50 (a) En la designación del Fiscal intervienen los tres poderes del Estado; (b) la aprobación del presupuesto del Ministerio Público está incluida en la Ley de Presupuestos del sector público; (c) la obligación de rendir una cuenta anual de las actividades del Ministerio Público por el Fiscal Nacional y por los fiscales nacionales; y (d) existe un mecanismo de remoción de los fiscales nacionales o regionales, en el cual es necesario la intervención del Ejecutivo y del Congreso Nacional. MATURANA, Cristian & MONTERO, Raúl: *Derecho procesal penal*. Abeledo Perrot, Tomo I, 2010, p. 187.

no iba a ser agresivo en la persecución de los casos que los afectan”<sup>51</sup> los que, precisamente, se referían a los casos de financiamiento ilegal de la política. Indirectamente ello también afectó a la elección del actual Fiscal Nacional –sucesor de Abbott– que finalmente obtuvo los apoyos legislativos previo rechazo de dos nominaciones presidenciales previas. Sin perjuicio de lo anterior, es posible advertir una diferencia entre acciones populistas derivadas de un mal uso de instituciones diseñadas adecuadamente –que podríamos calificar como contingente– y acciones populistas que puedan derivar de un mal diseño institucional por no guardar coherencia con los mismos principios y directrices que el legislador se ha dado para configurar su sistema normativo (deficiencia estructural). La cuestión de las atribuciones de la persecución penal del SII, aunque amerita una discusión ulterior y ajena a este trabajo, más bien se sitúa en este segundo caso.

#### **4.2. La intromisión del Servicio de Impuestos Internos en la actividad propia del Ministerio Público**

Las actuaciones penales del SII en la materia resultan una limitante a la autonomía del Ministerio Público al investigar delitos tributarios, pues se levanta una barrera para el conocimiento de la acción penal<sup>52</sup>. Ejemplo de esto es que la denuncia que presenta el Servicio es nominativa, por tanto, la labor del Ministerio Público queda supeditada a la querrela que presenta el órgano administrativo, lo que implica que si este último descubre otras personas involucradas en los hechos constitutivos de delito, no podrá ejercer la acción penal en contra de aquellos que no figuren en la querrela presentada por el Servicio. Para evitar lo planteado, el actual Director Hernán Frigolett decidió presentar las querellas por delitos tributarios contra quienes resulten responsables. Es decir, el Ministerio Público podrá investigar en estos casos

---

51 RIEGO, Cristián: “El fiscal nacional dejará su cargo el 1 de octubre, cuando cumpla 75 años, la edad límite que establece la Constitución. El fiscal regional de Los Ríos, Juan Agustín Meléndez, asumirá en calidad de suplente”. En: *El Mercurio*, 2022 Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2022/09/28/C/MU466TML/light?gt=040001>.

52 MINISTERIO PÚBLICO: *Informe proceso de discusión interna en el marco del proceso constituyente*. Santiago, 2021, p. 6.

a todos quienes resulten involucrados, independientemente de su mención en la acción correspondiente, así como también se le habilita para imputar y acusar por hechos distintos<sup>53</sup>. Sin embargo, bastaría el arribo de un nuevo Director —o que el de turno cambie esta política—, para que se presente nuevamente la problemática que coarta la labor del Ministerio Público.

¿Resulta legítima que el éxito de la persecución penal de delitos tributarios en estos casos dependa de la voluntad política del Director del SII de turno?

Desde el punto de vista del diseño institucional de la persecución penal en Chile, las atribuciones con que cuenta el SII en materia penal pueden generar una zona de injerencia institucional. Lo anterior no solo coarta la autonomía del Ministerio Público para llevar a cabo su labor y la vigencia del derecho de igualdad en la persecución penal como garante de la legitimidad del Sistema de Justicia, sino también es una intromisión indirecta o vedada del Poder Ejecutivo en el devenir de la persecución penal de delitos de acción penal pública. En efecto, este tipo de acciones penales manifiestan un interés social en la persecución penal que se muestra en la casi nula posibilidad de desatender el principio de legalidad en la persecución penal, salvo que la ley —de manera excepcional— autorice su cese. Lo mismo cabe decir respecto a salidas autocompositivas<sup>54</sup>. Sin embargo esta fuerza normativa que, a su vez tributa a la disuasión de conductas ilícitas, se somete a un cierto “estrés” cuando se acepta la anuencia administrativa como condición para el actuar del persecutor penal institucional. Si se quiere, de facto se

---

53 AYALA, Leslie: “SII pone lápida a ‘doctrina Barraza’: director instruye querellas ‘contra todos los responsables’ y libera a Fiscalía para perseguir delitos tributarios”. En: *La Tercera*, 2022. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/sii-pone-lapida-a-doctrina-barraza-director-instruye-querellas-contra-todos-los-responsables-y-libera-a-fiscalia-para-perseguir-delitos-tributarios/TVUF3AXATRC7LMSEPEIUD5IZ5I/>.

54 Con todo, existen límites legales a las salidas autocompositivas en materia tributaria. Así, para que los acuerdos reparatorios sean procedentes, debe comprobarse un efectivo o considerable resarcimiento del perjuicio fiscal causado, esto es, que se haya pagado al menos el 50% del monto del impuesto adeudado, debidamente reajustado, según dispone el artículo 111 bis del Código Tributario. Luego, los acuerdos reparatorios que se celebren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Tributario, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria.

modifica el diseño institucional de las diversas acciones penales del CPP, sustrayendo la persecución de los delitos tributarios sancionados con penas privativas de libertad del régimen general sin que exista una razón de diseño que la justifique más allá del mantenimiento de una atribución que ya era conocida en nuestra historiografía jurídica. Si bien la justificación que se esgrime, más bien, radica en el carácter técnico o especializado de esta regulación<sup>55</sup>, nada obsta a que el Ministerio Público pueda disponer de Unidades especializadas de persecución e investigación en este tipo de delitos, con lo cual la justificación perdería sustento. Es decir, el argumento técnico o de especialización no es un obstáculo para que el Ministerio Público remote la exclusividad de la persecución penal en estos casos.

Luego, la sanción aplicable en uno y otro caso parece ser la diferencia más evidente: un tribunal penal impondrá una pena privativa de libertad y una pena pecuniaria; un Tribunal Tributario y Aduanero determinará la aplicación de una multa. La responsabilidad penal genera una serie de consecuencias posteriores a la condena que no se dan en sedes jurisdiccionales no penales. Pero las consecuencias derivadas de la opción del SII van mucho más allá, pues la legislación tributaria limita la posibilidad de realizar una serie de actuaciones al contribuyente y ciertas garantías desde la recopilación de antecedentes en su contra<sup>56</sup> y otras que implican el diferimiento, revocación o restricción de la autorización de documentos tributarios, lo que le impide ejercer su negocio o hacerlo de manera normal desde que el contribuyente es formalizado y hasta que haya finalizado su condena<sup>57</sup>. Finalmente, no se

---

55 NÚÑEZ, Raúl & SILVA, Manuel: “La acción penal regulada en el artículo 162 del Código Tributario”. *ob. cit.*, p. 154.

56 Por ejemplo, no puede saber quién es el funcionario del SII que está tramitando el procedimiento de recopilación de antecedentes (artículo 8° bis N° 6 del Código Tributario); el SII tiene la posibilidad de que se efectuará un nuevo requerimiento de antecedentes durante la auditoría tributaria, haciendo excepción a la “cosa juzgada administrativa” si aparecen nuevos antecedentes que habiliten realizar una recopilación de antecedentes, lo que trae aparejado un aumento del plazo en el procedimiento de fiscalización de la correcta determinación de los impuestos para citar, girar o liquidar (artículo 59 del Código Tributario); y la posibilidad de que se decrete el apremio al contribuyente respecto de quien se sigue la recopilación de antecedentes si no concurre injustificadamente a declarar ante el SII (artículo 93 del Código Tributario).

57 Véase el artículo 8° ter en relación con el 59 bis, ambos del Código Tributario.

debe olvidar que existen una serie de anotaciones que el SII practica al contribuyente que limitan sus garantías, sin que este se encuentre en condiciones de conocer cuáles son ni qué implica, ya que no se encuentran publicadas y que, entre otras cosas, limitan la concesión de condonaciones<sup>58</sup>. La única garantía legal en este caso es que se le informe al contribuyente toda clase de anotación que se le practique por parte del Servicio<sup>59</sup>.

### 4.3. El control de la decisión penal del SII

Como se ha señalado, el artículo 162 del Código Tributario constituye una facultad discrecional del SII para ejercer la acción penal en materia de delitos tributarios. Sin embargo, se trata de una potestad privativa del Servicio, lo que genera un genuino interés acerca de los criterios utilizados para instar o no a la persecución y si pueden ser excluidos aspectos intersubjetivamente no controlables. Para Gómez, no existen las potestades totalmente discrecionales, sino que siempre habrán elementos que serán reglados: el fin -la presentación de querellas-, el titular -nombramiento del Director y sus funciones- y el acto -hechos constitutivos de delitos-<sup>60</sup>. Sin embargo, en el caso del SII la regulación de estos criterios es interna y no legal. Esta objeción no se atenúa por el hecho de que en la decisión instar o no por la vía penal en el pasado interviniera un órgano colegiado como es el Comité de Subdirectores<sup>61</sup> o el Comité de Análisis de Casos a nivel regional<sup>62</sup>, ya que la decisión sigue siendo una facultad discrecional del Director de la Institución<sup>63</sup>. En efecto, una aplicación estricta del principio de legalidad en materia penal, en su

---

58 Esto fue así bajo la vigencia de la Circular N° 8/2010. Sin embargo, la Circular N° 58/2022 nada dice al respecto.

59 Artículo 8° bis N° 16 del Código Tributario.

60 GÓMEZ, Alejandro: "Facultad del director del Servicio de Impuestos Internos de denunciar o interponer querrela, y deber de motivación". En: *Revista de Derecho Público*, N° 88, 2018, pp. 43-56.

61 Conformado por el Subdirector de Fiscalización, el Subdirector Jurídico y el Subdirector Normativo. Servicio de Impuestos Internos, Oficio Circular N° 10/2015, p. 1.

62 Establecido por el Servicio de Impuestos Internos en la Circular N° 8/2010 y mantenido para los casos en que se aplique el procedimiento general por la Circular N° 58/2022. Con todo, este órgano en la actualidad no se contempla para el caso que tenga aplicación el procedimiento seguido por la Dirección Nacional del SII, como tampoco en el procedimiento simplificado.

63 Servicio de Impuestos Internos, Oficio Circular N° 10/2015, p. 3.

vertiente procesal, no debiese tolerar que los criterios de persecución penal en este tipo de delitos sean fijados por un órgano administrativo de acuerdo con su potestad regulatoria interna. Además, ello genera que los posibles controles de la aplicación correcta no queden entregados al juez de garantías, sino que, en el mejor de los casos, se someta a los mecanismos generales de control de la actividad de la Administración. ¿Qué legitima esta diferenciación respecto de los delitos tributarios sancionados con penas privativas de libertad en relación con el resto de delitos de acción penal pública? ¿Es administrativa la persecución penal de los delitos tributarios sancionada con pena aflictiva? Claramente la diferenciación procedimental respecto de estos delitos no está justificada ni menos puede afirmarse que en el caso de estos –a diferencia de lo que sucede en el régimen general– la persecución penal sea administrativa.

Ahora, el SII estableció ciertos criterios objetivos para ponderar la presentación de querrela en estos casos. En un primer momento esta valoración debía basarse en: a) la gravedad de las irregularidades detectadas; b) la reiteración en la comisión de los delitos; c) el uso de asesoría tributaria para llevar a cabo el delito; d) el efecto ejemplarizador o pedagógico en otros contribuyentes; e) el perjuicio fiscal, f) la calidad y suficiencia de la prueba reunida; y g) la factibilidad de obtener una condena por los delitos tributarios cometidos por el o los querrelados<sup>64</sup>. Los criterios que se fijaron en el Oficio Circular N° 10/2015, del Director del Servicio de Impuestos Internos (normativa de carácter interna) que, a su vez, reconoce como antecedente las Resoluciones Exentas N°s 44 y 45, ambas de fecha 11 de mayo de 2015, y que imparte instrucciones sobre el procedimiento a seguir en la interposición de acciones penales por delitos tributarios, además de regular un procedimiento interno diferenciado para algunos tipos de delitos tributarios, establece criterios a considerar para proponer y decidir el ejercicio de la acción penal: a) mérito de la prueba reunida, b) monto del perjuicio del interés fiscal, c) naturaleza

---

64 LARA, Bernardo: “La doctrina histórica del SII en la persecución penal del delito tributario”. En: *Servicio de Impuestos Internos*, 2015. Disponible en: <https://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/2015/141215noti01jv.htm>

y gravedad de la o las irregularidades sancionadas con pena corporal y pecuniaria, d) posible propagación, v) efecto ejemplarizador que pudiere lograrse en la zona, e) si el contribuyente contó con asesorías contables o profesionales para evadir impuestos, f) reiteración del acto doloso y g) cualquier otra circunstancia relevante sobre la conducta del contribuyente<sup>65</sup>.

Con todo, recientemente el SII hizo públicos sus criterios. En efecto, la Circular N° 58/2022 pasó a regular esta materia. Ello sin duda es un avance en relación con la objetivización de los criterios de persecución penal y con sugerir un acercamiento entre el régimen de persecución general y el de los delitos tributarios. Sin embargo, sigue dejando en el ámbito de las regulaciones administrativas internas los criterios de persecución.

En su punto 5.3 indica que “Para la toma de la decisión de interponer una denuncia o querrela o un acta de denuncia se considerarán especialmente los siguientes antecedentes y/o circunstancias, entre otros: i) Eventual monto del perjuicio al interés fiscal comprometido; ii) Proporción entre los impuestos pagados y evadidos para el mismo periodo de tiempo y por los mismos conceptos; iii) Naturaleza y gravedad de la o las irregularidades sancionadas, considerando la cantidad de personas involucradas en los hechos, el número de eventuales delitos tributarios cometidos y el conocimiento que hubiere o pudiere haber tenido de la obligación legal infringida; iv) Efecto ejemplarizador que podría alcanzar en el público una eventual persecución penal de los hechos, considerando la realidad regional, el giro o actividad del infractor y la naturaleza del ilícito; v) La necesidad de contar con medidas intrusivas o cautelares relevantes para efectos de asegurar la pretensión fiscal; vi) Utilización de asesorías contables, legales o profesionales”<sup>66</sup>.

Como puede ser apreciado, el establecimiento de estos criterios obedece a la potestad regulatoria interna del Director en relación con la correcta administración del Servicio. Si bien estos criterios tienen una pretensión de

---

65 Servicio de Impuestos Internos, Oficio Circular N° 10/2015.

66 Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 58/2022, p. 5.

objetividad, para que ello se cumpla en el marco del proceso penal, precisan de una cierta estabilidad normativa más propia de la ley. Ello es una garantía de igualdad para todos los ciudadanos. Sin embargo, al tratarse de una regulación interna del Servicio, nada impide que esta se pueda modificar a merced del Director de turno que, a su vez, es funcionario de confianza del Presidente de la República. O dicho de otra forma, nada impide que los vaivenes políticos insten por una modificación de esta regulación interna para favorecer ciertos intereses –por ejemplo– como producto de una presión a la que se ve expuesta el Poder Ejecutivo. Si bien la ley puede ser modificada considerando tensiones políticas, el hecho de que la potestad nomogenética dependa del acuerdo mayoritario de personas con diversas posiciones políticas es una garantía de que esta decisión sea democrática y, por tanto, en menor medida susceptible –aunque no completamente excluida– de las presiones de ciertos grupos de poder.

El régimen de persecución penal paralelo de los delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad genera, francamente, distinciones odiosas e injustificadas en lo que se refiere a la persecución de los delitos de acción penal pública. Si la persecución penal de estos delitos estuviese en manos del Ministerio Público, este no podría –por ejemplo– utilizar el criterio de “posible propagación”, “efecto ejemplarizador que pudiere lograrse en la zona” o “si el contribuyente contó o no con asesorías contables o profesionales para evadir impuestos” para decidir el curso de acción penal. Los criterios que da el CPP suelen ser mucho más estrictos, pues moderan el necesario castigo de las conductas delictivas.

En efecto, la diferenciación de criterios, a su vez, es una muestra de una circunstancia en extremo peligrosa para la igualdad de los ciudadanos en el ámbito de la persecución penal: el SII fija criterios de persecución penal en estos delitos cuando la principal función de este no es la de perseguir delitos, sino la “aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos” vinculados con la recaudación fiscal. Y lo anterior no solo trata de objetivos o fines del SII, sino que también impacta en su determinación orgánica y estructural.

Es decir, estamos persiguiendo delitos con una maquinaria diseñada para determinar la correcta aplicación de tributos. Por ello no debiera extrañar que, a la hora de llevar adelante la persecución penal en estos delitos, institucionalmente se pueda generar un sesgo en favor de la recaudación en desmedro de la vertiente retributiva del derecho penal.

Por otro lado, no existe impedimento para que el establecimiento de estos criterios difieran de los límites que a la sazón puedan vincular al Ministerio Público respecto de la persecución general de delitos, lo que genera una diferenciación y desarmonía del sistema de justicia penal, desincentivando con ello la uniformidad para conseguir los efectos de previsión normativa necesaria los ciudadanos y para que –en parte– el proceso penal contribuya a efectos disuasorio de la comisión delictiva.

#### **4.4. Diversos límites normativos que regula la función de recopilar antecedentes**

La acusación penal por parte del Ministerio Público es una actuación procesal que se realiza luego de finalizada la investigación. Es decir, el órgano persecutor pondera los antecedentes de la investigación para luego decidir si acusa o ejerce la facultad de no perseverar en el procedimiento penal<sup>67</sup>. En este esquema tiene completo sentido que el Ministerio Público, como garante de la legalidad penal, no solo investigue y recopile antecedentes que puedan servir para el éxito de la acusación, sino también de aquellos que favorezcan a la defensa del imputado. A ello se le conoce como principio de objetividad<sup>68</sup>, que no solamente cautela en sentido amplio el derecho de defensa del imputado o la defensa de la legalidad del órgano persecutor, sino que también es un contrapeso para que la persecución penal no sea usada de forma arbitraria en contra de un sujeto respecto del cual no se han logrado reunir los antecedentes suficientes para que prospere la acusación.

---

67 Artículo 248 del CPP.

68 Artículo 3 de la LOCMP.

Ahora, cuando nos enfrentamos a la persecución de los delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad, es el SII que, de acuerdo con los antecedentes con los que cuente, decidirá querellarse o no y dar con ello inicio a la persecución penal. Sin embargo, en la recopilación preliminar de antecedentes que hace el SII –de vital importancia para la suerte de la acusación– este no se halla vinculado por el principio de objetividad, como tampoco al derecho a la presunción de inocencia que el artículo 4 del CPP reconoce a toda persona, ello en razón a que las actuaciones que realiza el SII en esta etapa de recopilación de antecedentes, no lo son por o ante un tribunal con competencia penal, el Ministerio Público o la policía. Por lo tanto, se vuelve necesario que de igual forma sean respetadas garantías procesales generales al contribuyente en cuanto su calidad de imputado<sup>69,70</sup>. Y, si bien luego de deducida la querrela la investigación penal vuelve a su cauce general, los principales antecedentes inculpatorios se situarán en los antecedentes recopilados por el SII.

El principio de objetividad en el ámbito de la persecución penal común también se manifiesta en que los fiscales, en el ejercicio de su función, adecuarán sus actos a criterios objetivos, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. En cambio, los funcionarios del SII, como veíamos, pueden considerar otros elementos, como la labor pedagógica o educativa que tendrá la presentación de la querrela sobre los demás contribuyentes o el efecto de propagación que puede generar la no persecución penal<sup>71</sup>.

---

69 MONTECINOS, Jorge: “El delito tributario ante la reforma procesal penal”. En: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 210, 2001, p. 318.

70 Si bien excede las pretensiones de este trabajo, y es un tema no suficientemente estudiado en Chile, cabe mencionar que el sistema actual puede lesionar las garantías del imputado en materia de prueba, ya que el contribuyente tiene el deber de colaborar entregando información al SII durante la etapa de fiscalización, sujeto a sanción si no lo hace. Y esta entidad utiliza dichos antecedentes para fundar su querrela o denuncia.

71 Para una crítica de los criterios que maneja el Servicio de Impuestos Internos, véase PLAZA, Ignacio: *Delitos tributarios*, op. cit., pp. 52 y ss.

En esta línea, es que se solicitó a la Contraloría General de la República revisar la legalidad de la aplicación de la facultad entregada al SII, la que determinó, finalmente, que pese a ser una facultad discrecional, es indispensable que las decisiones que tome el Servicio tengan un fundamento racional en conformidad al principio de juridicidad y que, por tanto, no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, sino a criterios objetivos que le otorguen legitimidad, por lo que lo que sea resuelto sobre el particular, requiere tener sustento en antecedentes recabados para tal efecto y, además, observar los principios de imparcialidad, juridicidad, eficiencia y eficacia, celeridad y economía procesal<sup>72</sup>.

Según lo expuesto, una zona de peligro populista –en el sentido abordado por el trabajo– se materializa allí donde puede haber una injerencia del Poder Ejecutivo en un ámbito de competencia que parece exclusiva de otro órgano autónomo, que puede ser utilizado para favorecer a ciertos grupos privilegiados o de élite con clara infracción al derecho de igualdad de cada ciudadano respecto del trato que le dispensa el Estado. Y ello es especialmente preocupante cuando la persecución penal respecto de ciertos delitos se encuentra en juego.

Algo de lo anterior ya hemos tenido en ciertos casos de connotación pública. De hecho, distintas voces criticaron la actuación del SII al aceptar que “Penta” dedujese como gasto en el proceso de determinación de la base imponible del impuesto de primera categoría los pagos de asesorías legales en juicios tributarios por 1.400 millones de pesos. Como señala el ex Subdirector Jurídico Cristián Vargas “cometieron delito y el SII les autoriza a disminuir impuestos por lo gastado en la defensa por el delito cometido. Se les permite aprovecharse de su propio dolo. Insólito”<sup>73</sup>. Pudiera ser dis-

---

72 Contraloría General de la República, de 21 de abril de 2017, Dictamen N° 14.000.

73 NACIONAL: “Cristián Vargas, funcionario que destapó casos Penta y a SQM: ‘esta clase política institucional actuó prácticamente en forma unánime para protegerse’”. En: *Resumen*, 2020. Disponible en: <https://resumen.cl/articulos/cristian-vargas-funcionario-que-destapo-casos-penta-y-a-sqm-esta-clase-politica-institucional-actuo-practicamente-en-forma-unanime-para-protegerse>

cutible si ese desembolso debía ser un gasto aceptado o no<sup>74</sup>. No obstante, la doctrina del Servicio hasta ese minuto había sido rechazar el gasto (no admitir su deducción y someterlo a un impuesto de carácter único con tasa más elevada), por lo que no se explica la razón para cambiar de criterio respecto de este contribuyente. Más aún, si pese a que no era posible hablar de una jurisprudencia unánime, existían sentencias de los tribunales de justicia que avalaban este proceder bajo la noción del gasto necesario para producir la renta anterior a la Ley N° 21.210<sup>75</sup>. Del mismo modo se ha cuestionado el actuar del SII en el caso “SQM”, donde no se pudo continuar con la persecución penal por parte del Ministerio Público dado el modo parcial

---

74 Crítica que se considere gasto rechazado este desembolso, PEIRANO, Paola: “Derecho de defensa en causas tributarias, honorarios legales y gastos necesarios para producir la renta”. En: *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, Vol. 2, 2017, pp. 6 y ss., con cita al Oficio 2984/2016 del Director Fernando Barraza que avala la deducibilidad de los honorarios pagados por la defensa judicial por un litigio tramitado en el extranjero, pero ajustado a los valores normales de mercado. Lo relevante es que el oficio señala que “la defensa de un contribuyente asumida por un letrado, que se relacione con materias propias del giro de la empresa, ya sea en materias laborales, civiles, administrativas, tributarias, u otras materias que deba enfrentar en su giro habitual, constituye el ejercicio legítimo del derecho a defensa asegurado por la Constitución”.

75 En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de noviembre de 2013, Rol N° 2.955-2012, considerando 10° declara que la rebaja de gastos de defensa judicial que resultó exitosa para una empresa del Holding debe ser puesta en relación con la finalidad tenida en cuenta por el legislador al regular un gasto, “y que no es otra que la de un beneficio, pues permite rebajar de la renta bruta de los contribuyentes, los gastos necesarios para producirla, por lo que ciertamente para que tal beneficio sea procedente debe en primer término relacionarse con el giro de la empresa, circunstancia que por sí sola es suficiente para rechazar el argumento esgrimido por la reclamante, pues se encuentra meridianamente claro que el pago de honorarios [para la defensa en un juicio tributario] no puede ser relacionado con el giro de una empresa pesquera, cuyo es el caso de la recurrente”.

de actuación penal ejercida por el SII<sup>76</sup>. Frente a ello el persecutor oficial reaccionó señalando que –en su opinión– sí existían elementos que permitían vincular a algunos excluidos con los delitos en cuestión<sup>77</sup>.

Es más, de ello puede emanar un sentimiento social de impunidad que se ha instalado frente a delitos tributarios que usualmente se asocian a criminalidad de “cuello y corbata”. No es para nada una novedad señalar que muchos de estos grupos de élite o dueños de grandes grupos empresariales contribuyen económicamente a la financiación de campañas políticas, cuestión que puede ejercer una presión indebida en el Poder Ejecutivo para condicionar de algún modo el posible actuar penal del SII: la flexibilidad que exhibió el Servicio sobre este tipo de grupos en los casos de financiamiento ilegal de la política en dichos casos puede generar dudas sobre su legitimidad<sup>78</sup> e idoneidad para perseguir adecuadamente a los acusados por delitos tributarios con penas privativas de libertad. Especialmente si ellos pertenecen a grupos de privilegios o de grandes fortunas.

De lo anterior es que lo peligroso de esto que hemos denominado “zona de riesgo populista” se convierta en una política permanente y tolerada de indulgencia normativa en favor de ciertos grupos como, al parecer, se deja entrever en los casos citados de financiación ilegal de la política.

---

76 EL MOSTRADOR: “Caso SQM: Fiscalía decide no perseverar en investigación por platas políticas contra Peñailillo, hijos del senador Pizarro y otros 31 acusados porque no hubo querrela del SII”. En: *El Mostrador*, 2021. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2021/08/02/caso-sqm-fiscalia-decide-no-perseverar-en-investigacion-por-platas-politicas-contr-peñailillo-hijos-del-senador-pizarro-y-otros-31-acusados-porque-no-hubo-querrela-del-sii/>.

77 VERA, Diego: “SQM: Fiscalía acusa al SII y dice que habían elementos para vincular a algunos imputados con delitos”. En: *BioBioChile*, 2021. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/08/03/caso-sqm-fiscalia-admite-que-no-persevero-por-falta-de-querellas-del-sii-por-delitos-tributarios.shtml>.

78 A este respecto, en 2020, se criticó la decisión tomada por la Corte Suprema de rebajar la multa aplicada a Julio Ponce por el caso Cascadas a tres millones de dólares, mientras que, en Estados Unidos, SQM tuvo que restituir 62,5 millones de dólares. CAMPUSANO, Nataly: “Estaría preso (Ponce Lerou)”. En: *Diario Uchile*, 2021. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/01/04/estaria-presoponce-lerou/>.

En consecuencia, si la facultad del artículo 162 del Código Tributario es suprimida dejando a estos delitos bajo el régimen general, se inocuiza el peligro de que esta situación pueda derivar en una instrumentalización de la institucionalidad para favorecer a ciertos grupos como acción populista antidemocrática considerando las presiones indebidas que se pueden generar para contar con un respaldo.

## 5. CONCLUSIONES

Este artículo pretende demostrar que si bien la persecución penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público, mandado por la Constitución Política, la ley igualmente ha otorgado a órganos administrativos, como el Servicio, la potestad exclusiva y excluyente de presentar denuncias o querellas de hechos constitutivos de delitos. Sin embargo, dicha facultad ha sido cuestionada por distintas voces, principalmente, debido a la forma en que el Servicio la ha ejercido, tendiendo a perseguir solo la responsabilidad pecuniaria aun cuando se trate de hechos que tienen carácter de delito.

A lo anterior se le suma lo permeable que se torna el Servicio en cuanto se vuelca hacia un populismo institucional que se funda, por un lado, en la concentración de poder en el Ejecutivo y, por otro, al generarse una zona gris debido a la ausencia de una delimitación específica sobre la forma en que este órgano debe ejercer su potestad, trayendo consigo la posible instrumentalización de esta. Ello, además, puede generar un favorecimiento de ciertos grupos de elite que puede dar pie a la afectación del principio de igualdad, en perjuicio de otros grupos y de los intereses institucionales tanto de la persecución penal como de la determinación de tributos y su posterior recaudación.

Si ello se lee bajo la óptica del populismo antidemocrático, podremos advertir sin problemas que en los casos de anuencia del SII para dar curso a la persecución penal de ciertos delitos tributarios nos encontramos en una zona normativa de riesgo populista. En este trabajo se ha intentado justificar

esta tesis sobre la base de las diferencias que en relación con la autonomía institucional exhibe el Ministerio Público en comparación con el SII. De otro lado, las atribuciones “penales” del Servicio pueden ser vistas como una injerencia en actividades propias del Ministerio Público, trastocándose el diseño institucional de la persecución penal. Igualmente, el control de la decisión penal del Servicio es disímil y débil, si se lo compara con los mecanismos de control respecto de las decisiones que en materia de persecución penal adopta el Ministerio Público. Por último, los límites normativos para la recopilación de antecedentes en uno u otro caso son diferentes.

La supresión de la facultad concedida al SII en el artículo 162 del Código Tributario permitiría cesar esta zona de riesgo populista y, entonces, generar un refuerzo del principio de legalidad al someter la investigación de todos los delitos en su conjunto a un mismo órgano que goza de mayor autonomía y evitar posibles injerencias desde grupos de élites. Esta situación, por cierto, no elimina completamente el posible uso indebido de la persecución penal en favor de ciertos sujetos, pero sin duda mejora el diseño institucional de la persecución penal en estos casos como una limitación importante para que ello no suceda.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEMPARTE, Benjamín: “El populismo contra la democracia constitucional”. En: *Revista de Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N°19, 2012.

ARTAZA, Osvaldo: “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”. En: *Delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

AYALA, Leslie: “SII pone lápida a ‘doctrina Barraza’: director instruye querellas ‘contra todos los responsables’ y libera a Fiscalía para perseguir delitos tributarios”. En: *La Tercera*, 2022. <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/sii-pone-lapida-a-doctrina-barraza-director-instruye-querellas-contra-todos-los-responsables-y-libera-a-fiscalia-para-perseguir-delitos-tributarios/IVUF3AXA-TRC7LMSEPEIUD5IZ5I/>.

BARBERÁ, Rafael & MARTÍN DEL FRESNO, Félix: “Una aproximación al populismo en la figura de Donald Trump”. En: *VivatAcademia, Revista de Comunicación*, Madrid, N° 146, 2019.

BINDER, Alberto: *Introducción al derecho procesal penal*. Segunda edición, actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

BULL, Benedicte & SÁNCHEZ, Francisco: “Elites y populistas: los casos de Venezuela y Ecuador”. En: *Iberoamericana - Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, 49(1), 2020.

CAMPUSANO, Nataly: “Estaría preso (Ponce Lerou)”. En: *Diario Uchile*, 2021. <https://radio.uchile.cl/2021/01/04/estaria-presoponce-lerou/>.

CERNA, T: “Vocero de la Suprema cuestiona la exclusividad del SII en querellas en casos de financiamiento irregular”. En: *Emol*, 2019. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/07/08/953899/Vocero-de-la-Suprema-cuestiona-la-exclusividad-del-Sii-en-querellas-en-casos-de-financiamiento-irregular-Advierte-falta-de-acuerdos-y-choque-de-normativas.html>.

CORDERO, Luis: “La autonomía constitucional”. En: *La Semana Jurídica*, Legal Publishing, N° 34, 2001.

DUCE, Mauricio: “¿Qué significa un Ministerio Público autónomo?: Problemas y perspectivas en el caso chileno”. En: *Apuntes de Derecho*, Universidad Diego Portales, N° 9, 2001.

EL MOSTRADOR: “Caso SQM: Fiscalía decide no perseverar en investigación por platas políticas contra Peñailillo, hijos del senador Pizarro y otros 31 acusados porque no hubo querrela del SII”. En: *El Mostrador*, 2021. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2021/08/02/caso-sqm-fiscalia-decide-no-perseverar-en-investigacion-por-platas-politicas-contr-penailillo-hijos-del-senador-pizarro-y-otros-31-acusados-porque-no-hubo-querrela-del-sii/>.

FISHER, Taub: “El ejemplo de Venezuela: cómo el populismo deriva en autoritarismo”. En: *The New York Times*, 2017. <https://www.nytimes.com/es/2017/04/04/espanol/el-ejemplo-de-venezuela-como-el-populismo-deriva-en-autoritarismo.html>.

GÁLVEZ, Carolina, GIRAUDO, Catalina & GÓMEZ, Francisca: “El ejercicio de la acción penal por delitos tributarios en los países miembros de la OCDE”. En: *Anuario de Derecho Tributario*, N° 9, 2017.

GÓMEZ, Alejandro: “Facultad del director del Servicio de Impuestos Internos de denunciar o interponer querrela, y deber de motivación”. En: *Revista de Derecho Público*, N° 88, 2018.

LARA, Bernardo: “La doctrina histórica del SII en la persecución penal del delito tributario”. En: *Servicio de Impuestos Internos*, 2015. <https://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/2015/141215noti01jv.htm>.

MATURANA, Cristian & MONTERO, Raúl: *Derecho Procesal Penal*. Abeledo Perrot, Tomo I, 2010.

MAYER, Laura & NAVARRO, María Pilar: “Criminal compliance y defensa en el proceso penal: una aproximación a la luz de la Ley N° 20.393”. En: TOSO MILOS, Ángela, MAYER LUX, Laura & CORDERO QUINZACARA, Eduardo: *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MINISTERIO PÚBLICO: *Informe proceso de discusión interna en el marco del proceso constituyente*. Santiago, 2021.

MONTECINOS, Jorge: “El delito tributario ante la reforma procesal penal”. En: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 210, 2001.

NACIONAL: “Cristian Vargas, funcionario que destapó casos Penta y a SQM: ‘esta clase política institucional actuó prácticamente en forma unánime para protegerse’”. En: *Resumen*, 2020. Disponible en: <https://resumen.cl/articulos/cristian-vargas-funcionario-que-destapo-casos-penta-y-a-sqm-esta-clase-politica-institucional-actuo-practicamente-en-forma-unanime-para-protegerse>.

NÚÑEZ, Raúl & SILVA, Manuel: “La acción penal regulada en el artículo 162 del Código Tributario”. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 51, 2018.

OSSANDÓN, María Magdalena: “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N°10, 2003.

PEIRANO, Paola: “Derecho de defensa en causas tributarias, honorarios legales y gastos necesarios para producir la renta”. En: *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, Vol. 2, 2017.

PLAZA, Ignacio: *Delitos tributarios. La facultad del Servicio de Impuestos Internos para ejercer la acción penal*. Editorial Hammurabi, Santiago, 2020.

PIEDRABUENA, Guillermo: “Las potestades del Ministerio Público en la investigación de los delitos tributarios”. En: *Revista de Estudios de Derecho Público*, Vol. N° 84, 2016.

RIEGO, Cristián: “El fiscal nacional dejará su cargo el 1 de octubre, cuando cumpla 75 años, la edad límite que establece la Constitución. El fiscal regional de Los Ríos, Juan Agustín Meléndez, asumirá en calidad de suplente”. En: *El Mercurio*, 2022.

ROSANVALLON, Pierre: *El siglo del populismo*. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2020.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (SUBDIRECCIÓN JURÍDICA): *Informe Jurídico: Ejercicio de la Acción Penal por Delitos Tributarios*. Santiago, mayo de 2017. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=102731&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

VAN WEEZEL, Alex: *Delitos tributarios*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

VAN WEEZEL, Alex: “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”. En: *Política Criminal*, Vol. 12, N° 24, 2017.

VERA, Diego: “SQM: Fiscalía acusa al SII y dice que habían elementos para vincular a algunos imputados con delitos”. En: *BioBioChile*, 2021. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/08/03/caso-sqm-fiscalia-admite-que-no-persevero-por-falta-de-querellas-del-sii-por-delitos-tributarios.shtml>

VILA BALTRA, Martín: “Titularidad de la acción penal en los delitos tributarios”. En: *Anuario de Derecho Tributario*, N° 7, 2015.

ZÁRATE, Sebastián: “Autonomía del Ministerio Público”. En: *La Tercera*, 2015. <https://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/15539-profesor-sebastian-zarate-autonomia-del-ministerio-publico>

## JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del 28 de marzo de 2019, Rol N° 6.215-19.

CORTE SUPREMA, Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Rol N° 2.955-2012.

CORTE SUPREMA, Sentencia del 21 de septiembre de 2015, Rol N° 14.915-2015.

CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Sentencia del 24 de septiembre de 2012, Rol N° 1-2012.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia del 10 de junio de 2016, Rol N° 1.674-2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia del 7 de diciembre de 2017, Rol N° 4.041-2017.

TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LA REGIÓN DE LOS RÍOS, Sentencia del 10 de julio de 2012, RIT GS-11-00001-2012.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, del 21 de abril de 2017, Dictamen N° 14.000.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Circular N° 8/2010.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Circular N° 58/2022.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Oficio Circular N° 10/2015.

FISCALÍA NACIONAL, Oficio N° 487/2016.

## **PROMESAS PENDIENTES. PANORÁMICA Y ASPECTOS CRÍTICOS DE LA LEY N° 21.430, DE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA NIÑEZ<sup>1</sup>**

PENDING PROMISES. OVERVIEW AND CRITICAL ASPECTS OF LAW N° 21.430, ABOUT GUARANTEES AND PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS

Francisco Estrada Vásquez\*

### **Resumen**

El 15 de marzo de 2022 se publicó la esperada ley N° 21.430, de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, normativa que está llamada a ser la ley marco en derechos de la niñez en Chile. Este trabajo ofrece un panorama general de esta nueva ley, su estructura y características generales, los derechos y principios contenidos en ella, la regulación de la protección administrativa y las reformas a otras leyes. Luego, se plantea un análisis de cinco aspectos relevantes y problemáticos en esta normativa: la profusión de principios, la redundancia de numerosos

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 01 de noviembre de 2022 y aceptado el 10 de abril de 2023.

Una versión preliminar de este trabajo fue presentado en un seminario organizado por la Academia Judicial (Chile) el 18 de abril de 2022 y en un seminario organizado por la Asociación de Magistradas y Magistrados de Chile el 22 de julio de 2022. Las y los participantes de ambos encuentros enriquecieron con sus comentarios este documento. Agradezco asimismo los comentarios de Ester Valenzuela a un borrador de este artículo.

\* Magister en Derecho de infancia, adolescencia y familia por la Universidad Diego Portales, profesor de derecho civil en la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Investigador asociado en CIDENI. Correo electrónico para correspondencia: [festrada@uahurtado.cl](mailto:festrada@uahurtado.cl) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0487-3178>.

derechos del catálogo, la inconsistencia de diversas disposiciones, el diseño confuso del procedimiento de protección administrativa y la repetición de los problemas de diseño de las Oficinas de Protección de Derechos (OPD) en las Oficinas Locales de Niñez.

### **Palabras claves**

Derechos del niño; protección de derechos; ley de protección de la niñez.

### **Abstract**

On March 15, 2022 was published the long-awaited Law N° 21.430 on guarantees and comprehensive protection of the rights of children and adolescents, a regulation that is called to be the framework law on children's rights in Chile. This work offers an overview of this new law, its structure and general characteristics, the rights and principles contained in it, the regulation of administrative protection and reforms to other laws. Then, an analysis of five relevant and problematic aspects in this regulation is proposed: the profusion of principles, the redundancy of numerous catalog rights, the inconsistency of various provisions, the confusing design of the administrative protection procedure and the repetition of the problems of design of the Rights Protection Offices in the Local Children's Offices.

### **Keywords**

Children's rights; protections rights; child protection law.

*“Me fui a la despensa, hurté unas vituallas y unos panes y busqué la salida  
del orfelinato.  
Cuando iba a cruzar el patio que separaba al convento de la calle,  
vi un palo de escoba apoyado en una vieja y larga palmera.  
Se me ocurrió que sería muy agradable salir mundo adentro montado en un  
palo de escoba.”*

Alfredo Gómez Morel, El Río.

## 1. INTRODUCCIÓN

La idea de los niños como sujetos que tienen derechos y no solo son merecedores de la benevolencia adulta constituye una idea de reciente data. Tan solo a mediados del siglo pasado H.L.A. Hart afirmaba que hablar de derechos de los niños era un “uso ocioso” de la expresión “derecho”.<sup>2</sup> Le correspondería a uno de sus discípulos más eminentes, el profesor Neil McCormick, la refutación de ese planteamiento. Los derechos del niño podían ser empleados justamente como una prueba para sopesar las diversas teorías sobre los derechos.<sup>3</sup> El lenguaje de los derechos referido a la niñez cambia la forma jurídica con que la humanidad históricamente configuró la relación con esta población, el de la propiedad.<sup>4</sup>

¿Cómo fue, entonces, que llegamos a esa idea? En las elocuentes palabras de Emilio García Méndez, “la Convención Internacional de Derechos del Niño fue pensable porque había en curso, y hay en curso, un proceso que puede denominarse de democratización de las relaciones familiares. La Convención es necesaria porque ese proceso está incompleto.”<sup>5</sup> En este desarrollo el innovador trabajo de Ariés<sup>6</sup> desempeñó un rol muy relevante y fundacional al plantear a la infancia como una construcción social, un fenómeno humano y no de la naturaleza.

Esa dinámica cristalizó en la larga década de trabajo de discusión que generó la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante, la Convención), el primer tratado de derechos humanos respecto del sujeto

---

2 HART, H.L.A.: “¿Existen los derechos naturales?”. En: *Estudios Públicos*, núm. 37°, 1990, pp. 45-61.

3 MACCORMICK, Neil: “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”. En: *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 5°, 1988, pp. 293-306.

4 FREEMAN, Michael: “Taking children’s human rights seriously. En: Todres, Jonathan y King, Shami M., eds.: *The Oxford Handbook of children’s rights law*, Oxford University Press, 2020, pp. 49-69.3, 360-388.

5 GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: “De las relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina (1989-2009)”. En: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 3°, núm. 1, 2011, pp. 117-141.

6 ARIÉS, Philip: *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, 1992 (Primera edición: *L’enfant et la vie familiale sous l’ancien régime*, Librairie Plon, París, 1960), *passim*.

infancia. Un texto que Adam Lopatka, Presidente del Grupo de Trabajo redactor, estimaba contenía “estándares moderadamente ambiciosos”<sup>7</sup> que, aunque criticados por su moderación, permitieron construir amplios consensos y también identificar ámbitos en los que esto no era posible.<sup>8</sup> La Convención, para decirlo con la precisión de Isabel Fanlo, inaugura “la idea según la cual el niño es sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar.”<sup>9</sup>

Esta poderosa y novedosa idea presenta complejidades en razón de las condiciones del sujeto niñez, caracterizado desde el ordenamiento jurídico por lo que le falta, por aquello de que adolece y, en consecuencia, tratado como un incapaz. La situación de los niños se suele describir desde la imposibilidad que ellos tienen de ejercer con éxito los derechos que les puedan corresponder como seres humanos (Garzón Valdés).<sup>10</sup> De ahí la necesidad de configurar en los sistemas jurídicos un conjunto de deberes a su respecto, los que podemos categorizar, siguiendo en esto a O’Neill<sup>11</sup>, en las siguientes clases:

- i) deber universal de no lesionarlos o abusar de ellos;
- ii) deberes universales perfectos, donde se especifica quién está sujeto a la obligación y quién es el destinatario de la misma;

7 LOPATKA, Adam: “Introduction”. En: Office of High Commissioner for Human Rights [OHCR]: *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I, United Nations, 2007, p. xli.

8 Sobre la génesis de la Convención vid. CANTWELL, Nigel: “Words that speak volumes”. En: Zermatten, Jean y Panayotidis, Anastasia, eds., *18 candles. The Convention on the Rights of the Child reaches majority, Institut international des droits de l’enfant*, 2007, pp. 21-30, y OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS [OHCR]: *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I y Vol. II, United Nations, 2007, passim.

9 FANLO, Isabel: “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate”. En: *Justicia y derechos del niño*, núm. 9, 2007, pp. 159-178.

10 GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Desde la «modesta propuesta» de J. Swift hasta las «casas de engorde». Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”. En: *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pp. 731-743.

11 O’NEILL, Onora: “Children’s rights and children’s lives”. En: *Ethics*, vol. 98 núm. 3, 1988), p. 447.

iii) deberes universales fundamentales, en el sentido de que no derivan de ninguna otra pretensión y no dependen de arreglos sociales o políticos específicos;

iv) deberes imperfectos, que carecen de respectivo correlato en los derechos pero que, sin embargo, tienen importancia por lo que respecta a la calidad de vida de los niños.<sup>12</sup>

El 15 de marzo de 2022 se publicó en el Diario Oficial la esperada ley N° 21.430, de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, norma llamada a ser el marco jurídico de derechos de la niñez ya que puede ser concebida como el instrumento marco que contiene justamente el conjunto de deberes que O'Neill propone, en el ordenamiento jurídico interno chileno.

En las páginas que siguen vamos a ofrecer un panorama general de esta nueva ley para luego plantear un análisis dogmático de cinco aspectos relevantes y problemáticos en esta normativa. Es un estudio que se desarrolla sin que exista aún literatura sobre la ley N° 21.430<sup>13</sup>, de ahí el esfuerzo de ofrecer una panorámica antes de empezar al análisis particularizado.<sup>14</sup>

Las hipótesis que enmarcarán este examen son (i) que esta ley contiene promesas que no logra cumplir y (ii) que, a pesar de esta insuficiencia, configura un piso mínimo para futuros desarrollos.

---

12 Sigo aquí la traducción y síntesis de Garzón Valdés (1994), p. 738.

13 Un texto con comentarios fue elaborado antes de que culminase su tramitación legislativa: RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis, eds.: Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Tirant lo Blanch, 2022.

14 Este paper es parte de una línea de investigación donde próximamente se desarrollarán trabajos más particularizados.

Estos objetivos del trabajo se abordarán mediante la utilización de distintas estrategias metodológicas propias de las ciencias jurídicas: método analítico y dogmático, para lo cual se apoyará en una exhaustiva revisión de la literatura especializada, nacional e internacional.

## 2. PANORAMA GENERAL DE LA LEY N° 21.430

Entre marzo de 1990 y marzo de 2023 contabilizamos 105 leyes sobre derechos de la niñez completa revisión de la legislación sobre niñez dictada en Chile.<sup>15</sup> Este largo proceso de adecuación del ordenamiento interno a la Convención ha sido desarrollado, como agudamente anota Maldonado, “en forma parcial e inorgánica, abordando solo trazos específicos y desconectados entre sí que no dan cuenta de la integralidad y plenitud del compromiso asumido”<sup>16</sup>. La ley n° 21.430 es, así, parte de una ambiciosa agenda de reforma legal<sup>17</sup> con vistas a superar el llamado modelo tutelar de la situación irregular. Como es sabido, en América Latina este modelo<sup>18</sup> fue erigido en derredor de un juez de menores con amplias facultades<sup>19</sup>, donde la internación era la medida más extensa<sup>20</sup> e intensamente aplicada<sup>21</sup> siguiendo en todo esto la

15 El conteo de Trufello es de 50 leyes. TRUFELLO, Paola: *Legislación infancia (1989-2019). Tratados internacionales y legislación*. Asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional, 2020. Nuestro listado está en vías de publicación.

16 MALDONADO, Francisco: “Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad”. En: *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, p. 211. Una revisión crítica del período de los años noventa en Muñoz Guzmán, Carolina: “Por el “re-conocimiento” de la infancia”. En: *Persona y sociedad*, vol. XVII, núm. 3, 2003, pp. 283-300.

17 UNICEF: *Análisis de la situación de las niñas, niños y adolescentes en Chile. Informe final SITAN*, Santiago, Centro de Sistemas Públicos y CIDENI para UNICEF Chile, 2022, p. 18.-25.

18 Un exhaustivo panorama del modelo en BELOFF, Mary: “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. En: *Justicia y derechos del niño*, vol. 1, 1999, pp. 9-21.

19 GAJARDO, Samuel: *Los derechos del niño y la tiranía del medio ambiente (Divulgación de la Ley 4.447)*. Santiago, Imprenta Nascimento, 1929, pp. 38-40.

20 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. IIN, 2013.

21 CILLERO, Miguel: “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”. En: Pilotti, Francisco, coord., *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño 1994, pp. 75-138.

experiencia de “los salvadores del niño”<sup>22</sup> y del primer tribunal de menores en Chicago.<sup>23</sup> El modelo de la protección integral exigía una nueva cultura que, en palabras de la destacada profesora Mary Beloff, “no propone un cambio en el nivel de los significantes (o al menos no solo y fundamentalmente), sino que propone un cambio absoluto en el nivel de los significados.”<sup>24</sup> De este abigarrado corpus ha ido emergiendo un nuevo derecho de la niñez<sup>25</sup> y adolescencia del que la ley N° 21.430, como ya dijimos, está llamada a ser su marco normativo orientador.

## 2.1. Estructura y características generales

La Ley contiene 88 artículos y 5 disposiciones transitorias. Se estructura en 6 títulos, siendo el Título II (Principios, Derechos y Garantías) el más extenso con 51 artículos.

Una lectura más atenta permite distinguir con claridad tres grandes partes: La primera, en que se enuncian principios y derechos, una segunda parte, destinada a la protección administrativa, donde se establece el rol de las Oficinas Locales de Niñez y el procedimiento administrativo, y una tercera parte donde se estatuye el sistema de garantías, sus instituciones y su funcionamiento.

Como es costumbre en las leyes importantes en Chile los artículos contienen un epígrafe que facilita la comprensión y la interpretación. En varias normas se recurre a macroartículos que duran varias páginas conteniendo

---

22 PLATT, Anthony: *Los «salvadores del niño» o La invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México D.F., 1988, pp. 36-37.

23 CORTÉS, Julio: “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente”. En: *Justicia y derechos del niño*, vol. 1, 1999, pp. 63-78.

24 BELOFF, Mary: *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 6.

25 Una pionera mirada desde el derecho civil en Gómez de la Torre, Maricruz: “El nuevo derecho de la niñez”. En: *Estudios de derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Jurídica de Chile, 2008, pp. 435-442.

numerosos párrafos (incisos) en los que se regulan muy distintas cuestiones. Esto constituye un defecto en materia de técnica legislativa ya que dificulta la elucidación de los enunciados, su didáctica y su exégesis.

El cuerpo normativo es *sui generis* en el ordenamiento jurídico nacional pues regula una diversidad de cuestiones que se refieren a un segmento significativo de la población, pero solo a un nivel general, poco específico en su mayoría. El Mensaje con que el Ejecutivo inició la tramitación de este estatuto indicaba:

Este proyecto pretende dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas<sup>26</sup>.

Y explícitamente se indicaba que era “una ley marco” llamada a sentar “las bases generales del sistema de garantías de los derechos de la niñez”<sup>27</sup>.

El art. 1° nos dice que el objeto de la ley es “la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes”.

Para lograr lo anterior, el inciso 2° crea el “Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a

---

26 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL [BCN]: Historia de la Ley 21.430, 2022, p. 3.

27 Ibid, p. 6

respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, niñas y adolescentes, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado”.

Este sistema constituye una articulación institucional que reúne, “entre otros”, a: los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración del Estado, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y las instituciones señaladas en el Título IV de la presente ley que, en el ámbito de sus competencias, deban ejecutar acciones de protección, promoción, prevención, restitución o reparación ...”

## 2.2. Principios

El párrafo 1° del Título II, regula, entre los artículos 16 a 22, los diecisiete principios del nuevo sistema.

Cuadro 1: Listado de Principios

| Principio  | Artículo |
|--|----------|
| 1. Sujeto de derechos  | art. 6   |
| 2. Interés superior del niño, niña o adolescente                                     | art. 7   |
| 3. Igualdad y no discriminación arbitraria   | art. 8   |
| 4. Fortalecimiento del rol protector de la familia                                   | art. 9   |
| 5. Derecho y deber preferente de los padres y/o madres a educar y cuidar a sus hijos | art. 10  |
| 6. Autonomía progresiva  | art. 11  |
| 7. Efectividad de los derechos   | art. 12  |
| 8. Perspectiva de género   | art. 13  |
| 9. Responsabilidad de la Administración del Estado                                   | art. 14  |
| 10. Protección Social de la Infancia y Adolescencia                                  | art. 15  |
| 11. Prioridad  | art. 16  |
| 12. Progresividad y no regresividad de derechos                                      | art. 17  |
| 13. Participación Social   | art. 18  |
| 14. Inclusión  | art. 19  |

|   |         |
|---|---------|
| 15. Difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes | art. 20 |
| 16. Intersectorialidad  | art. 21 |
| 17. Participación y colaboración ciudadana                      | art. 22 |

Fuente: Elaboración propia

De este largo listado es posible destacar cinco principios como los más relevantes.

A) Interés superior del niño, niña o adolescente (art. 7). Un principio cuya aplicación por tribunales chilenos ha sido objeto de diversos reproches por el sistema internacional<sup>28</sup>, que se ha integrado a la jurisprudencia nacional<sup>29</sup> y a la normativa interna<sup>30</sup>.

El art. 7 en su primer inciso reproduce la noción tridimensional ya propuesta por el Comité de derechos del niño (en adelante, Comité DN) en el numeral 6 de la OG N° 14 y que fue prontamente citada por nuestra jurisprudencia.<sup>31</sup> En el inciso 2° propone como conceptualización “la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos”,

28 Corte IDH: Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, Comité de DN, Dictamen contra Chile por situación de niños y niñas en residencias 1 de junio de 2018 y Comité de DN, Dictamen contra Chile por infracción al art. 3° (ISN) en relación con los arts. 9 y 23 de la CDN, 16 de junio de 2022

29 ESTRADA, Francisco: “Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas”. En: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), núm. 8, 2015, pp. 155-184; DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (eds.): *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*, Poder Judicial, Santiago, 2019. Recientemente se ha publicado una Guía para aportar en el proceso de determinación judicial del principio: CILLERO, Miguel, VALENZUELA, Ester, LARRAÍN, Soledad, LATHROP, Fabiola, ESTRADA, Francisco, QUESILLE, Anuar, y GONZÁLEZ, Juan Pablo: *Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo*. CIDENI para Unicef, 2022.

30 GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, ob. cit., pp. 436-440. Y RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015, pp. 903 - 934.

31 A modo de ejemplo: Corte Suprema, 8 de junio de 2015, rol N° 27.304-2014 y Corte Suprema, 6 de junio de 2016, rol N° 32.128-2015.

noción heredera de la planteada en los años noventa por Cillero<sup>32</sup> y que aparece, con variaciones en su fraseo, en el art. 2° de la ley N° 20.084 y en otras legislaciones latinoamericanas<sup>33</sup>. El inciso 3° desarrolla la dimensión de principio interpretativo, siguiendo en esto la OG N° 14, N 6, b). El inciso 4° lo aborda en cuanto principio procedimental y para esto emplea ideas de la OG N° 14, N 6, c).

El inciso 5° es el más relevante. Siguiendo la técnica de listado de criterios, recomendada por el Comité DN<sup>34</sup> y ya empleada en otras legislaciones<sup>35</sup>, contiene nueve criterios que deben estructurar la fundamentación del uso de este principio. Serán necesarios futuros estudios que delimiten estos criterios y que revisen el uso que consideraciones semejantes han concitado en la jurisprudencia comparada<sup>36</sup>.

---

32 CILLERO, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y derechos del niño*, núm. 1, 1999, pp. 45-62. Una revisión más contemporánea del principio en CILLERO, Miguel: “La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo.” En: Martínez, Clara (coord.): *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, 2016, pp. 85-121.

33 A modo de ejemplo: art. 3° de la Ley N° 26.061 (Argentina), art. 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia Ley N° 1098, 8 de noviembre de 2006 (Colombia), art. 6° del Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 17.823 (Uruguay) y art. 8° de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de 2016 (Venezuela).

34 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14, 2013, N°s. 50 y 51.

35 Reino Unido: Ley del menor, art. 3; Argentina: Ley N° 26.061, art. 3; España: Ley Orgánica de Protección del Menor (reformada el 2015), art. 2; Bolivia: Ley N° 548, de 17 de julio de 2014, art. 12 a);

36 ROCHA, Martín: “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 15 y ss. Y MARTÍNEZ, Javier: “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015, pp. 198 - 206.

B) No Discriminación (art. 8). Su ubicación en el párrafo de los principios no es pacífica porque en la doctrina se le califica con una doble naturaleza<sup>37</sup> al poseer un perfil más cercano al de derecho.

La regulación en este artículo contiene más categorías sospechosas<sup>38</sup> que en otros cuerpos normativos por lo que constituye, en ese sentido, una indudable mejora y fortalecimiento del derecho. El problema es que el articulado no esclarece su relación con la otra normativa que regula este derecho, la ley N° 20.609, conocida como Ley Zamudio que cuenta con un propio mecanismo de reclamación<sup>39</sup>. Queda entonces montado un sistema doble, que no resuelve con claridad ante quién se reclama cuando se produce una infracción a este derecho en los términos del art. 8° ¿Se va al juzgado de familia, según el procedimiento de aplicación de medidas de protección? ¿a la Oficina Local de Niñez, conforme al procedimiento de protección administrativa? ¿O ante el juzgado civil, según dispone la Ley N° 20.609? Y es que la referencia a los tratados internacionales como fuentes de deberes de no discriminación debe considerar, como advierte Vial que en varios de ellos<sup>40</sup> se contienen cláusulas que abren los catálogos de categorías sospechosas “lo que permite a las partes y órganos ejecutores una interpretación evolutiva de aquellos”<sup>41</sup>. Y entonces podría entenderse que las nuevas categorías

---

37 NOGUEIRA, Humberto: “El derecho a la igualdad”, cit. También recientemente anota esta doble dimensión de la igualdad CODDOU, Alberto: “Derecho a la igualdad ante la ley”. En: Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, eds., *Curso de derechos fundamentales*, Santiago, Tirant lo Blanch, 2020, p. 243.

38 Con esta expresión se alude en doctrina “a ciertas propiedades, características, rasgos o condiciones predicables de las personas que en los hechos o en el Derecho han estado históricamente relacionadas con un trato discriminatorio, como el sexo o la raza.” DÍAZ, Luis Iván: “Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”. En: *Revista chilena de derecho*, vol. 40, núm. 2, 2013, pp. 635-668.

39 MUÑOZ, Fernando: “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, núm. 2, 2015, pp. 145-167.

40 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos.

41 VIAL, Tomás: “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”. En: *Anuario De Derechos Humanos*, núm. 9, 2013, p. 188. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i9.27043>

introducidas en el art. 8 quedan incorporadas a través de esa ampliación lo que, por consiguiente, haría posible el amparo jurisdiccional del art. 8 en sede civil invocando la ley N° 20.609.

Otra cuestión que el artículo no deja bien resuelta se refiere al curso de acción cuando la discriminación se produce en sede justicia de familia. ¿Cuál sería el tribunal competente? ¿Se aplican reglas generales de recusación? El insuficiente abordaje de estos aspectos puede debilitar el valioso aporte de esta disposición.

C) Participación. El art. 18 consagra la participación social de niñas, niños y adolescentes y el art. 28 regula el derecho a ser oído reiterando las ideas del art. 12 de la Convención. Este derecho ha sido objeto de atención en la justicia de familia<sup>42</sup> y su reforzamiento respecto a la administración es valioso.

D) Autonomía Progresiva (art. 11). Con razón Lovera advertía que “conceder titularidad sin autonomía de ejercicio, en otras palabras, nos vuelve a situar en el mismo punto de partida en que nos encontrábamos cuando los derechos no les eran reconocidos a los niños y adolescentes”.<sup>43</sup> Y es que acierta Freeman al sostener que “una teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no solo la igualdad [de dignidad y de derechos],

---

42 VARGAS, Macarena y CORREA, Paula: “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”. En: *Ius et Praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 177-204, passim; TRONCOSO, María Olga y PUYOL, Carolina: “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oído en tribunales de familia: Una aproximación psicojurídica”. En: *Praxis. Revista de Psicología*, vol. 16, núm. 25, 2014, pp. 89-105, passim; ESTRADA, Francisco: “Principios del”, cit., pp. 168-172.; PINTO, Jimena: *El niño: sujeto de derechos en la justicia de familia. El derecho a ser oído en Chile*, Hammurabi, Santiago, 2019, passim; LEPIN, Cristián y LAMA, Beatriz: “La participación de los niños en el juicio de familia. el mito del derecho a ser oído”. En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 770-793, passim; KRAUSZ, Alejandro: *Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia de Chile*, Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2021, passim.

43 LOVERA, Domingo: “Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 11, 2009, pp. 11-54.

sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes”<sup>44</sup>.

El art. 11, luego de reiterar el art. 5 de la Convención declara que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protagonistas activos de sus vidas, y para ello requieren experimentar el balance permanente entre la autonomía para el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección.

Ravetllat estima que pese a esta declaración, la forma en que se configura el catálogo de derechos no supera la mirada capacitista propia de la civilística patrimonial<sup>45</sup>.

E) Fortalecimiento del rol protector de la familia (art. 9, 10 y 27). Se establece este principio en el art. 9, se lo complementa en el art. 10 señalando el derecho preferente de padres y/o madres de educar, cuidar, proteger y guiar a sus hijos, y el deber de hacerlo permanentemente, de modo activo y equitativo, sea que vivan o no en el mismo hogar con sus hijos<sup>46</sup>. Y en el art. 27 se regula extensamente el derecho a vivir en familia reiterando lo que ya se había declarado en el art. 24 de la ley N° 21.302 (que crea el Servicio de Protección Especializada) en orden al carácter excepcional de la separación y de los cuidados alternativos<sup>47</sup>, incorporando explícita referencia

---

44 FREEMAN, Michael: “Tomando más en serio los derechos de los niños”. En: *Revista de Derechos del Niño*, núms. 3 y 4, 2006, pp. 251- 271.

45 RAVETLLAT, Isaac: “Derechos civiles y políticos en la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia”. En: Ravetllat, Isaac y Aguilar, Gonzalo, eds., *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 194.

46 Un análisis en detalle en ÁLVAREZ, Rommy: “Derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, derecho a la identidad y derecho a conocer los orígenes. Un contexto para la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia”. En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds., *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 279-317.

47 ESTRADA, Francisco: “Vino viejo, odre viejo, nueva etiqueta. Una panorámica a la ley del nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la*

a las Directrices de cuidado alternativo<sup>48</sup> y agregando, en el inciso 4°, una exigencia adicional de cercanía de la medida (“se encuentre lo más cerca de su lugar de residencia habitual”), de difícil control dado el mecanismo de derivación contemplado en el art. 19 de la ley N° 21.302.

### 2.3. Derechos

El párrafo 2° del Título II regula, entre los artículos 23 a 55, los derechos y garantías del nuevo sistema. El catálogo contiene derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, conforme la tradicional clasificación. Pero también incluye derechos de tercera o cuarta generación, como al medio ambiente.

En materia de derechos políticos el texto se inscribe en lo que Lovera denomina una “ciudadanía constitucional de la infancia”, noción más amplia que la tradicional que enfatiza la cuestión electoral, tomando como base el reconocimiento de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos<sup>49</sup>. Esto, con la advertencia de que diversas frases de reenvío a la “legislación vigente” debilitan los avances que devienen en promesas. Así ocurre -argumenta sólidamente Ravetllat- con la titularidad del derecho de asociación<sup>50</sup>.

Ante la ausencia de derechos de la niñez y adolescencia a nivel constitucional -como ha comenzado a ser frecuente en la región<sup>51</sup>- esta ley pretende suplir ese déficit con la configuración de una serie de derechos fundamentales, pero a nivel legal.

---

*Adolescencia* (edit. por I. RAVETLLAT y G. AGUILAR), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 357-393.

48 LATHROP, Fabiola: “El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales en Chile”. En: Domínguez Hidalgo, Carmen (coordinadora): *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 397-410.

49 CILLERO, Miguel: “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”. En: *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, 1997, passim.

50 RAVETLLAT, Isaac: “Derechos civiles y políticos ...”, p. 208.

51 LATHROP, Fabiola: “Niñas, niños y adolescentes privados de cuidado parental: reconocimiento constitucional del derecho a la vida familiar en América Latina”, en VV.AA.: *Familia, infancia y constitución* (edit. por M. CILLERO, E. VALENZUELA, y J. P. GONZÁLEZ),

Cuadro Listado de derechos en la ley N° 21.430

| <b>Derechos Civiles y Políticos</b>   | <b>Artículo</b> |
|---|-----------------|
| Derecho a la vida   | art. 24         |
| Derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado   | art. 25         |
| Derecho a la identidad  | art. 26         |
| Derecho a vivir en familia  | art. 27         |
| Derecho a ser oído  | art. 28         |
| Libertad de expresión y comunicación  | art. 29         |
| Libertad de pensamiento, conciencia y religión  | art. 30         |
| Libertad de asociación y reunión  | art. 31         |
| Derecho a la participación  | art. 32         |
| Derecho a la vida privada y a la protección de datos personales                                   | art. 33         |
| Derecho a la honra, intimidad y propia imagen   | art. 34         |
| Derecho a la información  | art. 35         |
| Derecho a la protección contra la violencia   | art. 36         |
| Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil | art. 37         |
| Libertad personal y ambulatoria   | art. 49         |
| Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización  | art. 50         |
| Derechos económicos, sociales y culturales  |                 |
| Derecho a la salud y a los servicios de salud   | art. 38         |
| Derecho a atención médica de emergencia   | art. 39         |
| De la información sobre la salud y el consentimiento informado                                    | art. 40         |
| Derecho a la educación  | art. 41         |
| Derecho a la atención a la diversidad educativa   | art. 42         |
| Derecho a la seguridad social   | art. 43         |
| Derecho a la recreación, al deporte y a la participación en la vida cultural y en las artes       | art. 44         |
| Medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años    | art. 45         |

---

Thomson Reuters, CIDENI y O'Neill Institute, Santiago, 2022, pp. 132-136.

|  |         |
|--|---------|
| Protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley | art. 51 |
| Niños, niñas y adolescentes con necesidad de protección internacional  | art. 52 |
| <b>Derechos novedosos</b>  |         |
| Zonas y equipamientos recreativos  | art. 46 |
| Derechos y deberes en el espacio urbano  | art. 47 |
| Medio ambiente   | art. 48 |
| Protección y defensa como consumidores y usuarios  | art. 53 |
| Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de niños, niñas o adolescentes  | art. 54 |
| De la publicidad   | art. 55 |

Fuente: Elaboración propia

Dentro de la categoría de los derechos civiles y políticos, cabe llamar la atención respecto al engrosamiento con que se regula el derecho a la identidad en el art. 26, en particular en su inciso 2° cuando dispone que este derecho comprende “preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género”. Esta disposición estatuye un derecho que no contaban con una declaración tan amplia y vigorosa. Con esta nueva potestad, en consonancia con el principio de la autonomía progresiva, en sede educacional se ven limitadas las facultades de los establecimientos para imponer, sin mayor fundamento pedagógico (el único permitido por los fines de dicha institución), ciertos estilos de cortes de pelos en contra de otros. Es razonable que las escuelas regulen aspectos de disciplina que permitan el funcionamiento normal. Pero parece bastante claro que no hay relación entre disciplina y pelo corto o largo. Lo que sí hay es la tradición de un cierto estilo de disciplina, de modelo militar. Un modelo que poco tiene que ver con la mayoría de los valores propios de los sistemas pedagógicos más prestigiosos. Resulta razonable que algunos alumnos prefieran mantener el corte de pelo dentro de lo que ellos -y no un adulto- definan como parte de su identidad. Esto es particularmente relevante en la etapa adolescente donde

el proceso de individuación pasa justamente por la configuración de rasgos idiosincráticos que van desde el lenguaje a la apariencia física. Permitir que alumnos y alumnas decidan el largo de su pelo no alterará ningún proceso disciplinario sino que, cosa distinta, se alinearán con las declaraciones sobre reconocimiento a la autonomía progresiva y a la calidad de sujeto de derechos. A esto se suma, como argumento positivo, la forma en que se regulan limitaciones a las potestades de autoridad educacional en el art. 41.8:

El Comité de derechos del niño ha pedido que Chile “garantice que los niños puedan ejercer el derecho a expresar libremente su opinión y a organizarse con sus compañeros sin ser objeto de un trato violento y derogue la Ley núm. 21.128 (Ley Aula Segura) y su aplicación en las escuelas por parte de los directores”<sup>52</sup>.

En el art. 30 se regula la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho de la máxima complejidad regulatoria porque pone en tensión el derecho preferente de los padres a criar y orientar con la autonomía progresiva. Tan difícil es construir un estatuto específico que fue un punto que arriesgó que el grupo de trabajo no alcanzase acuerdo y no se contase con texto de la Convención<sup>53</sup>. La dificultad persiste y el texto del artículo no entrega directrices para superar esa tensión que permanece irresuelta. Parece que en caso de conflicto entre adolescente y padres o adultos responsables de su cuidado deberá recurrirse al listado de criterios del art. 7 inc. 5° para su elucidación.

Con respecto a la libertad de expresión y de pensamiento conviene relevar las recomendaciones recientes del Comité de Derechos del Niño a Chile:

---

52 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6° y 7° combinados de Chile*. CRC/C/CHL/CO/6-7, 2022, N° 17.

53 BREMS, Eva: “Article 14: The right to freedom of thought, conscience and religion”, en: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden), 2006, p. 1.

a) Vele por que los protocolos, orientaciones y procedimientos relativos a la gestión de las protestas públicas, la detención de niños, el uso excesivo de la fuerza, el acoso y la violencia sexual durante las manifestaciones pacíficas se ajusten a la Convención y por que se aplique en la práctica y en todo momento el derecho de los niños a reunirse pacíficamente<sup>54</sup>.

## 2.4. Derechos novedosos

Las disposiciones que regulan cuestiones que no contaban con normativa antes son las siguientes:

A) En materia de derecho del consumidor: los arts. 53, 54 y 55 estatuyen deberes mínimos para el Estado, su institucionalidad, la sociedad civil y las empresas. Se consagra, así, el derecho de la niñez a que “los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, velen por la protección y defensa de sus derechos e intereses como consumidores de bienes y usuarios de servicios, públicos y privados, tomando en consideración sus necesidades y características particulares en la interpretación y aplicación de la normativa aplicable.” Como anota López<sup>55</sup>, el derecho chileno carecía de reglas específicas sobre publicidad y derechos de la niñez y el art. 55 entonces contiene disposiciones innovadoras que procuran delimitar esta actividad.

B) En materia medioambiental: el art. 48 innova al reconocer un derecho hoy inexistente en nuestro ordenamiento a vivir en “un medio ambiente saludable y sostenible, a conocerlo y a disfrutar de él” y al disponer exigencias para el Estado y sus organismos entre las que se cuenta la inclusión de esta temática en la Política Nacional de Niñez y en su Plan de acción.

---

54 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6° y 7° combinados de Chile*. CRC/C/CHL/CO/6-7, 2022, N° 17.

55 LÓPEZ, Patricia: “La propiedad comercial y el niño, niña y adolescentes en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable”. En: *Vniversitas*, núm. 70, 2021, p. 1.

C) En materia de ciudades amigables con los niños: Aguilar-Farías et al (2022)<sup>56</sup> remarcan el que niños, niñas y adolescentes dependen en gran medida de las decisiones, opciones y oportunidades a las que están expuestos según el contexto en el que nacen y se desarrollan junto a sus familias, y este contexto espacial incide preponderantemente en su bienestar. Los artículos 46 y 47 reconocen el derecho “a desplazarse, disfrutar y desarrollarse socialmente en su entorno urbano, así como a disfrutar de él” y que en la “disposición de los espacios y zonas recreativas públicas debe tomar en consideración la diversidad de necesidades de entretención y de juego, en atención a los grupos de edad de los niños, niñas y adolescentes.” Se agrega un deber de participación de la niñez en “el diseño y la configuración de estos espacios”.

## 2.5. Protección administrativa

El procedimiento de protección administrativa se regula principalmente en el Título III, en los artículos 58 a 74, con especial foco en el procedimiento mismo establecido en el art. 72.

Se mantiene la ambigüedad y vaguedad en la caracterización del presupuesto básico de vulneración que la doctrina ya ha criticado<sup>57</sup>.

El sistema de garantías a nivel local tiene en las Oficinas Locales de Niñez (en adelante OLN) a su actor principal. Conforme al art. 57 las OLN son uno de los medios a través de los cuales se ejecuta la protección integral de niño, niñas y adolescentes, a partir de una red intersectorial, regional y comunal

---

56 AGUILAR-FARÍAS, Nicolás, ROMÁN, Francisca, CORTINEZ-O'RYAN, Andrea, CÁRCAMO-OYARZÚN, Jaime, CERDA, Álvaro, TOLEDO-VARGAS, Marcelo, MIRANDA-MÁRQUEZ, Sebastián, CORTÉS-MORALES, Susana y BALBOA-CASTILLO Teresa: “Redrawing Cities with Children and Adolescents: Development of a Framework and Opportunity Index for Wellbeing—The REDibuja Study Protocol”. En: *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 19, núm. 9, 2022, p. 5312.

57 DOMÍNGUEZ, Carmen: “Hacia un concepto de vulneración de derechos”. En: Domínguez, Carmen, coord., *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 411-434 y ESTRADA, Francisco: “Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas.” En: *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 28, 2018, pp. 1-50.

junto a los organismos públicos regionales y comunales competentes, estando la Subsecretaría de la Niñez a cargo del nivel nacional y de la supervigilancia de las OLN. Luego, el art. 63 inc. 4° indica que las OLN deben contar “con espacios adecuados que aseguren la confidencialidad pertinente, para que cualquier persona, niño, niña o adolescente pueda denunciar los hechos referidos en el inciso primero.” El art. 65 preceptúa que es deber del Ministerio de Desarrollo Social y Familia establecer Oficinas Locales de la Niñez “con competencia en una comuna o agrupación de comunas, a lo largo de todo el territorio nacional”, e indica como finalidad de estas unidades estar a cargo de “la protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de la promoción de los mismos, la prevención de vulneraciones y la protección de sus derechos, tanto de carácter universal como especializada, mediante acciones de carácter administrativo.”

Su coordinación y supervisión corresponde al Ministerio de Desarrollo Social y Familia, a través de la Subsecretaría de la Niñez.

## **2.6. Reforma de otras leyes**

Las reformas son de carácter meramente adecuatorio. Lo más significativo en este sentido es que la ley de Tribunales de Familia no recibe ninguna modificación sustantiva:

Se inserta una referencia a esta ley en el art. 68 y se añade la exigencia de intervención del abogado del niño en los procedimientos de aplicación de medidas de protección y en el de violencia intrafamiliar.

La norma del art. 68 pretende “evitar conflictos de competencia” entre judicatura y Oficinas Locales de Niñez sin embargo la remisión que el art. 68, antes de la reforma, hacía a la ley aludía básicamente a la ley de menores, donde en su art. 30 se contiene el elenco de medidas de protección. La voz “ley” ahora reenvía a la Ley de garantías donde no hay ningún catálogo de medidas de protección jurisdiccionales sino solo administrativas (art. 68).

Por otro lado, la inserción de un nuevo requisito de validez (“intervención del abogado del niño, niña o adolescente”) es insuficiente al no construir estándares para ese abogado y resulta confusa al alterar la nomenclatura acá pero dejar incólume el art. 19 de la Ley de Tribunales de Familia, donde se habla de curador ad litem, no de abogado del niño, además de constituir un castigo al procedimiento -y a las partes- sin hacer responsable a ningún actor institucional.

En otro aspecto crítico, el Tribunal Constitucional, en varias sentencias<sup>58</sup> declaró inaplicables, por inconstitucionales, partes de los artículos 102 E, H, I, J y K de la Ley N° 19.968 dejando en la confusión a la judicatura ante la actuación frente a adolescentes por faltas contravencionales. La cuestión la ha examinado con detalle la profesora Nel Greeven.<sup>59</sup> Llama la atención que el legislador se desentienda de este conflicto normativo declarado al más alto nivel y no ofrezca solución al asunto.

Finalmente, la Ley de garantías y protección no solo no deroga la Ley de Menores de 1967 (aunque ideológicamente de 1928) sino que ni siquiera modifica sus normas, con lo cual persisten alusiones en la Ley N° 16.618 a los “menores en situación irregular.” Es difícil de entender esta decisión del legislador. Han sobrado los estudios y minutas respecto de las medidas a tomar para que la derogación no desprevea al ordenamiento de regulaciones necesarias.<sup>60</sup>

---

58 Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016, rol N° 2791-14 y Tribunal Constitucional, 4 de marzo de 2016, rol N° 2743-14.

59 GREEVEN, Nel: “Análisis crítico de la regulación del procedimiento contravencional ante los tribunales de familia”. En: *Revista de Estudios Judiciales*, núms. 2 y 3, 2016, pasim. 60 P. ej., DÍAZ, Daniela y CILLERO, Miguel: *Recopilación de estudios de política infantil y juvenil en Chile*. Universidad Diego Portales, 2016, pp. 7-44. El trabajo del Foro académico -del que el autor es parte- convocado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en septiembre de 2022 contiene normas que derogan la ley de menores y reubican sus disposiciones.

Cillero, al referirse al período de los años noventa, habla de la “cohabitación entre la doctrina de la situación irregular y la de la protección integral”.<sup>61</sup> La pervivencia de la Ley de Menores mantendrá dicha vergonzosa coexistencia. Dado el comportamiento exhibido por el Tribunal Constitucional en diversas causas sobre derechos de la niñez<sup>62</sup> no resulta plausible que el litigio estratégico en esa sede pueda resolver las contradicciones normativas. Igualmente inexplicable es que permanezca incólume en la ley de menores el art. 16 bis que señala a los Centros de Tránsito y Distribución como los recintos donde pueden internarse niños gravemente vulnerados en sus derechos, por cuanto la ley N° 21.302 ya nos los conceptualiza como tales sino que solo entiende que hay centros de acogimiento institucional.

### 3. ASPECTOS CRÍTICOS

#### 3.1. Profusión de principios

La primera observación crítica es que se repite el problema de la profusa enumeración de principios ya exhibida en la reciente ley N° 21.302.<sup>63</sup> Illanes y Contreras también califican de excesiva la redacción.<sup>64</sup> ¿Pero esto es realmente un problema?

---

61 CILLERO, Miguel: “Evolución histórica”, cit., p. 134.

62 Tribunal Constitucional, 26 de julio de 2021, rol N° 11.315/11.317-2021-CPT (acumuladas) y Tribunal Constitucional, 28 de diciembre de 2021, rol N° 10316-2021.

63 El art. 4 de la ley N° 21.302 contempla 20 principios rectores. Estrada, Francisco: “Vino viejo”, cit. pp. 379-381.

64 ILLANES, Alejandra y CONTRERAS, Paul: “Protección especializada en el contexto del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. La protección dentro de la protección”. En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds., *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 329.

Para eso conviene tener presente algunas nociones básicas, de amplio (p. ej. Lepin)<sup>65</sup>, aunque no unánime<sup>66</sup> consenso, acerca de en qué consisten los principios y las reglas como normas jurídicas, y sobre cuál es su utilidad. Siguiendo en esto a Dworkin llamaremos principio a un “estándar que ha de ser observado, no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”<sup>67</sup> En cambio, las reglas, conforme a Alexy, son “normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas”<sup>68</sup>.

Ubicar al inicio de un texto legal o reglamentario un conjunto de principios tiene como propósito proporcionar criterios para la interpretación o integración de ese campo jurídico de modo que la decisión del jurisdicente o de la administración honre la soberana voluntad del legislador (Coloma).<sup>69</sup> Así ocurre en la Ley de Tribunales de Familia donde el Párrafo 1° del Título III regula “los principios del procedimiento”.

En todos estos casos los principios son un grupo reducido de enunciados porque solo así es posible que desempeñen la labor de orientar el trabajo de las autoridades. Nadie puede orientarse, al mismo tiempo, en cada caso, por diecisiete principios. En consecuencia, la profusión de principios atenta contra las funciones que se les encomiendan.

---

65 LEPIN, Cristián: “Los nuevos principios del derecho de familia”. En: *Revista chilena de derecho privado*, núm. 23, 2014, pp. 9-55.

66 Carrió anota 11 acepciones de la noción de principio en el derecho. CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre derecho y lenguaje* (6ª ed.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 209-212.

67 DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (2ª ed.), Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

68 ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 143-144.

69 COLOMA, Rodrigo: “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”, en VV.AA.: *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Thomson Reuters y Abeledo Perrot, 2011, pp. 3-16.

Por otro lado, aunque hay algunos cuya naturaleza puede ser doble (no discriminación<sup>70</sup>, interés superior<sup>71</sup>, participación) en el listado aparecen otros cuya calidad de principio es muy discutible (Derecho y deber preferente de los padres y/o madres a educar y cuidar a sus hijos, intersectorialidad, Responsabilidad de la administración del Estado y Difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes) y constituyen más bien deberes estatales y así debieron ser encuadrados. Otros no son principios ni derechos sino una descripción de un estatus de la niñez, como la calidad de ser sujetos de derecho (art. 6).

Adicionalmente cabe llamar la atención sobre la curiosa redacción de los incisos 2° y 3° del art. 11 (autonomía progresiva) que en vez de estar configurados como enunciados normativos constituyen una narración descriptiva propia de un documento explicativo acerca de la psicología del desarrollo.

Finalmente, la gran mayoría parecen destinados a regular la actividad estatal ejecutiva<sup>72</sup> y legislativa y pocos parecen estar dirigidos al jurisdicente.

### **3.2. Redundancia de numerosos derechos del catálogo**

Un rasgo que salta a la vista en el listado es la redundancia. La gran mayoría de los derechos ya se encontraba consagrado en nuestro ordenamiento, o en la Convención de derechos del niño<sup>73</sup> o en leyes especiales. De los artículos 24 a 55, solamente 6 preceptúan campos que no contaban con legislación.

---

70 NOGUEIRA, Humberto: "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas". En: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 13, núm. 2, 2006, 61-100.

71 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14, 2013.

72 De hecho, más bien parecen exhortaciones al Estado en pro de un trato prioritario en vez de normas que establezcan reglas de solución de conflictos

73 Estrada, Francisco: "La internación proteccional de niños en el derecho internacional de los derechos humanos". En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm. 251, 2022, pp. 235-272.

Cuadro Listado de derechos en la ley N° 21.430 y en la Convención

| <b>Derecho</b>  | <b>Artículo</b> | <b>CDN</b>                |
|---|-----------------|---------------------------|
| Derechos civiles y políticos  | art. 23         |                           |
| Derecho a la vida   | art. 24         | art. 6 CDN                |
| Derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado   | art. 25         | art. 27 CDN               |
| Derecho a la identidad  | art. 26         | arts. 2 y 8 CDN           |
| Derecho a vivir en familia  | art. 27         | arts. 5 y 9 CDN           |
| Derecho a ser oído  | art. 28         | art. 12 CDN               |
| Libertad de expresión y comunicación  | art. 29         | art. 13 CDN               |
| Libertad de pensamiento, conciencia y religión  | art. 30         | art. 14 CDN               |
| Libertad de asociación y reunión  | art. 31         | art. 15 CDN               |
| Derecho a la participación  | art. 32         | art. 12 CDN               |
| Derecho a la vida privada y a la protección de datos personales                                   | art. 33         | art. 16 CDN               |
| Derecho a la honra, intimidad y propia imagen   | art. 34         | arts. 8 y 16 CDN          |
| Derecho a la información  | art. 35         | arts. 13 y 17 CDN         |
| Derecho a la protección contra la violencia   | art. 36         | arts. 19 y 20 CDN         |
| Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil | art. 37         | arts. 19, 32, 34 y 36 CDN |
| Derecho a la salud y a los servicios de salud   | art. 38         | art. 24 CDN               |
| Derecho a atención médica de emergencia   | art. 39         | art. 24 CDN               |
| De la información sobre la salud y el consentimiento informado                                    | art. 40         | art. 24 CDN               |
| Derecho a la educación  | art. 41         | arts. 28 y 29 CDN         |
| Derecho a la atención a la diversidad educativa   | art. 42         | arts. 28 y 29 CDN         |
| Derecho a la seguridad social   | art. 43         | art. 26 CDN               |
| Derecho a la recreación, al deporte y a la participación en la vida cultural y en las artes       | art. 44         | art. 31 CDN               |
| Medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años    | art. 45         |                           |

|  |         |                                 |
|--|---------|---------------------------------|
| Zonas y equipamientos recreativos  | art. 46 |                                 |
| Derechos y deberes en el espacio urbano  | art. 47 |                                 |
| Medio ambiente   | art. 48 |                                 |
| Libertad personal y ambulatoria  | art. 49 | art. 37 y art. 40<br>CDN        |
| Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización   | art. 50 | arts. 3, 12 y 40 CDN            |
| Protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley | art. 51 | arts. 3, 20, 37, 39 y<br>40 CDN |
| Niños, niñas y adolescentes con necesidad de protección internacional  | art. 52 | art. 35 CDN                     |
| Protección y defensa como consumidores y usuarios  | art. 53 |                                 |
| Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o el consumo de niños, niñas o adolescentes  | art. 54 |                                 |
| De la publicidad   | art. 55 |                                 |

De aquellos que no cuentan con regulación en la Convención, el art. 45 inciso 3° establece una normativa que ya estaba formulada en la ley N° 19.688, y lo relacionado a discriminación queda cubierto por la regla del art. 8.

Emblemático del rasgo comentado es el art. 24, que inicia el catálogo, y que dice: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin otras limitaciones que las fijadas por las leyes”. Pues esos derechos civiles y políticos son justamente los que más adelante se estatuyen por lo que esta disposición resulta realmente de sobra.

La redundancia es también interna. Diversas disposiciones (artículos 2 inciso 6°, 5, 12, 14, 61 y 77) insisten en el deber de actuación estatal para el cumplimiento de los objetivos de protección integral que esta ley persigue, un objetivo valioso pero que no se acerca porque se lo repita en diferentes enunciados.

### **3.3. Inconsistencia de diversas disposiciones**

El problema con el catálogo de derechos no se agota en su redundancia sino también en problemas de consistencia normativa en aquellos varios casos en que ya existía regulación del mismo tema y en que no se optó, en cuanto técnica legislativa, por derogar la otra norma, lo que genera una duplicidad que complejizará el trabajo interpretativo. Así ocurre paradigmáticamente en no discriminación (que ya se analizó) y en protección a honra e intimidad y educación (arts. 41 y 42).

Así, el art. 34, sobre derecho a la honra, intimidad y propia imagen, en su inciso 4° regula de una manera muy precisa, con varias condiciones, la divulgación de datos.

Se prohíbe la exhibición y divulgación de toda información que pueda estigmatizar a un niño, niña o adolescente o afectar su imagen, honra o reputación, causarle menoscabo o dañar sus intereses, y en particular, divulgar la imagen y la identidad de todo niño, niña o adolescente que fuere imputado o condenado por la comisión de un delito como autor, cómplice o encubridor; que fuere víctima o testigo de un delito o que se encontrare sujeto a procedimientos administrativos o judiciales. Los intervinientes en estos procedimientos estarán obligados a guardar reserva sobre la imagen e identidad de los niños, niñas o adolescentes involucrados, a menos que su divulgación resulte indispensable para la protección de sus derechos y siempre que se tomen los resguardos necesarios para evitar un daño mayor.

Pero resulta que el mismo tema se encontraba – y se encuentra- ya regulado en el artículo 33 de la Ley N° 19.733, de Prensa.

Se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella.

Esta prohibición regirá también respecto de las víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII, “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

La infracción a este artículo será sancionada con multa de treinta a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reiteración, la multa se elevará al doble.

Como puede observarse, la segunda regulación es más amplia y contiene menos circunstancias que permiten divulgación de información. Además, impone una sanción (una multa), de donde se colige que estamos ante una falta. ¿Cómo se compatibilizan ambas normativas que regulan la misma cuestión?

El legislador de la Ley 21.430 descuidó una articulación ordenada con la legislación ya vigente y genera, entonces, duplicación de estatutos sobre el mismo asunto.

Algo similar ocurre con el artículo 41 que regula el derecho a la educación en diez incisos.<sup>74</sup> Porque lo que ocurre es que en la ley n° 20.370, la Ley General de Educación (LGE),<sup>75</sup> ya se contiene, desde el 2009, una robusta disciplina normativa. Así, en su artículo 3° se encuadra la legislación en el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, en sus arts. 4 a 8 se contiene una serie de deberes estatales, y en su artículo 10 se explicitan los derechos de todos los miembros de la comunidad educativa. Serán necesarios exámenes más específicos de cada derecho pero una primera revisión del art. 41 no encuentra nada que no esté ya en la Ley General de Educación en las normas citadas o en la Convención de derechos del niño.

Puede observarse que los incisos 2 y 3 del art. 41 regulan una materia que ya cuenta con normativa a nivel constitucional en el art. 19 N° 10 incisos 4 y 5 y a nivel legal en el art. 4 de la ley n° 20.370. Otro tanto ocurre con la segunda parte del inciso 4 y los inc. 5 y 6 del art. 41 que se encuentran también en el art. 3 de la LGE. El inciso 10 formula una exhortación al Estado ante casos de abandono, deserción y no escolarización.

En suma, en el campo del derecho y la educación la ley no aporta novedad alguna en términos de derechos ni en cuanto a mecanismos de exigibilidad o garantía.

Habría sido valioso enlazar los derechos a ser oído y a participación en sede escolar, ya que así habría sido más fácil colegir el deber de que en la construcción de los reglamentos escolares se escuche y participen los y las estudiantes.

---

74 Un comentario pormenorizado y en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos de la niñez, en MONDACA, Alexis: "Derecho a la educación". En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds., *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 225-254.

75 Nos referimos a la versión contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del DFL N° 1, de 2005.

### 3.4. Diseño confuso del procedimiento de protección administrativa

La protección administrativa de derechos es iniciada, en el territorio, por las Oficinas Locales de la Niñez. El procedimiento se desarrolla como una instancia de colaboración, conciliación y de apoyo a la función de las familias, en resguardo del interés superior del niño, niña o adolescente, y se ejecuta mediante la dictación de medidas de protección. En caso de perderse la voluntariedad y/o requerirse la intervención judicial, se estará a lo dispuesto en el artículo 71.

Los principales problemas del diseño del procedimiento administrativo son:

A) La acción de tutela administrativa. El art. 60 establece un mecanismo que denomina acción -aun cuando no inicia un proceso judicial, sino que más bien es una expresión del derecho de petición<sup>76</sup>- que reconoce un sujeto activo amplio en la expresión “[t]odo niño, niña o adolescente, o cualquier persona en su nombre e interés”. Sin embargo, resulta problemática la forma tan amplia ya que pareciera que abarca todo el catálogo de derechos de esta ley pero al quedar circunscrito su conocimiento a tres autoridades no se entiende cómo esas autoridades, sin un mandato legal explícito, van a ordenarle a otra autoridad, como el Ministerio de Salud o el de Vivienda, que garanticen el derecho vulnerado del niño o niña. Tampoco se contienen reglas de solución de contiendas de competencias con otros procedimientos administrativos o judiciales que vayan en resguardo de los mismos derechos.

Luego, la entrega tan amplia de competencias a tres distintas instituciones (Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o las Oficinas Locales de la Niñez) sin precisar mínimamente los campos de atribuciones de cada una según la

---

76 HENRÍQUEZ, Sergio: *Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, análisis crítico*, Tomo I, 2022, p.56.

ley n° 21.530 y la ley n° 21.302 ya que, en razón del principio de legalidad, ninguna autoridad pública puede actuar válidamente fuera del ámbito de sus competencias legales.

La forma en que el inciso final le entrega la regulación al reglamento es una lamentable renuncia del legislador de sus tareas y no cae en cuenta que algunas cuestiones propias de un estatuto de cautela no pueden regularse en un reglamento por la eventual afectación de derechos fundamentales que involucran. El 18 de enero de 2023 se publicó en el Diario Oficial el reglamento<sup>77</sup>, que dispone en su artículo 5 que la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia funcionan como ventanillas de entrada pero luego deben remitir la denuncia a la Oficina Local de la Niñez competente, que es el órgano a cargo de su tramitación.

B) El segundo punto problemático es la regulación del procedimiento. Llama la atención el desorden en que se presenta la regulación. No hay un orden cronológico -en términos del iter procesal<sup>78</sup>- ni temático que estructure las disposiciones. Además, se le regula en diversos lugares. Primero, en el art. 59 al señalar reglas generales para la adopción y aplicación de medidas de protección, luego en el art. 66 letras d), e), f) y g) al indicar las funciones de las OLN y finalmente en el art 72 que justamente se denomina “procedimiento de protección administrativa”.

El 72, persistiendo en la confusa redacción legislativa, habla de que el procedimiento debe cumplir con una serie de requisitos, los que pasa a enunciar en 11 numerales.

---

77 Decreto N° 11, Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la ley N° 21.430.

78 ESTRADA, Francisco: “Análisis del itinerario”, cit., pp. 8 y ss.

Los numerales 1 y 2 se refieren al inicio y construyen una puerta de entrada amplia, sin formalidades. El problema es que lo anterior, correcto y necesario cuando el requeriente es el niño, niña o sus padres, no lo es cuando se trata de un requerimiento institucional, al que debió exigírsele mayor información y antecedentes.

En el número 4 se dispone que la OLN debe recabar “todos los antecedentes iniciales” sin exigir entrevista a padres, a niño o niña, el escrutinio de antecedentes en el sistema o la notificación a los padres de que se ha iniciado un procedimiento a su respecto. Esto último es particularmente complejo dada la naturaleza evidentemente intrusiva de estas acciones en el derecho preferente de padres a criar y educar. Tampoco se contienen reglas de entrega de facultades a la OLN para acceder a antecedentes que constituyan datos sensibles de niños, niñas y padres. De donde se sigue que no podrían acceder a la información que el Servicio Nacional de Protección Especializada tiene de estas personas sin su autorización. Luego, la OLN debe ponderar “si hay mérito para la adopción de una medida de protección administrativa”.

El número 5 intenta articular un derecho a la asistencia jurídica en la medida que permite al niño designar abogado de confianza o requerir la designación de uno. Sin embargo, no impone a la autoridad administrativa el deber de resguardar este derecho designando, en principio, un abogado a cargo de la representación jurídica para el caso que se decida iniciar un procedimiento o imponer determinadas medidas. Nada se dice del derecho de los padres a contar con asistencia jurídica. En cambio, sí parece valioso que se le permita al niño ser acompañado por quien él desee.

El numeral 6 introduce la expresión “diagnóstico” para referirse a la primera etapa del procedimiento. Pero no es claro si se refiere a la recopilación inicial de antecedentes del N° 4 o si, en cambio, está hablando de un segundo momento de evaluación. No es claro cuánto dura este tiempo, ni

los requisitos que debe cumplir ni si se permite a niño, niña o padres aportar antecedentes o cuestionar los que se han entregado. Tampoco se impone deber de compartirles los antecedentes que obran en poder de la OLN.

El numeral luego discurre por la idea de una salida consensuada del procedimiento a través de un acuerdo, el que debe incorporar determinados contenidos pero no se exige ningún requisito procedimental. ¿Hay algún deber de información previa al consentimiento? ¿Deben estar los dos padres o cuidadores de acuerdo o basta uno? ¿Qué pasa si el niño no está de acuerdo y los padres sí? Nada de esto encuentra respuesta en el numeral.

El numeral 7 vuelve a regular el inicio del procedimiento en tres párrafos. Exige citar a interesados, pero no entrega criterios de quiénes son éstos. No regula el sistema a seguir para citar. Un elemento que suele ser tremendamente problemático en el procedimiento judicial.

Más adelante, los párrafos 2 y 3 del numeral 7 configuran verdaderas sanciones para quienes no asisten. Esto es realmente serio por cuanto no exige nada a la administración y todo a los padres. La inasistencia podría ser justificada y aun así la ley se desentiende de este carácter y faculta a la OLN para tomar decisiones e incluso para derivar el caso a los tribunales de familia. No debiera ser necesario recordarlo, por obvio, pero los horarios de funcionamiento tradicionales del sistema proteccional son los mismos en los que los ciudadanos del mundo popular deben estar en sus trabajos so riesgo de ser despedidos si se ausentan, aunque sea por algo lícito.

Lo otro extremadamente grave radica en que si no se alcanza un acuerdo el caso debe enviarse a tribunales de familia. Dependiendo de la forma en que se plantee, esto puede constituir una presión desmedida más que otra cosa. Además, desde la práctica de trabajo con familias multiproblemáticas es sabido que pueden ser necesarias varias reuniones para conseguir esa voluntariedad luego haber construido, primero, un vínculo de confianza. Ese puede ser el primer objetivo de la intervención. La configuración conjunta

del problema por parte de todos los actores del sistema. En esto el legislador parece desconocer la psicología del cambio y creer, en cambio, en una mirada que peca de ingenua y voluntarista al respecto.

Recién al final del numeral se introduce la eventual necesidad de adoptar de forma “urgente” una medida de protección administrativa pero no se entregan lineamientos en esta línea ni límites ni presupuestos ni exigencias específicas de fundamentación.

En este momento debemos recordar lo preceptuado -con gran desorden- en el art. 66 letra f. Allí se regulan dos tipos diferentes de diagnósticos. Uno, biopsicosocial del niño, niña o adolescente y su familia a cargo de la OLN., que puede dar lugar a otro.

Y un segundo diagnóstico, más profundizado, suponemos, a cargo del programa de diagnóstico clínico especializado del Servicio de Protección Especializada más cercano a su domicilio. Solo si este “diagnóstico clínico especializado” constata una vulneración de derechos la OLN “iniciará un proceso de protección administrativo especializado, elaborará un plan de intervención personalizado con el niño, niña o adolescente y su familia, si fuere del caso, de acuerdo con los resultados del mencionado diagnóstico ...”

Para todo este trabajo, solo 30 días parece muy poco tiempo. Un plazo tan reducido parece discurrir sobre una profunda y amplia incomprensión de los procesos de diagnóstico, acompañamiento e intervención, lo que además se agrava por los ya históricos problemas de falta de oferta y de largas lista de espera<sup>79</sup>.

---

79 Considérese que, según informó la Subsecretaria de la Niñez a la Defensora de la Niñez, “hasta el 24 de mayo del presente año, a nivel nacional existen 22.674 niños, niñas y adolescentes que se encuentran en lista de espera para ingresar a algún programa de diagnóstico, atención y/o reparación ambulatoria”. Oficio 354-2022, de 30 mayo de 2022. Disponible en folio 5 de causa en Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de protección, ingreso N° 81983-2022.

Finalmente, y muy a tono con la mirada que ya ha marcado el artículo respecto de las familias, el numeral 11 dispone sanciones para “padres, madres, personas responsables de su cuidado o cualquier otra persona” que “impidan la ejecución de la o las medidas, las incumplan de modo grave, o las contravengan reiterada e injustificadamente”. En tales casos la OLN “comunicará los hechos al tribunal de familia competente, y procederá de acuerdo con lo establecido en los literales e) y f) del artículo 66 y en el artículo 71”.

El último párrafo dispone que el tribunal “podrá disponer el apremio de arresto hasta por quince días a que se refiere el artículo 94 de la ley n° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y, en caso de no obtenerse el cumplimiento por esa vía, proceder de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 240 Código de Procedimiento Civil”. La forma de redacción de la regla levanta fuertes problemas de inconstitucionalidad a la luz del pronunciamiento que el Tribunal Constitucional ha reprochado a diversos artículos del procedimiento contravencional.<sup>80</sup> No hay allí ningún procedimiento que resguarde elementos mínimos de debido proceso en sede jurisdiccional.

### C) El tercer aspecto es la distribución de competencias.

Concordamos con Illanes y Contreras que hablan del “océano gris” de las competencias.<sup>81</sup> El segundo inciso del art. 68 contiene una regla de distribución de competencias entre las Oficinas Locales de Niñez (OLN) y los Tribunales de Familia (TF) según materia. En efecto, se declara que “[l]a limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia”.

---

80 Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016, rol N° 2.743-2014. En particular la noción de “prisa de gestión”, desarrollada en el considerando 30°.

81 ILLANES, Alejandra y CONTRERAS, Paul: “Protección especializada ...”, p. 332.

El art. 71 habla de deberes de derivación para regular la distribución de ámbitos de competencia entre la protección administrativa y la judicial. Lo hace de una manera algo críptica ya que en su inciso primero afirma que los casos que “no requieran de medidas judiciales para la oportuna y adecuada atención del niño, niña o adolescente” deberán ser derivados a las OLN. La pregunta que no es respondida es cuáles son esas hipótesis que no requieren de medidas judiciales. Al parecer el legislador ha confundido materias que “requieran de medidas judiciales”, con “materias de exclusiva competencia” de los tribunales de familia (art. 68.2). Como precisa Henríquez (2022): “No existe norma posterior que establezca un listado de materias o una regla más precisa que defina qué asuntos debe conocer el Tribunal de Familia, y qué asuntos conocerá siempre la Oficina Local de la Niñez”<sup>82</sup>.

Luego, el inciso 2° señala una lista de casos en que resulta obligada la derivación desde administrativa a judicial. La hipótesis 1 entremezcla cuestiones diversas, aunque relacionadas. Una intervención voluntaria no es posible sin que se explicita un encuadre para este constructo que limite el arbitrio del equipo diagnosticador. Luego, el numeral suma la circunstancia de afectación sustantiva de derechos de los niños y niñas -lo que más detallado debiera ser el núcleo de la hipótesis- y al final incorpora el elemento realmente diferenciador: que sean dichas medidas de competencia exclusiva de tribunales.

La hipótesis 3 presenta varios problemas. El primero, la forma en que se considera la frustración de la protección al vincularla a “incumplimiento grave o contravenciones reiteradas e injustificadas (de las medidas adoptadas por la Oficina Local de la Niñez ...)”. Una lectura estricta permite observar que contiene dos situaciones distintas diferenciadas por el conector disyuntivo. Una, incumplimiento grave, otra, contravenciones reiteradas e injustificadas. Esta forma de construir las conductas reprochadas es poco precisa y no parece

---

82 HENRÍQUEZ, Sergio: “Deberes de la administración del Estado y competencia de protección administrativa y judicial”, *Ponencia en Jornada “Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*, 2022, p. 22.

razonable que solo exija el carácter injustificado a una de las dos situaciones. El otro problema está en situar a los padres como los incumplidores sin mayor atención al contexto y las razones que explican ese comportamiento. Las familias multiproblemáticas<sup>83</sup> justamente se constituyen alrededor de una historia de daños en el desarrollo de sus integrantes, que van minando autoestima, construcción de proyecto personal, sentido de autoeficacia, autonomía normativa, etc. Por definición son agentes que incumplen medidas y comportamientos considerados socialmente valiosos. Esta hipótesis es una especie de doble castigo que no se hace cargo de ese historial.

Pero además, y pese que el enfoque ecológico<sup>84</sup> parece estar presente en los principios del sistema -aunque no se le nombra- este numeral se desentiende del contexto social y estructural dentro del cual desenvuelven sus vidas las familias del sistema proteccional.

### 3.5. Las OLN repiten los problemas de diseño de las OPD

En el 2001 comenzaron a funcionar en Chile las primeras cinco Oficinas de Protección de Derechos (OPD, en adelante) que en las primeras etapas de su diseño se denominaron Centros de Protección Integral a los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Contreras).<sup>85</sup> Se instalaban a través de un convenio entre el municipio y el Servicio Nacional de Menores, donde éste

---

83 Sobre familias multiproblemáticas vid. Gómez, Esteban, Muñoz, María y Haz, Ana: “Familias multiproblemáticas y en riesgo social: características e intervención”. En: *Psyche*, vol. 16, núm. 2, 2007, pp. 43-54. Tomo nota de que expertos como Sergio Bernales y Camilo Morales consideran que la expresión ha reforzado el estigma del déficit y prefieren la expresión “familias multiacontecidas”.

84 BRONFENBRENNER, Urie: *La ecología del desarrollo humano. Experimentos en entornos naturales y diseñados*, Barcelona, Paidós, 1987, passim.

85 CONTRERAS, Consuelo: “El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Oficinas de Protección de Derechos: un servicio del nivel local”. En: *Revista de Derechos del Niño*, núm. 2, 2003, pp. 153-186.

financiaba el 75% del presupuesto. El 2020 atendieron 65.775 niñas y niños.<sup>86</sup> Las 233 OPD hoy existentes cubren 270 comunas, el 78% de las 346 que hay en el país (Domínguez et al).<sup>87</sup>

Estrada identificó cuatro problemas de estas unidades: i. La ubicación institucional al interior del municipio. ii. La carencia de programas que compongan una oferta a la que derivar en el municipio. iii. La incapacidad de abordar las vulneraciones de derechos de responsabilidad de su superior jerárquico. iv. El desperfilamiento institucional al encargárseles por tribunales funciones que no aparecen en su norma técnica por problemas en el circuito de la oferta<sup>88</sup>. Un documento del Ministerio de Desarrollo Social es explícito sobre la debilidad orgánica: “Existe una ambigüedad en su sentido de pertenencia, ya que no se sienten respaldados por SENAME, pero tampoco se sienten integrados a los municipios. Esta situación queda de manifiesto en la relación entre OPD y Tribunales de Familia. Un organismo administrativo que tenga una estructura vertical hacia el nivel central le entregaría una validez en el territorio, permitiéndole incidir de forma oportuna en distintos aspectos ...”<sup>89</sup>

Ninguno de estos aspectos problemáticos se enfrenta en la regulación de los artículos 65 a 67 de esta ley sino, por el contrario, se exacerban al exponer a estas pequeñas y aisladas unidades a enfrentarse con ministerios,

---

86 SENAME: *Resumen de cifras cuenta pública participativa*. Gestión 2020, 2021.

87 DOMÍNGUEZ, Carmen, MUÑOZ, Carolina, ALVARADO, José y VILLALÓN, Malva: “Capítulo IX. Reformulación del sistema local de protección de la infancia en el espacio comunal: prevención de la vulneración de derechos”, en VV.AA.: *Propuestas para Chile 2018*. Concurso Políticas Públicas UC, Centro de Políticas Públicas UC, 2019, p. 287.

88 ESTRADA, Francisco: “Nudos críticos de la oferta programática de SENAME” en VV.AA.: *La infancia vulnerada*, Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo y Fundación Miguel Kast, 2018, pp. 130-155.

89 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL: *Análisis para la reformulación de las oficinas de protección de derechos*. Documento de trabajo interno, 2017, p. 25.

servicios y otras agencias públicas sin entregarles facultades proporcionales a las funciones. Tampoco los estudios disponibles parecen considerar enfrentar estos nudos críticos<sup>90</sup>.

Se mantiene la doble dependencia sin ninguna alteración. Oyarzún et al<sup>91</sup> hablaban de “hibridez” para sintetizar la complejidad de la ubicación municipal. La regulación de esta ley no se ajusta a ninguno de los niveles de esta complejidad.

Ante una regulación legal tan escueta cobra gran importancia el reglamento. Recién el último día de plazo, el 15 de marzo de 2023 ingresó a tramitación en Contraloría<sup>92</sup> Un primer examen de este documento observa que se mantienen cuotas de ambigüedad en la distribución de ámbitos de competencia.

#### 4. CONCLUSIONES

El 21 de septiembre de 2022 el Ejecutivo ingresó a discusión parlamentaria un proyecto de ley para armonizar diversos cuerpos legales sobre niñez, entre ellos la ley n° 21.430, incorporando algunas de las críticas al procedimiento administrativo que aquí se han formulado.<sup>93</sup>

90 Me refiero a UNICEF: *Modelo de gestión para un sistema local de protección integral de los derechos de la niñez*, UNICEF y Laboratorio de Innovación Pública (LIP), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020; y a HERRERA, Rodrigo, RIESCO, Pilar y TRONCOSO, Javiera: *Evaluación de impacto cualitativa al programa piloto Oficina Local de la Niñez*, Santiago, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y UNICEF, 2021.

91 OYARZÚN, Astrid, DÁVILA, Oscar, GHIARDO, Felipe y HATIBOVIC, Fuad: *¿Enfoque de derechos o enfoque de necesidades? Modelo de gestión para el desarrollo de un sistema local de protección de derechos de la infancia y adolescencia*, CIDPA y SENAME, 2008.

92 Decreto N° 3, Reglamento que determina los procedimientos detallados que las oficinas locales de la niñez, deberán seguir para el cumplimiento de sus funciones, en particular, el procedimiento para la apertura de procesos de protección administrativa y para la adopción de medidas de protección, entre otros, según lo previsto en la letra g), del artículo 66, de la ley n° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. La tramitación puede demorar 3 ó 4 meses.

93 Proyecto de ley sobre armonización de la ley n° 21.302, que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y Modifica Normas Legales que Indica, y la ley n° 20.032, que Regula el Régimen de Aportes Financieros del Estado a los Colaboradores

La ley n° 21.430, de garantías y protección de derechos de la niñez, fue largamente esperada y debatida pero en este caso el tiempo no contribuyó a mejorar el trabajo legislativo el que exhibe numerosas deficiencias.

Es una ley ambiciosa, con un carácter único en el paisaje legal chileno, que ofrece muchas dudas acerca de si la práctica de la administración y de la judicatura, en especial, podrán superar el modelo tutelar aun enquistado en las instituciones y cultura y pasar al modelo de la protección integral. El escepticismo proviene de los defectos del texto, desde su redundancia, su profusión principialista, la confusión al regular el procedimiento administrativo, la inconsistencia al establecer derechos y la debilidad al instalar las OLN. El esfuerzo legislativo resulta tardío, insuficiente y desordenado.

Por otro lado, es bien conocida la naturaleza interrelacionada de los derechos para la vida de los niños<sup>94</sup> y este rasgo queda sin abordar en la ley n° 21.430, tanto en lo que se denominan relaciones horizontales como en cuanto relaciones verticales. Así ocurre paradigmáticamente con los derechos a la salud y a la educación, ya que los problemas en salud física o mental y los obstáculos a la protección de este derecho por razones de pobreza tienen conocidas consecuencias adversas en asistencia y rendimiento escolar.

La primera de las cuestiones que este trabajo pretendía dilucidar era si las promesas que el Mensaje del Ejecutivo proclamaba se cumplían o no. La respuesta no puede ser sino negativa. En materia de principios se produce una confusión entre principios y deberes estatales y se confía en una larga enumeración lo que contraría la función que los principios están llamados

---

Acreditados, con la ley n° 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Boletín 15.351-07, sin urgencia.

94 CILLERO, Miguel: “La convención internacional sobre ...” y TODRES, Jonathan and KING, Shani M.: “Children’s rights in the twenty-first century: Challenges and opportunities”. En: Todres, Jonathan y King, Shami M., eds.: *The Oxford Handbook of children’s rights law*, Oxford University Press, 2020, pp. 719-728.

a desempeñar. En materia de derechos, es escasa la novedad regulatoria sobre todo considerando el largo tiempo de espera y la forma en que se los configura incurre en inconsistencias y descoordinaciones.

La segunda área a escudriñar se refería a la capacidad del texto para, pese a las insuficiencias, erigirse como una ley marco, como un piso mínimo. En esto cabe considerar especialmente, tal como ocurre con los textos constitucionales especialmente, es la práctica de los operadores la que inclinará de un lado u otro la balanza. Pero desde el desarrollo de estas líneas es observable que el texto contiene los componentes básicos y mínimos de un sistema de protección. Y aunque existen problemas de inconsistencia y descoordinación con otras leyes y la más relevante jurisprudencia de la Corte Suprema en educación y salud ha sido ignorada, es posible que la evolución del sistema jurídico (jueces, legisladores, administración, sociedad civil, niñez organizada) logre configurar y robustecer todos los elementos necesarios para el ejercicio de los derechos y principios aquí estatuidos.

Ese desarrollo requiere mayor atención a los diversos derechos en su historicidad y adecuación a la sociedad chilena.

Serán necesarios futuros escrutinios más específicos de cada uno de los derechos y principios aquí examinados de modo panorámico, que permitan apreciar el real impacto de la ley 21.430.

Conviene tener presente que donde el antiguo derecho de menores acotaba su campo a lo que hoy comprenden justicia juvenil y protección especial de derecho<sup>95</sup>, hoy el emergente derecho de la niñez y adolescencia ha ampliado su campo regulatorio, aunque de un modo desordenado y fragmentario. Solo algunas parcelas de este campo han sido objeto de atención por la doctrina

---

95 Bavestrello, Irma: Derecho de menores, Santiago, Lexis-Nexis, 2003, *passim*.

como Fernández,<sup>96</sup> Valenzuela y Casas,<sup>97</sup> Lovera,<sup>98</sup> Lathrop,<sup>99</sup> Estrada,<sup>100</sup> Espejo,<sup>101</sup> Gauché y Lovera,<sup>102</sup> Parra y Ravetllat<sup>103</sup>, Illanes<sup>104</sup>, Rizik<sup>105</sup> e Ibáñez<sup>106</sup> entre los más relevantes. Este cuerpo legal exigirá un análisis pormenorizado de sus disposiciones en una lectura sistemática y evolutiva.

Una apreciación seria sobre el impacto de esta legislación exige, en sintonía con lo recomendado recientemente por el Comité de derechos del niño que el Estado “elabore procedimientos de evaluación del impacto en los derechos del niño de toda la legislación y políticas nacionales y subnaciona-

---

96 FERNÁNDEZ, Hernán: “Evolución legislativa en la protección de niños, niñas y adolescentes en Chile: perspectiva histórica y aportes de la ley n° 19.927”. En: VV.AA.: *Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp. 129-142, 2015.

97 VALENZUELA, Ester y CASAS, Lidia: “Derechos sexuales y reproductivos: confidencialidad y VIH/sida en adolescentes chilenos”. En: *Acta bioethica*, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 207-215.

98 LOVERA, Domingo: “Niño, adolescente”, cit., *passim*.

99 LATHROP, Fabiola: “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y la adolescencia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 3, 2013, pp. 929-952, y Lathrop, Fabiola: “El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales en Chile.” En: Domínguez Hidalgo, Carmen (coordinadora): *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 397-410.

100 ESTRADA, Francisco: “Derechos del niño: Disciplina y reglamentos”. En: Nogués, Viviana y Precht, Andrea, eds., *Nuevas formas de relación en la escuela. Reflexionar y transformar*, Santiago, RIL Editores y Universidad Santo Tomás, 2015, pp. 67-86.

101 ESPEJO, Nicolás: “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”. En: Lepin, Cristián y Gómez de la Torre, Maricruz, coords., VV.AA.: *Estudios de Derecho Familiar I*, Santiago, LegalPublishing, 2016, pp. 197-209.

102 GAUCHÉ, Ximena y LOVERA, Domingo: “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos”. En: *Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 2, 2019, pp. 359-402.

103 PARRA, Darío y Ravetllat, Isaac: “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”. En: *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 3, 2019, pp. 215-248.

104 ILLANES, Alejandra: “El Derecho a vivir en familia y la subsidiariedad de la adopción a la luz del interés superior del niño”. En: *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, núm. 6, 2019, pp. 37-69.

105 RIZIK, Laura: “Los derechos del niño y el principio de protección a la familia. El caso Fornerón e hija vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho. Escuela De Postgrado*, 6, 2015, pp. 35-48.

106 IBÁÑEZ, Nicolás: “El respeto a los derechos de la identidad familiar de los menores chilenos hijos de migrantes”. En: Domínguez, Carmen, coord., *Convención internacional de los derechos del niño, estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, pp. 143-160.

les relacionadas con los niños.”<sup>107</sup> Es recomendable una ponderación en el corto plazo de las necesidades de corrección a través de reformas legales que corrijan los numerosos problemas interpretativos que esta ley posee. Como advierte Ravetllat, “la Ley debe ver la luz con una inequívoca vocación de universalidad”, es decir, la discusión debe “des-senamizarse” y dar el salto de abordar robustamente el más amplio horizonte normativo que permita contribuir a que los derechos de todas y todos los niños, niñas y adolescentes cuenten con mecanismos de exigibilidad y efectividad.

Asimismo, parece saludable que se alienten perspectivas analíticas interdisciplinarias que superen los tradicionales enfoques legalistas (Morales).<sup>108</sup>

Nos parece posible finalizar repitiendo las palabras del Juez Ricardo Pérez Manrique al concluir un estudio semejante a este respecto del Código de la niñez uruguayo: “sin políticas sociales adecuadas y sin el compromiso y la capacitación de quienes desde el mundo adulto nos relacionamos con los niños y adolescentes, ninguna norma por más adecuada que sea será apta para cumplir con sus cometidos”<sup>109</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR-FARÍAS, Nicolás, ROMÁN, Francisca, CORTINEZ-O’RYAN, Andrea, CÁRCAMO-OYARZÚN, Jaime, CERDA, Alvaro, TOLEDO-VARGAS, Marcelo, MIRANDA-MÁRQUEZ, Sebastián, CORTÉS-MORALES, Susana y BALBOA-CASTILLO Teresa: “Redrawing Cities with Children and Adolescents: Development of a Framework and Opportunity Index for Wellbeing—The REDibuja Study Protocol”. En: *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 19, núm. 9, 2022.

107 Comité de Derechos del Niño: Observaciones finales sobre los informes periódicos 6° y 7° combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/6-7, 2022, N° 7.

108 MORALES, Camilo: “El gobierno de la infancia: Análisis sistemático sobre el estudio de las políticas públicas dirigidas a la niñez bajo protección del Estado”. En: *Revista Estudios de Políticas Públicas*, vol. 8, núm. 1, 2022, pp. 134-153.

109 PÉREZ MANRIQUE, Ricardo: “Uruguay: reflexiones sobre el Código de la niñez y adolescencia ley n° 17.283”. En: *Justicia y derechos del niño*, núm. 6, 2006, p. 280.

ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

ÁLVAREZ, Rommy: “Derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, derecho a la identidad y derecho a conocer los orígenes. Un contexto para la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia”. En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 279-317.

ARIÉS, Philip: *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Librairie Plon, París, 1960. En castellano: ARIÉS, Philip: *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Taurus, 1992.

BAVESTRELLO, Irma: *Derecho de menores*, Santiago, Lexis-Nexis, 2003.

BELOFF, Mary: “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. En: *Justicia y derechos del niño*, vol. 1, 1999, pp. 9-21.

BELOFF, Mary: *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL [BCN]: *Historia de la Ley 20.430*, 2022.

BRONFENBRENNER, Urie: *La ecología del desarrollo humano. Experimentos en entornos naturales y diseñados*, Barcelona, Paidós, 1987.

CANTWELL, Nigel: “Words that speak volumes”. En: Zermatten, Jean y Panayotidis, Anastasia, eds.: *18 candles. The Convention on the Rights of the Child reaches majority*, Institut international des droits de l'enfant, 2007.

CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre derecho y lenguaje* (6ª ed.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

CILLERO, Miguel: “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”. En: Pilotti, Francisco, coord.: *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, 1994, pp. 75-138.

CILLERO, Miguel: “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”. En: *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, 1997.

CILLERO, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y derechos del niño*, núm. 1, 1999, pp. 45-62.

CILLERO, Miguel: “La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo.” En: Martínez, Clara (coord.): *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, 2016, pp. 85-121.

CILLERO, Miguel, VALENZUELA, Ester, LARRAÍN, Soledad, LATHROP, Fabiola, ESTRADA, Francisco, QUESILLE, Anuar, y GONZÁLEZ, Juan Pablo: *Guía para la Evaluación y Determinación del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo*. CIDENI para Unicef, 2022.

CODDOU, Alberto: “Derecho a la igualdad ante la ley”. En: Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, eds.: *Curso de derechos fundamentales*, Santiago, Tirant lo Blanch, 2020.

COLOMA, Rodrigo: “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”. En: VV.AA.: *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Thomson Reuters y Abeledo Perrot, 2011, pp. 3-16.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. IIN, 2013.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14, 2013.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6° y 7° combinados de Chile*. CRC/C/CHL/CO/6-7, 2022, N° 7.

CONTRERAS, Consuelo: “El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Oficinas de Protección de Derechos: un servicio del nivel local”. En: *Revista de Derechos del Niño*, núm. 2, 2003, pp. 153-186.

CORTÉS, Julio: “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente”. En: *Justicia y derechos del niño*, vol. 1, 1999, pp. 63-78

DÍAZ, Luis Iván: “Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”. En: *Revista chilena de derecho*, vol. 40, núm. 2, 2013, pp. 635-668.

DÍAZ, Daniela y CILLERO, Miguel: *Recopilación de estudios de política infantil y juvenil en Chile*. Universidad Diego Portales, 2016.

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (eds.): *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*, Poder Judicial, Santiago, 2019.

DOMÍNGUEZ, Carmen: “Hacia un concepto de vulneración de derechos”. En: DOMÍNGUEZ, Carmen, coord.: *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 411-434.

DOMÍNGUEZ, Carmen, MUÑOZ, Carolina, ALVARADO, José y VILLALÓN, Malva: “Capítulo IX. Reformulación del sistema local de protección de la infancia en el espacio comunal: prevención de la vulneración de derechos”. En: VV.AA.: *Propuestas para Chile 2018. Concurso Políticas Públicas UC*, Centro de Políticas Públicas UC, 2019.

DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (2ª ed.), Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

ESPEJO, Nicolás: “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”. En: Lepin, Cristián y Gómez de la Torre, Maricruz, edits.: *Estudios de Derecho Familiar I*, Santiago, LegalPublishing, 2016, pp. 197-209.

ESTRADA, Francisco: “Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas”. En: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), núm. 8, 2015, pp. 155-184.

ESTRADA, Francisco: “Derechos del niño: Disciplina y reglamentos”. En: Nogués, Viviana y Precht, Andrea, coords.: *Nuevas formas de relación en la escuela. Reflexionar y transformar*, Santiago, RIL Editores y Universidad Santo Tomás, 2015, pp. 67-86.

ESTRADA, Francisco: “Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 28, 2018, pp. 1-50.

ESTRADA, Francisco: “Nudos críticos de la oferta programática de SENENAME”. En: VV.AA.: *La infancia vulnerada*, Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo y Fundación Miguel Kast, 2018, pp. 130-155.

ESTRADA, Francisco: “La internación proteccionista de niños en el derecho internacional de los derechos humanos”. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 50, núm. 251, 2022, pp. 235-272.

ESTRADA, Francisco: “Vino viejo, odre viejo, nueva etiqueta. Una panorámica a la ley del nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia”. En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 357-393.

FANLO, Isabel: “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate”. En: *Justicia y derechos del niño*, núm. 9, 2007, pp. 159-178.

FERNÁNDEZ, Hernán: “Evolución legislativa en la protección de niños, niñas y adolescentes en Chile: perspectiva histórica y aportes de la Ley N° 19.927”. En: VV.AA.: *Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp. 129-142, 2015.

FREEMAN, Michael: “Tomando más en serio los derechos de los niños”. En: *Revista de Derechos del Niño*, núms. 3 y 4, 2006, pp. 251- 271.

FREEMAN, Michael: "Taking children's human rights seriously. En: Todres, Jonathan y King, Shami M., eds.: *The Oxford Handbook of children's rights law*, Oxford University Press, 2020, pp. 49-69.

GAJARDO, Samuel: *Los derechos del niño y la tiranía del medio ambiente (Divulgación de la Ley 4.447)*. Santiago, Imprenta Nascimento, 1929.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: "De las relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina (1989-2009)". En: *Passagens. Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica*, vol. 3º, núm. 1, 2011, pp. 117-141.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: "Desde la «modesta propuesta» de J. Swift hasta las «casas de engorde». Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños". En: *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pp. 731-743.

GAUCHÉ, Ximena y LOVERA, Domingo: "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos". En: *Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 2, 2019, pp. 359-402.

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz: "El nuevo derecho de la niñez". En: *Estudios de derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Jurídica de Chile, 2008.

GÓMEZ, Esteban, MUÑOZ, María y HAZ, Ana: "Familias multiproblemáticas y en riesgo social: características e intervención". En: *Psyche*, vol. 16, núm. 2, 2007, pp. 43-54.

GREEVEN, Nel: "Análisis crítico de la regulación del procedimiento contravencional ante los tribunales de familia". En: *Revista de Estudios Judiciales*, núms. 2 y 3, 2016.

HART, H.L.A.: “¿Existen los derechos naturales?”. En: *Estudios Públicos*, núm. 37, 1990, pp. 45-61.

HENRÍQUEZ, Sergio: *Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, análisis crítico*, Tomo I, 2022.

HENRÍQUEZ, Sergio: “Deberes de la administración del Estado y competencia de protección administrativa y judicial”, *Ponencia en Jornada “Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia”*, 2022.

HERRERA, Rodrigo, RIESCO, Pilar y TRONCOSO, Javiera: *Evaluación de impacto cualitativa al programa piloto Oficina Local de la Niñez*, Santiago, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y UNICEF, 2021.

IBÁÑEZ, Nicolás: “El respeto a los derechos de la identidad familiar de los menores chilenos hijos de migrantes”. En: Domínguez, Carmen, coord.: *Convención internacional de los derechos del niño. estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, pp. 143-160.

ILLANES, Alejandra: “El Derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño”. En: *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, núm. 6, 2019, pp. 37-69.

ILLANES, Alejandra y CONTRERAS, Paul: “Protección especializada en el contexto del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. La protección dentro de la protección.” En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, edits.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 319-356.

KRAUSZ, Alejandro: *Tutela judicial efectiva del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia de Chile*, Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2021.

LATHROP, Fabiola: “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y la adolescencia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, núm. 3, 2013, pp. 929-952.

LATHROP, Fabiola: “El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales en Chile.” En: Domínguez Hidalgo, Carmen (coordinadora): *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago, Thomson Reuters, pp.397-410, 2018.

LATHROP, Fabiola: “Niñas, niños y adolescentes privados de cuidado parental: reconocimiento constitucional del derecho a la vida familiar en América Latina”, en VV.AA.: *Familia, infancia y constitución* (edit. por M. CILLERO, E. VALENZUELA, y J. P. GONZÁLEZ), Thomson Reuters, CIDENI y O’Neill Institute, Santiago, 2022, pp. 132-136.

LEPIN, Cristián: “Los nuevos principios del derecho de familia”. En: *Revista chilena de derecho privado*, núm. 23, 2014, pp. 9-55.

LEPIN, Cristián y LAMA, Beatriz: “La participación de los niños en el juicio de familia. El mito del derecho a ser oído”. En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 770-793.

LOPATKA, Adam: “Introduction”. En: OFFICE OF HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS [OHCHR]: *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I, United Nations, 2007, xxxvii-xliii.

LÓPEZ, Patricia: “La propiedad comercial y el niño, niña y adolescentes en el derecho chileno: un intento de sistematización y determinación de la tutela aplicable”. En: *Vniversitas*, núm. 70, 2021.

LOVERA, Domingo: “Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 11, 2009, pp. 11-54.

MACCORMICK, Neil: “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”. En: *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 5°, 1988, pp. 293-306.

MALDONADO, Francisco: “Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad”. En: *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 209-234.

MARTÍNEZ, Javier: “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015, pp. 198 - 206.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL: *Análisis para la reformulación de las oficinas de protección de derechos*. Documento de trabajo interno, 2017, p. 25.

MONDACA, Alexis: “Derecho a la educación”. En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 225-254.

MORALES, Camilo: “El gobierno de la infancia: Análisis sistemático sobre el estudio de las políticas públicas dirigidas a la niñez bajo protección del Estado”. En: *Revista Estudios de Políticas Públicas*, vol. 8, núm. 1, 2022, pp. 134-153.

MUÑOZ GUZMÁN, Carolina: “Por el “re-conocimiento” de la infancia”. En: *Persona y sociedad*, vol. XVII, núm. 3, 2003, pp. 283-300.

MUÑOZ, Fernando: “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, núm. 2, 2015, pp. 145-167.

NOGUEIRA, Humberto: “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”. En: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 13, núm. 2, 2006, 61-100.

O’NEILL, Onora: “Children’s rights and children’s lives”. En: *Ethics*, vol. 98, núm. 3, 1988.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS [OHCHR]: *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I y Vol. II, United Nations, 2007.

OYARZÚN, Astrid., DÁVILA, Oscar, GHIARDO, Felipe y HATIBOVIC, Fuad: *¿Enfoque de derechos o enfoque de necesidades? Modelo de gestión para el desarrollo de un sistema local de protección de derechos de la infancia y adolescencia*, CIDPA y SENAME, 2008.

PARRA, Darío y RAVETLLAT, Isaac: “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”. En: *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 3, 2019, pp. 215-248.

PINTO, Jimena: *El niño: sujeto de derechos en la justicia de familia. El derecho a ser oído en Chile*, Hammurabi, Santiago, 2019.

PLATT, Anthony: *Los «salvadores del niño» o La invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México D.F., 1988.

RAVETLLAT, Isaac: “Derechos civiles y políticos en la ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia”. En: Ravetllat, Isaac y Mondaca, Alexis, eds.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 191-224.

RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis, eds.: *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, 2022.

RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015, pp. 903 -934.

RIZIK, Laura: “Los derechos del niño y el principio de protección a la familia. El caso Fornerón e hija vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho. Escuela De Postgrado*, 6, 2015, pp. 35–48.

ROCHA, Martín: “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”. En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 43-86.

SENAME: *Resumen de cifras cuenta pública participativa. Gestión 2020*, 2021.

TODRES, Jonathan and KING, Shani M.: “Children’s rights in the twenty-first century: Challenges and opportunities.” En: Todres, Jonathan y King, Shami M., eds.: *The Oxford Handbook of children’s rights law*, Oxford University Press, 2020, pp. 719-728.

TRONCOSO, María Olga y PUYOL, Carolina: “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en tribunales de familia: Una aproximación psicojurídica”. En: *Praxis. Revista de Psicología*, vol. 16, núm. 25, 2014, pp. 89-105.

TRUFELLO, Paola: *Legislación infancia (1989-2019). Tratados internacionales y legislación*. Asesoría técnica parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional, 2020.

UNICEF: *Análisis de la situación de las niñas, niños y adolescentes en Chile. Informe final SITAN*, Santiago, Centro de Sistemas Públicos y CIDENI para UNICEF Chile, 2022.

UNICEF: *Modelo de gestión para un sistema local de protección integral de los derechos de la niñez*, UNICEF y Laboratorio de Innovación Pública (LIP), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020.

VALENZUELA, Ester y CASAS, Lidia: “Derechos sexuales y reproductivos: confidencialidad y vih/sida en adolescentes chilenos”. En: *Acta bioethica*, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 207-215.

VARGAS, Macarena y CORREA, Paula: “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”. En: *Ius et Praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 177-204

VIAL, Tomás (2013). “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2013, pp. 183–191.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1998), párr. 166.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012.

Comité de DN, Dictamen contra Chile por situación de niños y niñas en residencias, 1 de junio de 2018

Comité de DN, Dictamen contra Chile por infracción al art. 3° (ISN) en relación con los arts. 9 y 23 de la CDN, 16 de junio de 2022

Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016, rol N° 2791-14

Tribunal Constitucional, 4 de marzo de 2016, rol N°. 2743-14.

## LEGISLACIÓN COMPARADA

Ley N° 26.06 1, (Argentina)

Código de la Infancia y la Adolescencia Ley N° 1098, 8 de noviembre de 2006 (Colombia)

Ley N° 17.823 (Uruguay)

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de 2016 (Venezuela).

## OFICIOS

Oficio 354-2022, de la Subsecretaría de la Niñez a la Defensoría de la Niñez, de 30 mayo de 2022. Disponible en folio 5 de causa en Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de protección, ingreso N° 81983-2022.



# RESPONSABILIDAD FISCAL Y REGLAS FISCALES: UNA POLÍTICA ECONÓMICA CONSTITUCIONALIZADA<sup>1</sup>

## FISCAL RESPONSIBILITY AND FISCAL RULES: A CONSTITUTIONALIZED ECONOMIC POLICY

Christian Viera Álvarez\*  
Gonzalo García Campos\*\*  
Francisca Velásquez\*\*\*

### Resumen

La responsabilidad fiscal es un principio de reciente incorporación en algunas constituciones lo que se complementa con el registro de reglas fiscales, con la finalidad de consolidar una política económica que mantenga equilibrios macro y disciplina fiscal. No se debe confundir responsabilidad fiscal con reglas ya que el primero es un principio y el segundo, como su nombre lo indica, una regla.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 24 de abril de 2023 y aceptado el 05 de junio de 2023.

Este artículo es fruto del proyecto Fondecyt de iniciación 11190492, titulado “La constitución económica chilena y algunos desafíos políticos y sociales” del cual Christian Viera es IR, Gonzalo García-Campos PT y Francisca Velásquez tesista asociada.

\* Doctor en derecho, profesor titular Universidad de Valparaíso, christian.viera@uv.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8442-2491>.

\*\* Máster en derecho, actualmente terminando estudios de doctorado en la Universidad de Oxford, ggarciacampo@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5588-0987>;

\*\*\* Egresada de derecho, franciscam.velasquez.torres@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-7249-1368>.

La Unión Europea, para el diseño de su política económica ha incentivado la adopción de reglas fiscales para los países de la unión lo que ha significado que algunos de los estados miembros incorporen este principio y otros pocos, incluso, reglas fiscales, como es el caso de España.

En Chile existen reglas legales sobre la materia, sin embargo, creemos que es razonable su constitucionalización, especialmente por el necesario cuidado de los ingresos del fisco pensando en las futuras generaciones.

### **Palabras claves**

Responsabilidad fiscal; reglas fiscales; constitución económica.

### **Abstract**

Fiscal responsibility is a recently incorporated principle in some constitutions, which is complemented by the registration of fiscal rules, in order to consolidate an economic policy that maintains macro balances and fiscal discipline. Fiscal responsibility should not be confused with rules, since the former is a principle and the latter, as its name indicates, a rule.

The European Union, for the design of its economic policy, has encouraged the adoption of fiscal rules for the countries of the union, which meant that some of the member states incorporated this principle and few others, even fiscal rules, as is the case of Spain.

In Chile there are legal rules on the matter, however, we believe that its constitutionalization is reasonable, especially due to the necessary care of the treasury income thinking of future generations.

### **Keys words**

Fiscal responsibility; fiscal rules; economic constitution.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hay un problema constitucional en Chile y su explicación es multicausal. Mal que mal, a mayo de 2023 el país está próximo a celebrar la elección de consejeros constitucionales quienes van a integrar el Consejo Constitucional, órgano colegiado encargado de elaborar una propuesta de Constitución a partir de un anteproyecto preparado por el Comité de Expertos. Este es el tercer intento de cambio de la Constitución de 1980 ya que hubo uno iniciado en tiempos de la presidenta Bachelet y el segundo, el de la Convención Constitucional.

Si es multicausal el problema constitucional chileno, podríamos encontrar una explicación en el presidencialismo autoritario o en el modelo político-social (el estado neoliberal-subsidiario). Queremos detenernos en esto último, porque a partir de una determinada interpretación de la Constitución vigente se ha construido una institucionalidad y a partir de ella se han deducido unos efectos para los derechos sociales.

Sin embargo, los derechos sociales, que en Chile están en disputa en su comprensión y justificación, tienen un determinado marco en el cual deben realizarse. Creemos que en Chile el desarrollo de estos derechos es deficiente y que, para poder transitar hacia un estado social, fórmula que debe ser considerada en la propuesta de nueva Constitución, deben realizarse las transformaciones necesarias con gradualidad y responsabilidad. ¿Responsabilidad de qué tipo? Por cierto que política, pero también fiscal, es decir, cuidando el equilibrio entre ingresos y egresos de las arcas fiscales.

La responsabilidad fiscal es un tema reciente entre nosotros y, de hecho, no hay principio ni reglas en la Constitución, sin perjuicio de algunas directivas que apuntan a ese objetivo, como la iniciativa exclusiva del Presidente de la República o la reserva legal para el endeudamiento público, no obstante, no hay referencia explícita sobre la materia.

Por lo tanto, el objetivo general de este trabajo consiste en analizar la responsabilidad fiscal, sus fundamentos, origen y reglas de funcionamiento. Para ello, como objetivos específicos tenemos analizar ordenamientos comparados, literatura especializada sobre la materia y, eventualmente, proponer alguna regulación constitucional en Chile. Esto lo veremos, en la medida que logremos validar la hipótesis. Sobre esta última, en este trabajo postulamos que la responsabilidad fiscal es un principio que debe estar presente en la Constitución y que sirve de fundamento para el diseño legal de las reglas fiscales.

Para validar nuestra hipótesis, este trabajo se divide en cuatro partes. La primera es una introducción general sobre la responsabilidad fiscal a las reglas fiscales. A partir de la segunda vamos profundizando sobre el tema específico y trata sobre la constitucionalización de las reglas fiscales. En este punto resulta obligado revisar lo desarrollado por la Unión Europea y los casos de Alemania, Italia y España. Finalizada esta sección, en el tercer punto revisamos el caso chileno, en específico la adopción de reglas fiscales, reglas sobre la deuda pública, la iniciativa presidencial y el déficit estructural. Finalizamos con una reflexión que intentará validar la hipótesis: constitucionalización de la responsabilidad fiscal y de las reglas fiscales.

La propuesta de Constitución emanada de la Convención Constitucional consagraba el principio de responsabilidad fiscal, sin embargo, el texto fue rechazado en el plebiscito de salida que terminó ese segundo proceso de elaboración constitucional iniciado en 2020 con el plebiscito de entrada. El año 2023 continúa la discusión constitucional y esperamos que este tema, tan importante en un estado social, sea discutido y reflexionado en la deliberación del Consejo Constitucional.

## 2. DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL A LAS REGLAS FISCALES.

Bajo distintas denominaciones, la responsabilidad fiscal ha sido un principio reconocido desde la antigüedad<sup>2</sup>, entendida, en términos gruesos, como el equilibrio entre los ingresos y los gastos del patrimonio estatal. De forma más específica, la disciplina fiscal implica la sostenibilidad de las finanzas públicas, lo cual requiere que la deuda en que incurre el erario, necesaria para financiar el gasto público, represente siempre una carga afrontable, que no genere efectos macroeconómicos perjudiciales como una excesiva inflación, una distorsión en la asignación de recursos, o una desestabilización económica.

Por más de un siglo, esta idea se expresó a través del principio de equilibrio presupuestario material, en virtud del cual el gasto público debía financiarse mediante los tributos y las rentas procedentes del patrimonio público, evitando que el equilibrio del presupuesto se lograra mediante el recurso a la deuda<sup>3</sup>. En un sentido más estricto, la sostenibilidad fiscal debe tender a un nivel estable de déficit y deuda, generalmente prefijado<sup>4</sup>.

La importancia de la responsabilidad fiscal se ha traducido en la implementación de distintos arreglos institucionales. Uno de los que ha cobrado más relevancia en las últimas décadas ha sido la implementación de reglas fiscales, consistentes en un “constreñimiento permanente a la política fiscal, definido, típicamente, como un indicador acerca de la actuación fiscal, cuyo fin es ser aplicado de forma permanente, por los sucesivos gobiernos”<sup>5</sup>.

---

2 KOPITS, George: *Fiscal Rules: useful policy framework or unnecessary ornament?* International Monetary Fund, Washington D.C., 2001. Pág. 4.

3 MEDINA GUERRERO, Manuel: “La reforma del artículo 135 CE”. En: *Teoría y realidad constitucional*, UNED, N° 29, 2012. Pág. 132.

4 PRICE, Robert: *The Political Economy of Fiscal Consolidation*. OECD Economics Department, Paris, 2010. Pág. 5.

5 KOPITS, George-SYMANSKY, Steven: *Fiscal policy rules*. International Monetary Fund, Washington D.C., 1998. Pág. 2.

Aun cuando este trabajo centra su reflexión en el análisis de cierta clase de reglas fiscales, es necesario comenzar analizando la responsabilidad fiscal en un sentido más amplio, dando cuenta de las razones por las cuales ésta se ha convertido en un valor político deseable y exponiendo los principales mecanismos por los cuales se busca darle efectividad.

Durante las últimas décadas, la responsabilidad fiscal ha sido reconocida como un objetivo prioritario para los gobiernos, pues produciría importantes beneficios sociales. Así, permitiría dotar de sostenibilidad al aparato público, posibilitando que las prestaciones entregadas por éste se proyecten de forma estable y, en contextos de economías abiertas, dotaría a las economías nacionales de credibilidad, lo que les permitiría acceder al financiamiento de los mercados internacionales. Esta credibilidad, a su vez, contribuiría a la sostenibilidad del sistema, facilitando la consecución de fuentes de financiamiento<sup>6</sup>.

En el caso de la adopción de reglas fiscales, es posible reconocer dos tipos razones justificatorias.

En primer lugar, las autoridades públicamente electas tienen una tendencia al déficit presupuestario debido, por una parte, a las demandas constantes y crecientes por medidas que implican gasto público, y por otra, a la dificultad que supone recaudar financiamiento mediante impuestos para dichos gastos<sup>7</sup>. Eso puede llevar a promesas políticas que se identifican con el populismo pero más bien, se trata de promesas demagógicas<sup>8</sup>.

---

6 RESTREPO MEDINA, Manuel: "Responsabilidad fiscal". En: *Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, vol. 3, N° 3, 2001. Pág. 76.

7 SÁNCHEZ, Carlos Ariel: "Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia". En: *Civilizar*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 7, N° 13, 2007. Pág. 82.

8 Proponemos la distinción entre populismo y demagogia ya que creemos que no se trata de sinónimos. A grandes rasgos, el populismo es una teoría política que supone el ejercicio de la soberanía directamente por el pueblo y es una reacción a la elitización de la política. En esta corriente no se distinguen las derechas de las izquierdas ya que hay propuestas en ambas veredas. La demagogia, por el contrario, la entendemos como las promesas, principalmente en períodos electorales, irrealizables o irresponsables.

En segundo lugar, y especialmente en el contexto contemporáneo de economías abiertas e interconectadas, los mercados financieros tienden a retirar rápidamente la confianza a los estados nacionales, pudiendo cortar abruptamente el financiamiento que éstos requieren, llevando a crisis altamente disruptivas<sup>9</sup>.

Para el primer tipo de razones, las reglas fiscales operarían como una constricción de la tendencia al déficit, impidiendo a los gobiernos que incurran en gastos incapaces de solventar. La regla, de esta forma, impone un coto a las decisiones discrecionales de las autoridades<sup>10</sup>. Para el segundo tipo de razones, las reglas fiscales operarían como una señal destinada a obtener credibilidad de parte de los mercados financieros, evidenciando el compromiso de los estados con un manejo presupuestario responsable que se sostiene en el tiempo. La adopción de reglas fiscales se vuelve, así, una señal que da crédito a una economía nacional, al manifestar que la economía será manejada de acuerdo a normas claras, y no quedará sujeta a la discreción del gobierno de turno.

El establecimiento de reglas fiscales se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando fueron adoptadas por algunos estados en Estados Unidos. Este fenómeno fue replicado por los cantones suizos en las primeras décadas del siglo XX, con el fin de obtener financiamiento de los mercados para las inversiones de capital, ante la imposibilidad de obtener este financiamiento de parte del estado federal<sup>11</sup>. Dichos intentos pueden ser categorizados como la primera ola de las reglas fiscales.

---

9 WYPLOSZ, Charles: “Fiscal Discipline in the Eurozone: Don’t Fix It, Change It”. En: *ifo DICE Report*, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, vol. 17, N° 02, 2019. Pág. 4.

10 HALAC; Marina-YARED, Pierre: “Fiscal Rules and Discretion under Self-Enforcement”. En: *NBER working paper series*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 23919, 2017. Pág. 1.

11 KOPITS, ob. cit., Pág. 4

Más tarde, luego de la Segunda Guerra Mundial, podemos identificar una segunda ola, que tuvo lugar, fundamentalmente, en países con economías de carácter industrial, que debían recuperarse de las consecuencias de la guerra. En dichos países, como Alemania, Italia y Japón, las reglas fiscales fueron acompañadas de importantes reformas monetarias, destinadas a lograr la estabilización de sus economías<sup>12</sup>.

El debate actual acerca de las reglas fiscales puede situarse en la generación de la tercera ola de reglas, cuyo hito fundante puede datarse en el establecimiento de la regla fiscal neozelandesa en 1994<sup>13</sup>. Tal como ocurrió en la segunda ola, la regla fiscal aquí adoptada fue acompañada de importantes reformas monetarias, las cuales tenían como principal objetivo enfrentar la inflación que había asolado a las economías noroccidentales hacia la segunda mitad de la década del 70'. Así, a contar de inicios de la década del 80', comenzó a imponerse una nueva ortodoxia, cuyos ejes eran el control monetario y la independencia del Banco Central. Entre las consecuencias de esta nueva visión, los gobiernos ya no podrían financiar sus gastos por medio de la emisión de moneda, sino que deberían competir por financiamiento en el mercado de capitales, debiendo ofrecer condiciones atractivas para transformarse en emisores de deuda<sup>14</sup>, lo cual se traducía en la presión por reducir sus déficits o contar, incluso, con superávits, sujetándose a la disciplina de los mercados financieros.<sup>15</sup> Todas estas medidas buscaban crear economías fiscalmente sostenibles.

Sin embargo, se trata de una materia abierta a disputas, pues la literatura reconoce que no existe consenso respecto de qué significa que una "posición presupuestaria sea fiscalmente sostenible"<sup>16</sup>. Si bien en su formulación más

---

12 Ídem.

13 Ibidem. Pág. 5.

14 PRICE, ob. cit., Pág. 15. Una lectura crítica de esta evolución puede encontrarse en STREECK, Wolfgang: "The Politics of Public Debt: Neoliberalism, Capitalist Development and the Restructuring of the State". En: *German Economic Review*, German Economic Association, vol. 15, N° 1, 2014. Págs. 143-165.

15 PRICE, ob. cit., Pág. 16.

16 Ibidem. Pág. 17.

simple la sostenibilidad tiende a ser asociada con poseer niveles – valga la redundancia – sostenibles de deuda, esto abre una serie de preguntas y diversos cursos institucionales de acción, como muestran las distintas medidas adoptadas por los países de la OCDE. Así, mientras el Tratado de Maastricht<sup>17</sup> exige un déficit máximo de 3% a los países miembros de la Unión Europea (UE), hay países que han optado por reglas de balance presupuestario, o bien por la llamada *regla de oro*, según la cual la emisión de deuda solo debe efectuarse para financiar inversiones, y no para cubrir gastos ya existentes. Por otra parte, los países cuyos ingresos dependen de recursos eventuales (v.g., países exportadores de materias primas), han tenido a adoptar reglas que contienen un cierto superávit<sup>18</sup>. Dentro de un mismo género, por tanto, cabe una diversidad importante de especies.

Por otra parte, los niveles sostenibles de deuda varían de país a país, y su determinación supone la consideración de factores de economía política como la sostenibilidad de la tasa impositiva. Así, la deuda es insostenible si su posterior financiamiento depende de impuestos que son, a su vez, insostenibles. La relación entre deuda e impuestos ha sido captada por la literatura sobre deuda óptima, según la cual todo aumento del gasto público debe ser financiado por un aumento en la recaudación impositiva<sup>19</sup>. O como se suele escuchar en una frase más coloquial, a gastos permanentes, ingresos permanentes.

Como decíamos, con el fin de dar concreción a la sostenibilidad fiscal, se ha vuelto cada vez común que los países adopten reglas fiscales, que reciben distintas configuraciones institucionales. Según Halac & Yared, mientras en 1990 solo siete países poseían reglas fiscales, en 2013 esta cifra ascendía a noventa y siete<sup>20</sup>.

---

17 Se conoce así al Tratado de la Unión Europea, que creó esta unidad transnacional por medio de su firma el 7 de febrero de 1992, en la ciudad neerlandesa a la que debe su nombre coloquial. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

18 PRICE, ob. cit. Pág. 17.

19 PRICE, ob. cit. Pág. 24.

20 HALAC; Marina-YARED, Pierre, ob. cit. Pág. 1

Ahora bien, siguiendo una tipología propuesta por García Serrador, las reglas fiscales se pueden clasificar según dos posibles criterios: por un lado, por el tipo de límite que se imponga a las autoridades fiscales y, por otro lado, a partir del indicador fiscal considerado<sup>21</sup>.

Según el primer criterio, se pueden distinguir reglas cuantitativas y de procedimiento. Las primeras refieren a restricciones que indican un límite cuantitativo al indicador fiscal elegido, por ejemplo el límite que impone el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE (PEC) sobre el déficit o nivel de deuda. Por su parte, las reglas de procedimiento son aquellas que señalan la manera en que se deben realizar determinados procesos, por ejemplo, el procedimiento de elaboración y discusión del presupuesto anual<sup>22</sup>.

El segundo de los criterios, es decir, la elección del indicador fiscal, se pueden diferenciar: a. reglas sobre el déficit; b. reglas sobre el nivel de deuda y c. reglas sobre el gasto público<sup>23</sup>.

Muchos países y alguna organización multilateral han adoptado reglas sobre el déficit, como la Unión Europea con el PEC, Nueva Zelanda, Australia, Estados Unidos o Canadá. En cuanto a las reglas sobre el nivel de deuda, el ejemplo más claro es el de la Unión Europea, que estableció el objetivo de la deuda pública en el 60% del Producto Interno Bruto (PIB), o el Reino Unido con la regla de la inversión sostenible, que requiere que la deuda neta se mantenga estable y en un nivel prudente a lo largo del ciclo, definiendo este nivel prudente como el 40% del PIB. En cuanto a las reglas sobre el gasto público, los casos más conocidos son los de Estados Unidos, Suecia, Holanda, Finlandia, Francia, Italia y España<sup>24</sup>.

---

21 GARCIA SERRADOR, Agustín: “Teoría General sobre reglas fiscales”. En: *Quaderns de Política Econòmica*, Departamento de economía aplicada, Universidad de Valencia, vol. 8, 2004. Pág. 27.

22 Idem.

23 Idem.

24 Ibidem. Pág. 28.

Se reconoce, también, la existencia de un cuarto tipo de regla, propia de los países en desarrollo exportadores de materia prima, conocida como regla de ingresos, en cuya virtud los países acumulan una cierta cantidad de ingreso, bajo la forma de fondos de contingencia, cuyo objetivo es acumular los ingresos inesperados, y así poder suavizar el gasto público a lo largo del ciclo económico<sup>25</sup>.

En síntesis, el principio de responsabilidad se ha materializado con diseños institucionales que suponen reglas para el manejo económico, reglas que pasan a un reconocimiento formal, con fuentes jurídicas, sea legales o de carácter supranacional, como es el caso de la UE. Mas, ¿es necesario que este principio se encuentre en una Constitución? Es lo que intentaremos revisar a continuación.

### **3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS REGLAS FISCALES.**

#### **3.1. La importancia de la Unión Europea.**

Para comprender el alcance y principales elementos de los debates sobre la conveniencia – o no – de adoptar reglas fiscales y, en caso de hacerlo, qué reglas resultan más apropiadas y cuáles son los mejores diseños institucionales, vale la pena realizar un recorrido histórico que cubre sinópticamente las últimas tres décadas.

El primer hito se produce en 1992 con la firma del tratado de Maastricht, también llamado Tratado de la Unión Europea, que constituye uno de los documentos fundacionales de la Unión. En éste se establecieron, en su artículo 104 C, algunos lineamientos para cautelar la responsabilidad fiscal de los estados miembros. Así, el numeral 1º del citado artículo establecía que “los Estados Miembros evitarán déficits públicos excesivos”, mientras que el

---

25 ARDANAZ, Martín et al: “Las reglas fiscales: tipologías, funciones y complementariedad con otras instituciones fiscales”. En: Barreix, Alberto-Corrales, Luis: *Reglas fiscales resilientes en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. Pág. 45.

numeral 2º entregaba a la Comisión Europea la competencia de supervisar “la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros con el fin de detectar errores manifiestos”. Tanto el déficit público como el nivel de endeudamiento de los Estados miembros debían sujetarse a valores de referencia especificados en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (Nº 12), que en su artículo 1 contenía los límites para el déficit y la deuda: un umbral máximo de 3% del PIB para el caso del déficit, y 60% del PIB para el endeudamiento.

Las directivas establecidas en el Tratado de la Unión Europea fueron reforzadas en 1997 mediante la suscripción del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, el cual buscaba dotar de coherencia y uniformidad a las políticas monetarias y fiscales de los países miembros de la Unión, debido a la pronta entrada en vigencia del euro como moneda común. El PEC mantenía los umbrales fijados en el Tratado de Maastricht, y agregaba mecanismos para hacer efectivos dichos umbrales. Su firma e implementación puede ser entendida como una forma de proveer a las autoridades públicas de cada país con las “competencias apropiadas para proteger la responsabilidad fiscal, respetando la transparencia, la rendición de cuentas y la estabilidad, fortaleciendo la importancia de las planificaciones presupuestarias a mediano y largo plazo, alineando las acciones de las autoridades públicas con la estabilidad macroeconómica global”<sup>26</sup>. Las reglas establecidas en ambos documentos cobraron una renovada importancia luego de la crisis financiera global que tuvo lugar entre 2007 y 2008, puesto que, como un modo de paliar sus efectos, algunos países miembros de la UE comenzaron a adoptar las reglas fiscales en sus propias constituciones.

---

26 TOFAN, Mihaela-ONOFREI, Mihaela-VATAMANU, Anca-Florentina: “Fiscal Responsibility Legal Framework - New Paradigm for Fiscal Discipline in the EU”. En: *Risks*, MDPI, vol. 8, Nº 3, 2020. Pág. 6.

### 3.2. La constitucionalización en Alemania e Italia.

El primer país europeo en otorgar un estatus constitucional a la regla fiscal fue Alemania, que en 2009 reformó su Constitución para establecer una regla de equilibrio presupuestario. Para ese entonces, además de los efectos de la crisis financiera global, Alemania enfrentaba una situación persistente de alto endeudamiento público que alcanzaba cerca del 70% del PIB<sup>27</sup>, lo cual implicaba un incumplimiento del PEC, por tanto, contradecía el discurso ortodoxo que la nación exhibía ante la UE. Lo llamativo, como ha subrayado Medina Guerrero, es que, en términos formales, Alemania contaba con una regla fiscal desde el año 1969, puesto que el artículo 115 de su Constitución establecía que “los ingresos procedentes de créditos no podían superar las inversiones previstas en el presupuesto”<sup>28</sup> (una forma de la llamada *regla de oro*). Sin embargo, este mismo artículo contemplaba la posibilidad de transgredir la regla en los casos excepcionales en que ello fuera necesario para “evitar una perturbación del equilibrio global de la economía”<sup>29</sup>. El tenor de la excepción producía que, en la práctica, la regla constitucional no pudiera ser supervisada por el Tribunal Constitucional (TC), debido a que la facultad entregada al legislador era lo suficientemente amplia como para impedir el pronunciamiento del Tribunal. De hecho, siguiendo con Medina Guerrero, la reforma del 2009 se realiza a partir de una invitación del Constitucional alemán, “en una formulación que ha sido calificada de «casi dramática», tras considerar que el anterior art. 109 LFB le impedía realizar un efectivo control de su cumplimiento”<sup>30</sup>.

Con el fin de subsanar la incompetencia del TC, se reformó la Constitución, estableciendo en su artículo 109.3, que “los presupuestos de la Federación y los *Länder* (Estados) deben, en principio, estar equilibrados”,

---

27 ARROYO, Antonio-GIMENEZ, Isabel: “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”. En: *Revista española de derecho constitucional*, CEPC, 2013. Págs. 153 y ss

28 MEDINA GUERRERO: “La reforma del artículo 135 CE”. Pág. 134.

29 Idem.

30 Ibidem. Pág. 137. La sentencia del TC alemán es de 2007 y trata sobre el Presupuesto federal de 2004. Véase la sentencia de 9 de julio de 2007, Bundeshaushalt 2004, BVerfGE 119, 96.

cuestión que se cumple si es que “los ingresos obtenidos por endeudamiento no exceden el 0,35 por ciento del Producto Interno Bruto nominal”. En otras palabras, la norma constitucional buscaba asegurar que la relación entre ingresos y gastos fuera sostenible, evitando que aquéllos se extendieran por medio de la contracción de nuevas deudas. Para lograr esto, como hemos visto, establecía una referencia cuantitativa a la que la conducción del erario debía someterse. La mayor precisión en la redacción de la norma permitía, por otra parte, dar operatividad a la regla constitucional, limitando la discrecionalidad del legislador.

La constitución alemana contenía, por otra parte, una regulación para las situaciones de excepción. De esta manera, permitía que la Federación y los *Länder* establecieran “regulaciones que tomen en consideración”, tanto en momentos de auge como de contracción, “los efectos de una evolución coyuntural que se aleje de la normalidad, así como una regulación excepcional para los supuestos de catástrofes naturales o de situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y que perjudiquen gravemente la situación financiera estatal” (Artículo 109.3). La regulación contenía una cláusula de escape, es decir, la posibilidad de que se adopten medidas que contravienen la regla general, debido a circunstancias extraordinarias que lo justifican, pero es muy restringida, excepcional y requiere supuestos muy exigentes.

La responsabilidad fiscal también ha sido objeto de regulación constitucional en Italia, fruto de la promulgación de la Ley 1/2012, cuyas disposiciones comenzaron a ser aplicadas “a partir del ejercicio presupuestario correspondiente al año 2014”<sup>31</sup>. Dicha ley reformó la Constitución, introduciendo en su artículo 81 los siguientes tres párrafos iniciales:

“El Estado equilibrará los ingresos y los gastos en su presupuesto, teniendo en cuenta las fases adversas y favorables del ciclo económico.

---

31 ARROYO, Antonio-GIMENEZ, Isabel, ob. cit. Pág. 168.

No se podrá recurrir al endeudamiento sino a los efectos de tener en cuenta los efectos del ciclo económico o, previa autorización de las dos Cámaras aprobada por mayoría absoluta de votos de sus Diputados, en circunstancias excepcionales.

Toda ley que implique gastos nuevos o aumentados deberá prever los recursos para cubrir tales gastos”<sup>32</sup>.

A diferencia de lo que sucede en Alemania, la Constitución italiana no establece ninguna referencia cuantitativa al consagrar la responsabilidad fiscal, sino que dispone un mandato general al Estado para conservar el “equilibrio” entre ingresos y gastos, el cual va acompañado por algunas reglas de competencia que buscan hacer más probable el logro de dicho equilibrio. Así, el inciso segundo establece una exigencia de quórum parlamentario en ambas cámaras para la aprobación del “recurso al endeudamiento”, además de una justificación extraordinaria (la consideración de “los efectos del ciclo económico”), mientras que el inciso tercero ordena que todas las leyes que comporten “nuevas o mayores cargas” deberán proveer “los medios para hacerle frente”. Adicionalmente, en su inciso cuarto, el artículo 81 delega en una ley “aprobada por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara”, la tarea de aprobar “el contenido de la ley de presupuestos, las normas fundamentales y los criterios dirigidos a asegurar el equilibrio entre los ingresos y los gastos de los presupuestos y la sostenibilidad de la deuda del conjunto de las Administraciones”.

La reforma constitucional italiana recién indicada se ocupó, asimismo, de extender expresamente el alcance del principio de responsabilidad fiscal, bajo la forma de “equilibrio presupuestario”, a los organismos de gobierno local, como los municipios, provincias y ciudades metropolitanas, estableciendo que éstos, si bien poseen autonomía financiera, deben respetar “el equilibrio de los respectivos presupuestos”, además de “garantizar el cumplimiento

---

32 Traducción tomada de *Constitute*, Las constituciones del mundo para leer, buscar y comparar. [https://www.constituteproject.org/constitution/Italy\\_2020?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020?lang=en)

de los vínculos económicos y financieros derivados del ordenamiento de la Unión Europea”. Se establece, además, un límite para su endeudamiento, pues solo pueden endeudarse para “financiar gastos de inversión” y presentando “la simultánea definición de los planes de amortización y a condición de que para el conjunto de los entes de cada Región se respete el equilibrio presupuestario” (artículo 119)<sup>33</sup>.

### 3.3. La constitucionalización en España.

Uno de los casos más discutidos cuando se trata de la constitucionalización de la responsabilidad fiscal ha sido el español, tanto por los aspectos sustantivos como procedimentales de la reforma. Ambos aspectos dan cuenta de la relevancia de los dictados de la UE respecto del manejo de la economía nacional, así como de los equilibrios de poder al interior de ella. Así, en agosto de 2011, los gobiernos de Alemania y Francia acordaron “conminar a determinados Estados a acelerar la incorporación al máximo nivel normativo interno de los compromisos fiscales asumidos en el seno de la Unión Europea”<sup>34</sup>. Tal como hemos visto en los casos anteriores, se trataba de un contexto internacional de respuestas a la crisis financiera global gatillada unos años antes.

La respuesta de España fue llamativamente veloz, y por medio del procedimiento constitucional de urgencia y lectura única, menos de un mes después, el 13 de septiembre de 2011, incorporó la regla fiscal en su Constitución, lo que ha sido visto por algunos analistas como una medida urgente a fin de eludir el riesgo de *default*<sup>35</sup>.

---

33 ARROYO, Antonio-GIMENEZ, Isabel, ob. cit. Pág. 171.

34 MEDINA GUERRERO: “La reforma del artículo 135 CE”. Pág. 132.

35 MEDINA GUERRERO, Manuel: “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”. En: *Revista de estudios regionales*, Universidades de Andalucía, N° 105, 2016. Págs. 75-76.

En términos sustantivos, la Constitución Española recoge una regulación que podríamos calificar de múltiple desde el punto de vista de los organismos públicos involucrados, y pluriconceptual desde la óptica de los principios que recoge.

En cuanto a la multiplicidad de organismos obligados, el reformado artículo 135 de la Constitución Española señala que ni el “Estado” ni las “Comunidades Autónomas” pueden incurrir “en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.” (art. 135.2). Adicionalmente, se obliga a las “Entidades Locales” a “presentar equilibrio presupuestario”.

Desde el punto de vista de los principios que recoge el artículo 135, su numeral 1º indica que “[t]odas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”. En el numeral 2º, sin embargo, y como recogimos recién, se obliga a las “Entidades Locales” al “equilibrio presupuestario”. Por otra parte, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas deben “estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.” (art. 135.3). El “déficit estructural máximo” permitido al Estado y las comunidades autónomas debe estar, indica también el artículo 135.2, fijado por una “ley orgánica”. Cabe destacar, por último, que los “créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones (...) gozará de prioridad absoluta”.

El caso español presenta, así, algunas particularidades que abren preguntas respecto de las implicancias de la constitucionalización de las reglas fiscales.

En primer lugar, el artículo 135 contiene menciones a dos principios diferentes, que suponen distintos marcos de acción para los organismos constitucionalmente obligados. Por una parte, mientras se conmina a las Administraciones Públicas a ceñirse al principio de “estabilidad presupuestaria”, se obliga a las Entidades Locales a obedecer el principio de “equilibrio presupuestario”. Mientras el primero permite incurrir en déficits en caso de

que fuera necesario, se asume que el equilibrio proscribiera el déficit, estableciendo, con rango constitucional, la prohibición de utilizar un instrumento de política pública. La pregunta respecto de cuál de estos principios tiene primacía, o incluso respecto del alcance de la colisión normativa, no ha sido claramente respondida por la doctrina, y ha generado intensas críticas<sup>36</sup>.

En segundo lugar, si bien la Constitución Española pareciera dotar de un cierto margen de discreción a las autoridades públicas, al no clausurar de antemano la posibilidad de incurrir en déficit estructural (salvo, como ya vimos, para las Entidades Locales), lo que en realidad hace es dotar de estatus constitucional al límite impuesto por la Unión Europea, ya que el déficit estructural no puede superar nunca el margen por ésta determinado. Se dota, así, de la máxima jerarquía normativa a las decisiones de política económica de dicha institución lo que lleva al viejo problema del traslado de las decisiones soberanas a un organismo multinacional, polémica que toca la supremacía constitucional. En este caso, es la misma Constitución la que reconoce la cesión de la soberanía<sup>37</sup>.

En tercer lugar, la Constitución delega en el legislador la fijación del déficit estructural máximo que se permite a los Estados y las Comunidades Autónomas, exigiéndole un quórum supra mayoritario, ya que la materia debe ser regulada en una ley orgánica.

La mencionada ley orgánica fue dictada meses después de la reforma constitucional, el 27 de abril de 2012. La ley despejó la posible colisión de principios entre la “estabilidad” y el “equilibrio” que la Constitución dejaba abierta, al señalar que la “estabilidad presupuestaria de las Administraciones

---

36 MEDINA GUERRERO: “La reforma del artículo 135 CE”. Pág. 148.

37 Sobre el problema de la supremacía constitucional y la UE, véase CANCIO MELIÁ, Jorge: “La Constitución económica: promesas incumplidas”. En: *Revista jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 7, 2002. Págs. 49-101; MUÑOZ MACHADO, Sergio: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993; MAESTRO BUELGA, Gonzalo: “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 7, 2000. Págs.123-154.

Públicas” corresponde a una “situación de equilibrio o superávit estructural” (art. 3.2). De esta forma, la ley desarrolla lo que la Constitución había insinuado, al ceñir el rango de acción de las Administraciones Públicas, ya que el grado de discreción que cabe dentro del concepto de “estabilidad” es sustituido por el más estricto principio de “equilibrio” (es decir, con un déficit igual a cero), o bien exigiendo un superávit estructural, es decir, una situación en que los ingresos han de ser mayores a los gastos.

En otro de sus artículos, la ley establece una excepción a esta regla, que cubre los casos de “reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo”, para las cuales podrá alcanzarse, “en el conjunto de las Administraciones Públicas, un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto” (art. 11.2). La ley orgánica, sin embargo, no solo dota de mayor estrictez a la regla constitucional, sino que adiciona un ámbito sustantivo en que la acción de las autoridades es constreñida, estableciendo, en su artículo 12.4, un tope proporcional máximo al gasto en que pueden incurrir la Administración Central, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales en relación al crecimiento del Producto Interior Bruto. En otras palabras, la regla fiscal española no solo es establecida en la Constitución y desarrollada en una ley orgánica, sino que es complementada por ésta, al incorporar un tipo de regla de gasto que la carta fundamental no contempla<sup>38</sup>.

Por lo visto, con mayor o menos intensidad, la responsabilidad fiscal como principio se incorpora a las Constituciones y otro tanto ocurre con algunas reglas fiscales. Y aquí es donde se da la principal dificultad: ¿es necesaria la constitucionalización de reglas fiscales? Porque una cosa es la necesidad de reglas de disciplina y otra que aquellas se encuentren en la Constitución. Veamos qué es lo que ocurre en Chile en la actualidad.

---

38 MEDINA GUERRERO, Manuel: “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”. Págs. 92 y ss.

## 4. LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y LAS REGLAS FISCALES EN CHILE.

### 4.1. La adopción de reglas fiscales en Chile.

En Chile, el compromiso con la sostenibilidad fiscal ha sido uno de los pilares del manejo macroeconómico de los distintos gobiernos desde la recuperación de la democracia. Durante la década de los 90, este compromiso no recibió consagración formal alguna, sino que se mantuvo como una política económica que, sin embargo, tenía el estatus suficiente como para guiar la acción de las autoridades políticas. De esta forma, los dos primeros gobiernos de la transición, presididos por Patricio Aylwin y Eduardo Frei Ruiz-Tagle, mantuvieron superávits fiscales de forma constante, lo cual solo se quebró con la crisis asiática de 1999, cuando, por vez primera, el país presentó un déficit fiscal<sup>39</sup>. Para el gobierno entrante, encabezado por Ricardo Lagos, ello significaba una presión adicional pues debía redoblar los esfuerzos para mantener el compromiso macroeconómico, y despejar los temores que existían respecto de la asunción del primer presidente socialista desde el gobierno de Salvador Allende. Todos estos antecedentes llevaron a que el año 2001 el país formalizara la regla fiscal, comprometiéndose a sostener un superávit estructural del 1% del PIB<sup>40</sup>. El año 2006 esta regla sería objeto de consagración legal, materializándose en la ley N° 20.128 sobre responsabilidad fiscal.

La regla fiscal chilena es una regla de balance estructural, al tener como elemento central la “cuantificación del balance a lo largo del ciclo económico [lo cual] exige mantener una evolución del nivel de gastos permanentes

---

39 Para este breve recuento, véase MADARIAGA, Aldo: *Neoliberal Resilience: Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe*, Princeton University Press, Princeton. Págs. 242 y ss.

40 GUZMÁN, Marcela-MARCEL, Mario: “Hacia Un círculo virtuoso en la reforma presupuestaria en Chile”. En: *Presupuesto y Gasto Público*, Instituto de Estudios Fiscales, N° 51, 2008. Pág. 306.

consistente con la evolución del ingreso fiscal estructural<sup>41</sup>. Algunos han destacado, en general, el potencial contracíclico de esta regla que permitiría al país aminorar el efecto de los shocks macroeconómicos externos<sup>42</sup>. A pesar de esto, hay algunos que sostienen críticamente que, en rigor, la regla tendría un carácter más bien acíclico, existiendo potencial para modificarla y dotarla de efectos contracíclicos más fuertes<sup>43</sup>.

Como sucede con todas las instituciones, los efectos de la regla fiscal deben ser analizados teniendo en consideración el conjunto de mecanismos de los cuales es parte. Así, la sostenibilidad fiscal que Chile ha evidenciado durante las últimas décadas puede ser considerada como el resultado de la acción de un conjunto de instituciones, dentro de las cuales se encuentra la regla fiscal, a la cual cabe reconocerle ciertos efectos. Así, se reconoce que el establecimiento – y adecuado cumplimiento – de la regla fiscal ha permitido a Chile aminorar los efectos de los shocks económicos externos y que ha tenido efectos contracíclicos, ya que ha permitido a los gobiernos incurrir en déficit cuando éste ha sido necesario para sortear los efectos de crisis económicas<sup>44</sup>. Se reconoce, adicionalmente, que el carácter relativamente flexible de la regla permite que ésta sea cumplida por los distintos gobiernos ya que, por el contrario, cuando se trata de reglas demasiado rígidas, éstas tienden a ser incumplidas con mayor facilidad<sup>45</sup>.

En un sentido contrario, y de modo más crítico, se reconoce que la regla fiscal ha sido uno de los dispositivos que, durante las décadas de la transición, ha contribuido a la resiliencia del neoliberalismo, impidiendo, por

---

41 FFRENCH-DAVIS, Ricardo: “La experiencia de Chile con el balance fiscal estructural”. En: *Cuadernos de Economía*, Universidad Nacional de Colombia, vol. XXXV, N° 67, 2016. Pág. 152.

42 FRANKEL, Jeffrey: “A solution to fiscal procyclicality: the Structural Budget Institutions pioneered by Chile”. En: *NBER working paper series*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 16945, 2011. Pág. 9. En efecto, Frankel considera que, a pesar del tenor acíclico de la regla, las autoridades la habrían usado de tal forma que habrían provocado efectos contracíclicos, especialmente luego de la crisis económica global del año 2008.

43 Entre otros, FFRENCH-DAVIS, ob. cit. Pág. 154.

44 FRANKEL, Jeffrey, ob. cit. Pág. 6.

45 *Idem*.

ejemplo, que se efectúe el gasto público necesario para impulsar políticas industriales. Sin embargo, este efecto no sería una cuestión provocada única y directamente por la regla fiscal, sino que sería el resultado de la actuación conjunta de una serie de dispositivos institucionales, como las leyes electorales y las orientaciones programáticas del empresariado, apoyadas por los distintos gobiernos<sup>46</sup>.

Con todo, para el caso de Chile, se trata de una regla de carácter legal, que tiene dos hitos: la primera una práctica que se incorpora para la discusión anual de la ley de presupuesto, pero que luego, en 2006, se materializa en una ley. ¿Es la única regla de disciplina fiscal? ¿Hay otras? Si las hay, ¿dónde se encuentran? Es lo que veremos a continuación.

#### **4.2. Reglas especiales relativas al endeudamiento público.**

Como sostiene Yáñez, “la deuda pública corresponde a las obligaciones financieras (bonos, préstamos) contraídas por el Estado, a través de las cuales se compromete a pagar intereses y el préstamo original en ciertas fechas determinadas”<sup>47</sup>. Si esto es así, la deuda pública incluye lo que debe la Tesorería General de la República, CORFO como también la deuda externa contenida en bonos soberanos, la contraída con instituciones multilaterales (Banco Mundial) y la deuda interna compuesta principalmente por los bonos de Tesorería. Por tanto, “el endeudamiento corresponderá a aquella variable de flujo que medirá la cantidad de recursos que el Gobierno Central pide prestados para financiar sus gastos durante un ejercicio presupuestario que corresponde a la deuda contraída durante un año calendario”<sup>48</sup>.

El endeudamiento público es relevante y, en sí mismo no es un problema. Es más, resulta necesario para importantes actividades económicas del país, por el nivel de inversión, la envergadura de los proyectos y la extensión de

---

46 En este sentido, MADARIAGA, ob. cit.

47 YÁÑEZ, José: “Deuda pública y tributación”. En: *Revista de Estudios Tributarios*, Universidad de Chile, N° 19, 2018. Pág. 193.

48 *Ibidem*. Pág. 162.

plazos en la ejecución. Asimismo, frente a contingencias de emergencia, la única manera de dar satisfacción a demandas por catástrofes es por vía de la deuda.

También se utiliza para estabilizar la economía del país cuando ocurren déficit presupuestarios temporales como lo son una hiperinflación, fugas de capital o una recesión económica pues los gobiernos no están en condiciones de hacer frente a ellas por sí solos en el corto plazo<sup>49</sup>.

Con todo, para hacer uso de la deuda pública ¿con qué órganos se puede endeudar el Estado?

En primer lugar, podría encontrarse el Banco Central (BC), sin embargo, esta práctica de la deuda generada por los préstamos del BC al Estado se reconoce como una importante causa que explica el proceso inflacionario experimentado en los años setenta<sup>50</sup>. Por esta razón, el artículo 109 de la Constitución consagra expresamente la prohibición de esta fuente de financiamiento: “ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central”.

Y si tomamos en consideración lo que previamente habíamos señalado como concepto de deuda, el Estado se puede endeudar en el propio país solicitando créditos o por medio de la emisión de documentos financieros que coloca la Tesorería General de la República y, por cierto, créditos solicitados en el exterior.

Mas, para que el Estado pueda endeudarse es necesario cumplir ciertas reglas. Por de pronto las constitucionales: la deuda es materia de ley (artículo 63 n° 7) y el proyecto de ley sobre deuda es iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 65 n° 3). Junto a las reglas constitucionales,

---

49 Ibidem. Pág. 172.

50 Ibidem. Pág. 163.

también contamos con cuerpos legales que la complementan: la Ley de Administración Financiera del Estado, la Ley de Responsabilidad Fiscal y lo relativo al rol de la Contraloría.

Tratándose de la Ley de Responsabilidad Fiscal, ésta crea dos fondos soberanos: el Fondo de Reserva de Pensiones (FRP) y el Fondo de Estabilización Económica y Social (FEES). Por un lado, el FRP, perfeccionado por la Ley N° 20.255 del año 2008, complementa el financiamiento de las obligaciones fiscales derivadas de las pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez y los aportes previsionales solidarios para de esta manera distribuir en el tiempo la carga financiera que deberá enfrentar el Estado. Por otro, el FEES su principal objetivo es otorgar estabilidad financiera al Fisco, al acumular parte de los superávits fiscales para asegurar el financiamiento del presupuesto público en los años deficitarios<sup>51</sup>. Estos fondos resultan ser un complemento a la política de balance estructural pues evitan exponer el gasto social y la inversión pública a las oscilaciones del ciclo económico y fortalecen la competitividad de la economía chilena por la vía de facilitar el ahorro público<sup>52</sup>.

### **4.3. Iniciativa exclusiva del Presidente de la República.**

El origen de la iniciativa exclusiva legal para el Presidente de la República lo encontramos en la Constitución de 1925 junto con sus reformas de los años 1943 y 1970. Esta atribución presidencial es un efecto del régimen político, aunque no exclusivo, del presidencialismo.

Tratándose de la actual regla constitucional, se puede resumir en que todo proyecto de ley que comprometa gasto público, su iniciativa es del Presidente de la República (artículo 65). El fundamento de esta disposición apunta a que es el Gobierno quien debe asumir la responsabilidad sobre la

---

51 PARRADO, Eric-RODRÍGUEZ, Jorge-VELASCO, Andrés: “Responsabilidad Fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando”. En. *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N°127, 2012. Pág. 96.

52 *Ibidem*. Pág. 97.

sostenibilidad del gasto<sup>53</sup> y de esta manera se evitan (controlan) potenciales propuestas demagógicas que puedan emanar del Congreso principalmente con fines electorales.

Por lo que se advierte, se trata de una facultad presidencial de enorme envergadura ya que la iniciativa legislativa parlamentaria se torna (casi) irrelevante porque ¿qué proyecto de ley no reclamará gasto público? En la práctica, esto genera tensiones entre Gobierno y Congreso Nacional.

Buscando sanear esta disputa es que la Dirección de Presupuestos confecciona y envía al Congreso informes financieros que resultan indispensables para que se cuente con información detallada sobre los ingresos y gastos fiscales que impliquen las distintas iniciativas legales sometidas a su análisis<sup>54</sup>.

Ahora bien, tratándose de la ley de presupuestos, la iniciativa presidencial exclusiva se profundiza. Constitucionalmente, la determinación de ingresos y gastos la tiene el Ejecutivo y el Congreso solo puede aprobar o reducir los gastos contenidos en el proyecto de ley de presupuestos, salvo los que estén establecidos por una ley permanente.

En la propuesta de Constitución presentada por la Convención Constitucional se atemperaba esta facultad por un mecanismo que podríamos llamar iniciativa mixta y que en el artículo 266 de la fracasada propuesta recibe el nombre de “leyes de concurrencia presidencial necesaria”. En síntesis, los congresistas cuentan con iniciativa para presentar proyectos de ley, aunque se trate de materias que impongan gastos, sin embargo, para que puedan avanzar en el proceso de formación de la ley, en algún momento deben contar con el patrocinio del Presidente. Sin embargo, condicionados por una cultura y tradición presidencialista, esa idea fue desestimada expresamente para el tercer proceso constituyente ya que constituye uno de los límites que deben

---

53 VALDÉS, Rodrigo-VERGARA, Rodrigo: *Aspectos económicos en la constitución. Alternativas y propuestas para Chile*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2021. Págs. 18-19.

54 PARRADO, Eric-RODRÍGUEZ, Jorge-VELASCO, Andrés, ob. cit. Pág. 118.

ser considerados para la propuesta de una nueva Constitución, conforme señala el artículo 154 número siete letra a) de la Constitución: “Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí: a) Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público”.

#### 4.4. El déficit estructural.

Como hemos adelantado, durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos se decide impulsar una regla de política fiscal basada en el cumplimiento de un superávit en el balance estructural del 1% del PIB, lo cual se materializa ese mismo año con la Ley de Presupuestos. En 2006, durante el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet se publica la Ley N° 20.128. A esto se agrega que durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera se convocó a un comité asesor para “desarrollar propuestas de perfeccionamiento de la metodología de cálculo del balance estructural en Chile y de su arquitectura institucional”<sup>55</sup>. Por tanto, la preocupación por la disciplina y responsabilidad fiscal es algo que ha trascendido a gobiernos de distinto signo.

Esta política fiscal se basa en el concepto de balance estructural. El término estructural busca obtener una mirada de mediano plazo, a diferencia del análisis tradicional basado principalmente en el balance efectivo. De esta manera, lo que realiza esta política es estimar los ingresos del Gobierno ajustándolos por el ciclo económico y autorizar un incremento del gasto público consistente con dichos ingresos. Así, se busca eliminar el comportamiento procíclico de la política fiscal<sup>56</sup>. En efecto, esta política económica significa ahorrar en tiempos de expansión de la actividad económica, cuando se reciben ingresos mayores por causa del ciclo, precisamente para poder gastarlos ya sea cuando la economía se contrae, y los ingresos fiscales caen, o cuando se enfrentan coyunturas que hacen que las necesidades de gasto aumenten<sup>57</sup>.

---

55 Ibidem. Pág. 94.

56 LARRAÍN, Felipe et al: Una política fiscal de balance estructural de segunda generación para Chile, Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, Santiago, 2011. Pág. 5.

57 Idem.

Desde su incorporación a la ley de presupuesto en 2001, la regla fue cumplida hasta el año 2008 ya que con motivo de la crisis económica global – la crisis *subprime*- los ahorros del pasado permitieron un mayor gasto para enfrentar esa crisis. Sin embargo, a partir de 2009 la meta tuvo una tendencia al déficit, salvo el año 2015, lo que fue profundizado en los años 2020 y 2021, años caracterizados por las crisis social y sanitaria con motivo de la pandemia por el virus del COVID. Recién en 2022 se volvió a un superávit en las arcas del fisco<sup>58</sup>.

¿Cómo explicar el déficit por tantos años si contamos con reglas fiscales que apuntan, precisamente hacia una política económica con superávit fiscal? En efecto, las reglas fiscales son limitaciones para asegurar la disciplina y responsabilidad fiscal. No obstante, deben ser “lo suficientemente flexibles para hacer frente a shocks económicos inesperados o de otro tipo de gran magnitud. Esta flexibilidad es especialmente pertinente en el caso de eventos excepcionales que pueden tener profundos efectos fiscales y económicos, como la actual pandemia, y probablemente requieran la activación de cláusulas de escape para permitir desviaciones temporales de las reglas”<sup>59</sup>.

Por lo mismo, las reglas anteriores y principios deben entenderse en el marco de una economía política, necesidad de criterios para un manejo sano de la economía y que cuente con herramientas para frenar los impulsos demagógicos, pero con la suficiente y necesaria flexibilidad para enfrentar las crisis graves de la economía. ¿Es necesario constitucionalizar las reglas fiscales? ¿Algunas? ¿Cuáles? Es lo que veremos a continuación.

---

58 Pueden revisarse estos datos en CONSEJO FISCAL AUTÓNOMO: *Informes sobre Balance Estructural*. Disponible en internet: <https://www.cfachile.cl/balance-estructural/informes-sobre-balance-estructural>

59 GBOHOU, William-MEDAS, Paulo: “Reglas fiscales, cláusulas de escape y shocks de gran magnitud”. En: *Fiscal Affairs*, FMI, Serie especial sobre políticas fiscales en respuesta a la COVID-19, 2021. Pág. 1.

## 5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y DE LAS REGLAS FISCALES.

Es posible advertir que algunas constituciones están incorporando no solo principios de responsabilidad fiscal sino que reglas fiscales derechamente, tanto de aquellas que establecen límites a las autoridades fiscales como las que incorporan un indicador cuantitativo. La UE y algunos de sus países miembros son pioneros al respecto. En efecto, Alemania, Italia y España han modificado sus Constituciones para responder a los criterios de responsabilidad en el manejo de la economía que pregona la UE.

No es el lugar aquí para discutir las fortalezas o debilidades para el manejo económico de la constitucionalización de estas reglas. Lo que sí podemos preguntar es acerca de la razonabilidad de su constitucionalización en términos democráticos, ya que supone, en definitiva, que una determinada visión de la economía sea consagrada en la fuente jurídica de mayor jerarquía, proscribiendo el desarrollo de visiones alternativas. Y eso forma parte del núcleo de una constitución económica.

Con Hesse, creemos que la Constitución económica debe quedar abierta a la disputa política y democrática<sup>60</sup>. La Constitución no debe cerrar la institucionalidad del futuro porque el cierre la petrifica y los enunciados constitucionales cuando se trata de reglas no cuentan con la necesaria flexibilidad para su adaptación frente al dinamismo político. Eso, en ningún caso significa que la responsabilidad fiscal o la disciplina sea entregada a la discrecionalidad del gobernante de turno, que pueda hacer del manejo económico una cuestión insignificante. Es necesario establecer principios orientadores pero su especificación debe desarrollarse por la vía legislativa.

---

60 HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. (trad. P. Cruz Villalón/M. Azpitarte Sánchez). Pág. 43.

La responsabilidad fiscal es un principio importante para el desarrollo de un país y su implementación es compleja, ya que para lograrla se debe constar con una institucionalidad robusta, que no descansa solo en una regla, sino que en decisiones políticas compartidas, no solo por el Gobierno sino que también con las autoridades representativas y órganos autónomos.

Por lo mismo, a nivel constitucional ¿qué es lo que debería considerarse y qué dejar al diseño legal?

a. Es razonable la consagración de un principio de responsabilidad fiscal. Al estar ahí, en la Constitución, permitirá el diseño de políticas públicas que siempre tengan en consideración aquello. Esa era la propuesta del texto de la Convención Constitucional, y, para el actual proceso constitucional el principio es uno de los límites, pero solo referido para el caso de los derechos sociales, que se encuentran en el artículo 154 N° 5 de la Constitución vigente: “que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal”. Creemos que es más adecuada la fórmula utilizada por la propuesta de nueva Constitución artículo 183.1: “las finanzas públicas se conducirán conforme a los principios de sostenibilidad y responsabilidad fiscal, los que guiarán el actuar del Estado en todas sus instituciones y en todos sus niveles”.

b. La responsabilidad fiscal, al formar parte de la constitución económica tiene una conexión estrecha con el estado social, principalmente para la justificación constitucional de sus límites.

c. Es razonable que, por la importancia para la política económica, el endeudamiento del Estado se haga por medio de una ley. Por lo mismo, es correcto que se incluya en el catálogo de materias de ley lo relativo a la deuda por el Estado.

d. Tratándose de iniciativa legislativa, más bien defendemos una propuesta de iniciativa mixta. La iniciativa exclusiva del Presidente de la República rigidiza en exceso el sistema político, torna en irrelevante la iniciativa de congresistas y, en definitiva, no hay contrapeso. La iniciativa mixta siempre reclama, al final, la concurrencia del Gobierno a las propuestas del Congreso Nacional, lo que favorece el diálogo político.

e. Un avance en nuestro modelo constitucional sería la exigencia de informes técnico-presupuestarios en la presentación de los proyectos de ley, algo que si bien se da en la práctica, es un efecto de la responsabilidad fiscal ya que los proyectos de ley que irroguen gasto al Estado deben justificar la fuente de su financiamiento.

f. Establecer reglas fiscales específicas con indicadores cuantitativos, como por ejemplo balance estructural, límites para el déficit deben ser materia de ley y no constitucional. Al menos tenemos dos razones para sostenerlo: a. Porque de estar en la Constitución rigidizan en exceso la política económica, que debe tener contar con razonables cláusulas de escape; b. Porque la política democrática también puede ir dando respuesta en estas materias, dependiendo de los contingentes contextos socioculturales.

Reconocemos los beneficios de la responsabilidad fiscal en cuanto permite dar sostenibilidad al sistema público y sus prestaciones, pero que esto no puede lograrse limitando la democracia y sin considerar el sistema constitucional en su conjunto, del cual la constitución económica es una parte. El principio de responsabilidad fiscal y sus reglas consecuentes debe dialogar con otros principios y fórmulas que también forman parte de la Constitución.

## 6. CONCLUSIONES

1°. Aunque existen antecedentes remotos sobre la responsabilidad fiscal, su desarrollo constitucional es más bien reciente con una tipología de principio hasta la adopción concreta de reglas fiscales. En efecto, el manejo

responsable de la economía es un desafío que no puede quedar entregado a la mera voluntad de los gobernantes de turno, por lo que parece razonable establecer criterios en la máxima fuente del derecho de un Estado para frenar, tanto la discrecionalidad abusiva de la política económica como la amenaza de la demagogia, principalmente electoralista.

2°. Esta constitucionalización de la responsabilidad y reglas fiscales es efecto de las directivas de la UE y cómo impactan en el funcionamiento económico de los países miembros. Parte en el Tratado de Maastricht y ya, derechamente se realizan reformas a las Constituciones de Alemania, Italia y España. Con mayor o menor intensidad, estas incorporaciones ponen en tensión la relación que existe entre el principio de soberanía nacional y supremacía constitucional con la importancia fáctica que tiene un órgano supranacional para el diseño de la política económica.

3°. La Constitución chilena no contempla de manera expresa un principio de responsabilidad fiscal como tampoco reglas fiscales. Sin embargo, existen diseños institucionales en la Constitución que responden al cuidado y responsabilidad en el manejo de la economía, a saber, reserva legal para el endeudamiento del Estado o la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para presentar proyectos cuando irroguen gasto público. Con todo, creemos que esta última facultad genera un poder excesivo en la máxima autoridad del Ejecutivo por lo que debería ser atenuado. Por lo mismo, proponemos un modelo de iniciativa mixta en la iniciativa legislativa, al modo como se consideraba en la propuesta de nueva Constitución elaborada en la Convención Constitucional.

4°. Existen otras herramientas legales para manejar la disciplina fiscal: reglas para el endeudamiento o el balance estructural. En ambos casos, creemos que se trata de mecanismos adecuados, siempre y cuando cuenten con la debida flexibilidad para adecuarse a períodos de crisis económicas, es decir, que existan cláusulas de escape.

5°. Finalmente, la Constitución Política forma un sistema complejo de principios, derechos y reglas. En esta materia, no es que la responsabilidad fiscal esté subordinada a algún otro principio o derecho fundamental sino que se encuentra conectada. El diseño de la política económica, por lo tanto, debe considerar a la Constitución como un todo, con sus fórmulas, con su techo ideológico y con la debida apertura que se requiere, considerando el momento histórico y el contexto cultural en que ésta se desarrolla. Por cierto, las reglas más intensas deben estar reservadas para la ley y no la Constitución, con la finalidad de evitar la petrificación normativa que produce la constitucionalización de las instituciones. En esta materia creemos que la política democrática del futuro va a ir construyendo los diseños que en cada momento la sociedad necesite y demande.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARDANAZ, Martín et al: “Las reglas fiscales: tipologías, funciones y complementariedad con otras instituciones fiscales”. En: Barreix, Alberto-Corrales, Luis: *Reglas fiscales resilientes en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. Págs. 41-60.

ARROYO, Antonio - GIMENEZ, Isabel: “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”. En: *Revista española de derecho constitucional*, CEPC, 2013. Págs. 149-188.

CANCIO MELIÁ, Jorge: “La Constitución económica: promesas incumplibles”. En: *Revista jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, N° 7, 2002. Págs. 49-101.

FFRENCH-DAVIS, Ricardo: “La experiencia de Chile con el balance fiscal estructural”. En: *Cuadernos de Economía*, Universidad Nacional de Colombia, vol. XXXV, N° 67, 2016. Págs. 149-171.

FRANKEL, Jeffrey: “A solution to fiscal procyclicality: the Structural Budget Institutions pioneered by Chile”. En: *NBER working paper series*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 16945, 2011. Págs. 1-48.

GARCÍA SERRADOR, Agustín: “Teoría General sobre reglas fiscales”. En: *Quaderns de Política Econòmica*, Departamento de economía aplicada, Universidad de Valencia, vol. 8, 2004. Págs. 22-37.

GBOHOU, William-MEDAS, Paulo: “Reglas fiscales, cláusulas de escape y shocks de gran magnitud”. En: *Fiscal Affairs*, FMI, Serie especial sobre políticas fiscales en respuesta a la COVID-19, 2021. Págs. 1-8.

GUZMÁN, Marcela-MARCEL, Mario: “Hacia Un círculo virtuoso en la reforma presupuestaria en Chile”. En: *Presupuesto y Gasto Público*, Instituto de Estudios Fiscales, N° 51, 2008. Págs. 305-323.

HALAC; Marina-YARED, Pierre: “Fiscal Rules and Discretion under Self-Enforcement”. En: *NBER working paper series*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 23919, 2017. Págs. 1-56.

HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012. (Trad. P. Cruz Villalón/M. Azpitarte Sánchez).

KOPITS, George-SYMANSKY, Steven: *Fiscal policy rules*. International Monetary Fund, Washington D.C., 1998.

KOPITS, George: *Fiscal Rules: useful policy framework or unnecessary ornament?* International Monetary Fund, Washington D.C., 2001.

LARRAÍN, Felipe et al: *Una política fiscal de balance estructural de segunda generación para Chile*, Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, Santiago, 2011.

MADARIAGA, Aldo: *Neoliberal Resilience: Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe*, Princeton University Press, Princeton, 2020.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo: “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 7, 2000. Págs.123-154.

MEDINA GUERRERO, Manuel: “La reforma del artículo 135 CE”. En: *Teoría y realidad constitucional*, UNED, N° 29, 2012. Págs. 131-164.

MEDINA GUERRERO, Manuel: “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”. En: *Revista de estudios regionales*, Universidades de Andalucía, N° 105, 2016. Págs. 73-102.

MUÑOZ MACHADO, Sergio: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

PARRADO, Eric-RODRÍGUEZ, Jorge-VELASCO, Andrés: “Responsabilidad Fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando”. En: *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N°127, 2012. Págs. 89-122.

PRICE, Robert: *The Political Economy of Fiscal Consolidation*. OECD Economics Department, Paris, 2010.

RESTREPO MEDINA, Manuel: “Responsabilidad fiscal”. En: *Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, vol. 3, N° 3, 2001. Págs. 75-95.

SÁNCHEZ, Carlos Ariel: “Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia”. En: *Civilizar*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 7, N° 13, 2007. Págs. 81-96.

STREECK, Wolfgang: “The Politics of Public Debt: Neoliberalism, Capitalist Development and the Restructuring of the State”. En: *German Economic Review*, German Economic Association, vol. 15, N° 1, 2014. Págs. 143-165.

TOFAN, Mihaela-ONOFREI, Mihaela-VATAMANU, Anca-Florentina: “Fiscal Responsibility Legal Framework - New Paradigm for Fiscal Discipline in the EU”. En: *Risks*, Multidisciplinary Digital Publishing Institute (MDPI), vol. 8, N° 3, 2020. Págs. 1-18.

VALDÉS, Rodrigo-VERGARA, Rodrigo: Aspectos económicos en la constitución. Alternativas y propuestas para Chile, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2021.

YÁÑEZ, José: “Deuda pública y tributación”. En: *Revista de Estudios Tributarios*, Universidad de Chile, N° 19, 2018. Págs. 161-203.

WYPLOSZ, Charles: “Fiscal Discipline in the Eurozone: Don’t Fix It, Change It”. En: *ifo DICE Report*, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, vol. 17, N° 02, 2019. Págs. 3-6.



**RECENSIÓN: GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO: EL  
ESPACIO ULTRATERRESTRE Y EL MANUAL DE  
TALLIN 2.0 (LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL),  
LABORUM, MURCIA, 2020<sup>1</sup>**

Javier Martínez Morales\*

*“El futuro de la humanidad está en el cosmos”*, expresaba el aclamado físico teórico Stephen Hawking en el año 2016 durante la presentación de Unity, la nave de Virgin Galactic para realizar viajes turísticos espaciales. Stephen Hawking estaba en lo correcto, los viajes espaciales poco a poco van siendo más recurrentes, potenciando la exploración de la raza humana en el espacio ultraterrestre, la Luna y el resto de los cuerpos celestes. Este camino nuevo e inédito que está consumando la humanidad implica, necesariamente, cuestionarnos su actual regulación normativa a efecto de no repetir los errores que hemos cometido en la Tierra. Bajo ese contexto y paradigma florece la obra del profesor Cesáreo Gutiérrez Espada, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia, la cual viene a cerrar una investigación de muchos años orientada al estudio del Espacio Ultraterrestre, su regulación normativa y las eventuales responsabilidades internacionales que pueden originar las exploraciones espaciales.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 18 de abril de 2023 y aceptado el 30 de mayo de 2023.

\* Abogado, Universidad de Valparaíso. Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: [j.martinezmorales95@gmail.com](mailto:j.martinezmorales95@gmail.com)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4082-9932>.

De forma preliminar, corresponde destacar que la obra objeto de estudio es una impecable introducción a la poca explorada área del derecho denominada Derecho del Espacio, rama que se inició hace más de sesenta años y cada día crece en relevancia en atención a los constantes avances tecnológicos en la materia. En tal sentido, si el lector desea palpase con el conocimiento regulatorio del espacio ultraterrestre, la Luna y el resto de los cuerpos celestes, el primer paso, sin duda, es leer la obra de Cesáreo Gutiérrez Espada.

Así pues, la obra cumple su objetivo de servir de introducción al Derecho del Espacio, lo cual se demuestra con la estructura de sus capítulos. En particular, en el primer capítulo el autor desarrolla una de las grandes discusiones que ha tenido nuestra doctrina jurídica espacial, esto es: ¿Dónde inicia y termina el espacio ultraterrestre? Para responder dicha incógnita el autor sintetiza de manera sencilla y pedagógica las diversas teorías elaboradas en torno a dicho problema<sup>2</sup>. De esta manera, del presente capítulo podemos extraer la importancia de una correcta delimitación del espacio ultraterrestre, pues aquello permitiría subsanar la inseguridad jurídica que puede ocasionar en los Estados la soberanía nacional del espacio subyacente y el inconveniente que ello genera en el planteamiento de controversias entre Estados. Lo anterior indudablemente lleva al frente la discusión sobre la posibilidad de que se origine una especie de Derecho Aeroespacial, rama que el autor descarta tajantemente, dada las claras diferencias entre las actividades aéreas y aeroespaciales.

En un segundo capítulo, el autor elabora de manera completa el marco normativo del Derecho del Espacio, efectuando una distinción entre las normas jurídicas obligatorias, las recomendaciones y, por último, la revisión de unas y otras. De este segundo capítulo, el lector puede conocer los tratados que, por un lado, fueron el inicio de la regulación positiva del Derecho del Espacio y, por otro, constituyen la estructura primordial de dicha área, susceptible, inevitablemente, de constante modificación de conformidad a los veloces avances tecnológicos en la materia. En particular, hablamos de: El

---

2 Entre las que se encuentran las teorías Bizionales, Trizonales y Funcionalista.

Tratado del Espacio de 1967; el Acuerdo sobre el salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1968; el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972; el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1975; y, el Acuerdo de la Luna y otros cuerpos celestes de 1979.

Siguiendo con el análisis de este segundo capítulo, el autor realiza una tarea loable al explicar en pocas páginas y utilizando un lenguaje sencillo los principios consagrados en dichos instrumentos, el contenido de cada uno de ellos y la importancia de estos en cada uno de los aspectos del Derecho del Espacio. Resulta especialmente interesante y esclarecedor cómo el autor destruye algunos mitos latentes en la consciencia colectiva de nuestra sociedad, por ejemplo, que la Luna supuestamente pueda ser susceptible de apropiación. Para ser más precisos, como bien expone el autor, el Tratado del Espacio consagra diversos principios, por ejemplo que: La exploración y/o utilización del espacio ultraterrestre debe llevarse a cabo en provecho e interés de todos los países, dado que aquello incumbe a la humanidad en su conjunto (Artículo I); La prohibición de que los Estados se apropien del espacio ultraterrestre, incluso de la Luna y otros cuerpos celestes (Artículo II); La prohibición de poner en órbita terrestre, sobre los cuerpos celestes o en el espacio ultraterrestre armas nucleares o de destrucción en masa; Que la Luna y demás cuerpos celestes tienen fines exclusivamente pacíficos (Artículo IV); Los Estados son responsables de las actividades que lleven a cabo en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes tanto órganos de su institución como privados (Artículo VI y VII), entre otros. Cabe hacer presente que el autor identifica un problema futuro que contiene el Acuerdo sobre Salvamento de 1968, esto es, que solamente se hace mención a la tripulación de un objeto espacial, excluyendo, en los hechos, a los turistas, viajeros o científicos que en un futuro cercano van a integrar dichos objetos. Lo expuesto por Cesáreo Gutiérrez otorga una luz de esperanza para aquel

lector que ha perdido la fe en la regulación normativa “terrestre” o “de la tierra”, la cual se caracteriza, en ocasiones, por su individualismo y ausencia de planificación futura en favor de la humanidad.

La obra, además, elabora un trabajo crítico de la regulación del Derecho del Espacio, a modo de ejemplo, expone la imprecisión que detenta el concepto “objeto espacial” a efectos de perseguir la responsabilidad internacional del Estado correspondiente; la existencia de pocas ratificaciones que tiene el Acuerdo sobre la Luna, entre los cuales no se encuentran las potencias espaciales, hecho que permite aseverar que los Estados mantienen la tendencia “terricola” de guiarse por sus intereses individuales y económicos; el hecho que desde 1979 solo existen resoluciones recomendatorias de la Asamblea General de la Naciones Unidas abandonando el camino inicial de alcanzar acuerdos internacionales en busca de la supervivencia humana; y, la necesidad de actualización y modificación de la normativa vigente en orden a adaptarse a la nueva era tecnológica que vivimos, más aún considerando las actuaciones de países como Estados Unidos y Luxemburgo, los cuales han autorizado mediante su normativa interna que las empresas exploten los recursos de los cuerpos celestes y de la Luna violando, con ello, las normas del Derecho Internacional.

Por último, el libro contiene un tercer y último capítulo mediante el cual el autor ejecuta una tarea sumamente compleja, esto es, explicar en palabras sencillas qué es el Manual de Tallin 2.0 y en qué consistiría la responsabilidad internacional en el Derecho del Espacio. Como bien expone el autor, este manual, creado por el Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa y cuya segunda edición data recién del año 2017, asume el gran inconveniente de ser visto por muchos países, por ejemplo, Francia, como un mero trabajo académico sin fuerza vinculante. Dicha afirmación, según Cesáreo Gutiérrez, debe ser descartada, toda vez que las reglas que el Manual de Tallin refleja son normas no escritas del Derecho Internacional. En consecuencia, al ser la costumbre una fuente del Derecho Internacional,

el manual resulta vinculante. Para ser más claros, no existe texto más completo y sólido que trate el Derecho Internacional aplicable a las actividades espaciales que el referido manual.

El Manual de Tallin 2.0 contiene tanto una norma general como ciertos principios básicos. La norma general, en palabras simples, prescribe tanto el deber de respeto sobre la jurisdicción y control de los objetos espaciales inscritos como el cuidado que se debe emplear en las actividades espaciales para evitar interferencias entre los Estados. Por otra parte, los principios básicos son: A) Las ciber operaciones sobre la Luna y otros cuerpos celestes solo pueden efectuarse con fines pacíficos junto con estar sujetas a las limitaciones del Derecho Internacional sobre el uso de la fuerza; y, B) Por un lado, el Estado debe autorizar y supervisar las actividades cibernéticas en el espacio ultraterrestre de sus entidades no gubernamentales y, por otro, las ciber operaciones que impliquen el uso de objetos espaciales están sujetas a las normas de responsabilidad del Derecho del Espacio, es decir, el Estado o las Organizaciones Internacionales serán responsables del daño ocasionado por las entidades no gubernamentales en el ejercicio de sus actividades cibernéticas. Luego de sistematizar el contenido de las mencionadas reglas y principios, el autor distingue entre responsabilidad absoluta y responsabilidad por culpa o negligencia con el fin de que el lector pueda comprender exitosamente el estatuto de responsabilidad que le corresponde al Estado por los daños causados por un objeto espacial. En resumen, si los daños tienen lugar en nuestro planeta o son causados a una aeronave en vuelo es aplicable la responsabilidad absoluta sobre el Estado de lanzamiento. En cambio, si los daños se causan a otro objeto espacial se aplica la figura de la responsabilidad por culpa.

La distinción entre los tipos de responsabilidad permite al lector y, quizás, futuro litigante de Derecho del Espacio, comprender que, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad absoluta, ésta tiene como elementos propios: el daño; el objeto espacial; y la relación de causalidad entre ambas, por lo tanto, nacerá responsabilidad en la medida de que el daño se encuentre causalmente

vinculado al objeto espacial. Sobre este aspecto el autor elabora un trabajo analítico y crítico sobre el concepto de daño, manifestándose la interrogante relativa a la inclusión o no tanto de los daños indirectos y diferidos como del lucro cesante y el daño moral. En ese sentido, el texto desarrolla casos prácticos hipotéticos junto con hacerse cargo de algunas casuísticas que la regulación actual puede generar en una futura aplicación práctica del mismo.

En suma, el Derecho del Espacio, si bien se caracteriza por su poca regulación y, quizás, como bien plantea el autor, detenta algunas imprecisiones en sus conceptos, figuras o instituciones, las cuales, a largo plazo, pueden acarrear consecuencias negativas en su aplicación, si tiene una característica que el Derecho “Terrestre” interno ha perdido: La predominancia de ciertos principios básicos orientados hacia la perspectiva de la supervivencia de la humanidad. Es decir, la consagración de los intereses, ya no individuales de cada Estado, sino de la humanidad en su conjunto, enfocado en proteger el lugar hacia donde iremos en un futuro: El Cosmos.

En definitiva, si el lector se encuentra en búsqueda de un texto que sirva de introducción al Derecho del Espacio, un inmejorable punto de partida es la obra de don Cesáreo Gutiérrez. En él, el lector podrá tomar conocimiento del panorama general regulatorio que esta área del derecho detenta junto con formar una perspectiva crítica de las ausencias, imprecisiones y desafíos futuros que dicha rama posee. Lo afirmado, en atención a que llegará el día en el cual el avance tecnológico obligará a la raza humana a construir una regulación más completa, precisa y estable.





