

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO



F U N D A D A E N 1 9 4 4

96

REPENSANDO LA VIOLENCIA



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

**FONDO
EDITORIAL**

DERECHO PUCP

F U N D A D A E N 1 9 4 4

96
2026

REPENSANDO LA VIOLENCIA



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2026
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: +51 6262650
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes índices, bases de datos, directorios y catálogos:

- Índices: Scopus, Emerging Sources Citation Index (Web of Science), Redalyc, SciELO Perú, Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP), ERIH PLUS, Dialnet, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB).
- Base de datos: Hein Online, CLASE, EbscoHost.
- Directorios: BASE, JournalTOCS.
- Catálogos: Primo Central, WorldCat, Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas Universitarias (Catálogo REBUIIN), vLex, La Referencia, ALICIA (Concytec).

Derecho PUCP es una revista de investigación académica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprometida con el debate general de ideas. Publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria, que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares externos bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, desde el año 2020, solamente en su versión digital. El primer número de la revista abarca el periodo de junio a noviembre, y el segundo, de diciembre a mayo.

El público al que se dirige *Derecho PUCP* es principalmente: (1) investigadores en derecho y en ciencias afines, (2) profesionales en derecho y (3) comunidad universitaria.

La versión electrónica de la revista está disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp>

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Pesopluma S.A.C.
www.pesopluma.net | contacto@pesopluma.net

Coordinadora editorial: Angie Orihuela Jesús

El contenido de los artículos publicados en *Derecho PUCP* es responsabilidad exclusiva de los autores.

e-ISSN: 2305-2546

Primera edición: mayo 2026

EDITORIA GENERAL

Ingrid Díaz Castillo
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Marisol Anglés Hernández
Universidad Nacional Autónoma de México

Reynaldo Bustamante Alarcón
Universidad del Pacífico

Rémy Cabrillac
Universidad de Montpellier

Nadia de Araujo
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

Marina Gascón Abellán
Universidad Castilla-La Mancha

Michele Graziadei
Universidad de Turín

Claudia Carolina Mejías Alonzo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Roger Merino Acuña
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervías
Pontificia Universidad Católica del Perú

Claudio Nash Rojas
Universidad de Chile

Martha Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Alba Ruibal
Universidad Nacional de Córdoba

CONSEJO CONSULTIVO

Robert Post
Universidad de Yale

Jemima García-Godos
Universidad de Oslo

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Guido Calabresi
Universidad de Yale

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Mônia Clarissa Hennig Leal
Universidad de Santa Cruz do Sul

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Luis Prieto Sanchís
Universidad Castilla-La Mancha

César San Martín Castro
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

CONTENIDO

REPENSANDO LA VIOLENCIA

- 9 Securitización de la migración femenina y acceso a la justicia como problema de violencia institucional: estándares interamericanos y el caso chileno
GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA
- 57 La responsabilidad civil por omisión de los deberes de cuidado respecto de las personas mayores en el derecho chileno
YASNA OTAROLA ESPINOZA / PAMELAN MENDOZA-ALONSO
- 89 La afectación del consentimiento en el delito de agresión sexual: análisis de los casos de intoxicación alcohólica de la víctima
MARY YOMALISI BOHORQUEZ GUEVARA
- 119 Derecho al olvido y libertad de información en Chile: una cuestión de principios
LEONARDO ORTIZ MESÍAS

MISCELÁNEA

- 155 Ciencias del comportamiento y derecho: del realismo jurídico al *behavioral law and economics*
DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY
- 191 Entre ruptura y continuidad: de la exégesis a la libre investigación científica, pasando por Raymond Saleilles
OSCAR ENRIQUE TORRES RODRÍGUEZ
- 229 El cumplimiento responsivo en la ley chilena de protección de los derechos de los consumidores
MARÍA ELISA MORALES ORTÍZ / PABLO SOTO DELGADO
- 271 La construcción conceptual del acto administrativo en Bolivia: propuesta metodológica y análisis de sus deficiencias a nivel normativo y jurisprudencial
SERGIO RODRIGO ROJAS-BARRIENTOS

- 321 The Public and the Private in Dispute Resolution. Reflections for a Comparative Dialogue on the “Public Values” of Adjudication
CARLO VITTORIO GIABARDO

INTERDISCIPLINARIA

- 345 Fiscalidad del comercio de productos de segunda mano a través de plataformas *online*: comparación entre países europeos y propuesta de mejora
SERGIO LUIS NÁÑEZ ALONSO / JAROSŁAW KACZMAREK / SUSANA ALDEIA

REPENSANDO LA VIOLENCIA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Securitización de la migración femenina y acceso a la justicia como problema de violencia institucional: estándares interamericanos y el caso chileno*

The Securitization of Women's Migration and Access to Justice as Institutional Violence: Inter-American Standards and the Chilean Case

GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA**

Universidad Autónoma de Chile (Chile)

Resumen: Este artículo examina cómo la securitización de la migración en América Latina, y en particular en Chile, reconfigura el fenómeno migratorio como asunto de orden público, generando barreras formales, materiales y sustantivas al acceso a la justicia de las mujeres migrantes y produciendo formas de violencia institucional. Frente a una literatura fragmentada sobre el alcance del derecho de acceso a la justicia y la ausencia de un tratamiento sistemático de la securitización con enfoque de género e interseccionalidad, el estudio se propone demostrar que dicho paradigma vulnera estructuralmente ese derecho y que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrece herramientas normativas y jurisprudenciales suficientes para contrarrestarlo. Metodológicamente, se desarrolla un análisis cualitativo de doctrina, normativa y jurisprudencia interamericana, con un estudio de caso del régimen chileno (Ley 21.325 y su reglamento), incorporando un enfoque interseccional y una impronta intercultural. Los resultados muestran: a) que la securitización desplaza el control judicial por procedimientos administrativos expeditos y estandarizados, erosionando el debido proceso; b) que las barreras idiomáticas, económicas y culturales, sumadas al temor a consecuencias migratorias, inhiben la denuncia y el litigio; c) que la práctica jurisdiccional chilena es casuística y asimétrica en la aplicación del control de convencionalidad; y d) que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos configura estándares operativos —tutela judicial efectiva, igualdad y no discriminación, debida diligencia reforzada y adecuación normativa— capaces de reinstalar límites al poder punitivo estatal. Se concluye que garantizar el acceso a la justicia exige reforzar el control judicial efectivo de detenciones y expulsiones, asegurar defensa e intérpretes desde el primer acto, separar canales de protección y fiscalización, positivar alternativas a la detención e integrar matrices de análisis interseccional en la motivación de decisiones. La contribución principal radica en articular un marco operativo para alinear políticas migratorias con los estándares interamericanos, ofreciendo insumos

* El presente trabajo contiene resultados del proyecto Fondecyt iniciación N.º 11241495: «Identidad cultural en el acceso a la justicia de las mujeres migrantes: problemas y estándares para la regulación en Chile», financiado por la Agencia Nacional de investigación y Desarrollo (ANID).

** Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Chile.

Código ORCID: 0000-0003-4600-8705. Correo electrónico: glorimar.leon@uatonoma.cl

teórico-prácticos para la decisión administrativa y judicial, así como para agendas futuras de investigación empírica.

Palabras clave: Securitización, migración femenina, acceso a la justicia, violencia institucional, interseccionalidad, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derecho de migración, Chile.

Abstract: This article examines how the securitization of migration in Latin America—and particularly in Chile—reconfigures migration as a matter of public order, generating formal, material, and substantive barriers to migrant women's access to justice and producing forms of institutional violence. In view of a fragmented literature on the scope of the right of access to justice and the absence of a systematic treatment of securitization with a gendered and intersectional focus, the study aims to demonstrate that this paradigm structurally undermines that right and that the Inter-American Human Rights System (IAHRS) offers sufficient normative and jurisprudential tools to counter it. Methodologically, it develops a qualitative analysis of doctrine, norms and Inter-American jurisprudence, with a case study of the Chilean regime (Law 21,325 and its regulation), incorporating an intersectional approach and an intercultural lens. The results show: a) that securitization replaces judicial review with expedited, standardized administrative procedures, eroding due process; b) that linguistic, economic and cultural barriers, together with fear of migratory consequences, inhibit reporting and litigation; c) that Chilean judicial practice is case-specific and asymmetrical in the application of conventionality control; and d) that the IAHRS sets operational standards—effective judicial protection, equality and non-discrimination, reinforced due diligence and normative adaptation—capable of reinstating limits on the State's punitive power. It concludes that guaranteeing access to justice requires strengthening effective judicial review of detentions and expulsions, ensuring counsel and interpreters from the first procedural act, separating protection and enforcement channels, enshrining alternatives to detention in law and integrating intersectional analysis matrices into the reasoning of decisions. The principal contribution lies in articulating an operational framework to align migration policies with Inter-American standards, offering theoretical-practical inputs for administrative and judicial decision-making, and also for future agendas for empirical research.

Keywords: Securitization, female migration, access to justice, institutional violence, intersectionality, Inter-American Human Rights System, migration law, Chile.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SECURITIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN Y LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL.- III. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO ESTRUCTURAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.- IV. INTERSECCIONALIDAD E IMPRONTA INTERCULTURAL.- V. DIMENSIÓN DIFERENCIAL DE GÉNERO EN LA SECURITIZACIÓN MIGRATORIA: IMPACTO REFORZADO SOBRE LAS MUJERES MIGRANTES.- V.1. DIFERENCIAL CULTURAL E IMPRONTA INTERCULTURAL: ¿POR QUÉ LA SECURITIZACIÓN SE AGRAVA EN CONTEXTOS DE DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA Y RACIALIZACIÓN?.- VI. DESARROLLO

NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.- VI.1. ENFOQUE NORMATIVO.- VI.2. JURISPRUDENCIA CLAVE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS E INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.- VI.3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: SÍNTESIS DE RESULTADOS Y PROYECCIONES.- VII. CONTEXTO JURÍDICO DE LA MIGRACIÓN EN CHILE.- VII.1. MARCO NORMATIVO Y DISCURSO SECURITARIO.- VII.2. VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y BARRERAS AL ACCESO A LA JUSTICIA.- VIII. RECEPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS.- VIII.1. INCORPORACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL: CONTROL DE CONVENIONALIDAD EN TRIBUNALES.- VIII.2. BRECHAS ESTRUCTURALES.- VIII.3. EL CASO CHILENO: SÍNTESIS DE RESULTADOS Y PROYECCIONES.- IX. CONCLUSIONES.

SECURITIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN FEMENINA Y ACCESO A LA JUSTICIA COMO PROBLEMA DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS Y EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION OF WOMEN'S MIGRATION AND ACCESS TO JUSTICE AS INSTITUTIONAL VIOLENCE: INTER-AMERICAN STANDARDS AND THE CHILEAN CASE

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el aumento sostenido de la migración femenina y su feminización en América Latina (Guizardi *et al.*, 2018; Martínez & Orrego, 2016; OIM, 2024) ha coincidido con la consolidación de políticas estatales centradas en la seguridad y el control fronterizo. Este proceso —conocido como «securitización de la migración»—, que implica concebir la migración no como un asunto humanitario o económico, sino como una amenaza existencial a la seguridad, permite justificar medidas extraordinarias y excepcionales que no serían aceptables bajo condiciones políticas ordinarias (Bourbeau, 2011).

La consolidación de tales marcos de control ha transformado progresivamente la movilidad humana en un asunto de orden público, desplazando su tratamiento desde el ámbito de los derechos humanos hacia el de la protección de la seguridad nacional (CIDH, 2015; Riggiozzi, 2023; Stefoni *et al.*, 2018). Bajo este enfoque, las mujeres migrantes —particularmente aquellas en situación migratoria irregular— son frecuentemente percibidas no como sujetas de derechos, sino como potenciales amenazas o destinatarias de vigilancia institucional (Gerard & Pickering, 2014; Riggiozzi, 2023). Este desplazamiento discursivo y normativo no es neutral: incide directamente en el ejercicio y garantía de derechos fundamentales, en particular en el acceso a la justicia¹.

El término «seguridad», cuyo significado etimológico tiene su origen en la palabra latina *securus*, significa tranquilo o «con cualidad de seguro» (RAE, 2014). Alude a un concepto cambiante y dinámico en el tiempo (Recasens, 2000) y, a la vez, de naturaleza compleja, cuyo espectro de dimensiones se despliega en un amplio abanico de

¹ Este artículo no tiene por objeto formular una nueva definición del derecho de acceso a la justicia ni realizar una revisión exhaustiva de las múltiples conceptualizaciones existentes en la literatura especializada. Su propósito es, más bien, identificar y caracterizar aquellos aspectos esenciales de la noción relacionados con el acceso a la justicia real y culturalmente adecuado para mujeres migrantes.

posibilidades interpretativas (Orozco, 2006)². Foucault ha sostenido que la seguridad constituye una forma específica de ejercicio del poder estatal orientada a «garantizar que los individuos o la colectividad estén expuestos lo menos posible a los peligros» (Foucault, 2010, p. 86), lo que justifica la adopción de dispositivos y procedimientos de control, coacción y coerción por parte del Estado.

La evolución del término «seguridad» ha dado lugar a dos grandes visiones o corrientes doctrinarias: por un lado, la seguridad concebida a partir del uso de la fuerza; y, por otro, la seguridad entendida como resultado de la universalización de los derechos humanos (Montero, 2013). Asimismo, este concepto ha sido utilizado desde hace mucho tiempo «por grupos que controlan el Estado nación para definir y asegurar la prioridad de algunos grupos y valores y no otros; normalmente se priorizan los intereses del Estado» (Gasper & Sinatti, 2016, p. 24). En este contexto, el paradigma securitario reconfigura las obligaciones estatales frente a la población migrante y genera un escenario en el que las medidas de control, las detenciones administrativas y las expulsiones sumarias se aplican con creciente frecuencia, formalmente justificadas por la necesidad de preservar el orden interno.

Desde esta reconfiguración del fenómeno migratorio, resulta posible identificar las consecuencias institucionales concretas del paradigma securitario sobre el acceso a la justicia, traducidas a limitaciones concretas al acceso efectivo a mecanismos judiciales y administrativos de protección, lo que deviene en una forma de «violencia institucional». Esta se expresa al reforzar barreras procesales, fomentar la desconfianza hacia las instituciones y perpetuar condiciones estructurales de desigualdad (Menjívar & Abrego, 2012; Varela, 2017). En este contexto, el acceso a la justicia se ve comprometido al restringirse tanto la posibilidad de acudir a tribunales como la efectividad de las decisiones adoptadas por las autoridades competentes (Acceso a la justicia para mujeres víctimas..., 2007; Cançado Trindade, 2003; Cappelletti & Garth, 1978; El acceso a la justicia como garantía..., 2007).

En los últimos cinco años, la literatura académica regional —creciente— ha documentado cómo los Estados latinoamericanos han intensificado enfoques securitarios en la gestión de la movilidad humana, particularmente en contextos de aumento de flujos migratorios intrarregionales. Estos estudios muestran que la expansión de políticas de control, detención y expulsión se ha producido incluso en marcos

² No constituye propósito principal de este estudio desarrollar un análisis exhaustivo de las distintas acepciones teóricas, históricas o doctrinarias del concepto de seguridad. Su utilización se circunscribe únicamente en la medida en que resulta funcional a los objetivos de la investigación; esto es, para comprender su incidencia en la configuración de las políticas públicas migratorias y en la expansión de mecanismos estatales de control, sin perjuicio de la complejidad conceptual y los debates existentes en torno a dicha noción.

13

normativos que declaran un enfoque de derechos, generando tensiones persistentes entre soberanía, seguridad y protección de personas migrantes (Clavijo & Pereira, 2022; Domenech, 2017; Domenech *et al.*, 2023; Freier & Acosta, 2024). Desde una perspectiva de género, investigaciones recientes advierten que estas dinámicas afectan de manera diferenciada a las mujeres migrantes, profundizando vulnerabilidades asociadas a problemas como violencia, precarización laboral, barreras institucionales y acceso desigual a mecanismos de protección (Hourani *et al.*, 2021; Stasiulis *et al.*, 2020; Stefoni *et al.*, 2018; Tastsoglou, 2021). En conjunto, esta producción regional proporciona un contexto empírico relevante para analizar críticamente, desde el derecho internacional de los derechos humanos, los efectos de la securitización migratoria sobre el acceso a la justicia en América Latina.

Estas dinámicas adquieren una dimensión jurídica específica cuando se analizan a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en materia de derechos humanos, en particular en el marco interamericano. Desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), este fenómeno adquiere especial relevancia, pues la jurisprudencia y doctrina interamericanas han afirmado reiteradamente que el acceso a la justicia constituye un derecho estructural e instrumental indispensable para la protección de todos los demás derechos humanos (*Cantos vs. Argentina*, 2002; Opinión Consultiva OC-18/03, 2003). En este marco, el SIDH ha sostenido que dicho derecho no se agota en el acceso formal a los tribunales, sino que exige la existencia de recursos efectivos y garantías procedimentales adecuadas frente a la actuación estatal, incluso cuando las decisiones se adopten en sede administrativa. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha extendido expresamente la titularidad del derecho de acceso a la justicia a todas las personas, incluidas las migrantes, con independencia de su situación migratoria, imponiendo a los Estados la obligación de asegurar vías reales de tutela frente a violaciones de derechos (*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 2006). Su violación, incluso indirecta, implica la negación de la tutela judicial efectiva y de la igualdad ante la ley (*Vélez Loor vs. Panamá*, 2010). Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH han identificado la existencia de «violencias institucionales» cuando las instituciones judiciales, administrativas o policiales actúan con sesgos estructurales o aplican criterios discriminatorios que impiden el ejercicio equitativo de los derechos (*Acceso a la justicia para las mujeres...*, 2007; *Afrodescendientes, violencia policial y derechos humanos...*, 2018; *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, 2009; *González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, 2009; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, 2015).

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

En el caso de las mujeres migrantes, la intersección³ entre género⁴, estatus migratorio y vulnerabilidad socioeconómica configura un escenario particularmente complejo (Bustamante, 2010; Maldonado *et al.*, 2018; Mello, 2019; Peña & Marañillo-Castillo, 2022) en el que la securitización agrava las desigualdades preexistentes y limita la posibilidad de recurrir a la justicia para reparar violaciones o abusos. El resultado es un sistema que prioriza la defensa del Estado por sobre la protección de las personas, reproduciendo un modelo de exclusión institucional incompatible con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Este escenario plantea interrogantes sobre la eficacia real de las normas nacionales frente a los estándares interamericanos de debida diligencia reforzada, igualdad y no discriminación⁵ (Opinión Consultiva OC-18/03, 2003) que se sustentan en la dignidad humana como fundamento indisoluble de todos los derechos (Gross, 2003; Habermas 2010; Sarmento, 2016) y que perfilan el marco normativo bajo el que subyace el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural para las mujeres migrantes (León Silva, 2022; León Silva & Faundes, 2021, 2022).

Sobre esta base conceptual y normativa, el análisis se centra a continuación en el caso chileno como estudio empírico del problema examinado. Chile constituye un caso de estudio especialmente pertinente para observar la tensión entre securitización de la movilidad humana y garantías de acceso a la justicia, en un contexto de incremento de sus flujos migratorios y de transformación reciente del marco regulatorio migratorio. En efecto, de acuerdo con la estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile para 2023, elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Servicio Nacional de Migraciones (Sermig), al 31 de diciembre de 2023⁶ residían en el país 1 918 583 personas extranjeras. Esta cifra expresa un crecimiento anual de 4.5 % respecto del año anterior. Desde una perspectiva de género, la misma estimación da cuenta de una distribución relativamente equilibrada que permite dimensionar la

3 Al referirnos a la «interseccionalidad» hacemos eco del enfoque o metodología que analiza los casos en los que operan distintos ejes de diferenciación bajo categorías que se superponen —como edad, género, raza— y que no son excluyentes entre sí. Ya Crenshaw (1991) apuntaba por primera vez el término en el ámbito académico mediante sus estudios de la *black feminist* al hacer referencia a las diversas opresiones que experimentaban las mujeres negras, que eran distintas de las experimentadas por las mujeres blancas.

4 El género como categoría de análisis implica un término relacional que toma en cuenta la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres migrantes respecto de los hombres, junto a las prohibiciones de discriminación por razones de género en lo que atañe al reconocimiento y disfrute pleno y efectivo de sus derechos. Bajo esta perspectiva de género se sostiene que, en el ámbito jurídico, cada persona tiene derecho a actuar, privada y públicamente, de acuerdo con su identidad sexual, lo que hace referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad (Reyes Alvarado, 2019).

5 Bajo este principio se garantiza tanto la igualdad de acceso como la igualdad de medios procesales, asegurando un trato no discriminatorio a las partes y proscribiendo a los Estados todo trato diferenciado y arbitrario hacia las personas migrantes (Observación General N.º 32, 2007).

6 Las cifras informadas representan la data oficial más reciente disponible al momento de cierre de esta investigación, según las estimaciones y reportes publicados por el INE y el Sermig de Chile.

15

relevancia del análisis: la población extranjera estimada se compone de 979 571 hombres y 939 012 mujeres. A ello se suma una composición concentrada por principales nacionalidades, lo que permite dimensionar el trasfondo intercultural del caso: la mayor proporción corresponde a población de Venezuela (728 586 o 38 %), seguida por Perú (260 785 o 13.6 %), Colombia (209 946 o 10.9 %), Haití (188 131 o 9.8 %), Bolivia (180 266 o 9.4 %) y Argentina (83 265 o 4.3 %) (INE, 2024; INE & Sermig, 2024). Esta configuración, unida a la diversidad de trayectorias migratorias y a la heterogeneidad de orígenes nacionales presentes en el país, refuerza el interés de examinar cómo las políticas y prácticas de control migratorio interactúan con condiciones de vulnerabilidad estructural en clave de género e interculturalidad.

En este escenario, la incorporación en Chile de un régimen migratorio formalmente renovado—Ley N.º 21.325 (2021) y su reglamentación, que sustituyó a la anterior normativa de 1975, de orientación marcadamente securitaria y dictada en contexto autoritario, introduciendo un lenguaje de derechos, principios de no discriminación y reconocimiento de la movilidad humana como fenómeno estructural— convive con dispositivos administrativos de control (detención/expulsión), y con barreras materiales y procesales que pueden afectar la posibilidad real de acceder a recursos efectivos, particularmente cuando se trata de mujeres migrantes expuestas a riesgos específicos (por ejemplo, violencia de género, responsabilidades de cuidado, dependencia económica o barreras idiomáticas y culturales). Por ello, Chile se emplea aquí como caso de estudio, no solo como ejemplo ilustrativo, con el objeto de observar cómo se expresa —en un contexto institucional concreto— la tensión entre el enfoque securitario y los estándares interamericanos de acceso a la justicia.

Frente a este panorama, el presente estudio propone una lectura interseccional —perspectiva que analiza la concurrencia de ejes de diferenciación superpuestos (edad, género y raza, entre otros) (Crenshaw, 1991; Hill, 1991)— y normativa del vínculo entre securitización y acceso a la justicia, considerando las obligaciones derivadas del SIDH. En la sección II, se examina el desarrollo conceptual, normativo y jurisprudencial del SIDH respecto de la violencia institucional y el derecho al acceso a la justicia en contextos migratorios. En la sección III, se analiza el caso chileno, observando la recepción y aplicación de los estándares interamericanos en el marco jurídico nacional. La metodología empleada es cualitativa y adopta un diseño de estudio de caso centrado en Chile basado en una revisión doctrinaria, normativa y jurisprudencial⁷ pertinente al objeto de análisis, integrando una impronta

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

7 La estrategia metodológica comprende: a) un examen doctrinal y jurisprudencial del SIDH (2003-2024), priorizando decisiones sobre detención/expulsión y violencia de género; b) un análisis normativo de la Ley N.º 21.325 (2021) y su Reglamento (Decreto Supremo N.º 296/2021, 2022)

intercultural⁸ como trasfondo metodológico que permite reconocer cómo las diferencias culturales y de origen inciden en la vulnerabilidad estructural y en el acceso a mecanismos de tutela.

La selección de la normativa, la jurisprudencia y los informes analizados se realizó conforme a criterios de relevancia sustantiva para el examen del derecho de acceso a la justicia en contextos de control migratorio. En el plano interamericano, se priorizaron estándares y decisiones del SIDH vinculados a temas como detención y expulsión de personas migrantes, garantías judiciales, tutela judicial efectiva, igualdad y no discriminación, debida diligencia reforzada y violencia institucional. En el plano interno, el estudio de caso chileno se delimitó a la legislación migratoria vigente y a decisiones judiciales recientes con impacto directo en derechos fundamentales, seleccionadas por su capacidad ilustrativa para mostrar tensiones entre la lógica securitaria y los estándares interamericanos, sin pretensión de exhaustividad estadística.

El objetivo general es demostrar que, en el caso chileno, la securitización de la migración femenina constituye una forma de violencia institucional que vulnera el derecho de acceso a la justicia, y que el marco normativo y jurisprudencial interamericano ofrece herramientas normativas suficientes para contrarrestar esta tendencia. Se busca, además, identificar las brechas existentes entre los compromisos internacionales asumidos por Chile y su implementación efectiva, aportando criterios para reinterpretar la seguridad desde la perspectiva de la justicia, la igualdad y la dignidad humana. De esta manera, el artículo pretende contribuir al debate académico sobre la compatibilidad entre políticas de seguridad y respeto a los derechos fundamentales, proponiendo una aproximación jurídica que priorice la protección de las personas por sobre la lógica del control estatal.

Este artículo persigue tres objetivos específicos: a) examinar, en el contexto chileno, las manifestaciones de violencia institucional derivadas del paradigma securitario en procedimientos de detención y expulsión; b) evaluar la consistencia del marco normativo y la jurisprudencia chilenos con los estándares del SIDH en materia de acceso a la justicia y debida diligencia reforzada; y c) proponer criterios interpretativos —con enfoque interseccional e intercultural— aplicables al caso chileno para orientar el control de convencionalidad en la judicatura ordinaria.

centrado en el control judicial efectivo, los recursos con efecto suspensivo, la motivación reforzada y las garantías lingüísticas; y c) la construcción de una matriz interseccional para orientar la valoración judicial en casos de detención/expulsión.

8 Al referirnos a la interculturalidad hacemos eco de la postura de Borboa (2006), que la entiende como las relaciones entre diferentes culturas para satisfacer la necesidad de comunicación y que la considera inevitable, lo que deriva en conflictos como producto de estas interacciones (Benhabib, 2002; De Lucas, 2006).

II. LA SECURITIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN Y LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

17

A fin de comprender cómo la securitización de la migración impacta el derecho de acceso a la justicia, resulta necesario precisar su vínculo con la noción de violencia institucional. Esta sección desarrolla el marco conceptual que permite identificar cuándo y cómo las lógicas de seguridad y control pueden traducirse en restricciones estructurales al ejercicio de derechos fundamentales, estableciendo los criterios analíticos que orientarán el examen normativo y jurisprudencial posterior.

Se entiende por «violencia institucional» a las prácticas y omisiones estatales —administrativas o jurisdiccionales— que, sin base en un escrutinio de legalidad, necesidad y proporcionalidad, restringen o desalientan el uso de remedios judiciales idóneos, especialmente cuando afectan a grupos en situación de vulnerabilidad, conforme al estándar de debida diligencia reforzada.

Para efectos analíticos, el concepto se operacionaliza mediante cuatro indicadores: a) inexistencia o ineficacia de control judicial, b) motivaciones estandarizadas, c) ausencia de defensa e intérpretes, y d) falta de evaluación interseccional de impactos.

En este marco, la violencia institucional no se presenta como un fenómeno aislado ni como el resultado de actuaciones individuales, sino como una expresión estructural de determinados modelos de gobernanza estatal. Entre ellos, el paradigma de la securitización de la migración constituye uno de los principales dispositivos para comprender cómo prácticas administrativas y jurídicas formalmente legítimas pueden derivar en restricciones sistemáticas al acceso a la justicia de las personas migrantes. Es precisamente desde esta lógica que la securitización opera como el contexto normativo y discursivo que habilita, reproduce y normaliza formas específicas de violencia institucional en el ámbito migratorio.

El proceso de «securitización de la migración» describe el desplazamiento del fenómeno migratorio desde el ámbito de la protección de los derechos humanos hacia el terreno de la seguridad estatal (Pereira & Clavijo, 2022; Treviño, 2016). Bajo esta lógica, el Estado deja de concebir la migración como un hecho social asociado a la movilidad humana y la integra dentro de los mecanismos de control y defensa del orden público. La consecuencia jurídica de este desplazamiento es la subordinación de los derechos de las personas migrantes a consideraciones de soberanía, estabilidad institucional y social, y seguridad nacional, entendidas como la preservación del orden interno, la gobernabilidad y el control estatal sobre los flujos migratorios.

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

Este giro produce una mutación profunda del discurso jurídico-político: la persona migrante pasa de ser concebida como titular de derechos a ser clasificada como factor de riesgo (Gerard & Pickering, 2014; Planas, 2024; Von, 2019), y desde esta premisa se diseñan políticas con sesgo preventivo-punitivo. La irregularidad administrativa pasa a asumirse como indicio de peligrosidad y no como situación regularizable, consolidando la *crimmigration*⁹; esto es, la convergencia de lógicas penales y migratorias que traduce la irregularidad en un marcador de riesgo y expande instrumentos propios del control penal al ámbito migratorio (Stumpf, 2013). Este encuadre impacta de manera desproporcionada a las mujeres migrantes, cuyas posiciones están atravesadas por género, clase y origen étnico (Abji, 2020; Bhatia, 2024; Cochrane, 2022). La intersección de dichas condiciones produce una doble exposición: precariedad asociada al estatus migratorio y desigualdades históricas por razones de género (Barrere, 2016; Morondo, 2016; Rebolledo, 2019).

En el plano institucional, la securitización reproduce y legitima formas de violencia estructural (Munévar-Munévar & Mena-Ortiz, 2009) contra las mujeres migrantes. Las prácticas de detención, control fronterizo y expulsión se enmarcan en un discurso de protección del Estado, pero en realidad actúan como mecanismos de exclusión.

La exclusión estructural que resulta de la securitización tiene un carácter sistémico: no se limita a acciones aisladas, sino que se consolida a través de marcos normativos, prácticas institucionales y narrativas sociales que naturalizan la desigualdad (Squire, 2015). En este contexto, la migración femenina se convierte en un espacio privilegiado de observación del impacto del poder estatal en la reproducción de las violencias contemporáneas. Las mujeres migrantes, al situarse en la intersección entre políticas de seguridad, control migratorio y desigualdades de género, encarnan las tensiones más evidentes entre el discurso de protección y la realidad de exclusión institucional que caracteriza al paradigma securitario. En consecuencia, la «violencia institucional» emerge cuando las instituciones encargadas de garantizar derechos se convierten en instrumentos de control que perpetúan desigualdades. Esta se expresa como una manifestación del poder punitivo estatal que opera a través de procedimientos administrativos y judiciales restrictivos de garantías procesales básicas, obstaculizando el acceso a la justicia.

9 El concepto de *crimmigration* alude a la convergencia entre el derecho penal y el derecho migratorio, en la que una condena penal puede derivar en consecuencias migratorias adversas, como la deportación o la apertura de procedimientos de expulsión. Esta noción jurídica implica la fusión de los mecanismos de aplicación de ambas ramas, dando lugar a veces a un sistema diferenciado, con tribunales, centros de detención y procedimientos especializados propios. En términos más amplios, se trata de un marco híbrido donde el derecho migratorio administrativo y el derecho penal se entrelazan bajo condiciones de mutua influencia y refuerzo recíproco, lo que tiende a generar resultados más severos, restringir las garantías procesales y fomentar prácticas de control y enjuiciamiento que segregan a las personas no ciudadanas (Aas, 2014; Stumpf, 2013, p. 59).

La literatura especializada evidencia la falta de consenso doctrinal sobre el alcance del derecho humano de acceso a la justicia (DHAJ) (Bernaes, 2019; Cappelletti & Garth, 1978; Fix-Zamudio, 1991). Para algunos autores, este derecho se limita al ámbito judicial y faculta a toda persona a solicitar la intervención de los tribunales para obtener la tutela efectiva de sus derechos. Otros, en cambio, sostienen una concepción más amplia que incluye mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos, entendiendo el DHAJ como la posibilidad de toda persona de acudir a diversas instancias para la determinación de sus derechos (Comjib & MinJusticia, 2008; Martínez, 2017). En cualquier caso, constituye un derecho fundamental, pues representa la garantía de realización efectiva de la justicia (Cançado, 2012)¹⁰. Sin embargo, la securitización de la migración lo vulnera de manera directa al transformar los procedimientos administrativos y judiciales en instrumentos de control estatal, restringiendo libertades individuales e impidiendo que las personas migrantes, y especialmente las mujeres, accedan de forma efectiva a mecanismos de tutela y reparación.

Estas afectaciones se proyectan de manera diferenciada en las dimensiones formal, material y sustantiva del derecho humano de acceso a la justicia.

En el plano del acceso formal, las medidas securitarias tienden a sustituir la revisión judicial por procedimientos administrativos expeditos, donde la detención y expulsión se ejecutan sin control judicial efectivo (Arnold, 2023; Dast, 2013; Könönen, 2023). La aplicación de procedimientos sumarios, la ausencia de defensa letrada y la falta de intérpretes o traductores constituyen obstáculos recurrentes que impiden un acceso equitativo al sistema judicial, erosionando las garantías del debido proceso y denegando la posibilidad de interponer recursos efectivos, lo que afecta el núcleo esencial del derecho a la tutela judicial.

En el plano del acceso material, la securitización genera un entorno de miedo institucional y desconfianza hacia las autoridades. Las mujeres migrantes, especialmente aquellas en situación migratoria irregular, evitan denunciar abusos o violencias por temor a represalias, deportaciones o pérdida de residencia (Abji, 2020). A ello se suman las barreras idiomáticas, culturales y económicas, que agravan la desigualdad en la capacidad de ejercer derechos. La discriminación interseccional (Luan, 2021) actúa como un factor de silenciamiento, limitando la posibilidad

10 En este artículo, el derecho de acceso a la justicia es abordado como derecho humano en tanto inherente a la dignidad de la persona, además de reconocido en el sistema internacional de protección; y como derecho fundamental en sentido material o estructural, atendiendo a su función instrumental para la efectividad de los demás derechos dentro del Estado de derecho. Ambas categorías no se utilizan como sinónimas, sino que refieren a planos normativos distintos —internacional y estructural-constitucional— que convergen en su protección.

de recurrir al sistema judicial, aun cuando existan mecanismos formales disponibles.

En el plano del acceso sustantivo, la securitización afecta la calidad de la justicia impartida. Cuando los tribunales priorizan el orden público por sobre la protección de derechos, las decisiones tienden a reproducir estereotipos y a invisibilizar las condiciones estructurales de género y origen que configuran la vulnerabilidad. Esta priorización del control por sobre la justicia refuerza la idea de que la irregularidad migratoria justifica la limitación de derechos, consolidando una forma de violencia institucional legitimada por la ley. En este marco, la securitización vulnera el principio de debida diligencia reforzada (Domeniconi, 2023) al omitir la obligación de garantizar una protección efectiva a las mujeres migrantes en situación de vulnerabilidad.

Desde una perspectiva analítica, la securitización puede comprenderse como una forma contemporánea de violencia institucional que restringe el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en sus distintas dimensiones. En el marco interamericano, este derecho ha sido concebido como un pilar estructural del Estado de derecho; por ello, opera como un contrapeso normativo frente al paradigma securitario: un mecanismo que restituye la función protectora del Estado exige respuestas institucionales inclusivas, a la vez que orienta la actuación pública hacia una justicia fundada en la dignidad humana y la igualdad sustantiva.

Desde la perspectiva estatal, la securitización de la migración suele justificarse como una respuesta legítima a la necesidad de preservar la soberanía, la gobernabilidad y la seguridad pública frente a flujos migratorios percibidos como desordenados o potencialmente destabilizadores (Molnar, 2021; Pereira & Domenech, 2021). En esta línea, parte de la literatura ha sostenido que los Estados recurren a marcos securitarios cuando consideran que la migración puede afectar la capacidad institucional de control territorial, la provisión de bienes públicos o la estabilidad política interna, habilitando medidas excepcionales orientadas a la gestión del riesgo y la prevención de amenazas (Adamson, 2006; Weiner, 1992), siempre manteniendo la centralidad del Estado como objeto referente (Cardinale, 2017). Asimismo, se ha argumentado que la securitización opera como una estrategia de gobierno que permite movilizar recursos, coordinar agencias estatales, y responder a presiones sociales y políticas asociadas a la percepción de inseguridad, aun cuando dichas respuestas se articulen en contextos formalmente democráticos (Bourbeau, 2011).

Sin embargo, este tipo de justificaciones *en pro* de la securitización migratoria resultan insuficientes desde la perspectiva de los estándares interamericanos de derechos humanos, en la medida en que la apelación

genérica a la seguridad pública no exonera al Estado de las obligaciones positivas derivadas de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o CADH (1969), ni habilita la adopción de medidas que restrinjan el acceso a la justicia sin un escrutinio estricto de legalidad, necesidad y proporcionalidad. En el marco del SIDH, la seguridad pública no opera como una cláusula de excepción autónoma, sino como un interés estatal que debe ser armonizado con la garantía efectiva de los derechos, particularmente cuando están en juego grupos en situación de vulnerabilidad.

Como se desarrollará en la siguiente sección, la seguridad no puede erigirse en una cláusula de excepción permanente que neutralice las garantías judiciales, especialmente cuando las medidas adoptadas afectan de manera diferenciada a personas y grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres migrantes. Precisamente por ello, el acceso a la justicia debe operar como límite estructural frente al paradigma securitario, criterio que será examinado a la luz del marco normativo y jurisprudencial del SIDH.

III. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO ESTRUCTURAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El acceso a la justicia constituye un elemento esencial del orden jurídico interamericano, reconocido como un derecho estructural y transversal. Su finalidad no se limita a permitir la comparecencia ante un tribunal, sino que asegura que toda persona, sin discriminación, pueda obtener una tutela judicial efectiva frente a violaciones de derechos. Este derecho presenta tres dimensiones interdependientes. La dimensión formal se refiere a la existencia de recursos y procedimientos; la material, a la posibilidad real de ejercerlos; y la sustantiva, a la exigencia de decisiones adoptadas con imparcialidad y respeto por la igualdad (Acceso a la justicia para las mujeres..., 2007; Cappelletti & Garth, 1978; OECD, 2019; United Nations Development Programme, 2005). Desde la perspectiva del SIDH, la afectación simultánea de las dimensiones formal, material y sustantiva del acceso a la justicia —abordada en la sección anterior—, implica una violación estructural de este derecho y de las garantías judiciales reconocidas en los artículos 8, 25 y 1.1 de la CADH, así como del deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2. De hecho, la Corte IDH ha sostenido que los Estados no pueden invocar la seguridad nacional para restringir derechos esenciales ni justificar prácticas que conduzcan a la denegación de justicia (*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 2003; *Radilla Pacheco vs. México*, 2009; *Tiu Tojin vs. Guatemala*, 2008).

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

En esta misma línea, la jurisprudencia interamericana ha establecido que la denegación de justicia no se configura únicamente por la ausencia de mecanismos judiciales, sino también por la falta de condiciones que permitan su ejercicio en igualdad. En este sentido, los Estados tienen el deber de remover obstáculos estructurales, incluyendo barreras culturales, lingüísticas o económicas que impidan el acceso efectivo de poblaciones en situación de vulnerabilidad¹¹ (*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 2013; *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 2005). La igualdad y la no discriminación, consagradas en el artículo 1.1 de la CADH, operan como principios rectores del acceso a la justicia y exigen una aplicación diferenciada de las normas procesales para garantizar resultados equitativos.

En contextos de migración y seguridad, la Corte IDH ha desarrollado el estándar de debida diligencia reforzada, según el cual los Estados deben adoptar medidas proactivas para asegurar que grupos vulnerables integrados por personas migrantes —y, en especial, las mujeres— puedan acceder a mecanismos judiciales en condiciones de igualdad¹² (*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 2013; *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 2014; *Vélez Loor vs. Panamá*, 2010). Este estándar supone reconocer que la mera existencia de recursos judiciales no es suficiente si los obstáculos estructurales impiden su utilización efectiva. Así, el acceso a la justicia se configura no solo como un derecho, sino como una obligación estatal permanente cuya vulneración compromete la legitimidad misma del sistema democrático y del Estado de derecho.

11 La Corte IDH ha destacado que los Estados deben remover los obstáculos estructurales que impiden el acceso efectivo a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, incluidas las barreras culturales, lingüísticas y económicas que afectan de manera desproporcionada a la población migrante. Así, en *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), el tribunal estableció el deber estatal de adoptar medidas positivas para asegurar la igualdad real de acceso a los procedimientos y recursos disponibles, garantizando una tutela judicial efectiva en contextos donde confluyen discriminaciones estructurales por origen y condición migratoria. En la misma línea, en *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (2013), la Corte condenó la expulsión sumaria de solicitantes de asilo y reafirmó que las garantías judiciales y los recursos deben adaptarse a las circunstancias particulares de quienes se encuentran en situación de movilidad humana, asegurando que no se generen vacíos de protección ni se niegue el derecho a ser oído ante una autoridad competente.

12 La fórmula verbal «debida diligencia reforzada» está plenamente asentada en la jurisprudencia de la Corte —por ejemplo, en *González y otras («Campo Algodonero») vs. México* (2009)— y su traslado al ámbito migratorio se realiza a través de estos fallos, que exigen medidas positivas y procedimientos adaptados para garantizar el acceso efectivo a la justicia de personas en estado de movilidad humana, especialmente las mujeres y otros grupos en situación de vulnerabilidad. Sobre la exigibilidad de actuación proactiva y diligencia intensificada en contextos migratorios, véanse en particular *Vélez Loor vs. Panamá* (2010), que reconoce la vulnerabilidad específica de las personas migrantes en situación irregular y demanda garantías reforzadas de debido proceso y control judicial; *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014), que proscribió expulsiones colectivas y ordena procedimientos individualizados con medidas efectivas para remover barreras idiomáticas, socioeconómicas y de identificación; y *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (2013), que reafirma que las garantías judiciales y los recursos deben adaptarse a la situación de movilidad humana (incluido el asilo), asegurando acceso real y no meramente formal a la tutela judicial.

IV. INTERSECCIONALIDAD E IMPRONTA INTERCULTURAL

El enfoque interseccional se ha consolidado en el derecho internacional como una herramienta hermenéutica indispensable para comprender cómo diferentes ejes de desigualdad —como género, raza, clase, nacionalidad y estatus migratorio— interactúan de manera simultánea en la producción de la vulnerabilidad (Crenshaw, 1989; Tanja *et al.*, 2023). En el ámbito de los derechos humanos, el análisis interseccional ha sido reconocido como criterio interpretativo que orienta la actuación estatal y la evaluación de desigualdades estructurales que afectan a poblaciones en condición de migración (Resolution 04/19, 2019; Stasiulis *et al.*, 2020). Así, la interseccionalidad se posiciona como un marco normativo-analítico esencial para garantizar respuestas institucionales que aborden integralmente las múltiples capas de vulnerabilidad que inciden en el acceso efectivo a derechos (Intersectional discrimination in the context of..., 2020). Aplicado al acceso a la justicia, este enfoque permite identificar que las mujeres migrantes no enfrentan una única forma de discriminación, sino múltiples y acumulativas. Estas afectan tanto su capacidad de acceso formal como su tratamiento sustantivo ante los órganos judiciales.

En este orden de ideas, la incorporación de una impronta intercultural en el análisis jurídico cumple una función metodológica decisiva en tanto reconoce que las diferencias culturales y de origen forman parte del entramado estructural en el que se ejercen —o se niegan— los derechos fundamentales (Aldana, 2016; Bea, 2022; Hoekema, 2017). Esta perspectiva evita que la aplicación del derecho se limite a una uniformidad formal al exigir que la interpretación normativa atienda las condiciones reales de grupos culturalmente diversos, previniendo que el sistema legal reproduzca desigualdades o prácticas de marginación. Asimismo, promueve una administración de justicia culturalmente sensible, capaz de identificar y remover barreras simbólicas que consolidan la exclusión. Con ello, se garantiza una lectura más equitativa de las normas procesales.

Desde una perspectiva normativa, esta impronta intercultural ha sido progresivamente reconocida en el sistema universal e interamericano de derechos humanos. La Relatora Especial sobre los derechos culturales ha sostenido que la cultura impregna todas las actividades e instituciones humanas, constituyendo una condición necesaria para el ejercicio efectivo de los derechos en tanto derivación de los derechos culturales (Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales, 2018). Por su parte, la Corte IDH ha precisado que el derecho a participar en la vida cultural «incluye el derecho a la identidad cultural a la luz de la Carta de la OEA establecido en sus artículos 30, 45 f., 47 y 48» (*Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, 2020, § 231). A ello se suma lo dispuesto por el artículo 14.1,

23

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENOTHE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

literal a del Protocolo de San Salvador (1988), que reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, disposición interpretada por el juez Alirio Abreu como una obligación estatal de adoptar medidas que aseguren la efectividad del derecho a la identidad cultural (*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2006).

La protección de este derecho se articula, además, con los artículos 4, 5, 21 y 24 de la CADH (1969) —relativos a la integridad personal, la vida, la propiedad y la igualdad ante la ley—, en conexión con los deberes de respeto y adecuación normativa consagrados en los artículos 1 y 2 de la Convención. Se advierte, en consecuencia, una consolidada comprensión del derecho humano a la identidad cultural como un valor estructural de las democracias latinoamericanas. La jurisprudencia interamericana ha ampliado progresivamente su titularidad, primero a los pueblos afrodescendientes (*Comunidad Moiwana vs. Suriname*, 2005) y, más recientemente, a todos los grupos (*Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, 2020). Esta evolución interpretativa habilita su reconocimiento respecto de las personas migrantes, lo que justifica plenamente la incorporación de esta impronta en el análisis del presente trabajo.

En conjunto, la interseccionalidad y la impronta intercultural contribuyen a una comprensión más amplia y compleja del acceso a la justicia, fortaleciendo la obligación estatal de garantizar una justicia inclusiva capaz de responder a las desigualdades reales y de prevenir que la lógica de la seguridad se imponga sobre la protección de los derechos humanos. Así, el análisis interseccional no solo amplía el alcance de la justicia, sino que refuerza su función transformadora dentro del paradigma de derechos humanos.

V. DIMENSIÓN DIFERENCIAL DE GÉNERO EN LA SECURITIZACIÓN MIGRATORIA: IMPACTO REFORZADO SOBRE LAS MUJERES MIGRANTES

Si bien la securitización de la migración produce restricciones estructurales al derecho de acceso a la justicia de la población migrante en general, sus efectos no son neutros. En el caso de las mujeres migrantes, dichas restricciones tienden a operar de manera intensificada y cualitativamente distinta por la interacción entre género, situación migratoria, posición socioeconómica y condiciones culturales. La literatura sobre securitización y movilidad ha mostrado que el encuadre de la migración como amenaza de seguridad no solo habilita prácticas excepcionales de control; sino que, además, produce efectos diferenciados sobre los cuerpos y trayectorias de las mujeres en contextos de tránsito y contención, incrementando la exposición a riesgos y reduciendo capacidades efectivas de agencia (Gerard & Pickering, 2014).

A continuación, se identifican tres mecanismos mediante los cuales esta racionalidad securitaria produce un impacto reforzado en el acceso a la justicia de las mujeres migrantes: el disciplinamiento asociado al estatus, el efecto inhibitorio en contextos de violencia de género y las barreras socioeconómicas con sesgo de género.

En primer lugar, la irregularidad o precariedad del estatus migratorio puede transformarse en un dispositivo de disciplinamiento que incrementa la vulnerabilidad frente a abusos y desalienta la búsqueda de tutela institucional. En esta línea, el concepto de «violencia legal», desarrollado en la sociología jurídica, muestra cómo regímenes normativos y prácticas institucionales generan sufrimiento social y restringen el acceso a recursos de protección, operando de modo particularmente gravoso en poblaciones migrantes con estatus precario (Menjívar & Abrego, 2012).

En segundo término, el paradigma securitario interactúa de manera especialmente problemática con la violencia de género en la medida en que diversos estudios han evidenciado que el temor a la deportación, la desconfianza institucional y las barreras lingüísticas limitan el acceso a servicios y justicia para mujeres migrantes sobrevivientes, reforzando dinámicas de subdenuncia e impunidad estructural en contextos de control migratorio intensificado (Crépeau & Hastie, 2015; Freedman, 2016; Menjívar & Salcido, 2002). Asimismo, los estándares internacionales sobre violencia contra las mujeres reconocen que ciertos grupos —incluidas las mujeres en contextos de movilidad y con estatus precario— enfrentan barreras agravadas para denunciar y acceder a protección. Ello exige respuestas estatales adecuadas y no discriminatorias (Recomendación General N.º 35, 2017). En esta clave, la securitización puede producir un efecto inhibitorio específico pues, cuando la interacción con autoridades migratorias o policiales se percibe como riesgo de sanción migratoria, el acceso a remedios y protección se vuelve materialmente imposible para mujeres expuestas a violencia.

En tercer lugar, existe un componente socioeconómico con sesgo de género que influye en el acceso a la justicia. La evidencia regional destaca que el trabajo doméstico y de cuidados constituye una puerta de entrada relevante al mercado laboral para mujeres migrantes, frecuentemente en condiciones de informalidad y precariedad, lo que reduce el tiempo disponible, el acceso a la información y los recursos necesarios para litigar o activar mecanismos de protección (Acosta González, 2013; Valenzuela *et al.*, 2020). Estas condiciones se acoplan con responsabilidades de cuidado y dependencia económica, reforzando obstáculos materiales para sostener procedimientos administrativos o judiciales.

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

En suma, el género no opera aquí como un elemento accesorio, sino como un factor estructurante del impacto jurídico de la securitización. La afectación al acceso a la justicia de las mujeres migrantes no deriva únicamente de una mayor exposición empírica a obstáculos, sino de la activación de obligaciones internacionales específicas que no se predicán de igual modo respecto del conjunto de la población migrante. A diferencia de otros sujetos en movilidad, las mujeres migrantes se encuentran amparadas por estándares reforzados en materia de igualdad sustantiva, erradicación de la violencia de género y debida diligencia derivados de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) —Cedaw, por sus siglas en inglés— y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994), entre otros instrumentos. En este marco, las medidas de control migratorio no pueden aplicarse de manera neutra o indiferenciada cuando producen efectos inhibitorios sobre la denuncia, la búsqueda de protección o el acceso a recursos efectivos. La securitización genera así una afectación jurídicamente diferenciada. No solo restringe el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, sino que neutraliza deberes internacionales orientados a garantizar a las mujeres una protección reforzada frente a la violencia y la discriminación, lo que explica por qué sus efectos no pueden ser analizados bajo los mismos parámetros aplicables a la población migrante en general.

V.1. Diferencial cultural e impronta intercultural: ¿por qué la securitización se agrava en contextos de diversidad lingüística y racialización?

El impacto reforzado de la securitización sobre mujeres migrantes se intensifica cuando concurre un diferencial cultural, entendido como la brecha entre marcos lingüísticos, repertorios normativos, experiencias previas con autoridades, y códigos socioculturales de origen y destino. En contextos de diversidad, la efectividad de las garantías procedimentales depende de condiciones mínimas de comprensión y de interacción institucional. Ello exige traducción e interpretación adecuadas cuando la persona no domina el idioma del procedimiento. En Chile, la producción administrativa reciente con enfoque de género muestra que el propio Estado ha sistematizado estadísticas desagregadas por sexo y categorías de permisos de residencia, reconociendo que existen patrones diferenciados que requieren análisis específico (Sernig, 2025). Este punto se vuelve especialmente visible cuando el control migratorio se despliega sobre poblaciones con barreras idiomáticas y experiencias de racialización.

El diferencial cultural opera, en particular, a través de barreras lingüísticas y de mediación. En el caso de la población haitiana en

Chile, la literatura ha documentado barreras relevantes asociadas al idioma y al acceso efectivo a servicios públicos. Ello es indicativo de dificultades estructurales de comunicación institucional y de una provisión insuficiente de intérpretes, especialmente en ámbitos sensibles como la salud, la Administración pública y el sistema de justicia (Romo *et al.*, 2020; Rojas & Vásquez, 2015; Tijoux & Palominos, 2015). A ello se agrega evidencia académica sobre procesos de racialización y construcción de otredad hacia personas haitianas migrantes, los que inciden en experiencias de discriminación cotidiana e institucional y pueden aumentar la desconfianza o el retraimiento frente a las autoridades (Mercado *et al.*, 2022).

Desde esta óptica, la securitización no solo incrementa controles y restricciones, sino que tiende a agravar la distancia cultural cuando las instituciones actúan con sesgos o sin dispositivos idóneos de traducción, interpretación y trato intercultural. Esto resulta particularmente crítico para mujeres migrantes, dado que la violencia de género y la dependencia de redes de cuidado requieren información clara, rutas de denuncia seguras y acceso oportuno a servicios, todo lo cual se debilita cuando existen barreras idiomáticas o discriminación racializada (ONU Mujeres, 2025; Recomendación General N.º 35, 2017).

Desde esta clave, el diferencial cultural no se invoca como un elemento identitario ni como una categoría meramente descriptiva de la diversidad, sino como una variable jurídicamente relevante para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia. Ello implica reconocer que la efectividad de las garantías procesales depende de condiciones mínimas de comprensión, comunicación y mediación institucional, especialmente en contextos de diversidad lingüística y cultural.

Cuando los procedimientos administrativos y judiciales se desarrollan sin mecanismos idóneos de interpretación, traducción o mediación intercultural, se afectan directamente garantías esenciales del debido proceso, tales como el derecho a defensa, la comprensión de los cargos, el conocimiento de las consecuencias jurídicas de los actos administrativos y la posibilidad real de impugnar decisiones estatales. En estos supuestos, la desigualdad no se produce únicamente por la existencia de normas restrictivas, sino por la forma en que los procedimientos se implementan, generando una denegación material de justicia aun cuando existan recursos formales disponibles.

Bajo marcos securitarios, estas carencias adquieren una gravedad particular en el caso de las mujeres migrantes en la medida en que interactúan con situaciones de violencia de género, dependencia económica y responsabilidades de cuidado. Esta interacción intensifica el riesgo de exclusión institucional y explica por qué, en contextos de diversidad lingüística y racialización, la securitización produce una

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

afectación reforzada y cualitativamente distinta del acceso a la justicia de las mujeres migrantes en comparación con otros grupos de la población en movilidad. En los apartados siguientes, esta dimensión permitirá precisar cómo los estándares de debido proceso y no discriminación operan como límites jurídicos al control migratorio cuando concurren barreras lingüísticas y procesos de racialización.

VI. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

VI.1. Enfoque normativo

El SIDH proporciona un marco normativo sólido para la protección del acceso a la justicia y la limitación del poder estatal en contextos donde prevalecen lógicas de seguridad y control. La CADH (1969) establece los pilares que estructuran este derecho: las garantías judiciales (art. 8), la protección judicial (art. 25), el principio de igualdad y no discriminación (art. 1.1), y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2).

El artículo 8 de la CADH consagra el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, por un tribunal competente e imparcial. Esto implica la obligación de los Estados de establecer procedimientos que garanticen la revisión judicial efectiva de toda decisión que afecte derechos fundamentales. En materia migratoria, ello supone que las decisiones administrativas —como detenciones o expulsiones— deben estar sujetas a control judicial y ajustarse a los estándares del debido proceso.

Por su parte, el artículo 25 refuerza el principio de tutela judicial efectiva, imponiendo a los Estados la obligación de garantizar recursos idóneos y accesibles frente a violaciones de derechos. En contextos de securitización, donde la administración suele asumir facultades amplias, esta norma cobra relevancia al exigir mecanismos judiciales efectivos capaces de revisar actos estatales adoptados bajo la justificación de la seguridad nacional. La Corte IDH ha reafirmado que las medidas de control migratorio deben estar sometidas a revisión judicial efectiva, incluso cuando el Estado invoque razones de orden público (*Vélez Loor vs. Panamá*, 2010). La misma lógica ha sido aplicada para proteger a personas migrantes frente a expulsiones expeditas, enfatizando que la defensa del orden público no puede justificar restricciones que conduzcan a la denegación de justicia (*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 2013). En este sentido, la CIDH ha advertido que el recurso judicial efectivo constituye un límite al poder administrativo en el control migratorio, especialmente cuando se adoptan medidas con impacto desproporcionado en grupos

en situación de vulnerabilidad (Derechos humanos de las personas en situación..., 2019).

Además, el artículo 1.1 de la CADH consagra la obligación general de respeto y garantía, prohibiendo toda forma de discriminación basada en el origen nacional, la condición social, el género o cualquier otra categoría análoga. Este principio adquiere especial trascendencia en el tratamiento de mujeres migrantes, quienes enfrentan formas de discriminación interseccional derivadas de su estatus migratorio y de estereotipos de género. Finalmente, el artículo 2 de la CADH impone el deber de adecuación normativa, exigiendo a los Estados modificar su legislación interna para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Ello incluye revisar normas y prácticas que, bajo el pretexto de la seguridad, produzcan efectos regresivos sobre las garantías judiciales.

Junto a la CADH, la Convención de Belém do Pará (1994) refuerza la protección de las mujeres frente a la violencia institucional y estructural. Este instrumento reconoce la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia reforzada para prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, incluso cuando esta se manifiesta a través de políticas o prácticas estatales. En contextos migratorios, ello exige garantizar vías efectivas de denuncia y protección. Asimismo, supone evitar que las medidas de seguridad o control migratorio perpetúen la impunidad o generen revictimización.

En paralelo al desarrollo normativo interamericano, la literatura regional reciente ha examinado críticamente cómo, en la práctica, la intensificación de políticas restrictivas e irregulares de control migratorio en América Latina —incluido Chile— tiende a producir márgenes de arbitrariedad administrativa que desplazan el énfasis desde la garantía de derechos hacia la gestión del riesgo. Ello tiene efectos directos sobre la exigibilidad de recursos judiciales efectivos y el estándar de debido proceso. En particular, se ha documentado que la irregularidad opera como un marcador que habilita respuestas estatales de cierre y selectividad, reforzando trayectorias precarias y exposición a controles con déficit de motivación individualizada y de control jurisdiccional oportuno, lo que vuelve especialmente relevante la operatividad de los artículos 8 y 25 como límites al ejercicio del poder administrativo (Thayer, 2022; Thayer *et al.*, 2022).

Esta producción doctrinaria también subraya que, aun en marcos institucionales formales, el discurso securitario puede funcionar como racionalidad legitimante para restringir el acceso a bienes y servicios, así como para «normalizar» decisiones estatales que impactan en clave diferenciada a grupos en mayor vulnerabilidad (Feddersen, 2022; Stefoni *et al.*, 2021). Ello refuerza el deber de adecuación normativa del artículo

29

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

2 y la obligación general de garantía del artículo 1.1, particularmente cuando se combinan barreras administrativas con factores de género y desigualdad estructural. Por ello, además del marco convencional, resulta necesario atender cómo la práctica institucional interamericana ha conceptualizado estas tensiones.

Complementariamente, la CIDH ha desarrollado una serie de informes temáticos que amplían la comprensión del vínculo entre migración, seguridad y violencia institucional, advirtiendo que la criminalización de la irregularidad migratoria y las políticas de detención masiva vulneran los principios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación¹³ (CIDH, 2020; Resolución 04/19, 2019). Asimismo, ha instado a los Estados a garantizar el acceso efectivo a la justicia para las personas migrantes, en particular para las mujeres, reconociendo que estos colectivos enfrentan mayores obstáculos para recurrir a mecanismos judiciales debido a su estatus migratorio y a factores estructurales de desigualdad.

En suma, el marco normativo interamericano proporciona una arquitectura jurídica coherente para cuestionar el paradigma securitario. Los artículos 8, 25, 1.1 y 2 de la CADH, en conjunto con la Convención de Belém do Pará, la jurisprudencia interpretativa de la Corte IDH y la CIDH, configuran un sistema de obligaciones que posiciona el acceso a la justicia como límite legítimo frente al poder punitivo del Estado.

VI.2. Jurisprudencia clave de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia del SIDH ha consolidado la comprensión del acceso a la justicia como un derecho estructural e indispensable para la vigencia de los demás derechos. A continuación, se presentan tres precedentes paradigmáticos para examinar las interrelaciones entre securitización, violencia institucional y vulnerabilidad interseccional. En conjunto, estos casos permiten observar, respectivamente, la exigencia de control judicial en la detención migratoria, el estándar de debida diligencia frente a la violencia contra las mujeres y la obligación de incorporar un análisis interseccional en la adjudicación de derechos.

¹³ La CIDH ha desarrollado estos estándares a través de diversos informes temáticos en los que ha precisado que la detención migratoria debe constituir una medida de último recurso, fundada en una evaluación individualizada y orientada exclusivamente a fines administrativos, debiendo privilegiarse alternativas a la detención y asegurarse el control jurisdiccional efectivo sobre cualquier medida restrictiva de la libertad. Véase, entre otros, Movilidad humana: Estándares interamericanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos (2015); Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria (2020); Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes (2015); Movilidad humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional (2023); y Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes (2019).

En el caso *Vélez Loor vs. Panamá* (2010), la Corte IDH examinó la detención de una persona migrante en situación irregular sometida a procedimientos administrativos sin control judicial efectivo. Determinó que la privación de libertad por motivos migratorios, cuando se ejecuta sin revisión judicial, vulnera los artículos 7, 8 y 25 de la CADH. Este fallo resulta especialmente relevante porque permite identificar la detención migratoria como una forma de violencia institucional cuando se realiza de manera arbitraria o sobre la base de presunciones de peligrosidad. Asimismo, establece que las garantías judiciales deben aplicarse a toda actuación administrativa que restrinja derechos fundamentales, incluso cuando el Estado invoque motivos de seguridad.

En la línea jurisprudencial interamericana, la revictimización, la estigmatización y el uso de estereotipos por parte de las autoridades han sido reconocidos como prácticas que obstaculizan el ejercicio de derechos y reproducen desigualdad estructural (*Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, 2020; *V.R.P. V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, 2018). Este enfoque se consolida especialmente cuando el aparato estatal —judicial, administrativo o policial— opera como mecanismo de control sin garantías efectivas, configurando escenarios de denegación de justicia (*Atenco vs. México*, 2018). Esa línea permite sostener que la detención migratoria arbitraria, sustentada únicamente en la irregularidad administrativa o en presunciones de peligrosidad, constituye una manifestación de violencia institucional que afecta directamente el derecho de acceso a la justicia (*Vélez Loor vs. Panamá*, 2010). En consecuencia, los Estados deben actuar con debida diligencia reforzada frente a personas migrantes en situación de especial vulnerabilidad, garantizando el control judicial efectivo de cualquier medida restrictiva de derechos.

Asimismo, en *González y otras («Campo Algodonero») vs. México* (2009), la Corte IDH sostuvo que el incumplimiento del deber de investigar y sancionar la violencia contra las mujeres constituye una violación del derecho de acceso a la justicia. Este caso representa un punto de inflexión al reconocer que la denegación de justicia puede derivar no solo de acciones estatales, sino también de omisiones institucionales que perpetúan la impunidad. Aunque no se refiere directamente a migración, su doctrina sobre debida diligencia reforzada y tutela judicial efectiva es pertinente para el tratamiento de mujeres migrantes expuestas a violencia o discriminación en contextos securitarios.

Adicionalmente, en *González Lluy vs. Ecuador* (2015), la Corte IDH examinó un caso de discriminación múltiple y afirmó que la combinación de factores de vulnerabilidad —género, edad, condición económica y salud— exige un análisis interseccional por parte de los órganos judiciales (*González Lluy vs. Ecuador*, 2015; Vargas Vera, 2016). Este pronunciamiento consolida la obligación estatal de adoptar un enfoque

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

diferenciado y sensible a desigualdades estructurales; y, por analogía en el ámbito migratorio, permite extender la protección hacia mujeres migrantes que enfrentan exclusión múltiple por su estatus jurídico, su origen y su género.

En conjunto, estos precedentes configuran un corpus interpretativo que vincula la violencia institucional con la negación del acceso a la justicia y refuerza que las políticas de control migratorio no pueden justificar restricciones al ejercicio de derechos fundamentales. La Corte IDH ha reiterado que la seguridad pública, aunque legítima, debe ejercerse bajo parámetros de legalidad, proporcionalidad y respeto por la dignidad humana.

El desarrollo normativo y jurisprudencial del SIDH evidencia avances significativos en la protección del acceso a la justicia y en el reconocimiento de la violencia institucional como un fenómeno que trasciende el ámbito penal para incluir las políticas de seguridad y control migratorio. La consolidación del enfoque interseccional en casos como *González Lluy* (2015) o *Campo Algodonero* (2009) demuestra una evolución progresiva hacia una comprensión más amplia de la vulnerabilidad estructural.

No obstante, persisten limitaciones en el tratamiento sistemático de la securitización de la migración femenina. Pese a los avances conceptuales, la Corte IDH y la CIDH no han desarrollado aún una doctrina específica que aborde de manera directa el impacto del paradigma securitario sobre los derechos de las mujeres migrantes. La mayoría de los pronunciamientos se concentran en detención, violencia de género o discriminación general, sin articular de forma expresa el vínculo entre políticas de seguridad y denegación estructural de justicia.

Con todo, el potencial del SIDH para enfrentar estas tensiones es considerable. Su arquitectura normativa permite interpretar la securitización como contraria a los fines de la CADH y de la Convención de Belém do Pará. Además, el reconocimiento del acceso a la justicia como derecho estructural opera como contrapeso normativo frente a la seguridad punitiva, reorientando el rol estatal desde la lógica del control hacia la garantía efectiva de derechos. De ahí que, en este apartado, el SIDH aparezca como base para una lectura crítica del paradigma securitario, quedando como desafío profundizar su aplicación a la migración femenina desde una perspectiva interseccional.

VI.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: síntesis de resultados y proyecciones

Del examen normativo y jurisprudencial del SIDH se desprenden tres resultados: a) el acceso a la justicia opera como derecho estructural y

33

transversal, exigible también frente a decisiones administrativas, y su vulneración puede producirse tanto por ausencia de recursos como por falta de condiciones reales para ejercerlos sin discriminación; b) la detención y expulsión por motivos migratorios deben estar sometidas a control judicial efectivo y a estándares estrictos de legalidad, motivación y proporcionalidad, sin que la seguridad pública funcione como cláusula general de restricción; y c) la debida diligencia reforzada y el enfoque interseccional —consolidado en la jurisprudencia sobre violencia y discriminación— ofrecen bases interpretativas para identificar impactos agravados sobre mujeres migrantes, aun cuando el SIDH no ha desarrollado todavía una doctrina específica sobre securitización de la migración femenina.

De estos hallazgos se deriva una agenda normativa inmediata: avanzar hacia una operacionalización explícita del enfoque interseccional e intercultural en clave de acceso a la justicia (criterios mínimos de motivación, test de proporcionalidad y deberes de debida diligencia reforzada), así como profundizar el análisis comparado del SIDH respecto de la securitización como patrón estructural de restricción de garantías judiciales con el fin de consolidar estándares más precisos aplicables a contextos nacionales.

Esta síntesis habilita el análisis del caso chileno como espacio institucional concreto en el que se expresa la tensión entre los estándares interamericanos examinados y las prácticas estatales de control migratorio.

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

VII CONTEXTO JURÍDICO DE LA MIGRACIÓN EN CHILE

El análisis del caso chileno se aborda a la luz del marco diferencial previamente desarrollado, considerando que las restricciones asociadas a la securitización migratoria no impactan de manera homogénea a la población en movilidad. Por el contrario, estas tienden a producir afectaciones jurídicamente reforzadas en el caso de las mujeres migrantes, especialmente cuando concurren factores de género, estatus migratorio y barreras culturales. Esta sección examina cómo dicha tensión se expresa en el diseño normativo y en el discurso institucional que estructura la política migratoria chilena.

VII.1. Marco normativo y discurso securitario

La Ley N.º 21.325, de Migración y Extranjería (2021), constituye el eje del régimen migratorio vigente en Chile. En el plano declarativo, la norma reconoce la movilidad humana como un fenómeno estructural y no meramente circunstancial, destacando el aporte económico, social y cultural de las personas migrantes. Desde un enfoque de derechos, el legislador dispone que la política migratoria debe orientarse a promover,

respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria, incorporando principios de igualdad y no discriminación (art. 3), migración segura, ordenada y regular, así como inclusión e integración social (art. 7). Asimismo, la ley afirma expresamente que la irregularidad migratoria no constituye delito ni puede ser objeto de criminalización (art. 9), garantizando que el acceso a derechos y servicios esenciales no quede supeditado al estatus administrativo de quienes ejercen su derecho a migrar. Este marco normativo sitúa a Chile, al menos en el plano formal, dentro de un paradigma alineado con los estándares internacionales de derechos humanos.

No obstante, el diseño institucional y los mecanismos de gestión migratoria evidencian una orientación que articula dichos principios con una lógica de seguridad y control. En los últimos años, la legislación migratoria y las políticas de seguridad pública han mostrado un giro hacia la gestión securitaria de la movilidad humana (OEA, 2023), promoviendo instrumentos jurídicos que refuerzan el control y la vigilancia que, en la práctica, pueden limitar el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes. Diversos análisis han advertido que, pese a su lenguaje de derechos y no criminalización, la normativa chilena mantiene una aproximación que posiciona la irregularidad migratoria como un riesgo social, legitimando políticas de control intensificado (IOM, 2021; Magliano & Clavijo, 2011). Esta tendencia se inserta, además, en dinámicas regionales más amplias de gestión del riesgo y control fronterizo, particularmente respecto de personas migrantes sudamericanas en situación irregular (Freier & Acosta, 2022).

En primer lugar, la ley consolida amplias facultades administrativas en materia de control fronterizo, fiscalización interna y expulsión, incluyendo procedimientos abreviados y causales que, en la práctica, pueden operar con estándares probatorios y de motivación menos exigentes que los del proceso judicial (Ley N.º 21.235, 2021, arts. 126, 127 y 132). Si bien el texto legal prevé garantías procedimentales —como la notificación, el derecho a defensa y la posibilidad de impugnación (art. 139 y ss.)—, así como un recurso especial de reclamación ante la Corte de Apelaciones dentro del plazo de diez días desde la notificación de la resolución respectiva, la secuencia temporal de ejecución de las medidas, sumada a la carga que recae sobre la persona migrante para activar los recursos disponibles, puede producir efectos adversos sobre el derecho de acceso a la justicia, especialmente cuando existe detención previa o plazos perentorios de difícil cumplimiento.

Esta orientación se refuerza en el Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería (Decreto N.º 296, 2022), que desarrolla el diseño institucional previsto en la ley. El Reglamento configura amplias facultades de control

35

fronterizo, definido como el procedimiento mediante el cual se registra el ingreso y salida de personas, y se fiscaliza la legalidad de su estadía (art. 1); e incorpora mecanismos de prohibición de ingreso con notificación inmediata (art. 35). En el ámbito de la fiscalización interna, se establecen obligaciones de acreditación permanente de la situación migratoria y de comparecencia ante la autoridad bajo apercibimiento de sanción (arts. 177 y ss.).

En materia de expulsión, el reglamento contempla un recurso judicial especial ante las cortes de apelaciones, que debe interponerse dentro de un plazo de diez días y que suspende automáticamente la ejecución de la orden (arts. 164 y 166), previendo la notificación personal, la información de derechos y medios de impugnación (art. 165), y el acceso a defensa jurídica especializada (art. 167). Sin embargo, los procedimientos de reconducción o reembarco en frontera se ejecutan de manera inmediata, exigiéndose únicamente que la persona sea oída y cuente con intérprete, aun cuando el recurso disponible no suspenda la materialización de la medida (arts. 153 y 156), estableciéndose incluso un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para su concreción (art. 154). A ello se suma un sistema de notificación preferentemente electrónico, que traslada a la persona migrante la carga de mantener actualizados sus datos para ejercer oportunamente los recursos administrativos y judiciales (arts. 160 y 161).

En segundo término, la ley migratoria chilena prevé mecanismos de intercambio de datos y articulación operativa con órganos de seguridad y orden público. Esta vinculación, orientada a la gestión de riesgos y amenazas, refuerza un enfoque de contención que tiende a asociar la irregularidad migratoria con peligrosidad (Girao, 2024), impulsando prácticas de control interno y fiscalización territorial. Aunque dichas actuaciones se amparen en habilitaciones de derecho interno, su diseño y ejecución deben ser contrastados con los estándares interamericanos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación a fin de evitar que la lógica de seguridad erosione garantías básicas de acceso a la justicia.

El punto neurálgico radica en la tensión entre este enfoque securitario y las obligaciones convencionales asumidas por Chile en el marco del SIDH. La CADH exige garantías judiciales y tutela efectiva (arts. 8 y 25), igualdad y no discriminación (art. 1.1) y adecuación normativa (art. 2). El desafío para Chile consiste en asegurar que las potestades administrativas migratorias estén sometidas a control judicial efectivo, que la irregularidad no sea tratada como una categoría de sospecha generalizada y que las decisiones de alto impacto en derechos —como las expulsiones— cumplan con estándares de motivación reforzada, análisis individualizado y consideración de medidas menos lesivas. En

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

el caso de las mujeres migrantes, este escrutinio debe articularse además con los deberes reforzados derivados de la Convención de Belém do Pará, reforzando una interpretación conforme a la CADH que priorice la protección efectiva de derechos frente a la lógica del control.

VII.2. Violencia institucional y barreras al acceso a la justicia

La convergencia entre potestades administrativas extensas y un discurso securitario puede traducirse en formas de violencia institucional que impactan de manera diferenciada a las mujeres migrantes. Este impacto se manifiesta, principalmente, en tres ámbitos: a) decisiones estatales de alto impacto, como expulsiones y detenciones; b) condiciones de acceso al sistema de justicia; y c) calidad de la tutela judicial disponible. Cuando la expulsión se aplica mediante procedimientos sumarios o con justificaciones estandarizadas, sin una ponderación individual de circunstancias personales —como vínculos familiares, arraigo, riesgo de revictimización, condiciones de salud o necesidades de protección—, se comprometen directamente las garantías del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. Del mismo modo, la detención con fines migratorios, si no está sometida a un control judicial oportuno y sustantivo, puede devenir en una privación de libertad de carácter administrativo con déficit de garantías (Dast, 2013; Marouf, 2017). Estas prácticas generan una situación de precarización jurídica en la medida en que las personas migrantes enfrentan decisiones rápidas y de alta trascendencia con una capacidad limitada para organizar su defensa y activar recursos efectivos dentro de los plazos disponibles.

Estas barreras tienden a manifestarse con mayor intensidad en el caso de las mujeres migrantes debido a la intersección entre género, estatus migratorio, condiciones socioeconómicas y origen cultural. En particular, suelen enfrentar barreras idiomáticas que dificultan la comprensión de notificaciones, cargos y efectos de las resoluciones; barreras culturales que inciden en la interacción con autoridades y operadores jurídicos; y barreras de género asociadas a responsabilidades de cuidado, dependencia económica, exposición a violencia doméstica o sexual y una inserción predominante en sectores laborales informales (Acceso a la justicia para mujeres víctimas..., 2007; Recomendación General N.º 26, 2008; IOM, 2024, cap. 3; UN Women, 2021). Estas condiciones producen una desigualdad material en el acceso a la justicia, pues aun cuando existan recursos formales, la capacidad real para activarlos se ve severamente limitada en ausencia de intérpretes, patrocinio jurídico especializado, medidas de acompañamiento psicosocial y protocolos sensibles a la revictimización.

37

A ello se suma que la compatibilización entre políticas de control migratorio y mecanismos de protección no siempre se encuentra asegurada. Persisten zonas de fricción cuando la denuncia de violencia de género se ve inhibida por el temor a consecuencias migratorias adversas, como la pérdida de residencia, la detención o la notificación a autoridades migratorias (UN Women, 2021). En ausencia de una separación funcional clara entre los circuitos institucionales de protección y aquellos orientados a la fiscalización migratoria, el sistema tiende a desincentivar la denuncia y a reproducir un círculo de impunidad estructural (Recomendación General N.º 38, 2020). Esta problemática se agrava cuando no existen itinerarios de derivación claros entre policías, fiscalía, tribunales y servicios sociales, ni criterios de priorización específicos para mujeres migrantes que garanticen confidencialidad y protección efectiva.

Frente a estas tensiones, la alineación de la práctica administrativa y judicial con los estándares interamericanos resulta indispensable. Algunos de estos estándares constituyen garantías generales aplicables a toda persona en movilidad humana, tales como el control judicial efectivo de la detención migratoria y de las expulsiones, la prohibición de expulsiones colectivas, la exigencia de motivación individualizada y la adopción de medidas menos lesivas, incluidas las alternativas a la detención. No obstante, en el caso de mujeres y niñas migrantes, dichos estándares deben aplicarse desde una lógica de protección reforzada que incorpore la debida diligencia frente a situaciones de violencia, la prohibición de condicionar el acceso a mecanismos de protección a la situación migratoria, y la consideración explícita de factores de género e interseccionalidad. Desde esta óptica, el acceso a la justicia opera como un contrapeso normativo frente a la seguridad punitiva al imponer límites al poder administrativo y exigir ponderaciones individualizadas que impidan que las medidas de control neutralicen la protección de derechos fundamentales (Acosta, 2018).

Para reducir la brecha existente entre el marco jurídico chileno y los estándares interamericanos, resulta necesario reforzar los mecanismos de control y protección de derechos dentro de los procedimientos migratorios. Ello implica, en primer lugar, garantizar un control judicial previo y sustantivo respecto de las medidas de detención y expulsión, asegurando su revisión periódica y la existencia de recursos con efecto suspensivo real. En este sentido, la Ley N.º 21.325 (2021) ha incorporado, en su artículo 129, un conjunto de factores que deben ser considerados al dictar una sanción de expulsión, los cuales —como señala Mondaca (2022)— debieran constituir el eje del razonamiento judicial que eventualmente tendría que decidir sobre la confirmación o revocación de un acto administrativo de expulsión (p. 262).

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

Asimismo, la asistencia jurídica temprana y culturalmente adecuada constituye una garantía esencial para prevenir la detención arbitraria, asegurar información comprensible y habilitar el ejercicio efectivo de derechos en contextos de expulsión o procedimientos acelerados (Cornelisse, 2010). Ello requiere garantizar el acceso a defensa letrada e intérpretes desde el primer acto del procedimiento mediante esquemas de patrocinio especializados en migración y género. De igual modo, el estándar mínimo internacional de debido proceso exige asegurar un trámite de audiencia y un derecho efectivo de recurso frente a decisiones de expulsión, tanto respecto de sus causales como del procedimiento administrativo seguido por los órganos competentes (Díaz, 2021, p. 45).

Finalmente, resulta indispensable establecer una separación estricta entre los circuitos institucionales destinados a la protección de víctimas y aquellos orientados a la fiscalización migratoria a fin de evitar efectos inhibitorios en la denuncia de vulneraciones (Recomendación General N.º 33, 2015). A ello se suma la necesidad de protocolizar la evaluación de riesgo interseccional en toda decisión con impacto significativo —considerando arraigo, responsabilidades de cuidado, antecedentes de violencia, condiciones de salud o exposición a trata—, así como de desarrollar alternativas a la detención (*Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, 2006) y criterios de proporcionalidad que privilegien soluciones de regularización cuando existan vínculos familiares o laborales consolidados. En conjunto, estas medidas permitirían alinear la política migratoria con una perspectiva de derechos que asegure un acceso a la justicia efectivo y no discriminatorio.

En síntesis, el caso chileno evidencia que la plena vigencia del acceso a la justicia para las mujeres migrantes exige reencuadrar la gestión migratoria: desde una lógica centrada en la seguridad y el control hacia otra lógica de garantía de derechos, en la que la interseccionalidad y la sensibilidad intercultural orienten tanto la producción normativa como la decisión administrativa y judicial. Solo de este modo se evita que la política migratoria opere como una fuente de violencia institucional y se asegura la coherencia del ordenamiento interno con las obligaciones interamericanas asumidas por el Estado.

VIII. RECEPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

VIII.1. Incorporación normativa y jurisprudencial: control de convencionalidad en tribunales chilenos

La recepción de los estándares interamericanos en materia migratoria en el ordenamiento chileno no puede caracterizarse como inexistente, pero tampoco como sistemática. El análisis permite identificar, más bien,

un patrón de incorporación fragmentaria: los principios derivados de la CADH —en particular, el control de convencionalidad, la motivación reforzada y la evaluación individualizada— se aplican de manera casuística y con intensidad variable según el órgano jurisdiccional y el contexto del caso. Esta forma de recepción produce una tensión estructural entre las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile y su materialización efectiva en la práctica administrativa y judicial, especialmente en procedimientos migratorios de alto impacto sobre derechos fundamentales.

En el ordenamiento chileno, el control de convencionalidad es ejercido de manera difusa por los órganos jurisdiccionales ordinarios, que deben interpretar y aplicar el derecho interno conforme a la CADH y a la doctrina de la Corte IDH (Bazán, 2012; Olano, 2016). En materia migratoria, ello se operacionaliza al menos en tres exigencias: a) revisión judicial efectiva de medidas administrativas que afecten derechos (detención y expulsión); b) motivación reforzada y análisis individualizado de las decisiones estatales; y c) prohibición de discriminación directa e indirecta, incluida aquella basada en el estatus migratorio.

En la práctica contenciosa se observan decisiones judiciales que suspenden órdenes de expulsión cuando constatan déficits relevantes de motivación administrativa o la ausencia de ponderación individualizada de circunstancias personales, particularmente el arraigo familiar y la existencia de vínculos en el país de residencia (Rol 1602-2023, 2023; Rol 55-2024, 2024). En estos casos, los tribunales han enfatizado que la potestad expulsiva no puede ejercerse de manera automática o estandarizada, y han exigido una justificación concreta que permita controlar su razonabilidad y proporcionalidad.

Otras decisiones han puesto el acento en las garantías del debido proceso administrativo, declarando ilegales actuaciones que privan a la persona migrante de una defensa efectiva o de información suficiente sobre las consecuencias jurídicas del acto impugnado (Rol 92-2023, 2023). En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha advertido que la ausencia de intérpretes o de asistencia jurídica adecuada vulnera el derecho a defensa cuando la persona afectada no comprende el idioma o el alcance jurídico de las resoluciones administrativas, especialmente en procedimientos de control migratorio de ejecución inmediata (Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo..., 2018).

Un examen cualitativo de estas decisiones muestra, sin embargo, que incluso cuando los tribunales acogen recursos interpuestos por personas migrantes, la aplicación de los estándares interamericanos suele realizarse de manera parcial. En particular, la revisión judicial tiende a concentrarse en los aspectos formales de legalidad —como la competencia administrativa o el cumplimiento mínimo del

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

procedimiento—, sin desarrollar de manera consistente un análisis sustantivo de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de expulsiones y detención migratoria.

Asimismo, la ponderación individualizada suele limitarse a la constatación del arraigo familiar o del tiempo de permanencia en el país. Con frecuencia se omite una evaluación integral del impacto de la expulsión sobre derechos específicos, como el riesgo de revictimización, la exposición a violencia de género, la afectación de niños, niñas o personas dependientes, o las barreras culturales y lingüísticas que inciden en el ejercicio efectivo del derecho de defensa. De este modo, aunque algunas de las sentencias citadas invocan principios como el *pro persona* o la tutela judicial efectiva, ello no siempre se traduce en una aplicación plena del estándar interamericano de debida diligencia reforzada, especialmente cuando se trata de mujeres migrantes.

Además, estos criterios suelen operar de manera casuística y no uniforme. En efecto, coexisten decisiones que incorporan estándares interamericanos —como el principio *pro persona*, la debida diligencia reforzada y la ponderación individualizada— con otras que validan procedimientos sumarios o ejecutan expulsiones sin efectos suspensivos reales (Rol 251-2023, 2024; Rol 385-2024, 2024). Esta heterogeneidad decisional impide afirmar que el control de convencionalidad conduzca necesariamente a resultados favorables a la persona migrante. Con todo, sí evidencia que, cuando dicho control no se ejerce de manera explícita y sistemática, se debilitan las exigencias de motivación, proporcionalidad y evaluación individual, dando lugar a una implementación fragmentaria y desigual de los estándares interamericanos. Consecuentemente, en ausencia de criterios institucionalizados, la operatividad del control de convencionalidad depende en gran medida de la iniciativa interpretativa del tribunal competente.

VIII.2. Brechas estructurales

La efectividad de los estándares interamericanos enfrenta limitaciones estructurales que tensionan su materialización en el ámbito interno. Persiste un déficit de patrocinio jurídico especializado en migración y género —particularmente, fuera de las capitales regionales— que restringe el ejercicio real del derecho a la defensa. A ello se suma la insuficiencia de intérpretes y mediadores culturales, lo cual repercute negativamente en la comprensión de notificaciones, en el desarrollo adecuado de audiencias y en el acceso informado a los recursos disponibles (Acosta & Harris, 2022). Además, la ejecución acelerada de actos administrativos de control migratorio, como la detención y la

expulsión, suele desbordar la capacidad defensiva y reducir el tiempo útil para litigar.

Desde esta constatación, la integración del enfoque interseccional en la interpretación judicial debe constituir un requisito estructural de motivación en toda decisión relativa a la detención y expulsión de personas migrantes. Ello exige incorporar sistemáticamente una matriz de análisis que permita identificar la concurrencia e interacción de distintos factores de vulnerabilidad —género, estatus migratorio, barreras idiomáticas, responsabilidades de cuidado, condiciones de salud, origen étnico-racial o discapacidad— y evaluar cómo inciden en el riesgo concreto que enfrenta la persona y en los efectos de la medida estatal.

En consecuencia, la autoridad judicial debe exigir prueba suficiente y realizar una ponderación individualizada del impacto de la decisión sobre la vida familiar, la posible exposición a violencia, la continuidad de tratamientos médicos, y las trayectorias de integración social y laboral. De este modo, se robustece el principio *pro persona* como criterio hermenéutico rector: ante interpretaciones plausibles, debe preferirse aquella que maximice las garantías judiciales, incluyendo el acceso oportuno a la justicia, la defensa efectiva, la revisión judicial independiente y la suspensión de los efectos del acto impugnado mientras se sustancia el recurso.

De igual manera, el principio de debida diligencia reforzada debe aplicarse como estándar transversal. Ello implica asegurar que la investigación, protección y sanción frente a situaciones de violencia que afecten a mujeres migrantes no se condicionen al estatus migratorio de las víctimas ni generen efectos inhibitorios en la denuncia. Para avanzar en esta dirección, resulta necesario institucionalizar programas de capacitación obligatoria y periódica dirigidos a jueces, fiscales, policías y funcionarios migratorios en materia de control de convencionalidad, perspectiva de género e interculturalidad. Asimismo, deben implementarse mecanismos de monitoreo y rendición de cuentas que incluyan indicadores públicos sobre tiempos de revisión judicial, uso de alternativas a la detención, acceso a intérpretes y tasas de revocación de expulsiones por falta de motivación.

Por último, toda impugnación de actos de autoridad en materia migratoria debe resolverse mediante una interpretación conforme con la CADH y la Convención de Belém do Pará. Ello exige dejar constancia expresa de la aplicación del test de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como de la evaluación interseccional del caso, garantizando una tutela efectiva basada en estándares internacionales de derechos humanos.

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

No obstante, mientras no existan mecanismos institucionalizados que aseguren la aplicación uniforme de estos criterios —como efectos suspensivos automáticos, disponibilidad homogénea de defensa especializada e intérpretes, y una aplicación sistemática del enfoque interseccional—, su incorporación en la práctica judicial continuará dependiendo de decisiones aisladas y no de una doctrina consolidada.

En síntesis, la recepción chilena de los estándares interamericanos muestra avances puntuales, pero asimétricos. Superar estas brechas exige institucionalizar el control de convencionalidad mediante herramientas procesales eficaces —efecto suspensivo, revisión previa sustantiva, defensa especializada e intérprete—, positivizar la matriz interseccional en la motivación administrativa y judicial, y reorientar la política migratoria desde una lógica de seguridad hacia un modelo garantista centrado en el acceso a la justicia como límite estructural al poder punitivo del Estado.

VIII.3. El caso chileno: síntesis de resultados y proyecciones

El estudio de caso permite sostener que: a) la recepción interna de estándares interamericanos en materia migratoria es real, pero no sistemática, con aplicación fragmentaria del control de convencionalidad y énfasis predominantemente formalista en la revisión judicial; b) brechas estructurales —defensa especializada, intérpretes/mediación cultural, tiempos de ejecución y ausencia de una matriz interseccional operativa— condicionan la efectividad de los recursos, con impacto agravado sobre mujeres migrantes; y c) la tensión entre securitización y tutela efectiva se expresa con mayor nitidez en procedimientos de alto impacto (detención/expulsión) y en escenarios donde confluyen barreras lingüísticas, responsabilidades de cuidado y riesgos de violencia.

En adelante, se vuelve prioritario: a) producir evidencia empírica sistemática sobre decisiones judiciales y administrativas (patrones de motivación, uso de proporcionalidad, tratamiento de arraigo y factores de género/interculturalidad); y b) evaluar el desempeño institucional mediante indicadores públicos (tiempos de revisión, acceso a defensa e intérprete, tasas de suspensión/revocación). En el plano normativo, se requiere institucionalizar herramientas de tutela (asistencia jurídica temprana, provisión de intérpretes, efecto suspensivo, matriz interseccional como exigencia de motivación) y reforzar la separación entre circuitos de protección y fiscalización para evitar efectos inhibitorios en la denuncia.

IX. CONCLUSIONES

Del análisis desarrollado a lo largo del artículo se desprenden cuatro hallazgos principales que permiten comprender la relación entre

securitización migratoria, acceso a la justicia y protección reforzada de las mujeres migrantes.

1. La evidencia normativa y analítica examinada permite afirmar que la securitización de la migración femenina opera como un mecanismo de violencia institucional que debilita el derecho de acceso a la justicia en sus tres dimensiones: formal, mediante la limitación o el vaciamiento de recursos y controles judiciales efectivos; material, a través de desincentivos estructurales para denunciar y litigar, barreras idiomáticas y culturales, y déficits de defensa e intérpretes; y sustantiva, cuando las decisiones priorizan el orden público por sobre la tutela de derechos y omiten una ponderación individualizada con enfoque de género. Este desplazamiento desde una lógica de protección hacia una lógica de control produce un efecto regresivo incompatible con los principios de igualdad y no discriminación.
2. El SIDH ofrece un andamiaje normativo robusto para contrarrestar esta deriva, sustentado en las garantías judiciales y la tutela efectiva la obligación de respeto y garantía sin discriminación, el deber de adecuación normativa y la debida diligencia reforzada en contextos de vulnerabilidad. No obstante, su implementación resulta fragmentaria: los avances jurisprudenciales y las directrices interamericanas se traducen de manera desigual en la práctica estatal y judicial, lo que limita su potencial para reorientar sistemáticamente las políticas y procedimientos migratorios bajo parámetros de proporcionalidad, necesidad y enfoque interseccional.
3. El caso chileno ilustra con claridad esta brecha entre compromisos internacionales y funcionamiento institucional. Pese a contar con un marco legal actualizado, subsisten tensiones entre norma y práctica expresadas en la ejecución acelerada de medidas con alto impacto en derechos, controles judiciales insuficientes o tardíos, déficits de motivación individualizada y obstáculos estructurales que afectan de modo interseccional a las mujeres migrantes — idioma, responsabilidades de cuidado, precariedad laboral y exposición a violencia de género—. Esta distancia contribuye a reproducir desigualdades sistémicas y dificulta la justiciabilidad efectiva de los derechos.
4. Superar estas tensiones exige releer la seguridad desde la justicia. Colocar el acceso a la justicia como pilar estructural del Estado democrático de derecho implica reforzar controles jurisdiccionales previos y sustantivos sobre detenciones y expulsiones, garantizar defensa e intérpretes desde el primer acto del procedimiento, institucionalizar alternativas a la detención y separar nítidamente

43

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

los circuitos de protección de víctimas de aquellos destinados a la fiscalización migratoria a fin de evitar efectos inhibitorios. Asimismo, demanda incorporar de manera expresa el enfoque interseccional y la sensibilidad intercultural como criterios obligatorios de motivación administrativa y judicial, asegurando ponderaciones individualizadas que consideren vínculos familiares, riesgos de violencia y trayectorias de integración.

En términos de política jurisdiccional y legislativa, la ruta de mejora pasa por positivar estándares interamericanos en la legislación y en los protocolos de actuación, armonizar la interpretación interna con los principios *pro persona* y de debida diligencia reforzada, además de monitorear mediante indicadores públicos la efectividad real de los remedios. Desde la investigación, resulta prioritario profundizar la evidencia empírica sobre barreras materiales y resultados judiciales con enfoque de género e interseccionalidad con el objeto de reducir la brecha entre doctrina y práctica.

La compatibilidad entre seguridad y derechos no constituye un dato, sino una tarea institucional permanente. Requiere desplazar el centro de gravedad desde el control hacia la garantía efectiva de derechos, situando el acceso a la justicia como criterio rector de la actuación estatal, de la interpretación judicial y del diseño de la política migratoria. Solo bajo estas premisas puede desactivarse el círculo securitización-exclusión y consolidarse una tutela judicial verdaderamente accesible para las mujeres migrantes.

REFERENCIAS

- Aas, K. F. (2014). Bordered penalty: Precarious membership and abnormal justice. *Punishment & Society*, 16(5), 520-541. <https://doi.org/10.1177/1462474514548807>
- Abji, S. (2020). Punishing survivors and criminalizing survivorship. *Studies in Social Justice*, 14(1), 67-89. <https://doi.org/10.26522/ssj.v2020i14.2158>
- Acosta, D. (2018). *The National versus the Foreigner in South America*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108594110>
- Acosta, D., & Harris, J. (2022). *Migration policy regimes in Latin America and the Caribbean: Immigration, regional free movement, refuge, and nationality*. Washington, D. C.: Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0004362>
- Acosta González, E. (2013). Mujeres migrantes cuidadoras en flujos migratorios sur-sur y sur-norte: expectativas, experiencias y valoraciones. *Polis (Santiago)*, 12(35), 35-62. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200003>
- Adamson, F. B. (2006). Crossing borders: International migration and national security. *International Security*, 31(1), 165-199.

Aldana, R. (2016). Intercultural legal sensibility as transformation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 25, 1-64. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2665420>

Arnold, P. D. (2023). How immigration detention became exceptional. *Stanford Law Review*, 75, 261-333.

Barrère Unzueta, M. Á. (2016). ¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica. Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad versus subordiscriminación? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 17-34. <https://doi.org/10.7203/cefd.34.8927>

Bazán, V. (2012). El control de convencionalidad: Incógnitas, desafíos y perspectivas. En V. Bazán y C. Nash (coords.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011* (pp. 17-55). Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung. <https://doi.org/10.34720/rh6v-6s85>

Bea, E. (2022). Human duties and rights in an intercultural perspective. *The Age of Human Rights Journal*, 19(1), 1-22. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v19.7375>

Benhabib, S. (2002). *The claims of culture: Equality and diversity in the global era*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press. <https://doi.org/10.1515/9780691186542-toc>

Bernales Rojas, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 25(3), 277-306. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122019000300277>

Bhatia, M., Rosina, M., & Vuolajärvi, N. (2024). Critical Criminology, special issue introduction: Critical engagements with gender, race and class in crimmigration controls. *Critical Criminology*, 32, 333-337. <https://doi.org/10.1007/s10612-024-09785-1>

Bourbeau, P. (2011). *The securitization of migration: A study of movement and order*. Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203829349>

Bustamante, J. (2010). *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* (A/HRC/14/30). Ginebra: Naciones Unidas.

Cançado Trindade, A. A. (2003). El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista IIDH*, 37, 53-83.

Cançado Trindade, A. A. (2012). *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Cappelletti, M., & Garth, B. (1978). Access to justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), 181-292.

Cardinale, M. (2017). Seguridad Internacional y derechos humanos: una reflexión a partir de los aportes del cosmopolitismo crítico y el liberalismo

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

ofensivo. *RESI: Revista de estudios en seguridad internacional*, 3(1), 127-148. <http://dx.doi.org/10.18847/1.5.7>

Clavijo, J., & Pereira, A. (2022). La excepción evidencia la regla: humanitarismo y securitización en las políticas migratorias argentinas (2015-2019). *Revista de estudios transfronterizos*, 22(1), 139-163. <http://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482022000100139>

Cochrane, B. (2022). Women and crimmigration. En A. Gibbs y F. Gilmour (eds.), *Women, crime and justice in context* (pp. 224-238). Londres y Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429316975-16>

Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (Conjib), & Ministerio de Justicia de Chile (MinJusticia). (2008). *Acceso a la justicia en Iberoamérica: Lineamientos para una guía de buenas prácticas*. https://www.cijc.org/es/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Acceso%20a%20la%20justicia%20en%20Iberoamerica_documento%20de%20trabajo%20de%20la%20COMJIB.pdf

Cornelisse, G. (2010). *Immigration detention and human rights: Rethinking territorial sovereignty*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173705.i-384>

Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics [1989]. *University of Chicago Legal Forum*, (1), 139-167. <https://doi.org/10.4324/9780429500480-5>

Crenshaw, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

Crépeau, F., & Hastie, B. (2015). The case for «firewalls» in immigration law. *European Journal of Migration and Law*, 17(2-3), 157-183. <https://doi.org/10.1163/15718166-12342076>

Dast, A. (2013). Immigration detention: Information gaps and institutional design. *University of Chicago Law Review*, 88(1), 137-164.

De Lucas, J. (2006). *Europa: Derechos, culturas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política*, 8(1), 19-48.

Domenech, E., Basualto, L., & Pereira, A. (2023). Migraciones, fronteras y política de datos: nuevos medios de control del movimiento en el espacio sudamericano. En L. Sánchez, G. Herrera y E. Domenech (coords.), *Movilidades, control fronterizo y luchas migrantes* (pp. 317-355). Buenos Aires y México, D. F.: Clacso, Siglo XXI.

Domeniconi, D. M. (2023). La debida diligencia reforzada como estándar de acceso a la justicia en casos de violencia de género. *Revista Argumentos*, 16, 66-87.

Díaz Tolosa, I. (2021). *Estatuto de los migrantes en Chile. Revisión de la normativa nacional e internacional aplicable*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

Feddersen, M. (2022). La persistencia del paradigma de seguridad en la regulación de los impedimentos de ingreso en la legislación migratoria chilena. *Oñati Socio-Legal Series*, 12(2), 287-327, <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1227>

Fix-Zamudio, H. (1991). *Protección jurídica de los derechos humanos: Estudios comparativos*. México, D. F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Freier, L. F., & Acosta, D. (2024). Regional governance of migration in South America. En A. Triandafyllidou (ed.), *Handbook of migration and globalisation* (pp. 254-269). Cheltenham: Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781785367519.00011>

Freedman, J. (2016). Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee «crisis». *Reproductive Health Matters*, 24(47), 18-26. <https://doi.org/10.1016/j.rhm.2016.05.003>

Foucault, M. (2010). *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Gerard, A., & Pickering, S. (2014). Gender, securitization and transit: Refugee women and the journey to the EU. *Journal of Refugee Studies*, 27(3), 338-359. <https://doi.org/10.1093/jrs/fet019>

Girao, F. (2024). Derecho penal de emergencia y control migratorio en Chile (Retrospectiva y violación de derechos fundamentales en las recientes propuestas de reforma a la Ley de Migración y Extranjería). *Revista de ciencias sociales*, (84), 11-42. <https://doi.org/10.22370/rcs.2024.84.4098>

Gross Espiell, H. (2003). La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*(4), 193-224. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A>

Guizardi, M., González, H., & Stefoni, C. (2018). De feminismos y movibilidades: Debates críticos sobre migraciones y género en América Latina (1980-2018). *Rumbos TS*, 18, 37-66.

Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), 3-25. <https://doi.org/10.21898/dia.v55i64.218>

Hill Collins, P. (1991). *Black feminist thought: Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203900055>

Hoekema, A. (2017). The conundrum of cross-cultural understanding in international law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 49(1), 67-84. <https://doi.org/10.1080/07329113.2017.1310446>

Hourani, J., Block, K., Phillimore, J., Bradby, H., Ozcurumez, S., Goodson, L., & Vaughan, C. (2021). Structural and Symbolic Violence Exacerbates the Risks and

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

Consequences of Sexual and Gender-Based Violence for Forced Migrant Women. *Frontiers in human dynamics*, 3. <https://doi.org/10.3389/fhumd.2021.769611>

Immigration and Refugee Board of Canada. (2023). *Chile and Haiti: Situation and treatment of Haitian nationals in Chile, including access to employment, housing, and social services; state protection (2021-January 2023)* [ZZZ201307.E]. <https://irb-cisr.gc.ca/en/country-information/rir/Pages/index.aspx?doc=458763>

Instituto Nacional de Estadísticas (INE). (2024, 30 de diciembre). *Nueva entrega de estimación de población extranjera 2023* (comunicado). <https://www.ine.gob.cl/sala-de-prensa/prensa/general/noticia/2024/12/30/nueva-entrega-de-estimaci%C3%B3n-de-poblaci%C3%B3n-extranjera-2023>

Instituto Nacional de Estadísticas (INE), & Servicio Nacional de Migraciones (Sernmig). (2024). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile 2023 (Síntesis EPE 2023)*. https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/sintesis-epe2023.pdf?sfvrsn=cc51129c_10

International Organization for Migration (IOM). (2024). *Migration Report 2024 — Latin America and the Caribbean*. <https://worldmigrationreport.iom.int/what-we-do/world-migration-report-2024-chapter-3/latin-america-and-caribbean>

Könönen, J. (2023). Police measures in the governance of mobile populations. *Punishment & Society*, 26(3), 507-526. <https://doi.org/10.1177/14624745231219709>

León Silva, G. (2022). El derecho humano a la identidad cultural de las mujeres migrantes —bajo una perspectiva de género— y su incorporación en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 13(1), 62-104. <https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v13n1-art2865>

León Silva, G., & Faundes, J. J. (2021). ¿Existe el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 11(3), 350-382. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i3.8108>

León Silva, G., & Faundes, J. J. (2022). El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile. *Revista de Direito Internacional*, 19(1), 289-318. <https://doi.org/10.5102/rdi.v19i1.8143>

Luan Ramos, D. (2021). Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del sistema internacional de protección de derechos humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 38-70. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000200038>

Magliano, M., & Clavijo, J. (2011). La trata de personas en la agenda política sudamericana sobre migraciones: La securitización del debate migratorio. *Análisis Político*, 24(71), 149-163.

Maldonado, C., Martínez, J., & Martínez, R. (2018). *Protección social y migración: Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*. Santiago de Chile: Cepal.

Marouf, F. E. (2017). Alternatives to immigration detention. *Cardozo Law Review*, 38(6), 2141-2192. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3048480>

Martínez, J., & Orrego, C. (2016). *Nuevas tendencias y dinámicas migratorias en América Latina y el Caribe* (Serie Población y Desarrollo N.º 114). Santiago de Chile: Cepal, OIM.

Martínez Layuno, J. J. (2017). El derecho de acceso a la justicia: perspectivas y desafíos para la construcción de un acervo interamericano. En J. J. Martínez Layuno (ed.), *Derecho de acceso a la justicia: Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano* (pp. 7-16). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Mello, P. (2019). Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9(2), 254-286. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6144>

Menjívar, C., & Abrego, L. J. (2012). Legal violence: Immigration law and the lives of Central American immigrants. *American Journal of Sociology*, 117(5), 1380-1421. <https://doi.org/10.1215/9781478027195-003>

Menjívar, C., & Salcido, O. (2002). Immigrant women and domestic violence: Common experiences in different countries. *Gender & Society*, 16(6), 898-920. <https://doi.org/10.1177/089124302237894>

Mercado Ordenes, M., & Figueiredo, A. (2022). Identity Constructions of Haitian Immigrants in Santiago de Chile from an Intersectional Perspective, *Migraciones internacionales*, 13. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2495>

Molnar, P. (2021). Surveillance sovereignty: migration management technologies and the politics of privatization. En G. Hudson y I. Atak (eds.), *Migration, Security, and Resistance* (pp. 65-82). Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003058526-3>

Mondaca Miranda, A. (2022). Revisión de las expulsiones por parte de los tribunales de justicia: ¿Un avance en la defensa de los derechos de los inmigrantes? En *Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno: Comentarios a la Ley de Migración y Extranjería* (pp. 238-265). Valencia: Tirant lo Blanch.

Montero, J. (2013). El concepto de seguridad en el nuevo paradigma de la normatividad mexicana. *Región y sociedad*, XXV(58), 203-238.

Morondo Taramundi, D. (2016). ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (34), 205-221. <https://doi.org/10.7203/cefd.34.8916>

Munévar-Munévar, D. I., & Mena-Ortiz, L. Z. (2009). Violencia estructural de género. *Revista de la Facultad de Medicina*, 57(4), 356-365.

Olano García, H. A. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 61-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100003>

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

Olmo, P. (2018). El concepto de violencia institucional: un enfoque desde la historia social del control y el castigo. *Gerónimo de Uztariz*, (34), 117-138

ONU Mujeres. (2025, 15 de diciembre). *Las mujeres migrantes en riesgo de violencia y explotación*. <https://www.unwomen.org/es/articulos/articulo-explicativo/las-mujeres-migrantes-en-riesgo-de-violencia-y-explotacion>

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). (2019). *Equal Access to Justice for Inclusive Growth: Putting People at the Center*. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/03/equal-access-to-justice-for-inclusive-growth_a69ac7da/597f5b7f-en.pdf

Organización de Estados Americanos (OEA). (2023). *Regional Migration Governance in the Americas* [nota técnica]. https://www.oas.org/en/sare/documents/TECHNICALNOTE%20_REGIONALMIGRATION.pdf

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2024). *Explorando la feminización de la migración con perspectiva de género*. <https://lac.iom.int/sites/g/files/tmzbd12601/files/documents/2024-07/explorando-la-feminizacion-de-la-migracion-con-perspectiva-de-genero-1.pdf>

Orozco, G. (2006). El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (72), 161-180.

Penya, M., & Marañillo-Castillo, L. (2022). Invisibles, vulnerables, pero resilientes: Mujeres migrantes en situación de sinhogarismo y estrategias de supervivencia femeninas. *Feminismo/s*, 40, 305-335. <https://doi.org/10.14198/fem.2022.40.13>

Pereira, A., & Domenech, E. (2021). Securitización de las migraciones. En C. Jiménez y V. Trpin (eds.), *Pensar las migraciones contemporáneas: Categorías críticas para su abordaje* (pp. 283-292). Teseo.

Pereira, A., & Clavijo, J. (2022). La excepción evidencia la regla: Humanitarismo y securitización en las políticas migratorias argentinas (2015-2019). *Si Somos Americanos*, 22(1), 139-163. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482022000100139>

Planas Gifra, L. (2024). Securitizing migration in times of crisis: Private actors and migration governance. *Cogent Social Sciences*, 10(1). <https://doi.org/10.1080/23311886.2023.2296601>

Real Academia Española (RAE). (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Espasa.

Rebolledo, T., & Rodríguez, R. (2019). Mujeres migrantes: Vulnerabilidad y derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, 6(2), 59-60. <https://doi.org/10.15648/coll.2.2019.4>

Recasens i Brunet, A. (2000). Elementos emergentes de inseguridad ciudadana. *Revista Catalana de Seguritat Pública*, (6-7), 13-35.

Riggirozzi, P., Cintra, N., Grugel, J., García García, G., & Carvalho Lamy, Z. (2023). Securitisation, humanitarian responses and the erosion of everyday rights

of displaced Venezuelan women in Brazil. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 49(15), 3755-3773. <https://doi.org/10.1080/1369183X.2023.2191160>

Rojas Pedemonte, N., & Vásquez Rencoret, J. (2015). Racismo y matrices de «inclusión» de la migración haitiana en Chile: elementos conceptuales y contextuales para la discusión. *Polis (Santiago)*, 14(42), 217-245. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682015000300011>

Romo López, E., Espejo Leupin, R., Céspedes Pardo, V., & Beltrán Leal, C. (2020). La barrera lingüística en migrantes: percepciones de integrantes de escuelas chilenas y expertos en el tema migratorio con respecto a la inclusión educativa. *Perspectiva Educacional*, 59(3), 92-117. <https://dx.doi.org/10.4151/07189729-vol.59-iss.3-art.1038>

Sarmiento, D. (2016). *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum.

Servicio Nacional de Migraciones (Sernmig). (2025). *Estadísticas migratorias con enfoque de género: análisis de brechas de género en los permisos de residencia: enero-junio 2025. Quinto informe*. <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2025/08/Informe-PMG-Genero-2025-210825.pdf>

Squire, V. (2015). The securitisation of migration: An absent presence? En G. Lazaridis y K. Wadia (eds.), *The securitization of migration in the EU: Debates Since 9/11* (pp. 19-36). Nueva York: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137480583_2

Stasiulis, D., Zaheera, J., & Rutherford, B. (2020). Migration, Intersectionality and Social Justice: Guest Editors' Introduction. *Studies in Social Justice*, (14), 1-21. <https://doi.org/10.26522/ssj.v2020i14.2445>

Stefoni Espinoza, C., Lube Guizardi, M., & González Torralbo, H. (2018). La construcción política de la frontera: Entre los discursos nacionalistas y la 'producción' de trabajadores precarios. *Polis (Santiago)*, 17(51), 137-162. <https://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2018-n51-1353>

Stefoni, C., Cabieses, B., & Blukacz, A. (2021). Migraciones y COVID-19: Cuando el discurso securitista amenaza el derecho a la salud. *Simbiótica. Revista Eletrônica*, 8(2), 38-66. <https://doi.org/10.47456/simbitica.v8i2.36378>

Stumpf, J. (2013). The process is the punishment in crimmigration law. En K. F. Aas y M. Bosworth (eds.), *The borders of punishment: Migration, citizenship, and social exclusion* (pp. 58-75). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199669394.003.0004>

Tanja Bastia, K., Katja Hujo, N., & Walsham, M. (2023). Reflections on Intersectionality: A Journey through the Worlds of Migration Research, Policy and Advocacy. *Gender, Place & Culture*, 30(3), 460-83. <https://doi.org/10.1080/0966369X.2022.2126826>

Tastsoglou, E. (2021). Introduction. Gender and Violence in a Migration and Refugee Context: Agency, Resilience, and Resistance. *Canadian Ethnic Studies*, 55(3), 1-12. <https://doi.org/10.1353/ces.2023.a928881>

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

Thayer, L. (2022). Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile. *Migraciones internacionales*, 12, 1-21. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2270>

Thayer Correa, L., Tijoux, M., Lages, R., & Fouilloux, M. (2022). El estado en su frontera: arbitrariedad e ilegalidad en las políticas migratorias recientes en Chile. *Diálogo andino*, (68), 167-182. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812022000200167>

Tijoux Merino, M., & Palominos Mandiola, S. (2015). Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los fenómenos migratorios de Chile. *Polis (Santiago)*, 14(42), 247-275. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682015000300012>

Treviño, J. (2016). ¿De qué hablamos cuando hablamos de la «securitización» de la migración internacional en México?: Una crítica. *Foro Internacional*, 56(2), 253-291.

UN Women. (2021). *From evidence to action: Tackling gender-based violence against migrant women and girls* [policy brief]. Naciones Unidas. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2021/Policy-brief-From-evidence-to-action-Tackling-GBV-against-migrant-women-and-girls-en.pdf>

UN Woman. (2025, 15 de diciembre). *Día Internacional de las Personas Migrantes*. Naciones Unidas. <https://www.unwomen.org/en/articles/in-focus/international-migrants-day>

United Nations Development Programme. (2005). *Programming for Justice: Access for All – A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*. https://globalprotectioncluster.org/sites/default/files/2022-09/2005_undp_justice_guides_programmingforjustice-accessforall.pdf

Valenzuela, M. E., Scuro Somma, L., & Vaca-Trigo, I. (2020). *Desigualdad, crisis de los cuidados y migración del trabajo doméstico remunerado en América Latina*. Cepal.

Varela, A. (2017). La trinidad perversa de la que huyen las fugitivas centroamericanas: Violencia feminicida, violencia de Estado y violencia de mercado. *Debate Feminista*, 53. <https://doi.org/10.1016/j.df.2017.02.002>

Vargas Vera, G. (2016). Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad: El caso González Lluy y otros vs. Ecuador. *Iuris Dictio*, (18), 139-148. <https://doi.org/10.18272/iu.v18i18.784>

Von Rosen, J. (2019). The securitization of migration as a threat to liberal, democratic states. *Frieden und Sicherheit / Populism, Peace and Security*, 37(1), 35-40. <https://doi.org/10.5771/0175-274x-2019-1-35>

Weiner, M. (1992). Security, stability, and international migration. *International Security*, 17(3), 91-126. <https://doi.org/10.2307/2539131>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas (Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH, 20 de enero de 2007). <https://cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

Afrodendientes, violencia policial y derechos humanos en los Estados Unidos (CIDH, 2018). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPolicialAfrosEEUU.pdf>

Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees, POLAS/2006/03 del (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2006).

Cantos vs. Argentina, Serie C N.º 97 (Corte IDH, 28 de noviembre de 2002).

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Serie C N.º 125 (Corte IDH, 6 de febrero de 2006).

Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Serie C N.º 400 (Corte IDH, 6 de febrero de 2020).

Comunidad Moiwana vs. Suriname, Serie C N.º 124 (Corte IDH, 15 de junio de 2005).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (OEA, 22 de noviembre de 1969). *Gaceta Oficial*, (9460), 11 de febrero de 1978. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (OEA, 9 de junio de 1994). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria (CIDH, 2020). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/debidoproceso-es.pdf>

Decreto N.º 296/2021 que aprueba Reglamento de la Ley N.º 21.325 de Migración y Extranjería (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 12 de febrero de 2022).

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 (OEA, 2007).

González Lluy y otros vs. Ecuador, Serie C N.º 298 (Corte IDH, 1 de septiembre de 2015).

González y otras («Campo Algodonero») vs. México, Serie C N.º 205 (Corte IDH, 16 de noviembre de 2009).

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Serie C N.º 405 (Corte IDH, 24 de junio de 2020).

Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA, 2009). <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>

Intersectional discrimination in the context of violence against women, A/HRC/44/52 (Asamblea General de la ONU, 6 de mayo de 2020). <https://docs.un.org/en/A/HRC/44/52>

Ley N.º 21.325 de Migración y Extranjería (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 20 de abril de 2021). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549>

Movilidad humana: Estándares interamericanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (CIDH, 2015). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

Movilidad humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional, OEA/Ser.L/V/II. Doc.194 (CIDH, 2023). https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/informe_movilidad_humana.pdf

Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Serie C N.º 371 (Corte IDH, 28 de noviembre de 2018).

Myma Mack Chang vs. Guatemala, Serie C N.º 101 (Corte IDH, 25 de noviembre de 2003).

Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Serie C N.º 130 (Corte IDH, 8 de septiembre de 2005).

Observación General N.º 32: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2007). <https://www.refworld.org/es/leg/coment/ccpr/2007/es/52583>

Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A N.º 18 (Corte IDH, 17 de septiembre de 2003).

Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Serie C N.º 272 (Corte IDH, 25 de noviembre de 2013).

Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, Serie C N.º 282 (Corte IDH, 28 de agosto de 2014).

Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Resolución 04/19 (CIDH, 7 de diciembre de 2019). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/principios%20ddhh%20migrantes%20-%20es.pdf>

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (17 de noviembre de 1988).

Pueblo Saramaka vs. Suriname, Serie C N.º 172 (Corte IDH, 28 de noviembre de 2007).

Radilla Pacheco vs. México, Serie C N.º 209 (Corte IDH, 23 de noviembre de 2009).

Recomendación General N.º 26 sobre las trabajadoras migratorias (Cedaw, 2008).
<https://www.refworld.org/es/leg/general/cedaw/2008/es/61897>

Recomendación General N.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33 (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2015).

Recomendación General N.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N.º 19 (Cedaw, 2017).

Recomendación General N.º 38 (2020), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial (CEDAW/C/GC/38) (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20 de noviembre de 2020).
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FGC%2F38&Lang=en

Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N.º 776/2018 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Rol 4757-18-CDS (Tribunal Constitucional [Chile], 19 de julio de 2018).

Resolution 04/19, Inter-American principles on the human rights of migrants, refugees, stateless persons and victims of human trafficking (CIDH, 7 de diciembre de 2019). <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-4-19-en.pdf>

Rol 1486-2020 (Undécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de julio de 2020).

Rol 251-2023 (Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 27 de junio de 2023).

Rol 1602-2023 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 6 de julio de 2023).

Rol 92-2023 (Corte de Apelaciones de Copiapó [Chile], 20 de septiembre de 2023).

Rol 385-2024 (Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 8 de agosto de 2024).

Rol 55-2024 (Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 19 de agosto de 2024).

Tiu Tojin vs. Guatemala, Serie C N.º 190 (Corte IDH, 26 de noviembre de 2008).

Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Serie C N.º 158 (Corte IDH, 24 de noviembre de 2006).

Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Serie C N.º 307 (Corte IDH, 19 de noviembre de 2015).

Vélez Loor vs. Panamá, Serie C N.º 218 (Corte IDH, 23 de noviembre de 2010).

SECURITIZACIÓN
DE LA MIGRACIÓN
FEMENINA Y ACCESO
A LA JUSTICIA COMO
PROBLEMA DE VIO-
LENCIA INSTITUCIO-
NAL: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS Y
EL CASO CHILENO

THE SECURITIZATION
OF WOMEN'S
MIGRATION AND
ACCESS TO JUSTICE
AS INSTITUTIONAL
VIOLENCE: INTER-
AMERICAN
STANDARDS AND THE
CHILEAN CASE

VR.P., V.P.C. y otros vs. *Nicaragua*, Serie C N.º 350 (Corte IDH, 8 de marzo de 2018).

Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes, OAS/Ser.L/V/II.155 doc. 16 (CIDH, 2015). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/refugiados-migrantes-eeuu.pdf>

Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales (ONU, 25 de julio de 2018).

Recibido: 31/10/2025

Aprobado: 17/02/2026

La responsabilidad civil por omisión de los deberes de cuidado respecto de las personas mayores en el derecho chileno

Civil Liability for Omissions of Duties of Care Toward Older Persons in Chilean Law

YASNA OTAROLA ESPINOZA*

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

PAMELA MENDOZA-ALONZO**

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

Resumen: El artículo analiza los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil por omisión, en el contexto de los deberes de cuidado respecto de las personas mayores, con el propósito de delimitar las condiciones bajo las cuales la inacción puede configurar una conducta imputable conforme al artículo 2314 del Código Civil chileno. La hipótesis que se sostiene es que la omisión constituye una fuente de responsabilidad cuando el agente se encuentra vinculado a la víctima por una relación especial que justifica la exigencia de un deber positivo de actuar, como ocurre en contextos de relaciones familiares, de convivencia o de protección institucional. En tales supuestos, la inacción defrauda una expectativa jurídicamente relevante de cuidado, excluye la aplicación del principio de confianza y se integra normativamente como una modalidad de conducta ilícita, particularmente significativa en el caso de personas mayores en situación de dependencia o vulnerabilidad.

El análisis se desarrolla desde una concepción relacional del deber de cuidado y recurre, de manera auxiliar y delimitada, a ciertas categorías elaboradas en la dogmática penal —como la posición de garante—, en cuanto herramientas de sistematización del deber de actuar en sede civil, sin implicar una traslación íntegra de sus presupuestos. Además, propone a la expectativa de protección como fundamento relacional de la responsabilidad por omisión, y justifica la equivalencia funcional entre acción y omisión en contextos de cuidado de personas mayores.

Palabras clave: Omisión, causalidad, confianza, expectativa de protección, adulto mayor.

Abstract: This article examines the legal foundations of civil liability for omissions, within the framework of duties of care owed to older persons, with the aim of delineating the conditions under which inaction may constitute

* Doctora por la Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Código ORCID: 0000-0002-6245-3633. Correo electrónico: yotarola@uahurtado.cl

** Doctora por la Universidad de Salamanca (España). Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

Código ORCID: 0000-0002-8396-2648. Correo electrónico: pmendoza@uahurtado.cl

legally imputable conduct under article 2314 of the Chilean Civil Code. The central hypothesis advanced is that an omission gives rise to liability when the agent is bound to the victim by a special relationship that justifies the imposition of a positive duty to act, as is the case in contexts of family relationships, cohabitation or institutional protection. In such circumstances, the failure to act frustrates a legally relevant expectation of care, precludes the application of the principle of reliance and is normatively integrated as a form of unlawful conduct, a characterization that is particularly significant in relation to older persons in situations of dependency or vulnerability.

The analysis is developed from a relational conception of the duty of care and makes auxiliary and circumscribed use of certain categories elaborated in criminal law doctrine—such as the position of guarantor—as tools for systematizing the duty to act in the civil law context, without implying a wholesale transposition of their underlying premises. It further advances the notion of an expectation of protection as the relational foundation of liability for omissions, and substantiates the functional equivalence between acts and omissions in contexts involving the care of older persons.

Keywords: Omission, causation, principle of reliance, protective expectations, older persons.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DEBER DE CUIDADO EN EL DERECHO DE FAMILIA.- III. LA OMISIÓN EN EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES COMO CONDUCTA IMPUTABLE EN EL DERECHO CIVIL CHILENO.- IV. EL DEBER DE ACTUAR Y LA POSICIÓN DE GARANTE.- V. LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN: DEL NEXO FÁCTICO A LA IMPUTACIÓN NORMATIVA.- VI. EXPECTATIVA DEFRAUDADA Y SIMETRÍA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho civil se ha construido sobre la noción de sujetos autónomos, capaces y autosuficientes. Como expone Morales (2018), el Código Civil de Bello, de 1855, incorporó de forma explícita los principios liberales de libertad, igualdad y voluntad, propios del proyecto revolucionario que buscaba configurar un orden jurídico basado en la autodeterminación individual (pp. 364-365). Esta orientación se refleja también en la manera en que la doctrina de fines del siglo XIX y comienzos del XX concibió la personalidad, identificándola con la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones fundada en la razón del individuo, lo que evidencia una comprensión técnica y patrimonial del sujeto civil (Goldenberg, 2017, pp. 308-309).

Sin embargo, este modelo resulta hoy tensionado por profundas transformaciones demográficas y sociales. En particular, el fenómeno del «multigeneracionismo» da cuenta de la coexistencia simultánea de múltiples generaciones dentro de una misma estructura familiar,

59

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENOCIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

YASNA OTAROLA ESPINOZA Y PAMELA MENDOZA-ALONZO

generando nuevas formas de dependencia económica, social y afectiva que desafían las categorías tradicionales del derecho de familia y de la responsabilidad jurídica (Dabove, 2008, p. 44). La vejez, no obstante, no puede ser entendida de manera reduccionista como sinónimo de incapacidad o dependencia, sino como un fenómeno complejo que integra dimensiones biológicas, sociales, culturales y normativas, cuya relevancia jurídica radica en la diversidad de situaciones que pueden presentarse en esta etapa del ciclo vital (Dabove, 2022, pp. 17-18).

Hoy somos parte de una de las transformaciones demográficas y sociales más profundas del siglo XXI, que también afecta a las bases del derecho civil: el envejecimiento de la población. Chile es hoy el país latinoamericano con el proceso de envejecimiento más acelerado: en las últimas cuatro décadas ha triplicado su población mayor y, de acuerdo con las proyecciones oficiales, para el 2050 más del 30 % de la población tendrá 60 años o más, constituyéndose en la sociedad más envejecida de la región (Leiva *et al.*, 2020, p. 802).

El perfil epidemiológico de las personas mayores se caracteriza por la multimorbilidad, la fragilidad, la dependencia funcional y el aumento de patologías neurodegenerativas, lo que incrementa la demanda de apoyos y cuidados continuos (Pinilla *et al.*, 2021, pp. 490). En Chile, más de un 38 % de las personas mayores presenta algún grado de dependencia y la prevalencia de fragilidad supera el 13 % (Leiva *et al.*, 2020, p. 803), cifras que se incrementan de manera significativa en las edades más avanzadas y que generan necesidades complejas de atención y acompañamiento cotidiano (Leiva *et al.*, 2020, p. 805; Pinilla *et al.*, 2021, p. 496). Tales condiciones, junto con fenómenos de aislamiento social, precariedad económica y sobrecarga de los cuidadores, configuran un entorno social que aumenta la vulnerabilidad y revela la insuficiencia de los modelos tradicionales de autorresponsabilidad.

Dadas estas particularidades, las personas mayores son especialmente propensas a sufrir situaciones de maltrato (Lathrop, 2009, pp. 86-90), el que incluso puede ser un «maltrato estructural» a nivel sociocultural, jurídico y económico (Riveros *et al.*, 2017). En ese orden de cosas, el maltrato no se expresa únicamente en formas activas, sino también —y crecientemente— en omisiones de cuidado o protección que derivan en negligencia o abandono (Cabezas & Acuña, 2025, p. 165; Zegers, 2013, pp. 138-140)¹. El Servicio Nacional del Adulto Mayor (Senama) ha identificado que las situaciones de maltrato corresponden a negligencias, muchas de ellas judicializadas, que se manifiestan en descuidos básicos, falta de supervisión, desatención de necesidades sanitarias o ausencia de

1 «For vulnerable adults, the most serious harms often arise not from acts, but from failures to act when care or protection was needed» (Herring, 2016, pp. 33 y 41).

acompañamiento². Este escenario sitúa a los familiares, cuidadores y a las instituciones como actores centrales en la protección de la integridad y el bienestar de las personas mayores, y plantea el desafío de determinar cuándo la falta de cuidado, derivada de la relación de dependencia, convivencia o confianza que se forma entre la persona mayor y dichos actores, se transforma en una conducta jurídicamente reprochable.

Por su parte, el marco normativo chileno ha comenzado, de manera fragmentaria, a reconocer esta realidad. La ratificación por Chile de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) introdujo un mandato claro de garantizar la dignidad, independencia y seguridad de las personas mayores al establecer un deber estatal de promover condiciones que prevengan el abandono y la negligencia. No obstante, la incorporación de tales principios al derecho civil interno ha sido incipiente y dispersa, lo que deja amplios espacios de indeterminación en materia de responsabilidad.

Esta evolución debe leerse hoy a la luz de la Ley N.º 21.805 (2026), que reconoce el derecho al cuidado y crea el Sistema Nacional de Apoyos y Cuidados. Esta normativa refuerza la centralidad jurídica del cuidado al reconocer a las personas mayores como titulares de este derecho y al consagrar, entre sus principios, la corresponsabilidad social. Aunque esta ley no regula directamente los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, sí modifica el contexto normativo desde el cual se interpretan los deberes de actuación, asistencia y protección respecto de personas mayores en situación de dependencia o vulnerabilidad. En este sentido, la omisión de cuidado ya no puede examinarse únicamente desde la lógica liberal clásica de abstención, sino también desde un marco jurídico que reconoce positivamente el cuidado como una necesidad socialmente distribuida y jurídicamente relevante.

Con todo, en algunos fallos los tribunales chilenos han incorporado criterios relevantes a partir de casos que, si bien se refieren a contextos clínicos, ofrecen razonamientos aplicables a casos de negligencia por omisión hacia las personas mayores. Por ejemplo, en el caso Rol 5605-2015 (2015), la Corte Suprema confirmó la condena contra una clínica por la caída de una paciente en la unidad de cuidados intensivos debido a la omisión de medidas básicas de seguridad, tales como barandas y sistemas de sujeción adecuados. El tribunal sostuvo que la paciente, por su estado de salud, se encontraba en una posición de especial vulnerabilidad y que

2 Esta noción fue desarrollada tempranamente por el Senama (2005, pp. 6, 9 y 10) y ha sido recogida de manera reiterada por la Corte Suprema al interpretar el artículo 5 de la Ley N.º 20.066 (2005) en materia de maltrato hacia las personas mayores. Así, entre otras, pueden citarse las siguientes sentencias de la Corte Suprema: Rol 53.058-2022, del 13 de julio de 2023; Rol 69.031-2023, del 19 de octubre de 2023; Rol 250.775-2023, del 16 de septiembre de 2024; y Rol 30.655-2024, del 17 de febrero de 2025.

la institución estaba obligada a adoptar medidas razonables de vigilancia y prevención para evitar daños previsibles.

De manera más reciente, la Corte Suprema reafirmó este criterio en el caso Rol 13.759-2025 (2025) al confirmar la responsabilidad de la clínica demandada por la demora en diagnosticar y atender oportunamente a una paciente que sufrió un accidente cerebrovascular. En esta decisión se evidencia que la clínica estaba sujeta a un deber de cuidado derivado de la hospitalización del paciente, del conocimiento previo de un riesgo posoperatorio elevado y de su posición institucional de garante. Este deber exigía vigilancia activa y la adopción oportuna de medidas urgentes y eficaces frente a la evolución clínica adversa. La omisión de activar estos mecanismos, sumada a la falta de supervisión del médico, configura una infracción del deber de cuidado.

Surge entonces la pregunta que orienta esta investigación: ¿en qué condiciones la omisión del cuidado debido se transforma en una conducta imputable que genera responsabilidad civil en el caso de las personas mayores vulnerables o dependientes? Y, en un sentido amplio, ¿hasta qué punto el derecho civil contemporáneo puede —y debe— exigir a familiares, cuidadores e instituciones una conducta activa de cuidado hacia las personas mayores que, por su condición de vulnerabilidad o dependencia, no pueden protegerse por sí mismas?

Para responder a esta interrogante debemos ir más allá de la casuística y revisar las bases conceptuales del sistema de responsabilidad, particularmente en tres planos dogmáticos: la naturaleza de la omisión, el origen del deber de cuidado cuya infracción convierte la omisión en fuente de responsabilidad y el nexo causal en las omisiones. A partir de estos tres elementos, la hipótesis que se sostiene es que la omisión constituye una fuente de responsabilidad cuando el agente se encuentra vinculado a la víctima por una relación especial que justifica la exigencia de un deber positivo de actuar, como ocurre en contextos de relaciones familiares, de convivencia o de protección institucional. Sostenemos que la inacción defrauda una expectativa de cuidado y excluye la aplicación del principio de confianza, volviéndose jurídicamente reprochable. De este modo, la omisión se integra al artículo 2314 del Código Civil (1855) como una modalidad de conducta ilícita, particularmente significativa respecto de las personas mayores cuyo bienestar depende de familiares, cuidadores o instituciones que han asumido una posición de garante.

El objetivo general de este trabajo es entonces analizar los presupuestos jurídicos de la responsabilidad civil por omisión en el contexto de los deberes de cuidado hacia las personas mayores y delimitar las condiciones bajo las cuales surge un deber positivo de actuar y un vínculo jurídico que convierte la inacción en ilícita, especialmente en

61

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

escenarios de dependencia o vulnerabilidad. Para ello, se delimitará el origen y alcance de dicho deber a la luz del derecho privado general, la legislación especial reciente —incluida la Ley N.º 21.805 (2026)— y la evolución jurisprudencial, integrando la doctrina nacional comparada. Se considerará de manera auxiliar ciertos desarrollos dogmáticos elaborados en el derecho penal, en la medida en que ofrecen categorías útiles —aunque no trasladables mecánicamente— para precisar los presupuestos civiles de la omisión.

El artículo se estructura de la siguiente forma: en la primera parte, se examina el deber de cuidado y protección en el derecho civil y de familia; en la segunda parte, se analiza el tránsito desde la acción a la omisión en relación con las personas mayores; en la tercera, se explica el fundamento del deber de actuar a través de la posición de garante; para continuar con los elementos que deben concurrir en la causalidad omisiva. En la parte final nos referimos a la expectativa de protección defraudada como fundamento último de la responsabilidad por omisión. Finalizamos con las respectivas conclusiones.

II. EL DEBER DE CUIDADO EN EL DERECHO DE FAMILIA

El deber de cuidado ocupa una posición cardinal dentro del sistema de responsabilidad civil, en tanto representa la medida de diligencia que el ordenamiento exige para evitar el daño. En el derecho chileno, este deber se expresa normativamente en los artículos 44 y 2314 del Código Civil³ (CC), que configuran tanto la culpa como la falta de diligencia de un «hombre prudente» en sus propios asuntos. Sin embargo, esta definición clásica resulta insuficiente para explicar la protección jurídica hacia las personas mayores, en cuanto se construyen sobre un paradigma de autonomía y de conducta activa (Fineman, 2019, p. 368), y no ofrece criterios adecuados para identificar deberes positivos de actuación derivados de vínculos de cuidado, confianza o dependencia. De este modo, la noción tradicional de diligencia, que tensiona su capacidad explicativa frente a supuestos en el daño, no proviene de una acción imprudente, sino de una omisión jurídicamente relevante.

La doctrina coincide en que el deber de cuidado no se agota en la prudencia exigible a la persona media, sino que se concreta según la naturaleza e intensidad del vínculo entre la víctima y el victimario. Como destaca Barros (2020), existen relaciones —al interior del grupo familiar o entre quienes comparten una estrecha comunidad de vida— que generan una expectativa legítima de protección, de manera que en su interior surgen deberes positivos de cuidado que no pueden extrapolarse al conjunto de la sociedad (p. 137). En sentido análogo, Díez-Picazo (2011) sostiene que la responsabilidad por omisión es jurídicamente

3 Salvo que se señale otra cosa, las leyes citadas se refieren al derecho chileno.

63

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENOCIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

YASNA OTAROLA ESPINOZA Y PAMELA MENDOZA-ALONZO

relevante cuando el agente se encuentra en una posición de garante derivada de la ley o de una relación especial que impone actuar para evitar el daño (pp. 266-267). A su vez, Alessandri (2005) precisa que la comparación con el «hombre prudente» debe realizarse atendiendo a las circunstancias externas y específicas de la relación, pues son ellas las que permiten determinar cuándo la abstención constituye culpa y no mera pasividad (pp. 127 y 144). En conjunto, estas elaboraciones doctrinarias conducen a concebir el deber de cuidado como una categoría esencialmente relacional cuya exigencia se intensifica en contextos de confianza, dependencia o especial protección debido a la vulnerabilidad.

En el ámbito familiar, el Código Civil establece en su artículo 131 que los cónyuges se deben ayuda mutua, deber que trasciende lo económico y se proyecta al plano personal y afectivo. Como desarrollan Novales (2014, pp.192 y 267-269) y Pérez (2015, p. 144), la ayuda mutua constituye un verdadero deber personal de asistencia moral, afectiva y cotidiana, inseparable de la comunidad de vida propia del matrimonio y no reducible a meras prestaciones patrimoniales. Asimismo, los artículos 224 y 225 CC imponen a los padres la obligación de cuidar a sus hijos, mientras que los artículos 321 y siguientes consagran un deber recíproco de alimentos (que incluye habitación y vestido) entre ascendientes y descendientes cuya noción comporta un deber básico de cuidado (Espada, 2024, pp. 453-454; Opazo & Otárola, 2025, pp. 8-9). A ello se suman los deberes de cuidado y administración de bienes propios de la tutela y curaduría (Código Civil, 1855, art. 366), que refuerzan la idea de que el derecho civil reconoce deberes especiales de actuación dentro del grupo familiar cuya infracción puede proyectarse al ámbito de la responsabilidad por omisión.

La relevancia de la omisión de cuidado respecto de las personas mayores no se agota en la responsabilidad civil. En determinados supuestos, la negativa injustificada de socorro o el incumplimiento grave de deberes de asistencia puede también proyectarse sobre otras instituciones del derecho privado, como las causales de desheredamiento, la inhabilidad para ejercer cargos tutelares o curadurías y, en general, la valoración jurídica negativa de conductas incompatibles con deberes familiares básicos. Esta constatación refuerza el hecho de que el ordenamiento chileno ya reconoce en diversos planos la juridicidad del cuidado y la responsabilidad de su omisión.

Esta línea se ha reforzado a partir de la Ley N.º 20.066 de violencia intrafamiliar (2005), que, aunque no menciona expresamente el «maltrato por omisión», sí ha influido en la instauración de una comprensión más amplia de la violencia intrafamiliar a través de la jurisprudencia reciente, que resulta relevante para nuestro caso de

estudio. En el caso Rol 45.802-2016 (2016), la Corte Suprema ha definido que la violencia intrafamiliar consiste en «el ejercicio de la fuerza en el seno de una familia»; esto es, «una acción u omisión que el integrante de un grupo familiar ejerce en contra de otro integrante y le produce un daño físico o psíquico»; y reconoce, además, que en estos casos el daño puede prolongarse en el tiempo. Esta definición —acción u omisión que causa daño— permite comprender como violencia intrafamiliar no solo los golpes o agresiones directas, sino también las conductas omisivas, tales como el descuido permanente, la falta de asistencia básica o la negativa injustificada a contribuir a necesidades esenciales de un miembro del grupo familiar.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción (2017), al interpretar el artículo 5 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, ha precisado que tanto la violencia física como la psicológica pueden incluir actos u omisiones, pero destacando que los maltratos deben traducirse en «hechos precisos, concretos, determinados y ciertos», y no ser meras generalizaciones o la conflictividad propia de la relación de pareja. De este modo, el marco jurídico de la violencia intrafamiliar — tal como viene siendo interpretado por los tribunales— ofrece bases normativas y argumentativas para calificar la omisión de protección en contextos de dependencia y vulnerabilidad como una forma de maltrato, susceptible de articularse con la responsabilidad civil.

Esta comprensión de la omisión como forma de maltrato ha sido consolidada por la Ley N.º 20.427 (2010), que modificó la Ley de Violencia Intrafamiliar para incorporar a las personas mayores como sujetos especialmente protegidos y reconocer que el maltrato incluye tanto acciones como omisiones graves de cuidado, negligencia o abandono⁴. A esto se añade, la Ley N.º 19.968 (2004), que faculta a los tribunales de familia para ordenar medidas de protección cuando la omisión de cuidados por parte de familiares, convivientes o instituciones pone en riesgo la integridad del adulto mayor.

En ese sentido, algunas cortes de apelaciones han reconocido que la falta de asistencia, supervisión o protección puede constituir una vulneración de derechos fundamentales e, incluso, una forma de maltrato. Así lo declaró la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso Rol 6-2018 (2017) al disponer de medidas urgentes de protección frente a la omisión de cuidados básicos de una persona mayor; y la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso Rol 45-2016 (2016). Esta última confirmó la adopción de medidas cautelares —como la salida inmediata del hogar común y la prohibición de acercamiento— respecto de una nieta que convivía con una adulta mayor en situación de dependencia severa, no

4 Sobre el abandono como forma de maltrato a personas mayores en materia penal, véase Cabezas y Acuña (2025, pp. 159-184).

por la agresión concreta, sino por la existencia de un contexto de riesgo derivado de la ausencia de cuidados adecuados y la incapacidad del entorno familiar para garantizar su protección.

En sede penal, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2021), señaló que la condición de adulto mayor de la víctima, unida al vínculo familiar con el imputado, la situaba en una posición de riesgo inminente, conforme al artículo 7 de la Ley N.º 20.066 (2005), lo que justificaba la adopción de la medida cautelar como mecanismo de prevención anticipada. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Antofagasta (Sentencia Rol 368-2020, 2020) sostuvo que, tratándose de una adulta mayor con dificultades de desplazamiento y alta vulnerabilidad, el ordenamiento jurídico no espera la consumación del daño, sino que activa mecanismos de tutela frente al peligro de deberes impuestos judicialmente.

A su vez, la Corte de Apelaciones de Concepción, en el caso Rol 17.483-2020 (2020), afirmó que la falta de cuidados hacia un adulto mayor en situación de abandono constituye una amenaza a las garantías constitucionales, lo que habilita al tribunal para ordenar medidas de amparo mediante el recurso de protección. Incluso cuando los tribunales han rechazado acciones por abandono, como en la Sentencia F-339-2024 (2024) del Juzgado de Familia de Punta Arenas, la jurisprudencia ha aportado elementos para delimitar la extensión de la omisión al dejar en evidencia que solo la existencia de cuidados efectivos y la coordinación familiar excluye la calificación de abandono; mientras la desatención reiterada, la omisión de asistencia y la insatisfacción de medidas básicas pueden configurar un ilícito civil o un supuesto de violencia intrafamiliar.

De todo lo anterior se desprende que la infracción de los deberes familiares de asistencia, socorro o protección —en el caso de personas mayores dependientes o vulnerables— puede constituir un ilícito civil, pues la omisión puede transformarse en una conducta jurídicamente relevante en virtud de los deberes de cuidado que el derecho asigna a los familiares o cuidadores.

Desde la doctrina, se ha señalado —no sin diferencias— que la omisión adquiere relevancia jurídica solo cuando el sujeto se encuentra en una posición de garante; esto es, cuando la ley, el contrato o la relación de confianza le imponen la obligación de actuar para impedir un resultado dañoso. Barros (2020) precisa que, cuando se trata de omisiones, el derecho civil exige responsabilidad solo en presencia de una razón especial para hacerlo: un mandato legal, una relación obligacional o una vinculación fáctica suficientemente intensa (pp. 136-137). En estos casos, la omisión se transforma en un hecho ilícito por abstención en el que el sujeto responde no por haber causado directamente el daño, sino por haber permitido su ocurrencia al no cumplir su deber de asistencia o ayuda. Esta idea puede precisarse a la luz de la exigencia de cuidado

65

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

desarrollada por Reyes (2015), que explica que la imprudencia—y, con mayor razón, la responsabilidad por omisión— no puede entenderse como un mero déficit psicológico de atención, sino como la infracción de un estándar de cuidado construido a partir de lo que era razonablemente exigible al agente (conocimientos y habilidades) en el contexto concreto (pp. 74-75). La omisión jurídicamente relevante no es cualquier pasividad, sino la falta de adopción de las medidas de precaución que, según ese estándar, eran debidas para evitar el daño. Esta perspectiva permite situar la responsabilidad por omisión en un criterio normativo claro: el sujeto responde porque no actuó conforme a la exigencia de cuidado que su posición frente a la persona mayor le imponía.

Así, el tránsito hacia el deber jurídico en materia de deber de cuidado implica, en términos dogmáticos, una intensificación de la culpa. Ya no basta con que el agente haya actuado de modo imprudente; también incurre en culpa quien, pudiendo actuar, no lo hace, permitiendo que el daño se produzca. Esta extensión de la imputación se justifica por la especial posición de poder o control que el cuidador —sea familiar, profesional o institucional— tiene o ejerce sobre la persona mayor.

La jurisprudencia reciente confirma esta orientación. La Corte de Apelaciones de Concepción, en el caso Rol 15354-2020 (2020), acogió un recurso de protección en favor de un adulto mayor con dependencia, calificando su situación como abandono, pese a la existencia de apoyos parciales del entorno. El tribunal sostuvo que la negligencia en los cuidados básicos, la falta de supervisión médica y la omisión de asistencia en el día-día constituían una vulneración a la integridad física y psíquica, ordenando al Servicio Nacional del Adulto Mayor adoptar medidas urgentes. El daño, en este caso, no derivaba de una acción violenta, sino de la omisión persistente a una necesidad de cuidado que se sabía que existía.

III. LA OMISIÓN EN EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES COMO CONDUCTA IMPUTABLE EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

La doctrina civil clásica ha reconocido que la omisión puede constituir fuente de responsabilidad, aunque de modo excepcional. Barros (2020) sostiene que el artículo 2314 CC comprende tanto la culpa por acción como por omisión (p. 132). De ello se sigue que la negligencia puede consistir tanto en hacer mal como en no hacer cuando era debido. La omisión no constituye, por tanto, una categoría autónoma o externa al concepto de acción, sino una forma particular de infracción del deber de cuidado. No obstante, el mencionado autor advierte que no toda inacción es jurídicamente relevante porque el derecho civil no impone un deber general de obrar por el bien ajeno. Solo cuando existe un

deber específico de actuar, la omisión puede transformarse en fuente de responsabilidad.

Esta distinción entre acción y omisión no es ontológica, sino normativa (Aedo & Munita, 2022, p. 306). Mientras la primera introduce un riesgo nuevo, la segunda se proyecta sobre un riesgo preexistente que el agente estaba en posición de evitar, pero no evitó. En tal sentido, la omisión no constituye una pasividad inocua, sino una decisión jurídicamente relevante de no impedir un daño evitable cuando existía la obligación de hacerlo. De ahí que la omisión solo se reputa ilícita cuando vulnera un deber concreto de actuación, delimitando así la benevolencia, propia del ámbito ético, y los deberes positivos de intervención, que son excepcionales y normativamente definidos.

En este marco general, resulta útil distinguir entre diferentes formas de omisión. Barros (2020) propone una tipología tripartita. Primero, la omisión en la acción, o negligencia en sentido estricto, que consiste en la falta de precaución dentro de una conducta activa, como el médico que, teniendo bajo su cuidado a una persona mayor con movilidad reducida, suspende su vigilancia y provoca una caída. Luego, la omisión propiamente tal, cuando el riesgo es autónomo respecto de la conducta del agente, quien no actúa para evitar un daño pudiendo hacerlo, como el personal de una residencia que observa el deterioro de una residente y omite informar o intervenir. Y, tercero, la culpa infraccional por omisión de un acto ordenado en la ley; por ejemplo, cuando un establecimiento de larga estadía para personas mayores incumple el deber legal de denunciar situaciones de maltrato o abandono del que toma conocimiento en ejercicio de sus funciones (pp. 134-135). En este caso, el daño deriva del incumplimiento de un deber jurídico específico impuesto por la ley cuya omisión priva a la persona mayor de la protección oportuna.

En el ámbito institucional, la omisión se intensifica a partir del Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para personas mayores (Decreto N.º 20, 2022) —o Eleam—, el cual configura deberes positivos de cuidado, vigilancia y asistencia respecto de los residentes. Esta regulación no solo impone obligaciones generales de protección, sino que establece prestaciones concretas —como la asistencia en actividades de la vida diaria, la supervisión permanente, la administración de medicamentos y la implementación de planes individuales de cuidado— cuya omisión puede traducirse directamente en un incumplimiento normativo.

Asimismo, la estructura organizacional del Eleam —con un director técnico responsable, personal especializado y protocolos obligatorios— refuerza la existencia de una posición de garante institucional en virtud de la cual el establecimiento asume un rol activo en la posición de la integridad física y psíquica de las personas mayores. De este modo, el reglamento no solo confirma la relevancia de los

67

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

deberes positivos de actuación en contextos de dependencia, sino que proporciona criterios normativos concretos para calificar determinadas omisiones como conductas negligentes jurídicamente reprochables.

A estas categorías puede añadirse la distinción clásica desarrollada por Alessandri (2005), quien identifica dos modalidades de culpa por omisión que enriquecen la comprensión del fenómeno (p. 144). La primera es la abstención dentro de la acción, que se configura cuando el agente, al ejecutar una actividad, omite adoptar las precauciones necesarias para evitar el daño, de modo que la omisión incide directamente en la conducta activa. Un ejemplo ilustrativo es el de la cuidadora de una residencia que traslada en silla de ruedas a una persona mayor y, al detenerse para responder su teléfono, omite activar los frenos, permitiendo que la silla avance por una pendiente y provoque la caída de la residente. La actividad existe —el traslado—, pero la negligencia se produce dentro de la propia acción por no adoptar las medidas que prudentemente las circunstancias exigían. Este tipo de hipótesis se vincula directamente con los artículos 2314 y 2329 del Código Civil en cuanto el daño deriva del descuido u omisión inserto en un hacer.

La segunda modalidad es la abstención pura y simple, que se presenta cuando el agente, sin ejecutar acto alguno, permanece pasivo frente a un riesgo que debía y podía neutralizar (Alessandri, 2005, p. 146). Así ocurre, por ejemplo, cuando un conserje observa que un adulto mayor ha caído en un pasillo común del edificio y se encuentra visiblemente lesionado, pero no presta auxilio, no llama a emergencia y no activa el protocolo interno, pese a que podía hacerlo sin riesgo alguno y el reglamento del condominio le ordena actuar en estos casos. Aquí se le imputa no actuar en absoluto, vulnerando un deber jurídico de actuación derivado del reglamento. Esta omisión absoluta convierte la pasividad en un ilícito civil cuando, pudiendo y debiendo obrar sin detrimento propio, el agente deja de hacerlo.

A su turno, Corral (2013) desarrolla una construcción convergente y sostiene que para que haya responsabilidad es necesario un acto humano voluntario, lo que en la terminología civil corresponde a un «hecho de la persona», ya sea activo u omisivo (p. 105). La omisión se configura cuando el deber general de cuidado imponía al agente asumir una determinada conducta y este no la realiza, pudiendo hacerlo sin un detrimento significativo para sí. En este punto, Corral incorpora expresamente la figura de la posición de garante, proveniente del derecho penal, para fundamentar el deber jurídico de actuación en el ámbito civil, donde la omisión solo es imputable cuando el sujeto ocupa una posición que lo obliga jurídicamente a actuar en protección de bienes jurídicos especialmente valiosos.

69

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENOCIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

YASNA OTAROLA ESPINOZA Y PAMELA MENDOZA-ALONZO

El autor enumera diversas situaciones que pueden configurar esta posición de garante: el vínculo familiar o jurídico, la asunción voluntaria del cuidado, la injerencia en la creación de un riesgo o el control efectivo sobre una fuente de peligro. Todas ellas tienen en común que el agente dispone de un ámbito de responsabilidad y de una capacidad de actuación suficientes para evitar el daño. Sin embargo, advierte que la extensión excesiva de estos deberes podría poner en riesgo la esfera de libertad individual, por lo que su aplicación debe ser excepcional (p. 106). El derecho puede exigir que cada ciudadano actúe para evitar los males ajenos solo cuando una relación jurídica o social concreta lo coloca en posición de garante.

En tanto, Rosende (2000, p. 279) y Rodríguez (2004, p. 127) formulan una tesis que, sin desconocer la excepcionalidad, adopta una concepción más amplia de la responsabilidad por omisión que la de Corral. Ambos autores sostienen que, en los casos omisivos, para determinar si una persona está obligada a indemnizar los daños producidos por su inacción, deben considerarse dos elementos: la representación del daño, esto es, que el sujeto haya reproducido la posibilidad del perjuicio; y la naturaleza de la actividad que debe realizarse para evitarlo, en el sentido de que, habiéndose representado el daño, se encuentre en condiciones de impedirlo sin riesgo significativo para sí. El fundamento de esta responsabilidad por omisión es, para ellos, una obligación de solidaridad mínima que recae sobre toda persona por el solo hecho de vivir en sociedad.

La propuesta de estos autores no convierte el ordenamiento en un sistema de deberes generales de beneficencia, pero sí ensancha el ámbito de la responsabilidad por omisión respecto de la construcción más restrictiva de Corral. Mientras este último vincula la imputación omisiva a la previa delimitación de una posición de garante reconocible en el sistema (ley, contrato, asunción de cuidado, injerencia), Rosende y Rodríguez aceptan que, cuando el daño es previsible y la conducta exigida consiste solo en adoptar «providencias de mínimo riesgo», la omisión puede ser jurídicamente relevante sobre la base de una solidaridad básica entre las personas. Así, el foco ya no está solo en la existencia de un vínculo jurídico específico, sino también en la combinación de la representación del daño y la posibilidad de evitarlo, lo que se traduce en una concepción algo más amplia de los deberes positivos de actuación.

La imputación omisiva requiere, por tanto, tres elementos concurrentes: la existencia de un deber jurídico de actuación; la posibilidad real y no riesgosa de impedir el daño, según la diligencia exigible en atención a la fragilidad de la persona mayor y las circunstancias del caso; y la infracción de ese deber, ya mediante una abstención absoluta frente a un riesgo evidente, ya mediante una omisión inserta en una actividad en

curso. Cuando estos elementos concurren, la omisión deja de ser mera pasividad y se transforma en un incumplimiento normativo, constitutivo de culpa, porque priva a la persona mayor de la protección que el ordenamiento espera de quienes han asumido o detentan formalmente la responsabilidad de su cuidado. En este sentido, la conducta omisiva es imputable cuando el daño sufrido por la persona mayor no es la consecuencia inevitable de su condición, sino el resultado de que el agente —familiar, cuidador o institución— no desplegó las medidas que el deber jurídico de protección imponía en el contexto específico.

En esta línea, la jurisprudencia ha comenzado a consolidar esta perspectiva, y reconoce de modo cada vez más explícito que la omisión en el cuidado de las personas mayores —ya sea integrada en una omisión en la acción o manifestada como omisión absoluta frente a un deber jurídico específico— puede constituir una conducta imputable que genera responsabilidad civil. Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en el caso Rol 2407-2012 (2013), confirmó la responsabilidad de la dueña de una casa de reposo por incumplir deberes de seguridad respecto de una residente con dependencia severa, cuyo fallecimiento se produjo al caer desde un segundo piso por una ventana sin resguardos adecuados. El fallo es ilustrativo también porque descarta la responsabilidad del servicio de salud por falta de relación causal, reforzando que la omisión adquiere relevancia cuando concurre un deber concreto de actuar atribuible al demandado.

Del mismo modo, en sede de familia, se observan decisiones que han determinado situaciones de abandono respecto de personas mayores dependientes, resaltando que la desatención reiterada de necesidades elementales por parte de hijos, convivientes o cuidadores puede constituir una vulneración importante, aun cuando no exista una relación contractual ni profesional de protección (Corporación de Asistencia Judicial, 2023).

IV. EL DEBER DE ACTUAR Y LA POSICIÓN DE GARANTE

En el derecho civil, la posición de garante constituye —para algunos autores— el fundamento que transforma la omisión en un acto jurídicamente relevante (Corral, 2013, p. 106). Esta tesis, aunque desarrollada originalmente en el ámbito penal (Roxin, 1979, p. 16), ha sido adoptada con matices en el ámbito civil (Rodríguez, 2004, p. 124). Así, Aedo y Munita (2022) han señalado que, en el análisis de la negligencia, es indispensable considerar la «posición de garante que detenta el demandado dentro de la comunidad de riesgos en la cual todos estamos insertos» (p. 287), pues de dicha posición se siguen deberes positivos de actuación cuando el sujeto controla un ámbito de riesgo cuya realización podía evitar. Esta formulación, aunque no utiliza

71

expresamente la terminología penal, reproduce su estructura conceptual aplicada al ámbito civil y permite justificar la imputación de omisiones en casos de dependencia y vulnerabilidad de personas mayores.

En sentido complementario, Rojas (2018) sostiene que la responsabilidad por omisión presupone la existencia de un deber jurídico especial de evitar el daño, derivado de una fuente formal —la ley extrapenal o el contrato—, sin el cual no es posible equiparar la omisión a una acción ni afirmar responsabilidad (pp. 692 y 719). Su análisis enfatiza que la imputación de un resultado no evitado requiere, ante todo, la verificación de este deber formal y específico, y que los criterios materiales de control del riesgo no pueden suplir su ausencia.

Se trata, entonces, de una situación especial en la que una persona tiene la obligación de actuar para evitar un daño, al hallarse jurídicamente comprometida en la protección de un bien o una persona determinada. En el ámbito de las relaciones familiares, este deber de actuación no se agota en construcciones funcionales, sino que encuentra su fundamento normativo en el principio de solidaridad familiar, que estructura las relaciones intergeneracionales en del derecho chileno. Desde esta perspectiva, el cuidado de las personas mayores no constituye únicamente una exigencia moral, sino una manifestación jurídica de esta solidaridad cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad civil.

Esta concepción encuentra respaldo expreso en el artículo 223 CC, que impone a los hijos el deber de cuidar a sus padres en la ancianidad o en situaciones de necesidad, confirmando que, en determinados contextos, el ordenamiento jurídico establece deberes positivos de actuación frente a personas en situación de dependencia (Espada, 2024, p. 453). Sin embargo, a diferencia del derecho penal, que requiere una tipificación expresa, el derecho civil opera sobre principios generales —los deberes de cuidado—, por lo que la posición de garante se determina a partir de la relación concreta entre el agente y el riesgo (Barros, 2020, p. 135).

Mirat y Armendáriz (2011), a propósito del derecho español, distinguen entre las fuentes formales y materiales de esta posición (p. 1002). Las primeras derivan de la ley, que impone deberes especiales de protección; el contrato, que genera deberes positivos de vigilancia y cuidado; y la conducta precedente, que crea un riesgo cuya neutralización recae en quien lo originó (p. 1005), como ocurre cuando un familiar instala un artefacto peligroso o cuando una residencia omite reparar instalaciones inseguras. Esta tripartición ha sido reconocida en Chile, entre otras instancias, por el Tribunal Constitucional (2015) en un fallo que examina la estructura del delito omisivo y distingue expresamente entre deber formal (ley o contrato) y deber derivado de la injerencia; y también por la Corte Suprema en causas penales recientes que han afirmado que la posición de garante puede surgir de un deber

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

institucional de protección (ley), de funciones asumidas (contrato o rol), o de la creación de un riesgo previo (conducta precedente). Así, la Corte Suprema, en el caso Rol 82-2021 (2021), atribuyó responsabilidad por infracción a la «posición institucional de garante»; y, en la causa criminal Rol 23568-2015 (2016), analizó la causalidad hipotética en delitos de omisión impropia.

Ahora bien, la sola existencia de un contrato no basta para fundamentar la posición de garante. Como advierte Mir Puig (2006), las relaciones contractuales pueden ser una fuente de deberes de protección, pero lo decisivo no es el contrato en sí, sino la asunción voluntaria y efectiva de la protección del bien jurídico (p. 323). Quien recibe a una persona bajo su cuidado queda obligado a evitar resultados lesivos no porque exista un vínculo contractual válido, sino porque ha asumido materialmente la vigilancia, custodia o protección de esa persona. La validez del contrato es irrelevante en la lógica de la garantía: incluso si el contrato entre padres y un profesor fuese nulo, este sigue siendo garante de la vida del niño que se le ha confiado. Este enfoque es plenamente trasladable al cuidado de personas mayores, pues la responsabilidad se funda en el traspaso real del control del riesgo y en la confianza depositada por la persona dependiente, más que en la formalidad del vínculo jurídico que regula la relación con la institución.

En este marco, la doctrina penal ha destacado que quien crea o mantiene un riesgo queda obligado a impedir su realización, criterio que resulta útil para comprender la función de la injerencia como fuente de deberes de actuación, ya que entrega elementos útiles para comprender la extensión del deber de actuar (Izquierdo, 2006, pp. 332-342). Ahora bien, esta lectura ha sido matizada por Mañalich (2014), autor que critica las concepciones puramente funcionales de la posición de garante y sostiene que esta debe entenderse como una relación normativa, en virtud de la cual la persona queda jurídicamente obligada a desplegar la acción impositiva exigida por la ley (pp. 242-243). Desde esta perspectiva, la posición de garante no opera como un criterio de imputación objetiva del resultado, sino como presupuesto previo que fundamenta el carácter jurídico de la exigencia de impedir cuya omisión resulta importante. Esta precisión resulta particularmente relevante para evitar una expansión descontrolada de la responsabilidad por omisión mediante criterios exclusivamente funcionales.

Sin embargo, la existencia de una fuente jurídica no basta para configurar por sí sola la posición de garante. La doctrina contemporánea, tanto penal como civil, ha enfatizado que el verdadero fundamento del deber de actuar reside en la relación funcional que la persona mantiene con el riesgo o con la persona protegida. En el contexto de protección de personas mayores, esta idea se proyecta con particular fuerza. El familiar,

73

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

YASNA OTAROLA ESPINOZA Y PAMELA MENDOZA-ALONZO

cuidador o institución que asume la tutela fáctica o jurídica de una persona mayor dependiente ocupa una posición de control sobre su bienestar e integridad. No se trata de imponer un deber universal de ayuda, sino de reconocer un deber situacional, fundado en la confianza y en la interdependencia real. En contextos familiares, estas relaciones no se agotan en los vínculos formales de parentesco, sino que emergen allí donde uno de los miembros asume de hecho el cuidado o la protección del otro.

Así, el hijo que administra los recursos de su madre dependiente o que decide su ingreso a una residencia se convierte en garante dentro de ese ámbito; es decir, su deber de actuación se activa en la medida en que controla o supervisa los factores que inciden en el riesgo. Por el contrario, quien no tiene esa capacidad de control ni ha asumido el cuidado efectivo no ocupa posición de garante, aunque moralmente pueda reprochársele su indiferencia.

De este modo, la posición de garante combina dos dimensiones complementarias: una fuente formal, que reconoce un deber jurídico de actuar; y una fuente material, que establece una relación funcional de control o protección respecto de una persona determinada o del bien jurídico. Solo cuando ambas confluyen, puede afirmarse que la omisión infringe un deber jurídico de actuación y que el resultado no evitado es imputable civilmente. Este criterio misceláneo permite delimitar la responsabilidad por omisión en las relaciones de cuidado, pues no todo vínculo familiar genera un deber jurídico de protección ni toda relación contractual impone un deber absoluto de vigilancia. La garantía se activa cuando existe dependencia efectiva, asunción de cuidado o control del riesgo. Así, el hijo que, habiendo asumido la supervisión del cuidado de su padre enfermo, omite intervenir ante señales de abandono, incurre en una omisión culpable; en cambio, quien no ejerce tal control ni tiene posibilidad real de actuar no puede ser responsable.

La jurisprudencia ha comenzado a incorporar esta visión funcional de la omisión en contextos de protección de personas mayores, especialmente cuando existe una relación de dependencia o un control efectivo del riesgo. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sostuvo en el caso Rol 3322-2018 (2018) que la autoridad sanitaria y el Servicio Nacional del Adulto Mayor detentan un deber jurídico de intervención cuando mantienen el control del riesgo respecto de una persona mayor con deterioro cognitivo severo, pues su inacción amenaza derechos fundamentales. En este fallo, el tribunal calificó la omisión en la adopción de medidas de resguardo como una vulneración del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, y a la protección de la salud, ordenando la hospitalización del adulto mayor y la activación de la red institucional de cuidado.

Estas decisiones permiten afirmar que el sistema chileno ha comenzado a perfilar una comprensión funcional de los deberes de cuidado respecto de personas mayores basada no solo en el vínculo jurídico abstracto, sino en la dependencia efectiva, la asunción de funciones de cuidado y el control real del riesgo. Este enfoque coincide con la doctrina contemporánea, que concibe la posición de garante como el punto de encuentro entre la obligación jurídica de actuar y la capacidad efectiva de evitar el daño.

En definitiva, la posición de garante representa el punto de equilibrio entre la libertad individual y la solidaridad jurídica. Solo quien tiene el deber y la posibilidad de actuar, y a la vez controla el ámbito del riesgo, puede ser considerado responsable por omisión. En las relaciones familiares y de cuidado, esta posición se funda en la realidad relacional y funcional del vínculo, no en el formalismo del parentesco (Aedo, 2018, pp. 383). Así, el silencio de quien debía hablar y la inacción de quien debía cuidar se transforman en conductas ilícitas por omisión porque frustran la expectativa de protección que articula la responsabilidad civil actual en estos casos.

V. LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN: DEL NEXO FÁCTICO A LA IMPUTACIÓN NORMATIVA

A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de acción, donde la relación causal puede verificarse empíricamente, la omisión carece de una causa física observable. Por esto la causalidad omisiva se configura como un juicio normativo que atribuye el resultado a quien incumplió un deber jurídico de actuar. Esta concepción encuentra respaldo en la doctrina chilena. Cárdenas (2006) sostiene que la causalidad posee una estructura bipartita, integrada por una dimensión naturalística y otra normativa, siendo esta última decisiva en los casos de omisión en que no existe un nexo físico observable entre la conducta y el daño debido a que es lo que permite depurar con precisión la imputación del resultado (pp. 168-171). Barros (2020) afirma que la responsabilidad por omisión solo procede cuando el sujeto, teniendo el deber y la posibilidad de actuar, no lo hace y su inacción permite que se produzca el daño (p. 399). No hay aquí una causalidad física, sino una imputación jurídica del resultado.

Corral (2004) complementa esta lectura al introducir el criterio del ámbito de protección de la norma como parámetro para determinar la relevancia causal en la omisión (pp. 78-79). Siguiendo a la dogmática penal y civil actual, el autor explica que no debe imputarse un daño cuya evitación no estaba contemplada por las normas que regulaban la conducta del agente. En sus palabras, uno de los criterios centrales para la imputación es que el resultado dañoso se encuentre dentro del fin de

protección de la norma infringida, excluyéndose como causales aquellos perjuicios que, aunque conectados fácticamente con la conducta, no forman parte de los riesgos que la regla pretendía evitar.

Como precisa Blasco Gascó (2021a) en la doctrina comparada, la omisión posee una estructura causal distinta a la acción: el omitente no interviene en el curso normal de los acontecimientos, de modo que su conducta no integra las causas empíricas del daño (p. 400). La imputación surge, más bien, porque el agente no modificó ese curso causal mediante la acción que estaba obligado a realizar. Por esta razón, para atribuir responsabilidad es necesario acreditar que el demandado podía y debía realizar la conducta que habría evitado el resultado. Sobre esta base, el autor propone el juicio contrafáctico y se pregunta qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido su deber de cuidado. Si el daño se hubiese evitado de haberse actuado, la omisión se convertiría en causa jurídica del daño.

Esta idea es fundamental en los casos de omisión. Allí, la causalidad no depende de reconstruir físicamente un nexo entre inacción y daño, sino de determinar si la norma que imponía actuar buscaba precisamente evitar el riesgo que finalmente se concretó. Esta lógica contrafáctica ha sido igualmente asumida por la jurisprudencia civil. La Corte Suprema, en el caso Rol 4059-2018 (2019), descartó que conducir sin licencia fuese causalmente relevante para reducir la indemnización, pues no constituía una concausa del accidente. Así, el riesgo que la norma de tránsito busca evitar no coincidía con el resultado producido, ya que la causa basal del suceso fue la conducta imprudente de la demandada. Esta idea reproduce el juicio contrafáctico que estructura la causalidad omisiva: el resultado solo es imputable a la inobservancia de un deber jurídico cuando puede afirmarse que, de haberse realizado la acción debida, el daño no se habría producido o se habría evitado.

Por otro lado, la doctrina clásica sobre la causalidad ha debatido históricamente entre la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada. Como señala la literatura especializada, la primera fracasa al aplicarse a los casos de omisión pues equipara todas las condiciones del daño sin distinguir cuáles son jurídicamente relevantes (Blasco Gascó, 2021a, p. 406). Esto se observa con particular claridad en contextos de cuidado de personas mayores. Bajo la lógica de la equivalencia, cualquier antecedente podría considerarse condición necesaria del daño, incluso la mera inacción institucional, sin que exista un criterio jurídico que permita diferenciar entre una omisión relevante (por ejemplo, no suministrar alimentación o hidratación a un residente dependiente) y una abstención que no guarda relación con el riesgo materializado.

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

En este sentido, la teoría de la equivalencia de las condiciones no solo resulta insuficiente, sino que presenta problemas tanto por exceso como por defecto. Por exceso, podría imputarse al establecimiento de larga estadía toda una serie de consecuencias extraordinarias derivadas de un daño inicial. Por ejemplo, si un adulto mayor se cae en su habitación debido a la falta de supervisión, la tesis de la equivalencia permitiría atribuir también como consecuencia directa cualquier evento posterior —como infecciones intrahospitalarias, neumonías asociadas a inmovilidad o complicaciones derivadas de un inadecuado traslado—, aunque estos resultados excedan claramente el riesgo creado por la omisión de vigilancia. Por defecto, la teoría de la equivalencia de las condiciones tampoco permite resolver situaciones frecuentes en establecimientos de larga estadía de adultos mayores o centros de salud donde varias personas —distintas cuidadoras, personal técnico o supervisores— contribuyen por omisión a la creación de un riesgo que finalmente se materializa. Si no es posible identificar individualmente qué trabajador omitió la acción debida, el criterio de equivalencia impediría atribuir responsabilidad, aun existiendo una contribución colectiva al riesgo.

Estas deficiencias explican que la doctrina contemporánea haya debido avanzar hacia teorías selectivas de causalidad. Como observa Blasco Gascó (2021a), las limitaciones del modelo de equivalencia han impulsado la elaboración de criterios más ajustados a la experiencia y a las exigencias del derecho de daños, entre ellas la causalidad adecuada (p. 407). Esta teoría introduce parámetros de adecuación o previsibilidad del riesgo para identificar qué condiciones son jurídicamente relevantes. En contextos de cuidado de personas mayores, este juicio *ex ante* permite evaluar si la conducta omitida —como no asistir a un residente con movilidad reducida, no administrar su medicación o no activar protocolos frente a caídas repetidas— tenía aptitud para evitar el daño finalmente producido.

No obstante, la causalidad adecuada tampoco está exenta de críticas. Su tendencia a la abstracción y su dependencia del juicio de probabilidad *ex ante* generan variaciones según la descripción de los antecedentes o el sujeto evaluador. Como advierte Yzquierdo (2015), la causalidad adecuada requiere una pluralidad de casos para identificar, desde la experiencia, qué resultados son normales, lo cual enfrenta dificultades tales como determinar cuál es la causa más cercana y reconocer que la proximidad temporal no siempre equivale a proximidad lógica (pp. 192-193). Estos problemas aparecen en la práctica geriátrica: la caída de un residente puede ser un factor desencadenante, pero no siempre el último antecedente temporal es el jurídicamente relevante, lo que exige un análisis más profundo del riesgo que debía ser controlado.

77

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENOCIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

YASNA OTAROLA ESPINOZA Y PAMELA MENDOZA-ALONZO

Por otro lado, ni la causalidad adecuada ni la causa próxima resuelven adecuadamente los supuestos en que un tercero —como un cuidador o un profesional de turno— infringe un deber de conducta que habría permitido evitar el daño. Aquí la causalidad depende necesariamente de criterios normativos adicionales, lo que anticipa la relevancia de la imputación. Aravena (2023) destaca que la causalidad adecuada permite evitar tanto la sobreextensión como la subimputación al exigir una evaluación *ex ante* de la idoneidad de la conducta para evitar el daño (pp. 7-8). Este estándar se complementa con los criterios de la imputación, que operan sobre los conceptos de riesgo no permitido, fin de protección de la norma y ámbito de control del agente.

Aedo y Munita (2022) han profundizado en las funciones de la causalidad, mostrando que su rol no es simplemente reconstruir hechos, sino delimitar normativamente los riesgos que se imputan al agente (pp. 298-299 y 308). En los casos de omisión, esta función se vuelve más evidente: la causalidad se configura cuando la acción omitida tenía aptitud para evitar un resultado previsible que, además, se generó dentro del ámbito de control del garante. De este modo, en los supuestos de omisión, la causalidad se determina por la infracción de un deber jurídico de cuidado cuya finalidad era evitar el riesgo que se concretó. La causalidad adecuada permite identificar, desde una evaluación *ex ante*, si la conducta omitida tenía aptitud para impedir el daño; pero es la imputación la que delimita normativamente qué riesgos pueden ser atribuidos al agente, atendido su ámbito de control. En la protección de las personas mayores, esta articulación adquiere relevancia debido a que la omisión se integra causalmente al daño cuando el garante incumple un deber de actuar destinado a neutralizar los riesgos asociados a la dependencia y fragilidad, y el resultado dañoso se produce dentro del ámbito de riesgo que este debía prevenir.

Desde esta perspectiva, la previsibilidad (que el resultado era razonablemente anticipable según el curso normal de los acontecimientos), la evitabilidad (mediante la conducta debida) y el control del riesgo (en cuanto el sujeto o la institución tenía poder de intervención en el ámbito donde el daño se produjo) se configuran como los puntos de conexión entre la conducta omitida y el daño (Mir Puig, 2003, p. 8). Esto permite comprender con mayor profundidad por qué en los supuestos de omisión, la causalidad se construye a partir de la infracción de un deber de actuar orientado a impedir un riesgo y no de una relación empírica en sentido estricto. Autores como Aedo y Munita (2023) han sistematizado esta evolución, señalando que la causalidad en casos de omisión no se agota en determinar si la acción omitida habría impedido el daño, sino en establecer si el resultado se produjo dentro del ámbito de riesgos que se debía controlar y cuya neutralización era razonablemente exigible (p. 336).

Cabe precisar que el recurso a criterios como la previsibilidad, el ámbito de protección de la norma o el control del riesgo no suponen la adopción de una teoría de la imputación objetiva; más bien, responde a la necesidad de introducir parámetros normativos de delimitación de la responsabilidad en los supuestos de omisión. Estos criterios operan, en el sistema chileno, como herramientas de concreción del juicio de culpa y de determinación del alcance del deber de cuidado, sin desplazar su fundamento subjetivo.

En consecuencia, la causalidad omisiva exige trasladar el análisis desde la mera secuencia fáctica hacia un juicio de atribución normativa, pues no basta constatar que el daño ocurrió después de la inacción, sino que se debe establecer que el garante infringió un deber de actuación orientado a evitar el riesgo que se materializó y que dicho riesgo se encontraba bajo su control. Esta reconstrucción permite ordenar dogmáticamente los casos de cuidado de personas mayores, en los que la dependencia y la vulnerabilidad intensifican la previsibilidad del daño y hacen exigibles deberes de prevención y supervisión. Así, cuando concurren la previsibilidad, la evitabilidad y el control del riesgo, la omisión se convierte en una causa del resultado, habilitando la atribución de responsabilidad conforme a parámetros de la causalidad adecuada y a la imputación normativa.

VI. EXPECTATIVA DEFRAUDADA Y SIMETRÍA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

En las relaciones de cuidado, el deber de actuar no se impone solo por norma, sino porque surge de la confianza entre quien necesita asistencia y quien la asume. El cuidado genera una expectativa de protección que no se reduce a los actos materiales, sino a la seguridad moral y jurídica de que la persona mayor vulnerable o dependiente será atendida con diligencia. Esta expectativa de naturaleza relacional tiene una doble fuente: la creencia del sujeto que confía y la asunción voluntaria o contractual del deber por parte del cuidador.

La doctrina ha señalado que estas expectativas no son meras percepciones, sino auténticos intereses jurídicos protegidos que surgen del rol social asumido por el garante. Así se destaca que solo quien ocupa una posición de garante puede defraudar las expectativas derivadas de dicho rol, ya sea por acción u omisión, pues lo relevante es la ruptura del compromiso implícito que sustenta la relación de cuidado (Mirat & Armendáriz, 2011, p. 1008; Sánchez, 2019, p. 39). En este sentido, la expectativa opera como fundamento de la responsabilidad por omisión, especialmente cuando la vulnerabilidad de la persona mayor intensifica el peso de la protección prometida.

79

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENOCIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

YASNA OTAROLA ESPINOZA Y PAMELA MENDOZA-ALONZO

Como se dijo, esta expectativa se activa cuando el agente ocupa una posición de garante, ya sea por derivar de fuentes formales o de fuentes materiales fundadas en la relación funcional entre el sujeto y el bien jurídico (Mirat & Armendáriz, 2011, pp. 998-1008). En este último caso, la posición de garante surge cuando a la familia, el cuidador o la institución le corresponde el control de la fuente de peligro o la protección de quien depende de él. La vinculación, cuando va acompañada de una verdadera relación de dependencia, constituye asimismo un fundamento relevante de esta función de garantía. Lo decisivo es que el garante ocupa un rol social que genera expectativas protegidas, cuya defraudación puede producirse tanto por acción como por omisión, sin modificar la esencia de la obligación incumplida.

A diferencia de los deberes formales de actuar, la expectativa de cuidado constituye un fundamento relacional independiente: no deriva únicamente del mandato jurídico, sino de la confianza depositada en el garante. Esta dimensión relacional del deber de cuidado no puede comprenderse al margen del contexto social en el que se desarrollan estas relaciones. En América Latina, la provisión de cuidados en la vejez ha recaído históricamente en la familia, que actúa como principal y —muchas veces único— soporte frente a situaciones de dependencia, en un escenario de limitada cobertura de los sistemas de protección social (Huenchuan, 2018, pp. 165-166).

En este contexto, la expectativa de protección no es únicamente el resultado de una relación individual de confianza, sino que se inserta en una estructura social que asigna a determinados sujetos —familiares, cuidadores o instituciones— la función de asistencia y resguardo de las personas mayores. De este modo, la expectativa adquiere una dimensión objetiva en la medida en que el ordenamiento reconoce y refuerza estas funciones como deberes jurídicamente relevantes. Este tipo de expectativa es cualitativamente distinta del tráfico social ordinario, pues nace de la vulnerabilidad y dependencia de quien requiere asistencia. Su ausencia transforma la omisión en una infracción relacional, más grave que la sola omisión normativa pues supone traicionar un compromiso de protección que el derecho reconoce y tutela.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad por omisión se configura como un mecanismo de tutela de la confianza. El derecho civil, al sancionar estas conductas protege la dimensión fiduciaria del cuidado: la promesa implícita de no abandonar a las personas mayores dependientes o vulnerables. El reconocimiento de la expectativa de protección como eje del deber de cuidado conduce a una simetría funcional entre la acción y la omisión. Si el bien jurídico lesionado es el mismo y, si el sujeto tenía el deber y la posibilidad de actuar, el derecho no puede diferenciar normativamente entre un daño causado por acción y uno producido

por inacción, sino que ambos constituyen manifestaciones equivalentes al deber de cuidado. Esta simetría no implica desconocer la distinción conceptual entre hacer y no hacer, sino afirmar que, en contextos de vulnerabilidad o dependencia de la persona mayor, la omisión puede cumplir la misma función causal y valorativa que la acción. Por ejemplo, el cuidador que no alimenta, no supervisa o no acompaña a una persona mayor incumple el mismo deber de aquel que la expone activamente a un riesgo. En ambos casos se vulnera el contenido mínimo del deber de cuidado.

Esta equivalencia funcional puede explicarse en sede civil a partir de un juicio de imputación normativa del daño: si el sujeto tenía el deber y la posibilidad de actuar, y el riesgo que se concretó era precisamente aquel que debía evitar, la omisión puede ser valorada jurídicamente de modo equivalente a la acción desde el punto de vista del incumplimiento del deber de cuidado. De ahí que la omisión deja de concebirse como una simple pasividad sin consecuencias y pasa a identificarse como una conducta jurídica capaz de generar responsabilidad civil. La responsabilidad por omisión en el cuidado de las personas mayores se asienta así en la expectativa defraudada y en la equivalencia funcional entre la acción y la omisión, pues la inacción que frustra la promesa de protección se integra como un acto contrario al deber de cuidado. Esta concepción disuelve el límite entre la acción y la omisión, privilegiando un criterio sustantivo de responsabilidad que consiste en responder tanto por lo que se hace como por lo que, pudiendo y debiendo hacerse, se deja de hacer.

Ahora bien, el elemento que permite precisar los límites de esta simetría funcional es el principio de confianza (Blasco Gascó, 2021b, p. 446), tradicionalmente vinculado al riesgo permitido y a la prohibición de regreso. Como explica Díez-Picazo (2011), la vida social y el tráfico jurídico ordinario se estructuran sobre las bases de una confianza razonable en el comportamiento diligente de los demás, pues resultaría inviable exigir a cada sujeto un control permanente de la actuación ajena (p. 369). Esta confianza, cuando está fundada, exonera de responsabilidad a quien actúa confiando legítimamente en que el otro cumplirá sus deberes.

Díez-Picazo (2011) identifica dos modalidades de este principio. En primer lugar, quien crea una situación inicialmente inocua no responde por el daño posterior si puede confiar razonablemente en que quien interviene a continuación actuará conforme a su responsabilidad. En segundo lugar, la confianza puede proyectarse sobre una situación preexistente cuando quien la utiliza puede presumir que ha sido correctamente preparada o asegurada por el tercero a quien correspondía

hacerlo, de modo que, cumpliendo cada cual su propio rol, el daño no resulta imputable (p. 369).

Sin embargo, este principio no opera en las relaciones marcadas por asimetría funcional o vulnerabilidad, como el ámbito sanitario o el cuidado de personas mayores. En el ámbito médico, por ejemplo, la confianza solo opera cuando existe una clara delimitación de roles y posibilidades reales de cooperación. Cuando esta estructura se debilita —por vulnerabilidad o dependencia—, la confianza no exonera, sino que intensifica los deberes del profesional (Contreras, 2019, pp. 35-40).

Lo mismo ocurre en el cuidado de personas mayores. En estos contextos, la posición asumida por familiares, cuidadores o instituciones excluye la posibilidad de confiar en la autoprotección del adulto mayor dependiente o vulnerable, o en la diligencia de terceros indeterminados. El deber de garante consiste precisamente en suplir esa carencia de autonomía, asumiendo el control del riesgo dentro de su propia esfera de control (Peláez, 2016, p. 279). Por esto, la confianza no atenúa la responsabilidad, sino que la focaliza en el garante, dado que la expectativa legítima del ordenamiento se mueve desde la conducta de la víctima o de terceros hacia quien ha asumido el rol de garante.

La omisión, en consecuencia, constituye una defraudación de la expectativa de protección jurídicamente tutelada, lo que explica su autonomía dentro de la responsabilidad civil por omisión. Esta concepción disuelve el límite entre acción y omisión, privilegiando un criterio sustantivo de responsabilidad: responder tanto por lo que se hace como por lo que, pudiendo hacerse, se deja de hacer.

VII. CONCLUSIONES

La omisión puede constituir una fuente de responsabilidad civil cuando el agente se encuentra vinculado con la víctima por una razón especial que justifica la exigencia de un deber positivo de actuar. En el ámbito de la protección de las personas mayores, esta relación surge con intensidad en las relaciones familiares, de convivencia o de carácter institucional, en las que el omitente no es un tercero indiferente, sino una persona llamada a evitar el daño. En estos supuestos, la inacción no es una mera pasividad, sino una conducta que puede integrar el artículo 2314 del Código Civil como hecho ilícito.

El deber de actuar en estos casos no reside únicamente en una norma expresa, sino en la expectativa de protección legítimamente generada en la persona mayor dependiente o vulnerable. Esta expectativa tiene un carácter relacional y fiduciario, pues se construye a partir del vínculo con quien asume el rol de garante. La defraudación de esta expectativa por omisión constituye el elemento que permite calificar la conducta

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

como ilícita, al abandonar una comprensión puramente formal para ir hacia una material o funcional.

El principio de confianza en las relaciones de protección hacia las personas mayores no resulta plenamente aplicable. A diferencia del tráfico social común, en estas relaciones no es razonable confiar en la autoprotección de la persona dependiente ni en la diligencia de terceros indeterminados. La posición de garante que asumen familiares, cuidadores o instituciones excluye dicha confianza y traslada la expectativa hacia el propio omitente, reforzando su responsabilidad por omisión.

En contextos de dependencia o vulnerabilidad, existe una asimetría funcional entre la acción y la omisión desde el punto de vista del deber de cuidado. Si la persona tenía la posibilidad y el deber de actuar, la omisión puede producir el mismo daño que una acción dañosa. Esta equivalencia no desconoce la distinción conceptual entre hacer y no hacer, sino que integra ambas formas de conducta dentro de una misma estructura de imputación, fundada en la creación, el mantenimiento o el no impedimento de un riesgo no permitido dentro del ámbito de control del agente.

El análisis de la jurisprudencia civil, de familia y penal revela una tendencia a reconocer las omisiones en la protección de las personas mayores, especialmente cuando se traducen en abandono emocional, aislamiento o afectan la integridad física o psíquica. Los tribunales han consolidado una comprensión relacional del deber de cuidado en la que el vínculo familiar o de cuidador por convivencia o institucional refuerza la posición de garante y permite imputar responsabilidad por omisión.

El derecho civil contemporáneo puede y debe exigir a familiares y cuidadores una conducta activa hacia las personas mayores que, por su condición de vulnerabilidad o dependencia, no pueden protegerse a sí mismas. Esta exigencia no implica una expansión irreflexiva de la responsabilidad civil, sino una respuesta basada en la expectativa defraudada, la posición de garante y la exclusión del principio de confianza en contextos de protección de personas mayores.

REFERENCIAS

Aedo Barrena, C. (2018). *Culpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Aedo Barrena, C., & Munita Marambio, R. (2022). Funciones de la causalidad en la responsabilidad civil. Un esbozo. *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, XXIII(46), 285-313. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/funciones-de-la-causalidad-en-la-responsabilidad-civil-un-esbozo/>

Aedo Barrera, C., & Munita Marambio, R. (2023). Algunos problemas que plantean las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada en la responsabilidad civil. *Latin American Legal Studies*, 11(1), 297-352. <http://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol11n1a8>

Alessandri Rodríguez, A. (2005). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (3.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Alvarado García, A., & Salazar Maya, A. (2014). Análisis del concepto de envejecimiento. *Gerokomos*, 25(2), 57-62. <https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200002>

Aravena Cuevas, B. (2023). La relación de causalidad en la responsabilidad civil de la equivalencia de las condiciones a la imputación a la imputación objetiva. *Revista Justicia y Derecho*, 6(1) 1-17. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v6i1.2111>

Barros Bourie, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2.ª ed., t. I). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Blasco Gascó, F. (2021a). La relación de causalidad. En M. E. Clemente Meoro y M. E. Cobas (dirs.), *Derecho de Daños* (vol. I, pp. 397-428). Valencia: Tirant lo Blanch.

Blasco Gascó, F. (2021b). La imputación objetiva del daño. En M. E. Clemente Meoro y M. E. Cobas (dirs.), *Derecho de Daños* (vol. I, pp. 429-450). Valencia: Tirant lo Blanch.

Cabezas Cabezas, C., & Acuña Bustos, A. (2025). El maltrato a personas mayores a través del abandono en la legislación penal chilena. *Revista de Derecho. Universidad De Concepción*, 93(257), 159-184. <https://doi.org/10.29393/RD257-6MPCA20006>

Cárdenas, H. (2006). La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris? *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 167-176. <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/72987>

Contreras-Chaimovich, L. (2019). El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos. *Acta Bioethica*, 25(1), 35-43. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000100035>

Corporación de Asistencia Judicial. (2023). *CAJTA obtiene sentencia condenatoria por situación de abandono de adulta mayor*. <https://www.cajta.cl/noticias/2965>

Corral Talciani, H. (2004). La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (2), 71-94. <https://doi.org/10.32995/S0718-80722004396>

Corral Talciani, H. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. (2.ª ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Dabove M. (2008). Derecho y Multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia*, (40), 39-54.

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

Dabove M. (2022). Enfoque complejo de la vejez. su incidencia en los derechos humanos. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (33), 14-37. <https://doi.org/10.36151/TD.2022.049>

Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (6.ª ed.; vol. II). Madrid: Civitas.

Dirección de Estudios Corte Suprema. (2019). *Estudio de jurisprudencia sobre derechos de las personas mayores*. <https://direcciondeestudios.pjud.cl/estudio-de-jurisprudencia-sobre-derechos-de-las-personas-mayores>

Espada Mallorquín, S. (2024). Solidaridad familiar, deber de cuidado del adulto mayor y atribuciones y privaciones sucesorias en el derecho chileno. *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, 78(2278bis), 443-473. <https://doi.org/10.53054/bmj.vi2278-Bis.10499>

Fineman, M. (2019). Vulnerability and Social Justice. *Valparaiso University Law Review*, 53(2), 341-369. <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>

Goldenberg Serrano, J. L. (2017). Una propuesta de reconstrucción del sentido original del estado civil en el Código Civil chileno. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (39), 299-328. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552017000100299>

Herring, J. (2016). *Vulnerable Adults and the Law*. Oxford: Oxford University Press.

Huenchuan, S. (2018). *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Perspectiva regional y de derechos humanos*. Santiago de Chile: Cepal.

Izquierdo Sánchez, C. (2006). Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante. *Revista Chilena de Derecho*, 33(2), 329-343. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000200007>

Lathrop, F. (2009). Protección jurídica de los adultos mayores en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), 77-113. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000100005>

Leiva, A. M., Troncoso-Pantoja, C., Martínez-Sanguinetti, M. A., Nazar, G., Concha-Cisternas, Y., Martorell, M., Ramírez-Alarcón, K., Petermann-Rocha, F., Cigarroa, I., Díaz, X., & Celis-Morales, C. (2020). Personas mayores en Chile: el nuevo desafío social, económico y sanitario del siglo XXI. *Revista Médica de Chile*, 148(6), 799-809. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872020000600799>

Mañalich, J. P. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 21(2), 225- 276. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-1913>

Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (5), 1-19.

Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal. Parte general* (8.ª ed.). Barcelona: Reppertor.

Mirat Hernández, P., & Armendáriz León, C. (2011). La tutela de familia en la parte general del Derecho Penal (Libros II y III del Código Penal de 1995).

En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia* (vol. VI, pp. 997-1067). Cizur Menor: Thomson Reuters.

Morales Zúñiga, H. (2018). El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas. *Revista Ius et Praxis*, 24(1), 361-396. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100361>

Novales Alquézar, A. (2014). *Los deberes personales entre los cónyuges: ayer y hoy*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Opazo González, M., & Otarola Espinoza, Y. (2025). *Derecho de familia: aspectos sustantivos y prácticos para la resolución judicial*. Santiago de Chile: DER.

Peláez Mejía, J. (2016). Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 19(37), 15-35. <https://doi.org/10.18359/prole.1677>

Pérez Gallego, C. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, 2(3), 141-175. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/148>

Pinilla Cárdenas, M. A., Ortiz Álvarez, M. A., & Suárez-Escudero, J. C. (2021). Adulto mayor: envejecimiento, discapacidad, cuidado y centros día. Revisión de tema. *Salud Uninorte (Barranquilla)*, 37(2), 488-505. <https://doi.org/10.14482/sun.37.2.618.971>

Poder Judicial de la República de Chile. (2025). *1° Juzgado Civil de Concepción ordena indemnizar a familias de víctimas de incendio en Elam de Chiguayante*. <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/133608>

Reyes Romero, I. (2015). Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. *Revista Política criminal*, 10(19), 56-91. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100003>

Riveros, C., Rodríguez, P., Palomo, R., Alvear, S., Fernández, M., & Arenas, A. (2017). El maltrato estructural a personas mayores en Chile y la necesidad de formular un índice multidimensional. *Universum (Talca)*, 32(2), 163-176. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-23762017000200163>

Rodríguez Grez, P. (2004). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Rojas Aguirre, L. E. (2021). Regreso a una teoría formal del deber jurídico en el ámbito de la omisión impropia. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 28. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2021-0008>

Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipo abierto y elementos del deber jurídico* (Enrique Bacigalupo, trad.). Madrid: Editorial de Palma.

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

Sánchez, K. (2019). *Análisis de la aplicación del principio de confianza en el caso ADN* [memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/172932/Analisis-de-la-aplicacion-del-principio-de-confianza-en-el.pdf>

Servicio Nacional del Adulto Mayor (Senama) (2005). *Definición y tipificación del maltrato al adulto mayor en Chile*. <https://www.senama.gob.cl/storage/docs/Defi-tipif-maltrato-adulto-mayor-Chile-2005.pdf>

Yzquierdo Tolsada, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*. Madrid: Dykinson.

Zegers, B. (2013). El maltrato a las mujeres adultas mayores. En M. T. Abusleme y M. Caballero (eds.), *Maltrato a las personas mayores en Chile: Haciendo visible lo invisible* (pp. 137-153). Santiago de Chile: Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Código Civil chileno (Ministerio de Justicia [Chile], 14 de diciembre de 1855).

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 15 de junio de 2015).

Decreto N.° 20, que aprueba el reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Personas Mayores (Eleam) (Ministerio de Salud [Chile], 30 de septiembre de 2022).

Ley N.° 19.968, que crea los tribunales de familia (Ministerio de Justicia [Chile], 30 de agosto de 2004).

Ley N.° 20.066, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar (Ministerio de Justicia [Chile], 7 de octubre de 2005).

Ley N.° 20.427, que modifica la Ley N.° 20.066, de violencia intrafamiliar, y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional (Ministerio de Justicia [Chile], 18 de marzo de 2010).

Ley N.° 21.805, que reconoce el derecho al cuidado y crea el Sistema Nacional de Apoyos y Cuidados (Ministerio de Desarrollo Social y Familia [Chile], 16 de febrero de 2026).

Rol 2407-2012 (Tercera Sala de la Corte Suprema [Chile], 4 de junio de 2013).

Rol 5605-2015 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 9 de noviembre de 2015).

Rol 45-2016 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 10 de marzo de 2016).

Rol 45.802-2016 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 24 de noviembre de 2016).

Rol 6-2018 (Corte de Apelaciones de Puerto Montt [Chile], 18 de enero de 2018).

Rol 3322-2018 (Corte de Apelaciones de Antofagasta [Chile], 21 de diciembre de 2018).

Rol 4059-2018 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 27 de agosto de 2019).

Rol 15354-2020 (Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 30 de septiembre de 2020).

Rol 17.483-2020 (Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 18 de noviembre de 2020).

Rol 82-2021 (Tercera Sala de la Corte Suprema [Chile], 5 de agosto de 2021).

Rol 13.759-2025 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 5 de junio de 2025).

Sentencia Rol 23568-2015 (Segunda Sala de la Corte Suprema [Chile], 21 de junio de 2016).

Sentencia Rol 110-2017 (Corte de Apelaciones de Concepción [Chile], 3 de abril de 2017).

Sentencia Rol 2897-15 (Tribunal Constitucional [Chile], 4 de julio de 2017).

Sentencia Rol 368-2020 (Corte de Apelaciones de Antofagasta [Chile], 20 de agosto de 2020).

Sentencia Rol 756-2021 (Corte de Apelaciones de Puerto Montt [Chile], 19 de agosto de 2021).

Sentencia Rol 53.058-2022 (Cuarta Sala de la Corte Suprema [Chile], 13 de julio de 2023).

Sentencia Rol 69.031-2023 (Cuarta Sala de la Corte Suprema [Chile], 19 de octubre de 2023).

Sentencia Rol F-339-2024 (Juzgado de Familia de Punta Arenas [Chile], 1 de agosto de 2024).

Sentencia Rol 250.775-2023 (Cuarta Sala de la Corte Suprema [Chile], 16 septiembre 2024).

Sentencia Rol 30.655-2024 (Cuarta Sala de la Corte Suprema [Chile], 17 de febrero de 2025).

LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR OMISIÓN
DE LOS DEBERES DE
CUIDADO RESPECTO
DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL
DERECHO CHILENO

CIVIL LIABILITY
FOR OMISSIONS
OF DUTIES OF
CARE TOWARD
OLDER PERSONS IN
CHILEAN LAW

Recibido: 29/01/2026
Aprobado: 07/04/2026

La afectación del consentimiento en el delito de agresión sexual: análisis de los casos de intoxicación alcohólica de la víctima

The Impact on Consent in the Crime of Sexual Assault: Analysis of Cases of Alcohol Intoxication of the Victim

MARY YOMALISI BOHORQUEZ GUEVARA*

Estudio Olaechea (Perú)

Resumen: El presente artículo aborda una problemática relativamente reciente: la afectación del consentimiento en el delito de agresión sexual en contextos de consumo de alcohol. En particular, se analizan aquellos casos en los que la víctima, tras haber ingerido bebidas alcohólicas de manera voluntaria y previa, ve comprometida su capacidad para consentir libremente un acto sexual.

El estudio tiene como objetivo determinar si puede considerarse como consentimiento libre, consciente y voluntario en el ámbito de las relaciones sexuales cuando quien lo otorga se encuentra bajo los efectos del alcohol, aun cuando su consumo haya sido voluntario. Asimismo, partiendo de la premisa de que el consentimiento constituye una categoría graduable, se identifican tres tipologías de casos que reflejan distintos niveles de afectación del consentimiento en este contexto.

Finalmente, se sostiene que quien mantiene relaciones sexuales con una persona bajo los efectos del alcohol debe atender a determinados indicadores que permitan advertir si su capacidad de decisión se encuentra afectada a un grado tal que invalide su consentimiento, lo que podría implicar el riesgo de incurrir en responsabilidad penal por el delito de agresión sexual.

Palabras clave: Consentimiento, vulnerabilidad química, alcohol, violación sexual, voluntad anulada.

Abstract: This article addresses a relatively recent problem: the impairment of consent in cases of sexual assault in the context of alcohol consumption. Specifically, it analyzes cases in which the victim, after having voluntarily consumed alcoholic beverages beforehand, experiences a compromised capacity to freely consent to a sexual act.

The study aims to determine whether consent can be considered free, conscious, and voluntary in the context of sexual relations when the person giving it is under the influence of alcohol, even if its consumption was voluntary. Furthermore, based on the premise that consent is a gradable

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú), magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Carlos III de Madrid (España), y postgrado en Compliance por la misma casa de estudios. Especialista en Control y Prevención de la Corrupción por la UCP. Abogada asociada del Estudio Olaechea.

Código ORCID: 0009-0003-1891-9154. Correo electrónico: mbohorquezg@pucp.pe

category, three typologies of cases are identified that reflect different levels of impairment of consent in this context.

Finally, it argues that anyone who engages in sexual relations with a person under the influence of alcohol should be aware of certain indicators that would reveal whether their decision-making capacity is impaired to such a degree as to invalidate their consent, which could imply the risk of incurring criminal liability for the crime of sexual assault.

Keywords: Consent, chemical vulnerability, alcohol, sexual assault, nullified will.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTEXTO NORMATIVO: REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- II.1. DEL CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO.- III. LAS DENOMINADAS «*DRUG-FACILITATED SEXUAL ASSAULT*».- IV. LA AFECTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A RAÍZ DEL CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS.- IV.1. TIPOLOGÍA DE CASOS A PARTIR DE LOS EFECTOS DEL CONSUMO DE ALCOHOL EN EL CONSENTIMIENTO.- VI.1.1. SUPUESTO EN EL QUE LA PERSONA CONSUMIÓ BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y SU CAPACIDAD SE ENCUENTRA ANULADA.- IV.1.2. SUPUESTO EN EL QUE LA PERSONA CONSUMIÓ BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y SU CAPACIDAD NO SE ENCUENTRA AFECTADA.- VI.1.3. SUPUESTO EN EL QUE LA PERSONA CONSUMIÓ BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y SU CAPACIDAD SE ENCUENTRA DISMINUIDA.- IV.2. INDICADORES QUE PERMITEN INFERIR QUE UNA PERSONA SE ENCUENTRA AFECTADA SIGNIFICATIVAMENTE A RAÍZ DEL CONSUMO DE ALCOHOL.- IV.3. ¿ES POSIBLE ALEGAR ERROR?.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la modificación de la tipología de los delitos sexuales en España —introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, del 6 de septiembre de 2022—, el consentimiento se convirtió en el elemento diferenciador entre el ejercicio de la libertad sexual y la comisión de un delito de agresión sexual.

En ese sentido, el objetivo del presente artículo es analizar si puede considerarse que existe consentimiento en aquellos casos en los que una persona, bajo los efectos del alcohol, mantiene relaciones sexuales con otra, o si, por el contrario, tales actos deben calificarse como un delito de agresión sexual. Si bien a primera vista la respuesta podría parecer evidente, no puede desconocerse la complejidad que estos supuestos entrañan, especialmente en el ámbito probatorio.

Por un lado, sostener que en todos los casos en los que una persona ha consumido bebidas alcohólicas existe necesariamente una ausencia de consentimiento y, por tanto, se configura una agresión sexual implicaría limitar la autodeterminación sexual de las personas. Ello supondría

negarles la posibilidad de decidir libremente cómo y en qué condiciones desean ejercer su sexualidad, incluso cuando optan por mantener relaciones sexuales en un estado de desinhibición derivado del consumo de alcohol.

Por otro lado, la falta de regulación de esta situación podría significar una desprotección para las personas y su libertad sexual en la medida en que aquellas quedarían expuestas a que un tercero se aproveche del estado de intoxicación en el que se encuentran para mantener relaciones sexuales sin mediar consentimiento. En consecuencia, el análisis de estos supuestos debe orientarse a la búsqueda de un equilibrio entre el respeto de la autonomía sexual de las personas y la protección efectiva frente a conductas de violencia sexual.

Con esta finalidad, el presente artículo abordará, en primer lugar, el contexto normativo haciendo referencia a la regulación del delito de agresión sexual en el ordenamiento jurídico español. Posteriormente, se analizará el consentimiento en las relaciones sexuales como elemento diferenciador entre el ejercicio de la libertad sexual y la comisión de un delito. Seguidamente, se examinarán las denominadas «*Drug-facilitated sexual assaults*» y la figura de la vulnerabilidad química con el objetivo de explicar de qué manera el consumo de alcohol puede afectar la validez del consentimiento. Finalmente, se propondrán tres tipologías de casos y una serie de indicadores que permitan advertir cuándo la conducta de una persona se encuentra influenciada por un grado de intoxicación tal que compromete gravemente su capacidad de consentir, lo que podría dar lugar a la configuración del delito de agresión sexual.

II. CONTEXTO NORMATIVO: REGULACIÓN DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Los delitos contra la libertad sexual en España han sido objeto de una profunda modificación en los últimos años. Esta reforma estuvo motivada, en gran medida, por los hechos ocurridos en Pamplona (España) en el caso denominado La Manada. Dicho caso se refiere a la agresión sexual sufrida por una joven de 18 años en 2016 por parte de cinco sujetos durante las fiestas de San Fermín, celebradas en la ciudad de Pamplona.

El proceso judicial adquirió una notable dimensión mediática y social a nivel nacional e internacional, no solo por la gravedad de los hechos, sino también por la Sentencia 38/2018 de la Segunda Sección de la Audiencia Provincial de Navarra, del 20 de marzo de 2018, que condenó a los cinco sujetos como autores del delito de abuso sexual y no de agresión sexual, al considerar que no concurrían los medios

91

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

de «violencia» o «intimidación». Posteriormente, esta resolución fue revocada por instancias superiores, que finalmente calificaron los hechos como un delito de agresión sexual. No obstante, el impacto social generado por este caso impulsó el debate político y jurídico que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, el 6 de septiembre de 2022 (Cancio-Meliá, 2022, p. 15; Pardo-Miranda, 2023, p. 4).

Para amplios sectores de la sociedad y de los operadores jurídicos, este suceso puso de manifiesto las limitaciones de la regulación vigente hasta ese momento, la cual exigía la concurrencia de medios comisivos como la violencia o la intimidación para la configuración del delito de agresión sexual. Bajo esta concepción, parecía que una agresión sexual solo podía producirse cuando la víctima oponía resistencia activa frente a los hechos; sin embargo, esta visión no tomaba en consideración situaciones en las que la víctima podía encontrarse en estado de *shock* u otras circunstancias que limitaban su capacidad de reacción (Ramón-Ribas & Faraldo-Cabana, 2020, p. 21).

En ese contexto, se planteó la necesidad de situar el consentimiento en el centro de la regulación de los delitos sexuales, de modo que la ausencia de este, y no la presencia de violencia o intimidación, se convirtiera en el elemento determinante para identificar una agresión sexual (Ramón-Ribas & Faraldo-Cabana, 2020, p. 21). Como resultado de este proceso de debate y reforma se promulgó la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

La Ley Orgánica 10/2022 introdujo diversas modificaciones en la regulación de los delitos contra la libertad sexual; no obstante, a efectos del presente trabajo, interesa destacar dos cambios centrales: en primer lugar, la desaparición de la distinción entre los delitos de abuso y agresión sexual; y, en segundo lugar, la incorporación del consentimiento como el elemento central en el delito de agresión sexual y su definición (Pérez-Machío, 2023, p. 51).

En ese sentido, se incorporó una definición legal del consentimiento con el propósito de establecer con mayor claridad el criterio que permite diferenciar las relaciones sexuales consentidas de aquellas que constituyen una agresión sexual. Asimismo, para un sector de la doctrina, esta reforma supone la adopción de un modelo de consentimiento positivo, razón por la cual esta ley fue denominada la ley del «solo sí es sí» (Díaz y García-Conlledo & Trapero-Barreales, 2023, p. 3).

En la actualidad, los delitos de agresión sexual contra personas mayores de edad se encuentran tipificados en los artículos 178 al 180 del Código Penal español (en adelante, CPE) de 1995, ubicados en el capítulo I

—denominado «De las agresiones sexuales»— del título VIII relativo a los delitos contra la libertad sexual.

El artículo 178 del CPE establece que será sancionado quien realice cualquier acto contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Asimismo, incorpora una definición de consentimiento, señalando que este existirá cuando se «haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Por su parte, el artículo 179 del CPE dispone que será castigado como reo por violación sexual quien cometa una agresión sexual con acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o mediante la introducción de objetos o miembros corporales por las dos primeras vías. Finalmente, el artículo 180 establece una serie de circunstancias agravantes, entre las que se encuentra la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, aspecto que resulta relevante para el análisis que se desarrollará en este trabajo.

Antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, el delito de agresión sexual exigía la concurrencia de medios comisivos como la «violencia» o la «intimidación». En la actualidad, estos elementos han dejado de ser requisitos necesarios para la configuración del delito. De acuerdo con De Lamo Velado (2022), tras la reforma, las agresiones sexuales se estructuran a partir de la verificación de la ausencia de un consentimiento manifestado de manera positiva por la víctima (pp. 69-70).

Desde esta perspectiva, un sector de la doctrina sostiene que los delitos sexuales constituyen ataques a la libertad sexual, mientras que las relaciones sexuales consentidas implican un acuerdo entre las partes. Así, cuando ambas personas consienten mantener un encuentro sexual, no existe delito; mientras que la ausencia de dicho consentimiento determina la existencia de una agresión sexual.

Sin embargo, De Lamo Velado (2022) advierte que esta concepción responde a una lógica cercana a la teoría del contrato, según la cual los individuos, en ejercicio de su libertad, deciden voluntariamente entablar una interacción sexual. No obstante, esta perspectiva presenta ciertas limitaciones, ya que tiende a ignorar las relaciones de poder y las desigualdades estructurales que aún persisten entre varones y mujeres (pp. 72-73). En ese sentido, partir de la premisa de que todos los individuos se encuentran en condiciones plenamente libres e iguales puede resultar problemático si no se consideran las dinámicas sociales y de género que influyen en las relaciones interpersonales.

Por su parte, Cobo Bedía (2024) sostiene que, si bien el paradigma del consentimiento en los delitos sexuales tiene su origen en la teoría del contrato, ello no implica que el consentimiento en el ámbito sexual

93

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

pueda equipararse a un contrato jurídico. A diferencia de este último, el consentimiento sexual constituye un concepto dinámico que puede modificarse, confirmarse o incluso revocarse durante el desarrollo de la interacción sexual. Por esta razón, no puede depender de una única manifestación inicial de voluntad, sino que debe entenderse como un proceso que puede variar a lo largo de la interacción entre las personas (pp. 323-324).

Para Fuertes Iglesias (2025), esta concepción contractualista del consentimiento no resulta adecuada para explicar las interacciones sexuales propiamente. El autor señala que dicha perspectiva deja atrás una concepción tradicional según la cual la mujer era considerada un sujeto pasivo de la relación sexual, pues en la actualidad se parte de la idea de un involucramiento activo de ambas partes en el contacto sexual. Además, sostiene que los elementos propios del consentimiento en materia contractual no pueden trasladarse al ámbito sexual (pp. 11-13). En ese sentido, afirma que el consentimiento no es otra cosa que la «determinación de la autonomía de la voluntad en el ámbito sexual» (p. 12), la cual excluye la tipicidad de la conducta.

Esta opinión es compartida por Boldova Pasamar (2021), quien señala que, para que el consentimiento respecto de un bien jurídico sea válido y excluya la responsabilidad penal, debe existir capacidad natural de juicio para disponer del bien jurídico, así como la disponibilidad del bien jurídico, como ocurre con la libertad sexual (p. 2).

Respecto a lo señalado, consideramos que el consentimiento en el ámbito sexual debe comprenderse como una manifestación libre, informada y dinámica de la voluntad, susceptible a cambiar a lo largo del tiempo, mediante la cual la persona decide si desea o no mantener relaciones sexuales. En ese sentido, resulta necesario prestar atención no solo a expresiones verbales, sino también al contexto, al lenguaje no verbal y, especialmente, a la capacidad efectiva de la persona para tomar decisiones en el momento en que se desarrolla la interacción sexual.

II.1. Del concepto de consentimiento

La Ley Orgánica 10/2022 introdujo una definición de consentimiento conforme a la cual se exige que este debe manifestarse libremente mediante actos que, atendiendo a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. A partir de esta formulación pueden identificarse tres premisas fundamentales: a) el elemento determinante para la configuración de una agresión sexual es la ausencia del consentimiento; b) el consentimiento debe manifestarse mediante actos; y c) dichos actos deben reflejar una voluntad libre, clara y voluntaria por parte de la persona.

En ese sentido, Altuzarra Alonso (2023) sostiene que la citada ley implicó una reestructuración de los delitos sexuales, situando al consentimiento como la piedra angular de los delitos contra la libertad sexual (p. 321). Esta reforma supuso un cambio relevante en la concepción de los delitos de agresión sexual, dado que desplaza el foco a los medios comisivos antes exigidos.

En la misma línea, Ramón Ribas (2023) señala que, al establecerse el consentimiento como elemento esencial del tipo penal de agresión sexual, se abandona la tradicional distinción entre atentados sexuales cometidos mediante violencia o intimidación —los cuales eran considerados de mayor gravedad—, y aquellos realizados sin dichos medios, pero sin consentimiento (p. 367).

Por su parte, Maqueda Abreu (2024) sostiene que el modelo vigente en el ordenamiento jurídico español responde a un modelo de consentimiento afirmativo, según el cual la persona debe manifestar de manera expresa su voluntad de participar en el acto sexual. Desde esta perspectiva, el elemento central radica en determinar si existió o no una manifestación del consentimiento (p. 293).

Ello no implica que con anterioridad el consentimiento no fuera considerado un elemento relevante para la configuración del delito de agresión sexual. Sin embargo, a partir de la modificación legislativa, se prescinde de la diferenciación existente en la regulación previa, conforme a la cual la agresión sexual únicamente se configuraba cuando concurrían violencia o intimidación.

Dicha manifestación puede realizarse mediante palabras, gestos u otros comportamientos que revelen de manera inequívoca la voluntad de participar en el acto sexual. En esta línea, nuevamente Ramón Ribas (2023) sostiene que la voluntad se exterioriza a través de actos cuya interpretación debe realizarse atendiendo a las circunstancias del caso. Estos actos pueden comprender tanto manifestaciones verbales como no verbales. Asimismo, el autor sostiene que, en caso de duda respecto a la existencia de consentimiento, debe entenderse que este no concurre (pp. 383-386.) Esta postura también es compartida por Hörnle (2020), quien considera que el silencio o la mera pasividad no pueden interpretarse como una manifestación válida de consentimiento (p. 203).

No obstante, esta interpretación no es pacífica en la doctrina. Al respecto, Fuertes Iglesias (2025) sostiene que, en el ámbito de las relaciones sexuales, el silencio no necesariamente debe entenderse como una manifestación negativa, teniendo en cuenta las particularidades y la complejidad que caracterizan las interacciones humanas (p. 42). En una línea similar, Ramírez Ortiz (2021) considera que, atendiendo a

95

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

las circunstancias concretas del caso, el silencio podría incluso implicar la existencia de un consentimiento tácito (p. 502).

En relación con la valoración de las circunstancias del caso, Álvarez García (2022) sostiene que deben considerarse tanto las condiciones personales de las partes como las circunstancias concurrentes antes y durante el desarrollo de los hechos. Entre estos factores pueden mencionarse, por ejemplo, el grado de conocimiento previo entre las personas, el lugar donde ocurren los hechos, la edad de los involucrados y el estado de intoxicación, así como la capacidad de reacción de la víctima.

Desde nuestra perspectiva, el silencio no necesariamente puede interpretarse automáticamente como ausencia de consentimiento, ni tampoco puede exigirse que la comunicación del consentimiento adopte una forma rígida o predeterminada. Por el contrario, la manifestación de la voluntad debe analizarse atendiendo al contexto concreto en el que se produce la interacción, así como a las particularidades de la situación y de las personas involucradas.

En ese sentido, el magistrado Del Moral García (2023) sostiene que, para que el consentimiento sea considerado libre y voluntario, la persona debe encontrarse en condiciones de expresar sus deseos y tomar decisiones de manera autónoma. Por ello, cuando se realizan actos sexuales sobre una persona que se encuentra privada de sentido o con su voluntad anulada, no puede afirmarse que existe un consentimiento válido (p. 114).

En una línea similar, el jurista Ragués I Vallès (2023) sostiene que la validez del consentimiento requiere que quien lo presta disponga de información suficiente sobre el acto que está consintiendo y, además, cuente con una capacidad real de oponerse al mismo si así lo desea (p. 96).

En definitiva, la Ley Orgánica 10/2022 exige que el consentimiento se manifieste de manera consciente y con posibilidad real de oposición. En este marco jurídico, resulta especialmente relevante analizar aquellos supuestos en los que dicha capacidad puede verse afectada, como ocurre en situaciones vinculadas al consumo de bebidas alcohólicas, en las que podría configurarse un escenario de vulnerabilidad química.

III. LAS DENOMINADAS «*DRUG-FACILITATED SEXUAL ASSAULT*»

Se denomina «*Drug-Facilitated Sexual Assault*» (DFSA) a aquellas relaciones sexuales no consentidas que se producen cuando la víctima se encuentra inconsciente porque se encuentra bajo los efectos de sustancias psicoactivas como el alcohol, drogas u otras. En estos casos, la

víctima experimenta una pérdida de poder y control sobre su voluntad como consecuencia del consumo de dichas sustancias, situación que es aprovechada por el agresor (Panyella-Carbó & Augustina-Sanllehí, 2019, p. 3).

De acuerdo con Panyella Carbo y Augustina Sanllehí, se distinguen dos tipos de DFSA:

- a *Drug-Facilitated Sexual Assault* premeditado o proactivo: es aquella situación en la cual el agresor le suministra una sustancia psicoactiva a la víctima sin que esta tenga conocimiento de ello para someterla sexualmente sin que esta pueda consentir
- b *Drug-Facilitated Sexual Assault* oportunista: denominada también «vulnerabilidad química», situación en la que el agresor se aprovecha de la víctima, quien previamente se encuentra en estado de inconsciencia producto del consumo de alguna sustancia de manera voluntaria (p. 3).

En ese sentido, nos encontramos frente a la sumisión química cuando se emplean sustancias psicoactivas para anular o modificar la voluntad de una persona con el fin de cometer un delito, aprovechando el estado en el que se encuentra (Augustina-Sanllehí & Panyella-Carbó, 2020, p. 528). Y, por otro lado, se llama «vulnerabilidad química» al aprovechamiento por parte de un sujeto del estado de indefensión en el que se encuentra una persona porque tiene sus capacidades disminuidas a raíz del consumo voluntario de bebidas alcohólicas u otras sustancias, consumo que afecta su capacidad para expresar su oposición (Escudero García-Calderón, 2023, p. 142; Torres-Fernández, 2019, p. 659).

Tanto la sumisión química como la vulnerabilidad química son sancionadas por el CPE. Así, con la reforma por parte de la Ley Orgánica 10/2022, se modificaron las modalidades por las que puede cometerse el delito de agresión sexual cuando la víctima se encuentra bajo los efectos de sustancias químicas que anulan o modifican su voluntad y el sujeto, valiéndose de dicha situación, mantiene relaciones sexuales con ella. En ese sentido, dichas modalidades se encuentran reguladas, por un lado, en el artículo 179 del CPE, el cual señala en su tipo penal agravado de violación sexual que la pena se incrementará si el acceso carnal por cualquiera de las tres vías se dio sobre una persona que, por cualquier causa, tuviera anulada su voluntad. Y, por otro lado, en el numeral 7 del artículo 180 del CPE se estableció como agravante, en los supuestos de agresión y violación sexual, que el agresor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole una sustancia química u otra para anular su voluntad.

97

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

Ramírez Ortiz (2021) refiere que ambas figuras son sancionadas por el CPE porque, para el legislador español, el aprovechamiento por parte del sujeto de una persona que tiene la voluntad anulada resulta violento (p. 510). En la misma línea se encuentra Boldova Pasamar (2025) al sostener que, cuando se coloca a la persona en este estado y, en consecuencia, no se puede resistir al comportamiento del autor, no se presta consentimiento porque este sería forzado e inconsciente, lo que resulta equivalente al uso de violencia (p. 3).

No obstante, si bien ambas conductas son sancionadas, existe una diferenciación penológica entre los supuestos en los cuales el agresor anuló la voluntad de la víctima, dado que consideran más grave que el sujeto haya puesto en dicha situación a la víctima para poder mantener relaciones sexuales con ella; y aquellos en los cuales la persona mantiene relaciones sexuales con otra cuando esta tuviese la voluntad anulada (Augustina-Sanllehí & Panyella-Carbó, 2020, pp. 538-539). Así también lo piensa Pemán Gracia (2025), quien ha referido que la sumisión química implica un incremento del injusto, dado que el autor está creando dicha situación, por lo que no resultaría conforme al principio de proporcionalidad que tengan la misma pena (p. 7).

De esta manera, la modalidad agravada del numeral 7 del artículo 180 del CPE, denominada «sumisión química», no abarca las situaciones en las cuales el sujeto se aprovecha del estado en el que se encuentra la víctima como resultado de la ingesta de sustancias químicas de manera voluntaria; no obstante, estos hechos podrán ser castigados por los artículos 178 o 179 del CPE. Así lo ha señalado la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2023, del 29 de marzo de 2023, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, del 6 de septiembre de 2022.

No obstante, esta diferenciación, a opinión de algunos autores no es del todo acertada, ya que traslada la responsabilidad de los hechos a la víctima al considerar que no merece la misma sanción una persona que ha sido agredida cuando se ha puesto en una situación de vulnerabilidad química que cuando ha sido puesta en una situación de sumisión química. A opinión de Burgos García (2023), esta sobredimensión que tiene la sumisión química se debe a que está más cercana al imaginario que aún persiste sobre el violador y la violación, entendiéndolo como un acto premeditado ajeno, como un sujeto que es un monstruo que pone en esa situación a las víctimas, y que las víctimas son verdaderas porque fueron intoxicadas en contra de su voluntad (pp. 44-45). En nuestra opinión, consideramos que ha sido acertado por parte del legislador español no equiparar las conductas de sumisión y vulnerabilidad química, otorgándoles un tratamiento distinto.

A efectos del presente trabajo, el análisis se centrará en los supuestos de vulnerabilidad química, específicamente en aquellos casos en los que la sustancia consumida es el alcohol. La elección de focalizar el estudio en las bebidas alcohólicas responde a que, según diversos autores, se trata de la sustancia que se encuentra presente con mayor frecuencia en este tipo de situaciones (Burgos-García, 2023, p. 44; Panyella-Carbo & Augustina-Sanllehí, 2019, pp. 4-5).

La literatura especializada ha advertido que la vulnerabilidad química constituye un fenómeno muy frecuente. En ese sentido, Torres Fernández (2019) sostiene que se trata de un problema de salud pública que se da comúnmente en sectores jóvenes (p. 665).

De acuerdo con Escudero García Calderón (2023), los delitos que se cometen con mayor frecuencia bajo estas circunstancias son los delitos contra la libertad sexual, en los cuales se emplean las denominadas «drogas facilitadoras del delito». Estas sustancias presentan una serie de características que permiten que el delito se cometa de manera idónea debido a que se consiguen de manera fácil y permiten una administración discreta; los síntomas que producen se pueden confundir con otros, por lo que su identificación se retrasa; y la víctima, a raíz de estas sustancias, se desorienta espacial y temporalmente. Pueden provocar anulación total o parcial de la voluntad de la otra persona, lo que limita o suprime la capacidad de contraponerse al agresor (pp. 140-141).

En términos similares, Torres Fernández (2019) señala que el consumo de este tipo de sustancias reduce la capacidad de juicio y el nivel de vigilancia de la persona, lo que puede impedir que esta oponga resistencia o incluso provocar que se quede dormida o en un estado de notable disminución de sus capacidades de reacción (pp. 658- 659). En el caso específico del alcohol, se ha señalado que este actúa como depresor del sistema nervioso central, produciendo distintos grados de afectación cognitiva y volitiva en función de la cantidad ingerida (p. 661).

Los efectos del alcohol en el organismo dependen en gran medida de la cantidad consumida, por lo que la prueba de alcoholemia constituye el instrumento utilizado para determinar el grado de afectación que presenta una persona. Sin embargo, no debe perderse de vista que el alcohol es una sustancia ampliamente integrada en prácticas sociales de carácter recreativo, pues suele asociarse con la relajación, la euforia o la facilitación de las interacciones sociales debido a su efecto desinhibidor. Asimismo, se ha advertido que puede presentar propiedades amnésicas, lo que en determinados casos puede generar lagunas de memoria respecto de los acontecimientos ocurridos antes, durante o después de una interacción sexual (Isorna Folgar *et al.*, 2023, p. 87). De este modo, si bien el consumo de alcohol puede incrementar la sensación de confianza

de quien lo ingiere, también puede aumentar su vulnerabilidad frente a conductas sexuales no deseadas.

Este contexto plantea importantes complicaciones desde un punto de vista jurídico. En efecto, cuando se presentan situaciones de agresión sexual en las que la víctima ha ingerido bebidas alcohólicas, con frecuencia ello da lugar a procesos en los que se produce una cierta culpabilización de la víctima, al tiempo que puede contribuir a minimizar o relativizar la responsabilidad del agresor (Burgos-García, 2023, p. 44).

Precisamente en este punto surge una cuestión particularmente problemática que, si bien resulta relevante desde una perspectiva dogmática, no será abordada en el presente trabajo: los supuestos en los que ambas personas se encuentran bajo los efectos del alcohol. En consecuencia, el presente trabajo se centrará en aquellos escenarios en los que el otro sujeto no se encuentra bajo los efectos del alcohol en un grado que afecte sus capacidades cognitivas o volitivas, y mantiene relaciones sexuales con una persona que sí ha consumido alcohol y cuya capacidad para prestar un consentimiento válido podría encontrarse afectada.

IV. LA AFECTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A RAÍZ DEL CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

Un estudio realizado en España en enero de 2022, y publicado en 2024, determinó que el 37.9 % de la población española entre 18 y 35 años había sufrido al menos una vez en su vida una *Drug-facilitated sexual assault* en contextos de ocio o fiesta. Esta cifra incluye diversas aproximaciones sexuales no consentidas, tales como tocamientos, besos, masturbación por terceros, sexo oral, e incluso penetración vaginal o anal. Asimismo, el estudio identificó que el alcohol y el cannabis constituyen las sustancias más utilizadas en este tipo de contextos, tanto por hombres como por mujeres (Prego-Meleiro *et al.*, 2024, p. 158).

Estos datos evidencian que se trata de una problemática recurrente que, lejos de disminuir, ha mostrado un incremento en los últimos años; no obstante, pese al aumento de las cifras, el fenómeno no ha recibido la atención suficiente. En gran medida, ello se debe a que persiste en el imaginario social la idea de que las agresiones sexuales se producen mediante violencia o intimidación, lo que invisibiliza otras formas de vulneración de la libertad sexual que se producen en contextos de intoxicación o alteración de la conciencia. A ello se suma que muchos de estos casos no llegan a ser denunciados, ya sea por la vergüenza que experimenta la víctima o por las dificultades para recordar con claridad lo sucedido debido a los efectos de las sustancias consumidas (Pemán-Gracia, 2025, p. 2).

101

Ahora bien, cuando se analizan las relaciones sexuales mantenidas con una persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol, podría sostenerse a primera vista que se trata de un supuesto de fácil resolución. Para algunos resultaría evidente que dichas relaciones son ilícitas; sin embargo, esta cuestión dista de ser sencilla y presenta diversas complejidades desde el punto de vista jurídico.

En efecto, los supuestos que implican el consumo de sustancias químicas o naturales, como drogas o alcohol, resultan particularmente complejos debido a la dificultad que supone determinar el grado de afectación de la voluntad y de la capacidad de autodeterminación de la persona. En el presente trabajo, el análisis se centrará específicamente en el alcohol como sustancia que puede incidir en la validez del consentimiento.

Desde una perspectiva extrema, sostener que en todos los casos en los que una persona ha consumido bebidas alcohólicas existe ausencia de consentimiento y que, por tanto, se configura necesariamente un delito de agresión sexual implica limitar su autodeterminación sexual al negar la posibilidad de que una persona decida libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y las condiciones bajo las cuales desea llevarlas a cabo.

Por otro lado, la ausencia de una adecuada regulación o interpretación de estos supuestos podría generar un escenario de desprotección frente a conductas que atentan contra la libertad sexual, permitiendo que terceros se aprovechen del estado de intoxicación de una persona para mantener relaciones sexuales sin un consentimiento válido.

En consecuencia, el análisis jurídico debe buscar un equilibrio entre el respeto a la autonomía sexual y la garantía de una protección efectiva frente a la violencia sexual, evitando tanto la negación de la capacidad de decisión de las personas adultas como la impunidad de conductas abusivas.

En términos generales, los delitos sexuales presentan importantes dificultades probatorias, ya que suelen cometerse en ámbitos privados, lo que implica que con frecuencia los elementos de prueba disponibles sean escasos. En muchos casos, la prueba se reduce fundamentalmente a la declaración de la víctima. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido que esta puede tener valor probatorio para enervar la presunción de inocencia, siempre que cumpla con determinados requisitos: persistencia en la incriminación, ausencia de incredibilidad subjetiva y verosimilitud del relato.

Para Hörnle (2020), los supuestos en los que la víctima se encuentra en estado de embriaguez como consecuencia de un consumo voluntario previo plantean mayores dificultades para determinar la ausencia de consentimiento, a diferencia de aquellos casos en los que el autor

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

administra o introduce sustancias a la víctima sin su conocimiento con la finalidad de aprovecharse de su estado (pp. 209-210). Coincidimos con esta apreciación. En aquellos casos en los que el autor coloca a la víctima en un estado de intoxicación para aprovecharse de ella y mantener relaciones sexuales, supuesto denominado «sumisión química», resulta evidente que se vulnera su autodeterminación sexual. En estas situaciones, la víctima no se encuentra en condiciones de manifestar libremente su voluntad respecto a mantener relaciones sexuales, puesto que su capacidad de decisión ha sido anulada mediante la utilización de sustancias.

Ahora bien, el análisis se torna más complejo cuando la persona ha consumido alcohol de manera voluntaria y previa. El alcohol constituye una sustancia de consumo ampliamente extendida y estrechamente vinculada a los contextos de ocio y socialización (Torres-Fernández, 2019, p. 662). En ese sentido, no se puede afirmar de manera automática y poco reflexiva que toda relación sexual mantenida bajo los efectos del alcohol constituye una agresión sexual por ausencia de consentimiento.

En ese sentido, el consentimiento prestado en estado de embriaguez no puede considerarse necesariamente irrelevante a nivel jurídico, dado que una persona mayor de edad puede decidir voluntariamente consumir alcohol o mantener relaciones sexuales. Incluso, el consumo de alcohol puede formar parte de la propia decisión de la persona de reducir inhibiciones en el ámbito sexual (Hörnle, 2015, p. 879).

En la misma línea, Ragués I Vallès (2023), sostiene que el alcohol actúa en la sociedad contemporánea como un desinhibidor social por excelencia, por lo que no puede sostenerse de manera general que existe un delito de violación sexual siempre que dos personas que han ingerido bebidas alcohólicas mantienen relaciones sexuales (p. 96). Del mismo modo, Hörnle (2020) advierte que prohibir todas las relaciones sexuales bajo los efectos del alcohol ignoraría que muchas personas desean y disfrutan mantener relaciones sexuales en contextos en los que han consumido alcohol (pp. 209-210).

Partiendo de esta premisa, y teniendo en cuenta que no todas las relaciones sexuales mantenidas bajo los efectos del alcohol constituyen un delito, resulta necesario determinar en qué supuestos corresponde la intervención del derecho penal. Para ello, es imprescindible analizar si el hecho de que una persona haya ingerido bebidas alcohólicas implica necesariamente que sus capacidades se encuentren disminuidas al punto de anular su voluntad.

En la doctrina se han planteado distintas posiciones al respecto. Un sector minoritario sostiene que el grado de afectación de la voluntad de la persona debe de implicar una pérdida absoluta de las capacidades de

decisión, de modo que la víctima se encuentre en una situación de total incapacidad para consentir, no siendo suficiente una «mera limitación de la voluntad». Frente a esta postura, otros autores sostienen que basta con que exista una limitación relevante de la capacidad de decisión, sin que sea necesaria una incapacidad total (Augustina-Sanllehí & Panyella-Carbó, 2020, p. 538).

Esta última posición ha sido acogida por la jurisprudencia española, especialmente en los casos relacionados con el consumo de alcohol. En ese sentido, se ha señalado que la anulación de la voluntad puede presentarse aun cuando no exista una pérdida absoluta de la conciencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 340/2018, del 2 de octubre de 2018, señaló que la anulación de la voluntad implica que la víctima pierda la capacidad de determinarse de manera autónoma en el ámbito sexual, lo que impide oponerse eficazmente a los deseos del autor.

En términos similares, se ha señalado que no existe una diferencia material para la libertad sexual entre la anulación de la voluntad y la privación de sentido. En ambos casos, lo relevante no es necesariamente la pérdida total de conciencia, sino la inhibición o disminución significativa de las facultades intelectivas y volitivas en un grado suficiente para impedir que la persona comprenda o valore adecuadamente la relevancia de los actos sexuales (Boldova-Pasamar, 2025, pp. 6-7).

De este modo, incluso cuando la persona no se encuentre completamente inconsciente, el consumo de alcohol puede provocar una disminución significativa de su capacidad para comprender lo que ocurre y para oponerse a los actos de carácter sexual (Ragués I Vallès, 2023, p. 96). En tales circunstancias, la víctima puede encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad que justifica la intervención del derecho penal.

En consecuencia, el problema jurídico central consiste en determinar en qué supuestos el consumo de alcohol afecta de manera suficiente la capacidad de consentir de la persona y a partir de qué grado de afectación puede considerarse que el consentimiento es inválido o inexistente.

IV.1. Tipología de casos a partir de los efectos del consumo de alcohol en el consentimiento

A partir del análisis del impacto del consumo de bebidas alcohólicas en la capacidad de consentimiento, es posible identificar distintos escenarios que dependen del grado de afectación de las capacidades cognitivas y volitivas de la persona. Esta clasificación parte de la premisa de que el consentimiento constituye una entidad graduable cuya validez puede verse comprometida en distintos niveles según las circunstancias del caso (Ragués I Vallès, 2023, p. 102).

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

En ese sentido, pueden distinguirse tres supuestos principales: a) cuando la persona ha consumido bebidas alcohólicas y su capacidad se encuentra anulada; b) cuando la persona ha consumido bebidas alcohólicas, pero su capacidad no se encuentra afectada; y c) cuando la persona ha consumido bebidas alcohólicas y su capacidad se encuentra disminuida.

IV.1.1. Supuesto en el que la persona consumió bebidas alcohólicas y su capacidad se encuentra anulada

Este supuesto comprende aquellos casos en los cuales, como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas, la persona pierde la capacidad de comprender lo que ocurre en el marco de una relación sexual debido a que sus capacidades cognitivas y volitivas se encuentran gravemente afectadas. En estas circunstancias, también se ve seriamente comprometida su capacidad para oponerse al acto sexual. La afectación puede alcanzar tal grado que la persona pierda completamente la conciencia o se encuentre en un estado de profunda alteración que le impida formarse una voluntad autónoma. En tales casos resulta evidente que la persona no se encuentra en condiciones de emitir un consentimiento válido.

En este contexto se configuraría una situación de inexistencia absoluta de consentimiento (Ragués I Vallès, 2023, p. 98). En consecuencia, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona en ese estado, se configuraría un delito de agresión sexual.

IV.1.2. Supuesto en el que la persona consumió bebidas alcohólicas y su capacidad no se encuentra afectada

Este escenario resulta el menos problemático desde el punto de vista jurídico. Aunque la persona haya consumido alcohol, dicho consumo no produce una afectación relevante en sus capacidades de comprensión ni de su capacidad de decisión respecto a mantener relaciones sexuales.

En este caso, la persona dispone de información suficiente sobre lo que ocurre y conserva plenamente su capacidad para aceptar o rechazar la interacción sexual. Frente a tales circunstancias, se estaría ante lo que Ragués I Vallès (2023) denomina un «consentimiento perfecto» (p. 98).

Este supuesto vendría a ser el escenario ideal, dado que refleja el ejercicio legítimo de la libertad sexual de una persona que, aun habiendo ingerido bebidas alcohólicas, decide de manera libre y voluntaria mantener relaciones sexuales con otra.

V1.3. Supuesto en el que la persona consumió bebidas alcohólicas y su capacidad se encuentra disminuida

Este supuesto se presenta cuando la persona no ha perdido del todo la conciencia, pero el consumo de alcohol ha reducido parcialmente sus capacidades cognitivas o volitivas. En estas situaciones, la persona puede encontrarse con una comprensión incompleta de los hechos o

con una capacidad disminuida para oponerse a ellos, aunque conserva cierto grado de control y conocimiento sobre lo que ocurre (Ragués I Vallès, 2023, p. 98).

Este escenario presenta una mayor complejidad jurídica, ya que la capacidad de la persona no se encuentra totalmente anulada ni plenamente conservada, situándose en un estado intermedio que puede resultar difícil de delimitar. Por ello, es necesario analizar con mayor detenimiento si la disminución de las capacidades es lo suficientemente grave como para impedir que la persona manifieste un consentimiento libre, claro y voluntario.

Dentro de este supuesto pueden identificarse dos situaciones distintas.

1. *Disminución de la capacidad con posibilidad de emitir consentimiento:* en algunos casos, aunque la capacidad de la persona se encuentre disminuida, ello no implica necesariamente una afectación significativa de su capacidad de decidir si desea o no mantener relaciones sexuales (Ragués I Vallès, 2023, p. 98).

Esta postura es compartida por Green (2023), quien afirma que muchas personas consumen alcohol antes de mantener relaciones sexuales precisamente con la finalidad de «alterar su estado de ánimo y reducir sus inhibiciones» (p. 124).

Desde esta perspectiva, debe reconocerse el derecho de toda persona a ejercer su autonomía sexual, lo que incluye decidir cuándo, cómo y con quién desea mantener relaciones sexuales. En consecuencia, el hecho de que una persona haya consumido alcohol y experimente una leve o moderada disminución de sus capacidades no implica necesariamente la comisión de un delito de agresión sexual, siempre que exista una manifestación de consentimiento a través de actos que expresen su voluntad.

2. *Disminución de la capacidad al punto de impedir el consentimiento:* en este escenario, el sujeto que mantiene relaciones sexuales con la persona en dicho estado podría enfrentarse a una situación jurídicamente relevante. Ello puede ocurrir tanto cuando el autor advierte la disminución significativa de la capacidad de la otra persona, y aun así continúa con el acto sexual, como cuando dicha situación resulta objetivamente evidente.

Debido a la complejidad de estos supuestos, surge la necesidad de determinar si la persona que mantiene relaciones sexuales con alguien bajo los efectos del alcohol debe atender a determinados indicadores que permitan advertir que el consentimiento de la otra parte se encuentra gravemente comprometido. Consideramos que la respuesta es afirmativa. Por ello, en el siguiente apartado

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

se propondrán una serie de indicadores que pueden permitir identificar situaciones en las que el consentimiento prestado carece de relevancia jurídica debido al grado de afectación de las capacidades de la persona.

IV.2. Indicadores que permiten inferir que una persona se encuentra afectada significativamente a raíz del consumo de alcohol

Los indicadores que se proponen en el presente trabajo no implican en modo alguno una inversión de la carga de la prueba hacia la persona investigada o acusada, puesto que esto corresponde siempre a la acusación. Su finalidad es distinta: se busca identificar señales objetivas en el comportamiento de la persona que permitan advertir, por parte de quien pretende iniciar o mantener una relación sexual, una posible disminución en las capacidades cognitivas y volitivas de la otra persona como consecuencia del consumo de alcohol. De este modo, se pretende fomentar una conducta diligente y respetuosa de la autonomía sexual, sin que ello suponga establecer presunciones de culpabilidad ni alterar las reglas de valoración probatoria propias del proceso penal¹.

En este sentido, los indicadores propuestos tienen como finalidad facilitar la identificación de situaciones en las que la persona con la que se pretende mantener relaciones sexuales podría no encontrarse en condiciones de prestar un consentimiento válido. No se trata de criterios rígidos ni de una enumeración cerrada, sino de elementos orientadores que deben ser valorados en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias específicas de la interacción. Entre otros factores, deberá considerarse si las personas se conocían previamente o si se trataba de un primer encuentro, si existía una relación de pareja o de amistad previa, así como el contexto en el que se produjo la interacción.

Lo que se pretende es ofrecer parámetros que permitan valorar si la persona se encontraba bajo los efectos del alcohol en un grado tal que impedía o dificultaba significativamente oponerse a actos sexuales no deseados o expresar libremente su voluntad. En determinados niveles de intoxicación alcohólica, los frenos inhibitorios pueden verse alterados de manera significativa, lo que repercute directamente en la capacidad de la persona para decidir de manera consciente si desea o no participar en un acto sexual.

¹ El tomar en cuenta estos criterios evidencia el respeto hacia la autonomía sexual de las personas. En ese sentido, el Ministerio de Igualdad y la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género (2024) elaboraron un video en el marco de una campaña de sensibilización contra la violencia de género con el objetivo de concientizar a la sociedad española sobre la importancia del consentimiento. En uno de los casos presentados en el video se encuentra una persona bajo los efectos del alcohol y el comportamiento que se debería adoptar en dichas situaciones.

Como lo hemos referido a lo largo del artículo, el consumo de alcohol constituye una práctica extendida en contextos de socialización y ocio, dentro de los cuales pueden surgir encuentros sexuales que responden al deseo y a la libre elección de las personas. En consecuencia, no se sostiene que el consumo de alcohol excluya automáticamente la posibilidad de consentir, pues sostener lo contrario supondría desconocer la autonomía sexual de las personas adultas. Sin embargo, también es una realidad que en determinados contextos algunas personas pueden aprovecharse del estado de intoxicación de otras para mantener relaciones sexuales, aun cuando el comportamiento de estas últimas evidencie que no se encuentran en condiciones de consentir válidamente.

Precisamente por ello, se proponen una serie de indicadores que, si bien corresponden a síntomas comúnmente asociados al consumo de alcohol, pueden revelar que nos encontramos ante una persona cuya capacidad de decisión se encuentra significativamente afectada. Debe enfatizarse que estos indicadores no deben ser valorados de forma aislada, sino juntamente con otros medios probatorios y siempre atendiendo a las particularidades del caso concreto. En efecto, algunos de ellos podrían no ser exigibles en determinadas situaciones, por ejemplo, cuando las personas no se conocen previamente; mientras que en otros contextos sí pudiesen resultar específicamente relevantes, como ocurre cuando existe una relación previa que permite advertir cambios notorios en el comportamiento habitual de la persona.

Para la elaboración de estos indicadores se ha revisado autores que han identificado los síntomas más frecuentes asociados al consumo de alcohol. Cabe precisar que estos efectos pueden variar en función de diversos factores, como la cantidad de alcohol ingerido, la tolerancia individual de cada persona o la eventual combinación con otras sustancias.

En ese sentido, algunos de estos síntomas suelen ser: la amnesia anterógrada, situación que se da cuando la víctima no logra recordar lo sucedido, también conocida como *blackout*; la disminución de la atención; situaciones de sueño profundo; desorientación temporal; desinhibición temporal, situación que puede hacer que la persona colabore con el agresor; náuseas o vómitos producto de la ingesta de alcohol; disminución de respuesta a los estímulos; la pérdida de control de los esfínteres; y el lenguaje incoherente (Isorna-Folgar *et al.*, 2023, pp. 88-89; Torres-Fernández, 2019, p. 661).

La relevancia de estos indicadores radica en que permite advertir, desde una perspectiva externa, que la persona podría encontrarse manifestando síntomas asociados a una intoxicación alcohólica significativa. En tales circunstancias, quien interactúa con ella puede razonablemente percibir

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

que su capacidad para comprender la situación o para expresar libremente su voluntad podría encontrarse afectada.

Desde nuestra perspectiva, el sujeto que pretende mantener una relación sexual debe prestar atención al comportamiento de la otra persona en aras de respetar su autonomía sexual. Ello se justifica porque la dinámica de una relación sexual presupone que ambas personas participan libremente en el acto y que sus deseos sean respetados recíprocamente. Por tanto, la propuesta de estos indicadores no implica prohibir las relaciones sexuales cuando una persona ha consumido alcohol, lo cual evidentemente sería incompatible con el ejercicio de la libertad sexual; sino enfatizar que dicho ejercicio debe producirse en un contexto en el cual la persona pueda comprender lo que está sucediendo y decidir libremente si desea participar en el acto.

Reconocemos que esta propuesta supone un desafío y que, en cierta medida, implica exigir a las personas un mayor grado de atención respecto del comportamiento de su contraparte; sin embargo, consideramos que esta exigencia resulta razonable si se pretende garantizar que las relaciones sexuales se desarrollen en un entorno seguro, en el cual ambas personas se encuentren en condiciones de decidir libremente. De lo contrario, se corre el riesgo de que determinadas conductas queden sin sanción cuando un sujeto se aprovecha del estado de intoxicación de otra persona para mantener relaciones sexuales.

En atención a lo expuesto, se proponen los siguientes indicadores, que pueden evidenciar que una persona que ha consumido bebidas alcohólicas se encuentra en un estado de afectación que le impide prestar un consentimiento válido:

- Somnolencia.
- Vómitos.
- Pérdidas de memoria.
- Incapacidad para sostenerse en pie.
- Dificultades para comunicarse.
- Cantidad de alcohol consumido.
- Dificultades para desvestirse.
- Cambios notorios en la forma de actuar.

Compartimos la opinión de Green (2023), quien sostiene que ciertos indicadores como la somnolencia, los vómitos, la incapacidad para hablar o moverse, y las pérdidas repentinas de memoria, evidencian que la persona ha perdido la capacidad para otorgar consentimiento (p. 135).

En particular, la somnolencia derivada del consumo de alcohol constituye uno de los indicadores más claros de que la capacidad de la persona se encuentra gravemente afectada o incluso anulada, lo que impediría la prestación de un consentimiento válido. Este aspecto ha sido considerado por la jurisprudencia como un indicador de que la persona se encuentra privada del sentido, por lo que no podría consentir mantener una relación sexual. Así se ha manifestado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 195/2009, del 29 de enero de 2009.

De manera similar, la presencia de vómitos puede evidenciar una intoxicación significativa producto de la ingesta de alcohol. Asimismo, si la persona presenta dificultades para comunicarse o para mantenerse en pie, ello podría indicar que su capacidad de decisión se encuentra comprometida.

Por otra parte, las pérdidas de memoria o lagunas mentales, que pueden ser parciales o totales, constituyen señales de un consumo elevado de alcohol y reflejan una afectación importante de la voluntad, en la medida que la persona no puede recordar lo ocurrido durante un determinado periodo de tiempo. Otro indicador relevante es la dificultad para desvestirse por sí misma, lo cual puede reflejar una alteración significativa de sus facultades psicomotrices (Valega-Chipoco, 2024, p. 39). En la Sentencia 855/2024, del 10 de octubre de 2024, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que no existió consentimiento, dado que la víctima no recordaba como salió del lugar de los hechos.

Ahora bien, algunas autoras sostienen que la cantidad de sustancia consumida no suele ser un criterio completamente fiable para determinar el grado de afectación (Hörnle, 2015, p. 879; Valega-Chipoco, 2024, p. 39). Ello se debe a que la respuesta del organismo frente al alcohol varía considerablemente entre las personas. Coincidimos con Hörnle y Valega-Chipoco, y consideramos que la cantidad ingerida puede ser un elemento para tener en cuenta, pero debe valorarse con cautela y siempre en conjunto con otros indicadores.

Por otro lado, Green (2023) sostiene que no debería considerarse como indicador el hecho de que una persona actúe de manera distinta bajo los efectos del alcohol en comparación con su comportamiento habitual en estado de sobriedad (p. 135). No obstante, consideramos que en determinadas circunstancias este elemento sí podría adquirir relevancia, especialmente cuando las personas involucradas se conocen previamente. En tales casos, un cambio notorio en la conducta podría permitir al otro sujeto advertir que la persona se encuentra significativamente afectada por el consumo de alcohol.

En consecuencia, cuando la capacidad de una persona se encuentra disminuida hasta el punto de impedirle emitir un consentimiento válido,

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

la presencia de determinados indicadores puede llevar razonablemente al otro sujeto a advertir que su voluntad se encuentra afectada. Para ello, dichos indicadores resultan relevantes para evaluar si el consentimiento manifestado puede considerarse libre y válido.

En esta línea, coincidimos con Del Moral García (2023), quien sostiene que el consentimiento no puede considerarse libre ni voluntario cuando el estado en el que se encuentra la persona le impide ejercer su capacidad de decidir con plena autonomía si desea mantener relaciones sexuales (p. 114).

También resulta relevante la opinión de Burgos García (2023), excoordinadora del Observatorio Noctámbul@s en la Fundación Salud y Comunidad, quien ha señalado que existe una relación entre los espacios nocturnos y las violencias sexuales. Según la autora, en estas dinámicas los agresores suelen gozar de un cierto margen de impunidad, dado que el consumo de bebidas alcohólicas por parte de las víctimas es frecuentemente interpretado como una asunción de riesgo. Ello conlleva que las víctimas sean socialmente reprochadas o cuestionadas por su conducta; mientras que, desde la perspectiva de los agresores, dicho contexto puede funcionar como una suerte de justificación de sus actos. En ese sentido, sostiene que se trata de un fenómeno real que requiere ser abordado desde una perspectiva de género y mediante políticas públicas en la medida en que se encuentra estrechamente vinculado a desigualdades estructurales (p. 29).

Frente a ello, debemos señalar que, en efecto, con frecuencia en este tipo de casos se tiende a responsabilizar a la víctima por haberse colocado en una situación de riesgo; por ejemplo, al haber consumido alcohol en exceso y perder el control sobre sus actos. Sin embargo, esta lectura desplaza el foco de atención del verdadero problema: la existencia de una persona que se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad y cuyo estado fue aprovechado por otro sujeto para mantener relaciones sexuales.

Por tanto, sostenemos que, en aquellos supuestos en los que la persona se encuentra gravemente afectada o presenta una disminución considerable de su capacidad volitiva debido al consumo de bebidas alcohólicas, el consentimiento eventualmente emitido no puede considerarse libre ni plenamente voluntario.

No obstante, tampoco puede descartarse que en estos escenarios el sujeto alegue que creyó de manera errónea que la víctima había consentido el acto sexual. Por ello, en el siguiente acápite se analizará dicha posibilidad.

IV.3. ¿Es posible alegar error?

Teniendo en cuenta todo lo señalado, no puede dejarse de lado que, en determinados casos, el sujeto puede alegar que creía de manera equivocada que la víctima había consentido el acto sexual. Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, en los supuestos en los que el sujeto mantenía relaciones sexuales con una persona cuya voluntad se encontraba afectada debido al consumo voluntario de bebidas alcohólicas, era frecuente que se alegara la existencia de un error de tipo (Augustina-Sanllehí & Panyella-Carbo, 2020, p. 574). Ello se debía a que el sujeto sostenía que creía que la otra persona había consentido el acto sexual. De este modo, ante la ausencia de uno de los elementos del tipo penal —esto es, la ausencia del consentimiento—, el delito podía calificarse como imprudente; sin embargo, dado que los delitos de agresión sexual no se encontraban tipificados en su modalidad imprudente, dicha conducta resultaba atípica.

En la actualidad, en el CPE tampoco es posible cometer delitos sexuales por impudencia. Esto puede producirse cuando existe un error sobre alguno de los elementos del tipo penal, entre ellos el consentimiento. Dicho error puede ser vencible o invencible. En el primer caso, la conducta podría dar lugar a una sanción por imprudencia si esta modalidad estuviese prevista por la ley. No obstante, al no encontrarse tipificados los delitos sexuales a título imprudente, la conducta resultaría atípica (Puente-Rodríguez, 2023, p. 3).

A juicio de Castellví Monserrat (2025), esta situación experimentó un cambio con la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022. Ello se debe a que el artículo 178.1 del CPE no solo exige la ausencia de consentimiento para la configuración del delito; sino que además establece que, para considerar que existe consentimiento, este debe haberse manifestado mediante actos que, atendiendo a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. En ese sentido, si el sujeto cree erróneamente que existía consentimiento, pero es consciente de que no existe una manifestación clara del mismo, su actuación deberá considerarse dolosa y no imprudente. Asimismo, el autor señala que con la nueva regulación del delito de agresión sexual en el artículo 178.1 del CPE, muchos de los supuestos que anteriormente eran considerados atípicos, al entenderse que se trataba de delitos imprudentes, podrían ahora ser sancionados como delitos de agresión sexual dolosa (p. 499).

Esta posición es compartida por Puente Rodríguez (2023), quien sostiene que, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, ya no basta con que el sujeto alegue que creía que existía consentimiento. Mientras que anteriormente la agresión sexual se configuraba cuando el sujeto conocía la ausencia de consentimiento, actualmente se exige que

111

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

el consentimiento haya sido manifestado de forma clara, atendiendo a las circunstancias del caso. En consecuencia, no resulta suficiente sostener que se creyó que existía consentimiento, sino que este debe haberse exteriorizado de manera clara (p. 26).

Frente a esta postura, Ramos Vásquez (2023) discrepa ampliamente, pues considera que la nueva regulación, al resultar más exigente, podría ampliar el margen de aplicación del error. Ello se debe a que ahora se requieren actos claros de manifestación del consentimiento, lo que podría generar mayores espacios para alegaciones de error por parte del autor, quien podría sostener que creyó erróneamente que la otra persona consintió (pp. 250-251).

Por su parte, Fuertes Iglesias (2025) sostiene que los elementos esenciales en el ámbito del consentimiento son la identidad de las personas intervinientes y la naturaleza sexual del acto. Este último elemento hace referencia a la comprensión del sujeto que consiente respecto del carácter sexual de la acción, lo cual le permite diferenciar un contexto sexual de una interacción de otra naturaleza. En ese sentido, considera que, si se ve afectada la conciencia sobre la disposición del bien jurídico —la libertad sexual—, se configuraría el delito de agresión sexual. En cambio, otros factores que pueden concurrir en el ámbito decisorio de las relaciones sexuales, como determinadas circunstancias o cualidades personales ajenas a la identidad de los intervinientes, deben considerarse periféricos (p. 25).

Coincidimos con lo señalado por el autor en cuanto a que, si la persona se encuentra en una situación que le impide disponer libremente de su libertad sexual, nos encontraríamos ante la ausencia de comprensión del acto que consiente por parte del sujeto pasivo. En tales supuestos, se vería afectado un elemento central del consentimiento, lo que conduciría a la configuración del delito de agresión sexual.

En ese contexto, el debate se centra en determinar si la alegación relativa a la existencia del consentimiento puede constituir un error sobre un elemento del tipo penal de agresión sexual. En este punto, los indicadores previamente propuestos adquieren especial relevancia, ya que permiten evaluar si resulta razonable alegar la existencia de un error. En efecto, si el comportamiento de la víctima evidenciaba que esta no se encontraba en condiciones de oponerse a los hechos ni de prestar un consentimiento válido, por ejemplo, debido a una afectación significativa de sus capacidades cognitivas o volitivas, difícilmente podría sostenerse que el sujeto actuó bajo un error. En tales casos, la presencia de los indicadores previamente señalados permitiría advertir que la persona no se encontraba en condiciones de prestar un consentimiento válido. Por eso, si pese a ello el sujeto decide mantener relaciones sexuales, su conducta deberá calificarse como agresión sexual.

Distinta sería la situación cuando el sujeto cree de manera equivocada que la víctima no presenta dichos indicadores o no exterioriza señales que permitan advertir una afectación relevante de su capacidad para consentir. En tales casos, podría sostenerse la existencia de un error de tipo en la medida en que, desde la perspectiva del sujeto, el comportamiento de la víctima no evidenciaba la ausencia de consentimiento.

En esta línea, el artículo 178.1 del CPE exige al sujeto un mayor grado de certeza respecto a la existencia del consentimiento cuando realiza un acto sexual en otros ámbitos de interacción social. Ello se explica por la especial trascendencia que reviste la libertad sexual. Igualmente, esta exigencia responde a que aún persisten determinados rasgos de género que dificultan la comunicación en el ámbito sexual. Castellví Monserrat (2025) señala que existen diversos estudios que muestran que entre varones y mujeres pueden producirse distorsiones en la percepción de la disponibilidad sexual, siendo frecuente que algunos varones interpreten determinados comportamientos femeninos como señales de consentimiento (p. 502).

Respecto de estos rasgos de género, resulta relevante lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo 852/2021, del 19 de mayo de 2021, en la cual se sostuvo que el «enfoque de género constituye un principio rector del ordenamiento jurídico de carácter normativo y, por ello, es de obligado cumplimiento». En dicha resolución se establece que el Estado debe incorporar el enfoque de género en la interpretación y aplicación de los delitos contra la libertad sexual, de conformidad con el Convenio de Estambul (2011). Asimismo, se señala que este enfoque debe ser considerado tanto en la interpretación del derecho como en la valoración de la prueba, en tanto se vincula con los principios de igualdad y dignidad. Consecuentemente, no pueden considerarse válidos aquellos argumentos que se apoyen en estereotipos de género, especialmente en contextos de vulnerabilidad química, para minimizar o excluir la responsabilidad del agresor, atribuyendo a la víctima la responsabilidad por los hechos ocurridos.

En ese sentido, si bien podría sostenerse que cuando un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona que ha consumido alcohol y cuya voluntad se encuentra mermada, no siempre puede descartarse la posibilidad de un error, lo cierto es que a partir de la regulación contenida en el artículo 178.1 del CPE, la posibilidad de alegar un error basado únicamente en la creencia de que la víctima consintió se ha reducido considerablemente. En rigor, solo podría alegarse error cuando el sujeto cree de manera equivocada que la víctima no se encontraba en un estado de afectación de sus facultades cognitivas o volitivas, y dicha situación no se encontraba exteriorizada (Castellví-Monserrat,

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

2025, p. 507). Por ello, consideramos que la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022 no elimina por completo la posibilidad de que exista un error de tipo, pero sí reducen significativamente los supuestos en los que este podría ser alegado.

En efecto, si el sujeto creyó que la víctima no se encontraba en un estado de afectación que anulara o disminuyera significativamente su voluntad, y que el consentimiento había sido manifestado de manera clara, la conducta podría ser interpretada como imprudente y, en consecuencia, resultaría atípica, dado que el delito de agresión sexual no se sanciona en su modalidad imprudente.

A pesar de ello, en los supuestos de vulnerabilidad química en los que el sujeto conoce y se aprovecha del estado en el que se encuentra la víctima, quien carece de la capacidad para manifestar consentimiento libre, claro y voluntario, se configurará el delito de agresión sexual. En estos casos no resultaría posible alegar la concurrencia de un error de tipo, dado que la ausencia de consentimiento resulta evidente.

V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo señalado en el presente artículo, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- Los supuestos en los que una persona ha consumido alcohol y mantiene relaciones sexuales resultan especialmente complejos, ya que la exteriorización del consentimiento y el desarrollo de la interacción sexual suelen presentar mayores dificultades que en aquellos casos en los cuales no existe consumo de sustancias. No se trata de penalizar todas las relaciones sexuales que se producen en contextos de consumo de alcohol, sino de sancionar aquellas conductas en las que se vulnera sin consentimiento la autonomía sexual de una persona.
- Sostenemos que una persona cuya voluntad se encuentra mermada como consecuencia del consumo voluntario de alcohol difícilmente podría manifestar un consentimiento expreso que pueda considerarse libre y voluntario.
- Los indicadores propuestos permiten advertir cuándo el comportamiento de una persona que ha consumido bebidas alcohólicas de manera previa y voluntaria se encuentra afectado hasta el punto de impedirle prestar un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales.
- Se han identificado tres tipologías de casos que permiten valorar el grado de afectación de la capacidad de la persona: a) cuando se encuentra plenamente consciente, b) cuando presenta una

capacidad parcialmente alterada y c) cuando su consentimiento se encuentra gravemente comprometido. En este último supuesto, quien mantenga relaciones sexuales con dichas personas podría incurrir en el delito de agresión sexual.

- Bajo la nueva regulación del delito de agresión sexual, la posibilidad de alegar error de tipo se reduce en los supuestos de vulnerabilidad química. Ello se debe a que el consentimiento manifestado por una persona en dicho estado difícilmente puede considerarse libre y voluntario. En consecuencia, nos encontraríamos ante un supuesto de ausencia de consentimiento, lo que podría dar lugar a la configuración del delito de agresión sexual.
- El consentimiento, como elemento central del tipo penal de agresión sexual, plantea importantes desafíos en el ámbito probatorio. Por ello, consideramos fundamental que pueda desarrollarse de una manera adecuada la prueba del consentimiento. En ese sentido, resulta conveniente establecer ciertos criterios que permitan acreditar su ausencia, evitando tanto situaciones de impunidad como la afectación de las garantías fundamentales propias del proceso penal.

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

REFERENCIAS

Altuzarra Alonso, I. (2023). El consentimiento sexual en el Código Penal Español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual. *Oñati Socio-Legal Series*, 13(S1), 318-346. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1799>

Álvarez García, F. (2022, 10 de febrero). La libertad sexual en peligro. *Diario La Ley*, (10007).

Augustina-Sanllehí, J. R., & Panyella-Carbó, M. (2020). Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas. *Polít. Crim.*, 15(30), 526-581. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992020000200526>

Boldova Pasamar, M. Á. (2021). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: reglas y excepción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23(16), 1-41.

Boldova Pasamar, M. Á. (2025). Violencia física versus sumisión química en los delitos de agresión sexual. *Diario La Ley*, (10641).

Burgos García, A. (2023). Violencias sexuales en contextos de ocio nocturno en España: Informe Noctámbul@s. En J. R. Augustina-Sanllehí (dir.), *Sumisión química y uso de sustancias psicoactivas en las agresiones sexuales. Prevención, detección e intervención de un problema multidisciplinar* (pp. 39-46). Barcelona: Atelier.

Cancio Meliá, M. (2022). Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual. En *Actas del III Congreso Internacional de la FICP* (pp. 1-16). Alcalá de Henares.

Castellví Monserrat, C. (2025). ¿Actos que expresan de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 77(1), 381-518. <https://doi.org/10.53054/adpcp.v77i1.10613>

Cobo Bedía, R. (2024). El consentimiento y sus sombras patriarcales. *IgualdadES*, (10), 319-335. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.11>

Del Moral García, A. (2023). Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales. En J. R. Augustina-Sanllehí (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí» Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* (pp. 107-120). Barcelona: Atelier.

De Lamo Velado, I. (2022). Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual. *Filanderas, Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, (7), 67-81. https://doi.org/10.26754/ojs_filanderas/fil.202278573

Díaz y García-Conlledo, M., & Trapero Barreales, M. A. (2023). La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 1-51.

Escudero García-Calderón, B. (2023). La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la Ley del solo sí es sí. En M. Rodríguez Ramos (coord.), *La perspectiva de Género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica* (pp. 137-168). Galicia: Colex. <https://doi.org/10.69592/978-84-1359-899-4-cap5>

El Publicista. (2025). *ConSENTIDO*. <https://www.youtube.com/watch?v=RxGEm4SIC0c>.

Fuertes Iglesias, C. (2025). Elementos centrales y periféricos del consentimiento: Reflexiones entorno a la autodeterminación sexual y sus límites. *Revista General de Derecho Penal*, (43), 1-63.

Green, S. (2023). La antijuricidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol. En J. R. Augustina-Sanllehí (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí» Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* (pp. 123-135). Barcelona: Atelier.

Hörnle, T. (2015). Autodeterminación sexual: significado, requisitos y exigencias de la política penal. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 851-887. <https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1515/zstw-2015-0040/html>

Hörnle, T. (2020). Violación como relaciones sexuales no consentidas. *EnLetra: Derecho Penal*, VI(10), 197-217. https://pure.mpg.de/rest/items/item_3259888_3/component/file_3259890/content

Isorna Folgar, M., Bermejo Barrera, A. M., & Ben Amar, M. (2023). Drogas facilitadoras del asalto sexual mediante sumisión y vulnerabilidad química. En J. R. Augustina-Sanllehi (dir.), *Sumisión química y uso de sustancias psicoactivas en las agresiones sexuales. Prevención, detección e intervención de un problema multidisciplinar* (pp. 79-94). Barcelona: Atelier.

Maqueda Abreu, M. (2024). Feminismo y Derecho: Las caras oscuras del consentimiento sexual de las mujeres. *IgualdadEs*, (10), 289-317.

Ministerio de Igualdad, & la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (2024). 'ConSENTIDO', de Ogilvy para Ministerio de Igualdad [video de YouTube]. <https://www.youtube.com/watch?v=RxGEm4SIC0c>

Panyella-Carbó, M., & Augustina-Sanllehi, J. R. (2019). Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias. *Revista Española De Investigación Criminológica*, 17, 1-23. <https://doi.org/10.46381/reic.v17i0.247>

Pardo Miranda, M. (2023). El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, (11), 1-18. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/29145/26251>

Pemán Gracia, N. M. (2025). Sumisión química y delitos contra la libertad sexual. Evolución y actuales deficiencias legislativas. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (173), 1-27.

Pérez Machío, A. (2023). Política criminal y delitos sexuales: hacia un enfoque que supere el feminismo punitivo. *Cuadernos de Política Criminal*, (140), 39-62.

Prego-Meleiro, P., Recalde-Esnoz, I., Sordo, L., Del Castillo, H., García-Ruiz, C., Montalvo, G., & López-Cuadrado, T. (2024). Drug-facilitated sexual assault in youth nightlife contexts in Spain. *Public Health*, 233, 157-163. <https://doi.org/10.1016/j.puhe.2024.05.022>

Puente Rodríguez, L. (2023). Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 1-43. <http://criminnet.ugr.es/recpc/25/recpc25-25.pdf>

Ragués I Vallès, R. (2023). El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022. En J. R. Augustina-Sanllehi (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí» Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* (pp. 95-105). Barcelona: Atelier.

Ramírez Ortiz, J. L. (2021). ¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integral». *IgualdadES*, (5), 487-517. <https://doi.org/10.18042/cepc/igdes.5.07>

Ramón Ribas, E. (2023). Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales. En M. Rodríguez Ramos (coord.), *La perspectiva de Género en la Ley del «solo sí es sí»*. Claves de la polémica (pp. 359-405). Galicia: Colex. <https://doi.org/10.69592/978-84-1359-899-4-cap5>

LA AFECTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO
DE AGRESIÓN
SEXUAL: ANÁLISIS
DE LOS CASOS DE
INTOXICACIÓN
ALCOHÓLICA DE LA
VÍCTIMA

THE IMPACT ON
CONSENT IN
THE CRIME OF
SEXUAL ASSAULT:
ANALYSIS OF CASES
OF ALCOHOL
INTOXICATION OF
THE VICTIM

Ramón Ribas, E., & Faraldo Cabana, P. (2020). «Solo sí es sí» pero de verdad. Una réplica a Gimbernát. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 21-42. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6878>

Ramos Vásquez, J. A. (2023). Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada Ley de «solo sí es sí». *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, (34), 231-255. <https://doi.org/10.36151/TD.2023.073>

Torres Fernández, M. E. (2019) Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad? La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIX, 655-707. <https://doi.org/10.15304/epc.39.6274>

Valega Chipoco, C. (2024). ¿Cómo entender el elemento del libre consentimiento en el delito de violación sexual? Lineamientos jurídicos para interpretar el artículo 170 del Código Penal. *Estudios sobre género y derecho* (pp. 17-66). Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Circular 1/2023, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal en relación con la Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual (Fiscalía General del Estado [España], 29 de marzo de 2023).

Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal de España (Jefatura del Estado [España], 23 de noviembre de 1995). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (Jefatura del Estado [España], 6 de septiembre de 2022). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

Sentencia 195/2009 (Tribunal Supremo [España], 29 de enero de 2009).

Sentencia 38/2018 (Segunda Sección de la Audiencia Provincial de Navarra [España], 20 de marzo de 2018).

Sentencia 340/2018 (Audiencia Provincial de Burgos [España], 2 de octubre de 2018).

Sentencia 852/2021 (Tribunal Supremo [España], 19 de mayo de 2021).

Sentencia 855/2024 (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo [España], 10 de octubre de 2024).

Recibido: 31/10/2025

Aprobado: 13/04/2026

Derecho al olvido y libertad de información en Chile: una cuestión de principios^{*}

Right to Be Forgotten and Freedom of Information in Chile: A Matter of Principles

LEONARDO ORTIZ MESÍAS^{**}

Universidad Diego Portales (Chile)

Resumen: Este artículo analiza el contenido del derecho al olvido digital desde una perspectiva general de derechos fundamentales, advirtiendo problemas de traducción que surgen al intentar trasplantar esta figura en Chile. Para ello, desde la teoría de los derechos fundamentales, se examinan los elementos que la literatura y la jurisprudencia chilena han esbozado para caracterizar este derecho, concibiendo a los derechos en clave de principios, que estos pueden estar sujetos a límites y que, frente a una colisión de derechos, deben ser ponderados. Asimismo, se identifican algunos criterios para ponderar las medidas de olvido con la libertad de información en internet y se proponen conclusiones para la implementación de la nueva ley sobre protección de datos personales en Chile.

Palabras clave: Derecho al olvido digital, libertad de información, derechos fundamentales, interés público, ponderación.

Abstract: This paper analyzes the content of the right to be forgotten from a constitutional perspective, noting that there are translation problems when attempting to transplant this figure into the Chilean legal system. This is done by examining its elements through the lens of constitutional rights theory. In this sense, constitutional rights are principles, they may be subject to limitations and can compete with each other. This paper identifies some criteria to balance the right to be forgotten with the freedom of information on the internet and draws conclusions relevant to the implementation of the new data protection law in Chile.

Keywords: The right to be forgotten, freedom of information, constitutional rights, public interest, balancing process.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN CHILE: PROBLEMAS DE TRADUCCIÓN.- II.1. DERECHO DE SUPRESIÓN: ¿CTRL + ALT + SUPR?.- II.2. ¿DERECHO DE SUPRESIÓN/DERECHO A LA PRIVACIDAD?.- III. EL (INEXISTENTE) DERECHO AL OLVIDO DIGITAL: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS.- IV. ¿QUÉ HAY DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN?.- IV.1. LA VERACIDAD DE

* Agradezco los comentarios formulados a una versión preliminar de este trabajo en los Coloquios de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, del 9 de abril de 2025.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales. Abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Alberto Hurtado (Chile), y magíster en Derecho Constitucional (LL.M.) por la Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile).

Código ORCID: 0000-0003-3753-4519. Correo electrónico: leonardo.ortiz@mail.udp.cl

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho al olvido digital en Chile suele estar caracterizado por un tratamiento aislado o fragmentado —y, a ratos, desordenado— por parte de la dogmática y la jurisprudencia respecto a sus fundamentos y elementos, sus presupuestos de procedencia, así como los criterios de ponderación que pueden ser tenidos en cuenta frente a una colisión con otros derechos, como sucede con la libertad de información. Debe reconocerse que, a causa de su «romantización», tampoco es fácil lograr un consenso en torno a su configuración dogmática (Deziel, 2020). Quizás el único consenso sobre esta figura en Chile es que se trataría de un asunto sobre derechos fundamentales. No se trata de un asunto discutido, por cierto, sino asumido por quienes han abordado los dilemas constitucionales asociados a este derecho con motivo de su (posible) colisión con las libertades de expresión e información (Anguita, 2016; Leturia, 2016; Pica, 2016, 2019; Reusser, 2021; Zárate, 2013).

Frente al escenario descrito, este trabajo se enmarca en un esfuerzo doctrinario por contribuir con mayor claridad al debate sobre la recepción y la delimitación del contenido iusfundamental del derecho al olvido digital en Chile. Por tal razón, en este estudio se adoptará una concepción amplia del derecho al olvido digital que permita reflejar el estado de la cuestión por parte de la dogmática y la jurisprudencia en Chile. Así, se entenderá el derecho al olvido digital no como un «derecho a algo» (Alexy, 2017, pp. 163 y ss.), sino como una medida extrajudicial, judicial o administrativa, fundada en la eliminación, ocultación o actualización de información que circula en internet sobre una persona y que, pasado cierto tiempo y según las características del caso concreto, afecta derechos fundamentales del titular, como el derecho de protección de datos personales o los derechos a la privacidad o a la honra. Se trata de una decisión dogmática que se justifica en dos razones. Primero, porque los fundamentos del ejercicio de esta figura, tanto en Chile como en el derecho comparado, no necesariamente tienen que ver con el derecho de protección de datos personales, sino también con otros derechos, como la protección de la honra, la privacidad o la reinserción social de las personas (Zanfır, 2015, p. 246). Segundo, porque la cancelación de contenido es una decisión binaria que produce consecuencias desproporcionadas desde la perspectiva iusfundamental hacia una genuina ponderación de los derechos en colisión (Calderón, 2024, pp. 126-128; Ortiz & Viollier, 2021, pp. 91 y 102).

Precisamente por los elementos más controvertidos de esta figura es que el esfuerzo que aquí se intenta asumir una perspectiva general de derechos

fundamentales en su análisis¹, en especial si este puede colisionar con la libertad de información en internet. En consecuencia, este trabajo se vale —para el análisis doctrinario del derecho al olvido digital— de los elementos que la doctrina constitucional —especialmente de la mano de Alexy (2017)— ha elucubrado para la construcción de una teoría general de derechos fundamentales en Chile, tales como la tipicidad o norma de derecho fundamental, los titulares, los destinatarios, el contenido u objeto del derecho, sus límites y garantías². Es decir, busca poner a prueba el pretendido derecho al olvido digital a través de estas categorías dogmáticas.

En su aplicación teórica, se dirá que no existe claridad sobre el tipo o norma de derecho fundamental en el que se sustenta el derecho al olvido digital en la Constitución chilena³. En efecto, este no es parte del catálogo de derechos, lo que implica cuestionar, por supuesto, su existencia. Descriptivamente, se dirá que un primer camino sería el de considerar que se trata de un derecho implícito —como ha entendido la jurisprudencia chilena— a partir de su adscripción a los derechos contenidos en el artículo 19.4 de la Constitución chilena, especialmente el derecho a la honra y el derecho a la privacidad. El segundo camino corresponde a una noción estrictamente europea, vinculada al derecho de cancelación que tiene el titular de datos personales, y cuyo tipo iusfundamental está directamente estatuido en la Constitución chilena a contar del año 2018. Sin embargo, tras su explicitación en el catálogo de derechos fundamentales, la Corte Suprema de Chile (en adelante, CS) no ha tutelado el derecho al olvido digital en virtud del derecho de protección de datos personales (Calderón, 2024, p. 98; Ortiz & Viollier, 2021, p. 100). Desde luego, debe apuntarse también, que el tipo iusfundamental al cual se establezca la adscripción del derecho al olvido digital es de toda importancia, puesto que, de seguirse un camino u otro, condiciona las garantías del derecho susceptibles de ejercicio, como la acción de protección o la acción de hábeas data (Ortiz, 2024). El tipo iusfundamental condiciona también, sin duda, el análisis del resto de los elementos de la teoría general de los derechos.

La literatura chilena también ha permitido esbozar que, por regla general, solo las personas naturales son titulares del derecho al olvido digital (Contreras, 2022, p. 138), excluyendo a las personas jurídicas (p. 139)⁴.

1 En Chile son escasos los trabajos que abordan el derecho al olvido digital desde la perspectiva iusfundamental. Entre ellos, véase Nash (2024), Ortiz (2024), y Ortiz y Viollier (2021). Lo mismo ocurre en el tratamiento del derecho de protección de datos personales, tema para el que se sugiere ver Contreras (2020) y Contreras *et al.* (2024).

2 Son pocos los trabajos que abordan en Chile los presupuestos dogmáticos de una teoría general de derechos fundamentales. Véase Aldunate (2008), y Contreras y Salgado (2017).

3 Sobre los asuntos dogmáticos de la tipicidad iusfundamental en Chile, véase Aldunate (2008, pp. 133 y ss.) y Álvarez (2017, pp. 55 y ss.).

4 Sobre los asuntos dogmáticos de la titularidad de derechos fundamentales en Chile, véase Aldunate (2008, pp. 147 y ss.), Contreras (2017, pp. 119 y ss.) y Pardo-Álvarez (2021).

Excepcionalmente, la jurisprudencia ha extendido la titularidad del derecho al olvido a entes morales como la familia, a propósito de la tutela del derecho a la honra (Rol N.º 228-2012, 2012, considerando 1; Rol N.º 22243-2015, 2016, considerandos 5-6). Por otro lado, la jurisprudencia chilena ha permitido distinguir —sin ahondar ahora en los problemas teóricos que de aquí surgen— dos tipos de destinatarios del derecho al olvido⁵: los motores de búsqueda y los autores del contenido que circula en internet, que pueden ser periódicos o hemerotecas digitales, órganos del Estado o también —y a la vez— cualquier usuario de internet (Ortiz & Viollier, 2021, pp. 86-88). La tendencia jurisprudencial en Chile es que el derecho al olvido se ejerza contra los autores del contenido publicado en los servidores web y no contra motores de búsqueda, a diferencia de la tendencia europea (Calderón, 2024, p. 126; Ortiz & Viollier, 2021, pp. 102-104).

El resto de los elementos iusfundamentales del derecho al olvido digital en Chile serán abordados en este trabajo; esto es, el contenido u objeto del derecho, sus límites y sus criterios de ponderación frente a una colisión con las libertades de información. Esta dimensión del derecho es la que alguna parte de la doctrina chilena ha intentado delimitar de forma parcial, precisamente por lo controvertido de esta figura frente al ejercicio, respeto y garantía de la libertad de información en internet. La jurisprudencia, y autores chilenos —influenciados por la literatura comparada— como Ferrante (2022, pp. 53-68) y Reusser (2021, pp. 67-83), han esbozado que el transcurso de tiempo o la concurrencia de un interés público en la información serían elementos por considerar en la delimitación del contenido iusfundamental del derecho; sin embargo, aquellos análisis prescinden del resto de elementos que la teoría de los derechos fundamentales ha formulado y que condicionan su configuración. En efecto, la literatura chilena no ha abordado la delimitación del contenido del derecho al olvido digital sin una correcta y coherente identificación del tipo iusfundamental en el que este se sustenta o, bien, de cómo la aplicación del principio de proporcionalidad y un genuino ejercicio de ponderación de los derechos en colisión podrían cuestionar la solución de olvidar que autores como Reusser (2021, pp. 71-72) defienden, paradójicamente, bajo una concepción absoluta del derecho de protección de datos personales; esto es, la cancelación o eliminación de la información de internet.

Para lograr los objetivos planteados, este trabajo se dividirá en tres partes. Primero, se explicará la formulación europea del derecho al olvido digital y los «problemas de traducción» que ha supuesto el intentar trasplantar esta figura al ordenamiento jurídico chileno a partir

5 Sobre los asuntos dogmáticos de los destinatarios de derechos fundamentales en Chile, véase Aldunate (2008, pp. 183 y ss.) y Lovera (2017, pp. 161 y ss.).

de los planteamientos críticos que se han establecido por la literatura. En segundo lugar, y asumiendo que el derecho al olvido digital supone un asunto sobre derechos fundamentales, se pondrá a prueba esta figura desde perspectiva teórica para un genuino análisis dogmático. Esto es, la comprensión de los derechos fundamentales en clave de principios; que estos no son absolutos, sino que pueden estar sujeto a límites; y que, frente a una colisión de derechos, estos deben ser ponderados (Alexy, 2017; Dworkin, 1989). En tercer lugar, se abordarán los elementos o «razones de peso» que la jurisprudencia y la dogmática han identificado como útiles para la ponderación del derecho al olvido digital y su armonización con la libertad de información en internet. El trabajo finalizará con algunas conclusiones que pueden ser útiles para el debate en la implementación de la nueva Ley N.º 21.719 sobre protección de datos personales en Chile (en adelante, NLPDP).

123

DERECHO AL
OLVIDO Y LIBERTAD
DE INFORMACIÓN
EN CHILE: UNA
CUESTIÓN DE
PRINCIPIOSRIGHT TO BE
FORGOTTEN AND
FREEDOM OF
INFORMATION IN
CHILE: A MATTER
OF PRINCIPLES

II. EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN CHILE: PROBLEMAS DE TRADUCCIÓN

El derecho al olvido digital nace en Europa al alero del derecho de protección de datos personales, con motivo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el caso C-131/12 (2014), más conocido como caso *Costeja*. En virtud de la normativa europea, el titular —un usuario de internet, por ejemplo— puede solicitar la cancelación de los datos personales que el responsable trata en una base de datos (Lambert, 2022, pp. 164-165); pero, si el destinatario no es declarado responsable del tratamiento, entonces el titular no puede ejercer el derecho de cancelación en su contra. Así, el TJUE declaró que los titulares de datos personales tienen un derecho al olvido contra los motores de búsqueda de internet, declarando a estos como responsables del tratamiento de datos personales. A raíz de ello, los titulares pueden solicitar la cancelación o desindexación de la información que les concierne y que les genera algún perjuicio. Fue, en definitiva, una decisión que permitió —en respuesta a una decisión de litigio estratégico— hacer frente con rapidez a las amenazas causadas por la persistencia de la información en internet, lo que brindó una solución a un conflicto jurídico sin precedentes.

Chile no ha sido ajeno a los debates sobre la (in)existencia de un derecho al olvido digital. La primera sentencia que se refería explícitamente a este asunto es el caso Rol N.º 22243-2015 (2016). Este fallo es mejor conocido por insertar el debate europeo en Chile que por los términos inapropiados de su resolución, especialmente por un deficiente ejercicio de ponderación frente a consideraciones de interés público (Ortiz & Viollier, 2021, pp. 100-102).

II.1. Derecho de supresión: ¿Ctrl + Alt + Supr?

La versión europea del derecho al olvido digital, como se dijo, es equivalente al ejercicio del derecho de protección de datos personales, específicamente respecto de la facultad de cancelación que tiene el titular. Por tal motivo, un trasplante «en bruto» de este pretendido derecho supone un análisis, *prima facie*, a partir de las categorías dogmáticas de la disciplina de protección de datos personales. En Chile, Reusser (2021) es el principal impulsor de esta postura, para quien el derecho al olvido digital no es otra cosa que el «nombre de bolero» con el que se denomina el derecho de cancelación de datos personales (p. 125). Es decir, una mera denominación de fantasía.

El derecho de protección de datos personales está establecido expresamente en el artículo 19.4 de la Constitución chilena a contar de 2018 (Ley N.º 21.096, 2018). Se trata, como apunta la literatura, de un derecho de configuración legal, debido a la reserva de ley amplia que establece la Constitución para la determinación de las formas y condiciones en la protección y el tratamiento de estos datos (Alexy, 2017, p. 291; Contreras, 2020, pp. 110-112). Esto quiere decir que, para la determinación del contenido iusfundamental del derecho de protección de datos personales, deberá estarse principalmente a lo dispuesto por la legislación, dejando un reducido margen a la jurisprudencia en la determinación del resto de su contenido protectivo. Así, el derecho es configurado por las reglas generales contenidas en la NLPDP, pero también por fragmentos regulatorios alojados dispersamente en distintas leyes sectoriales (Contreras *et al.*, 2022). Debe apuntarse que este escenario contrasta con el estatus normativo de otros derechos que protegen bienes jurídico-constitucionales relacionados, como el derecho a la privacidad y el derecho a la honra. Aunque existen leyes que regulan algunas dimensiones de estos derechos⁶, la textualidad amplia del artículo 19.4 de la Constitución chilena favorece una construcción jurisprudencial y doctrinaria tanto de su contenido iusfundamental como de sus límites⁷.

Sin embargo, lo cierto es que en Chile, tal como sucede en el derecho comparado, existen «problemas de traducción» en el trasplante del derecho al olvido digital en su versión europea (Stoddart, 2020). La diferente intensidad y la divergencia en los criterios de

6 Sin ánimos de exhaustividad, en el caso del derecho a la honra, véase, por ejemplo, el ilícito civil de imputaciones injuriosas (Código Civil, 2000, art. 2331); los delitos de injuria y calumnia (Código Penal, 1874, arts. 412-420); o el derecho de rectificación que tiene el ofendido o injustamente aludido por algún medio de comunicación social, o de un servicio de radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción, o de un servicio limitado de televisión (Ley N.º 19.733, 2001, arts. 16-17). En el caso del derecho a la privacidad, véase, por ejemplo, la protección del secreto bancario (Decreto con Fuerza de Ley N.º 3, 1997, art. 154), el secreto comercial (Ley N.º 19.039, 2022, art. 86), o la promoción del equilibrio entre el trabajo y la vida privada (Código del Trabajo, 2003, art. 194).

7 Sobre el derecho a la privacidad, véase, por ejemplo, el estudio de Figueroa (2014). En el caso del derecho a la honra, pueden verse los estudios de Contreras y Lovera (2021), y de Morales (2021).

implementación de esta figura dependerá de la tendencia más o menos favorable a la protección de la libertad de información, por un lado, y a la autodeterminación informativa, por otro (Simón, 2015, p. 173). Así, por ejemplo, en Norte América esta figura se aborda con aproximaciones críticas debido a los efectos nocivos que su implementación supone frente a la libertad de información en comparación al paradigma de la Unión Europea, cuyas aproximaciones son lo opuesto (Stoddart, 2020, pp. 24-25). Se trata de un problema usual a todo trasplante jurídico, pues deben tenerse en cuenta las particularidades que cada sistema jurídico prevé para su recepción y tratamiento (Zweigert & Kötz, 2003, p. 9).

Tal como se ha diagnosticado, el derecho de protección de datos personales no desempeña un rol protagónico en la jurisprudencia chilena sobre derecho al olvido digital (Contreras, 2022, p. 136). Los problemas de traducción de esta figura en Chile se dan en varios sentidos. En primer lugar, y a diferencia de lo que ocurre con el caso *Costeja* (2014), este derecho suele adoptarse contra los autores del contenido publicado en internet, especialmente contra medios de comunicación y hemerotecas digitales antes que contra motores de búsqueda. Esto, pues son los propios autores quienes «controlan» el contenido publicado, pudiendo editarlo o eliminarlo (o incluso adoptar protocolos de exclusión) a su arbitrio. Al contrario, en la jurisprudencia de la CS los motores de búsqueda no suelen ser obligados a la desindexación del contenido que concierne a una persona, pues son «meros intermediarios» de la información disponible en internet (Anguita, 2018, pp. 46-48).

Por razones distintas, alguna literatura advierte que la determinación de motores de búsqueda como responsables del tratamiento de datos personales pone en tela de juicio la neutralidad de la red (Simón, 2015, p. 305). Esta dificultad se extrapola incluso a un ámbito procedimental: en el modelo de la UE, la decisión del TJUE en el caso *Costeja* —de efectos generales— obligó a los motores de búsqueda a disponer de formularios para que los usuarios ejercieran el derecho. En Chile, en cambio, el efecto relativo de las resoluciones judiciales obliga a decisiones casuísticas, lo que explica la jurisprudencia de la CS en este punto⁸.

En segundo lugar, la jurisprudencia chilena concretiza la obligación de olvidar en una norma individual de derecho fundamental (Bernal Pulido, 2003, pp. 108-111) consistente, por lo general a partir de la adscripción del tipo iusfundamental que estatuye el derecho a la honra y el derecho a la vida privada por sobre el derecho a la autodeterminación informativa. Esto, inclusive luego de la reforma de 2018, que constitucionaliza el

8 No puede desatenderse, no obstante, que las actividades de los motores de búsqueda —recopilar, almacenar y organizar información— se traducen en verbos rectores que podrían denotar su calidad de responsable de tratamiento de datos personales, en virtud de la versión original de la Ley N.º 19.628 y de la NLPDP. Se trata de un asunto que deberá ser resuelto por la futura Agencia de Protección de Datos Personales en Chile.

derecho de protección de datos personales (Larroucau, 2021, p. 297; Ortiz & Viollier, 2021, p. 98).

En tercer lugar, la versión chilena del derecho al olvido digital se aparta de su versión europea en torno a las diferentes soluciones que permiten olvidar cierto contenido en internet. En este sentido, paradójicamente, la solución chilena y la falta de regulación expresa de esta figura —más allá de las incertezas dogmáticas que esto pueda acarrear— permite una mejor armonía en su trasplante con las libertades informativas, pues su apertura conceptual permite que la solución de olvidar pueda cristalizarse en distintas alternativas a la decisión binaria de eliminar o no cierto contenido de internet, como la actualización del contenido (Calderón, 2024, p. 109; Ortiz & Viollier, 2021, pp. 92 y 102). Así, la imposibilidad de delimitar los contornos de una figura tan controversial tanto en Chile como en el derecho comparado aconsejan entonces, como se ha sugerido, la innecesariedad de su consagración normativa explícita (Ortiz & Viollier, 2021), so pena de petrificar una solución cuyos efectos jurídicos aún no han sido del todo dimensionados por la dogmática ni los operadores jurídicos.

Finalmente, otro problema de traducción dice relación con las garantías del derecho. En Europa, el ejercicio del derecho al olvido digital suele ser encauzado mediante el hábeas data. La indeterminación de la adscripción iusfundamental en Chile permite una versatilidad en las garantías, siendo procedente tanto el hábeas data como la acción de protección. Esta última, sin embargo, es el único mecanismo utilizado en los hechos, puesto que, hasta antes de la entrada en vigencia de la NLPDP, la acción de hábeas data estaba en desuso por diversos defectos procedimentales (Ortiz, 2024).

II.2. ¿Derecho de supresión/derecho a la privacidad?

En el caso chileno, como se indicó, la adscripción del derecho al olvido digital puede establecerse a partir de derechos distintos al derecho de protección de datos personales, como el derecho a la honra, la privacidad o, incluso, la integridad psíquica y la igualdad de trato (Ortiz & Viollier, 2021, p. 100). Zanfir (2015), en esta línea, apunta que el derecho al olvido es, en realidad, un reacondicionado «derecho a eliminar», porque en el mundo digital representa más que eso: también protege el derecho a la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la identidad (p. 246). Esta alternativa iusfundamental se debe a las distintas visiones comparadas que existen sobre esta figura, con algunas más recelosas de lo privado o más receptivas a lo público, y viceversa (Korenhof *et al.*, 2015, p. 179).

Se sostiene, por otro lado, que el prisma iusfundamental del derecho al olvido digital («a right to be forgotten») puede ser configurado tanto

desde el derecho de protección de datos personales («a right to erasure») como desde el derecho a la privacidad («a right to oblivion»). Es decir, el derecho al olvido digital podría adoptar distintas nomenclaturas según el tipo iusfundamental a partir del cual se establezca su aproximación (Korenhof *et al.*, 2015, pp. 180-184; Lambert, 2022, p. 94). Esto se explica por las distintas soluciones que pueden ser necesarias para poder olvidar, debido a que en algunos casos la eliminación podría no ser una medida eficaz para el titular. Así, el derecho a la privacidad permite una mejor apertura dogmática en relación con el derecho de protección de datos personales para abordar los intereses jurídicos detrás del derecho al olvido digital, pues este se sustenta en el reconocimiento general de control por parte de la persona de los asuntos que desea excluir o incluir de conocimiento de terceros sobre aquella (Korenhof *et al.*, 2015, p. 181).

Este enfoque es útil desde una perspectiva técnica, dado que los debates sobre el derecho al olvido digital se dan en un particular escenario del ecosistema digital; esto es, aquel contenido publicado en la internet 1.0 (Jaramillo & Castellón, 2018, pp. 176-180). Se trata de un nivel de estructura de red que supone la interacción de dos agentes que intervienen en el ecosistema digital, los motores de búsqueda y los autores de contenido en internet. En este sentido, a diferencia de la solución de cancelación ideada en Europa, esto supone comprender que la capacidad de tales actores para cumplir eficazmente con las exigencias derivadas del derecho al olvido variará según los efectos y objetivos que deseen ser alcanzados en términos de la compatibilidad de los derechos o intereses contrapuestos que están en juego. Por ello, vale la pena detenerse en otras alternativas que promuevan que la información sea inaccesible antes que la mera cancelación de su contenido (De Terwangne, 2012, p. 61), las que, dicho sea de paso, permiten una mejor armonía con los derechos en colisión, como la seudonomización, la adopción de protocolos de exclusión, la degradación en el ranking de búsqueda (Cortés & Isaza, 2018, pp. 8-12) o inclusive la actualización de la información (Calderón, 2024, pp. 124-126). Se trata de alternativas que dialogan hacia una mejor conciliación entre el derecho al olvido digital y la libertad de información en internet. Se abordará este punto a continuación.

III. EL (INEXISTENTE) DERECHO AL OLVIDO DIGITAL: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

El contenido de un pretendido derecho al olvido digital no puede ser comprendido sin la contracara de la identificación de sus límites. En otras palabras, la determinación de cuáles son los límites al derecho al olvido digital, a su vez, conforma su contenido negativo. No hay, por tanto, posibilidad de identificar el contenido de un derecho fundamental sin sus límites, y viceversa. En efecto, la teoría sobre derechos

fundamentales coincide —en su mayoría— en dos presupuestos. Por un lado, sostiene que —como sugiere el título de este trabajo— los derechos son principios; y, por el otro, que estos no son absolutos, pudiendo en consecuencia ser limitados. Dworkin (1978) diseñó estos presupuestos teóricos descartando que los derechos fundamentales adopten una formulación de reglas aplicables binariamente (pp. 69 y ss.). Luego, Alexy (2017) precisó que, dado que los derechos fundamentales adoptan una estructura de principios, estos contienen expectativas iusfundamentales de protección que deben ser concretizadas casuísticamente. Para este autor, concebir a los derechos como principios significa que estos son «mandatos de optimización»; es decir, que los derechos fundamentales pueden ser realizados «en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (p. 67).

Los derechos como principios pueden, entonces, cumplirse en distinto grado. Diferente es el caso de las reglas, que pueden cumplirse o no (Alexy, 2017, p. 68). Las reglas opuestas dan lugar a la existencia de antinomias o conflictos normativos, cuyo método de solución supone el establecimiento de una regla especial que introduzca una excepción de aplicabilidad o, bien, que deba declararse inválida al menos una de ellas (Habermas, 2010, p. 278). La existencia de principios opuestos, en cambio, da lugar a una colisión. El método de solución de conflictos entre principios (o derechos) es el de la ponderación, el que determina cuál de los principios opuestos debe ceder frente al otro mediante la identificación de las «razones de peso» que justifican la restricción de uno ellos para la realización del otro (Alexy, 2012, pp. 30-37). Es decir, mediante la ponderación ante intereses contrapuestos, debe establecerse cuál de ellos, en abstracto, tiene un distinto peso en el caso concreto (Alexy, 2017, pp. 71-76).

Una objeción sostenida contra la noción de derechos como principios —y la interpretación constructiva, en general— ha sido la de incentivar la discrecionalidad de los jueces al decidir sobre la compatibilidad de derechos frente a una colisión y orientar las decisiones judiciales por un falso ideal (Habermas, 2010, pp. 278-309). Alexy (2017) respondió a esta objeción en el epílogo a su *Teoría de los derechos fundamentales*, señalando que la ponderación establece un método y resultado racional para la mayoría de los casos, elemento que no había sido defendido por la teoría de los principios (pp. 529-546).

Lo interesante del ejercicio de ponderación es que con motivo de su resultado «puede formularse una norma adscrita de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso» (Alexy, 2017, p. 79). Es decir, los principios, en su formulación pura, son siempre «razones» que, por medio del ejercicio de ponderación, puede arribar a una norma de derecho fundamental concretizada en estructura de regla (p. 81).

Este es, precisamente, el fundamento teórico que permite a la jurisprudencia chilena —a falta de regulación expresa—, en algunas circunstancias, concretizar una obligación de olvidar cierta información de internet mediante el «prisma» de los derechos en colisión; esto es, el derecho a la honra o el derecho a la privacidad en relación con la libertad de información. En efecto, como se señaló, la jurisprudencia chilena —paradójicamente y sin explicitar— entiende que el derecho al olvido digital sería un derecho implícito por medio de su adscripción a las normas de derecho fundamental que establecen el derecho a la privacidad o el derecho a la honra, apartándose aquí del canon europeo que lo vincula exclusivamente al derecho de protección de datos personales.

En ese contexto, la comprensión del derecho al olvido digital como un derecho de cancelación —tal como se dijera— se traduce en una solución binaria: acceder o no a la eliminación del contenido, imposibilitando la implementación de otras soluciones que sean más deferentes con los derechos en colisión (Ortiz & Viollier, 2021, p. 92). Este problema de diseño de la autodeterminación informativa se explica, precisamente, a causa de su conceptualización como un derecho de configuración legal (Contreras, 2020, pp. 110-112; Salgado, 2017, pp. 224-225). El derecho de cancelación no es, en rigor, un principio que pueda ser aplicado «en la medida de lo posible»; sino que es una regla en garantía del tipo iusfundamental contenido en el artículo 19.4 de la Constitución chilena, que puede cumplirse o incumplirse. En otras palabras, no puede existir —en un sentido técnico y material— respecto de aquel un genuino ejercicio de ponderación⁹. En cambio, la textura abierta de los enunciados constitucionales que establecen el derecho a la privacidad o al derecho a la honra, precisamente por adoptar una estructura de principios, sí lo permiten¹⁰.

Como se indicó, los derechos no son absolutos, sino que admiten límites. El trasplante del derecho al olvido digital en Chile debe estar sujeto a la misma premisa, por cierto. No puede, en consecuencia, implementarse aisladamente y sin tener en cuenta su impacto en otros derechos en colisión como sucede, precisamente, con la libertad de información. Desde esta perspectiva, es posible reducir de forma externa el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental —premisa a la que el derecho al olvido digital no escapa— mediante una exclusión originada en una medida legislativa, jurisdiccional o administrativa (Alexy, 2017, pp. 240-243; García *et al.*, 2016, p. 679). Así, es propio

9 El juez se ve condicionado inevitablemente por la estructura de reglas, pudiendo en cambio, por medio de la ponderación de los principios, concretizar una regla iusfundamental aplicable a un caso concreto (Alexy, 2017, pp. 109 y ss.).

10 De hecho, como apunta Figueroa (2021) a propósito del derecho a la privacidad, su estructura de principio permite desplegar su protección iusfundamental en múltiples hipótesis vulneratorias, entre ellas la recolección, el procesamiento, la disseminación y la invasión de información privada (p. 143).

de las constituciones —y así ocurre en el caso chileno— que estas establezcan ciertos contenidos básicos del derecho, pero también límites internos a través de cláusulas generales altamente indeterminadas (Contreras, 2009, p. 58). Inclusive, la Constitución chilena suele establecer expresamente reservas (o habilitaciones) normativas al legislador para que complemente, limite o regule el ejercicio de los derechos fundamentales (García *et al.*, 2016, pp. 875-876). Lo que se trata entonces, desde la perspectiva de la teoría externa, es comprender que en aquellos casos en que la Constitución no determina internamente límites al ámbito protectivo de un derecho fundamental, la ley puede limitarlo externamente (Alexy, 2017, pp. 98 y ss.).

En esta línea, si revisamos el enunciado constitucional del artículo 19.4, que constituye el fundamento típico iusfundamental de un pretendido derecho al olvido digital, se observa que tanto la regulación del derecho a la honra como del derecho a la privacidad tienen una estructura normativa bastante sencilla. Esto supone que el legislador —pero también la jurisprudencia—, desde esta óptica, tiene amplias posibilidades de restringir y limitar estos derechos, configurando (o excluyendo) los elementos de su contenido. No obstante, en lo que respecta al derecho de protección de datos personales, la Constitución chilena establece expresamente una reserva de ley complementaria del derecho bastante amplia, para que sea esta la que fije las «formas y condiciones» del tratamiento y protección de estos datos (Contreras, 2020, p. 112). Aquí, entonces, el ámbito de posibilidades del legislador en la configuración y las posibilidades de limitación o restricción del derecho están relativamente predeterminadas por la Constitución.

Los derechos fundamentales, como se advirtiera, también pueden ser limitados jurisdiccionalmente. Esto quiere decir que, además de las restricciones y límites estatuidos, ya sea directamente por la Constitución o indirectamente mediante reservas legislativas, los derechos fundamentales pueden ser restringidos y limitados por los jueces al resolver colisiones. Esto es relativamente obvio, pues «existe una cláusula tácita, que deriva del carácter de principio de los derechos, en virtud de la cual todos los derechos pueden ser restringidos con el objeto de conciliarlos con los demás derechos y bienes jurídico-constitucionales» (Salgado, 2017, p. 243).

Los jueces acuden a la técnica de la ponderación para solucionar colisiones de derechos fundamentales (Aldunate, 2008, pp. 225-280; Alexy, 2017, pp. 67-79). Este ejercicio supone, necesariamente, un ejercicio de restricción al derecho fundamental desplazado. Una vez que el juez, vía acción de protección, ha ponderado y ha decidido que los intereses detrás del derecho al olvido tendrían mayor peso en un caso concreto, este debe adoptar las «providencias necesarias» (Constitución

Política de Chile, 2005, art. 20). Normalmente, el recurrente solicita la eliminación del contenido de internet; es decir, una decisión binaria que, en muchos casos, dificulta la satisfacción del principio de proporcionalidad en relación con los efectos de la implementación de esta medida en el entorno digital (Ortiz & Viollier, 2021, p. 92).

El principio de proporcionalidad es un estándar normativo aplicado en el contexto de la ponderación y permite «determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho» (García *et al.*, 2016, p. 822). Aunque este principio ha sido ideado —en su formulación original— para juzgar la constitucionalidad de medidas normativas que limiten o restrinjan un derecho fundamental (Alexy, 2017, pp. 91-95), es útil analizar desde su óptica las medidas jurisdiccionales que limitan derechos fundamentales (García *et al.*, 2016, p. 679), como ocurre con las providencias que debe adoptar el juez para restablecer el imperio del derecho. En efecto, al echar mano «a una cierta estructura escalonada de razonamiento, el test de proporcionalidad intenta dar coherencia a las decisiones que deben adoptar los tribunales. Junto con ello [...] sirve bien a la práctica constitucional de sociedades democráticas abiertas y plurales» (Contesse, 2017, pp. 287-289).

Como se ha apuntado, el principio de proporcionalidad es un mecanismo de razonamiento jurídico compuesto por tres niveles o subjuicios de análisis, y se deriva del propio carácter de principios de los derechos fundamentales (Alexy, 2017, pp. 91-92). En primer lugar, el principio de proporcionalidad examina la idoneidad o adecuación de la medida —sea legislativa, jurisdiccional o administrativa— que restringe o limita un derecho; es decir, mediante este se busca determinar si la medida es eficaz para lograr la finalidad perseguida con su adopción. En segundo lugar, se examina su necesidad; es decir, si de entre todas las medidas idóneas para lograr la finalidad perseguida, se escoge la más eficiente o, bien, aquella menos restrictiva de los derechos opuestos. Por último, mediante el nivel de proporcionalidad en sentido estricto, supone la ponderación (Alexy, 2012, p. 29). Es decir, se analiza si la medida restrictiva o limitativa del derecho importa la mayor realización posible de aquel que ha sido preferido, dentro de las posibilidades jurídicas del caso concreto (Alexy, 2017, pp. 91-95; Contesse, 2017, pp. 289-294; García *et al.*, 2016, pp. 822-824).

En esta perspectiva, el derecho al olvido digital, entendido como un derecho de cancelación de datos personales, no solo dificulta el ejercicio de ponderación por las razones de diseño ya apuntadas; sino que también presenta debilidades en la aplicación del principio de proporcionalidad como medida que restringe o bien limita el ejercicio de la libertad de

información. En este sentido, el derecho de cancelación cumple —solo en aquellos casos en que es factible técnicamente— con el elemento de idoneidad, puesto que mediante ella se alcanzan eficazmente los objetivos pretendidos tras la figura del derecho al olvido. No se satisface este principio si, desindexado el nombre de una persona de un motor de búsqueda en Chile, un usuario consulta el mismo buscador en Argentina, debido a que la decisión judicial (o administrativa, en algunos casos) no tiene efectos transfronterizos (Larroucau, 2021, pp. 223-256). Tampoco se satisface el principio de proporcionalidad con el elemento de necesidad, pues al tratarse de una decisión binaria, no otorga la posibilidad al responsable —ni a la autoridad judicial o administrativa una vez que el derecho ha sido afectado— de adoptar otras soluciones, menos lesivas con la libertad informativa al momento de establecerse su precedencia frente a este derecho, sobre todo si la información que se solicita eliminar versare sobre asuntos de interés público o que pongan en riesgo la memoria histórica (Anguita, 2016, p. 208). Es decir, algunas veces —en realidad, en bastantes de ellas— la cancelación del contenido puede resultar en una medida desproporcionada. Luego, tampoco se satisface la proporcionalidad en sentido estricto, puesto que, en el ejercicio de ponderación, la cancelación de contenido —como se dirá más adelante— es una decisión de efectos generales que afecta desmedidamente la dimensión colectiva de la libertad de información en internet.

Esto supone relevar, con toda razón, la adopción de medidas alternativas a la cancelación que, como hemos constatado, la evolución de la jurisprudencia chilena ha sorteado exitosamente al proponer la actualización del contenido como una medida que concilia de mejor manera los derechos fundamentales que conviven en el entorno digital, entre ellos principalmente la libertad de información. Se ofrecerán algunas reflexiones sobre este punto a continuación.

IV. ¿QUÉ HAY DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN?

Se ha venido sosteniendo reiteradamente aquí que la aplicación del derecho al olvido digital supone una posible colisión con la libertad de información. La decisión de precedencia de uno de estos derechos por sobre el otro supone inevitablemente una afectación al derecho desplazado (Aldunate, 2008, pp. 276-280). Por esto, resulta necesario abordar a continuación algunas consideraciones sobre la implementación del derecho al olvido digital desde la óptica de la libertad de información.

El establecimiento de las libertades de expresión e información en el catálogo de derechos fundamentales se sustenta en distintas teorías. Pese a tratarse de un clásico ejemplo de derecho fundamental en clave de libertad (individual), su principal dimensión la constituye su

expresión social o colectiva (García, 2012, p. 68). En este sentido, las libertades de expresión e información, mediante su contenido, nutren la expectativa social de que las comunicaciones ventiladas en la esfera de lo público contribuyen a una mejor comprensión de la realidad social y fortalecen el sistema democrático mediante la facilitación de los procesos comunicativos de la sociedad, además de ser una manifestación de la capacidad de discernimiento humano y de su autodeterminación (Charney & Marshall, 2021, pp. 468-474).

La defensa de las libertades de expresión e información en internet en el siglo XXI es tan relevante como la defensa de la libre circulación de las ideas impresas en la época de la Ilustración (Cancaneo, 2021). Su fácil uso y acceso por parte de sus usuarios junto al avance de las nuevas tecnologías lo convirtieron en una herramienta básica que sustenta las bases de la sociedad democrática contemporánea. Las distorsiones en el uso y difusión de la información que circula en internet pueden afectar inclusive los resultados de procesos electorales (Saura, 2023). De alguna manera, internet funciona como una memoria externa transactiva de la humanidad que se construye colectivamente a través del intercambio de información, facilitando los procesos de intelección de la realidad social (Korenhof *et al.*, 2015, p. 175).

Esta característica de internet es central. Es una especie de gran base de datos colectiva, un repositorio universal del conocimiento y la expresión de la humanidad que puede ser consultado instantáneamente desde cualquier parte del mundo. Su garantía no solo es clave para el ejercicio de las libertades de expresión e información, sino para el resto de los derechos fundamentales que sustentan su función social y democrática, tales como las libertades de conciencia y de religión, el derecho de asociación, el derecho de reunión o los derechos políticos de participación (García, 2012, p. 69). Estas razones justifican, precisamente, observar la implementación del derecho al olvido digital con mayor resquemor que otras figuras análogas basadas en la autodeterminación informativa y la reinserción social del individuo, como la eliminación de antecedentes penales o la eliminación de registros de morosidad. El efecto de la eliminación del contenido desde internet trasciende al titular del dato personal.

Las libertades de expresión e información, como sugiere esta calificación, se articulan como dos derechos fundamentales diferentes, tal como establece el artículo 19.12 de la Constitución chilena. Por un lado, la libertad de expresión protege el interés del sujeto hablante de manifestar sus ideas, opiniones o estilos de vida en la esfera pública. La libertad de información, por el otro, protege el contenido mismo del acto comunicativo, pues este contribuye a fortalecer un fin público o interés colectivo como sucede, por ejemplo, con la difusión

del progreso intelectual de la sociedad (Charney & Marshall, 2021, p. 477). La diferencia iusfundamental es importante en la medida que la libertad de expresión tiene una dimensión menos prevalente que la proveniente de la libertad de información por la función social que esta última cumple. Esto quiere decir que la dimensión protectiva de la libertad de información se extiende, en una proyección amplia de sus contenidos, como límite al derecho a la privacidad o el derecho a la honra, por ejemplo (García, 2012, p. 74). En esta línea, el derecho al olvido digital tiende a colisionar con la libertad de información antes que con la libertad de expresión, precisamente porque suelen ser hechos (o información) y no ideas las que persiguen ser olvidadas por parte de sus titulares.

Según los términos de la Constitución chilena, un elemento común al contenido iusfundamental de la libertad de expresión y la libertad de información es la prohibición de censura previa. Esto no significa en ningún caso que la censura *a posteriori* esté permitida. De hecho, como apuntan Charney y Marshall (2021), el sistema de derechos humanos americano ha resuelto que esta también es una fórmula inaceptable para la libertad de expresión, solo que debe ser adoptada judicialmente (p. 482). En tal virtud, hay estudios que sugieren que la jurisprudencia chilena ha diseñado tímidamente los contornos de estos derechos en el entorno digital (Álvarez, 2018). Por ello, la implementación del derecho al olvido digital en esta línea de consideraciones debe examinarse con cautela, pues el presupuesto democrático de la libertad de información riñe con las pretensiones de autodeterminación informativa en estos casos.

Debe apuntarse que la versión original de la Constitución chilena configuró la arquitectura de los derechos a la privacidad y a la honra con una protección iusfundamental desmedida en relación a la libertad de expresión e información y, aunque el diseño constitucional ha tendido a balancearse con el transcurso de los años —con sentencias internacionales condenatorias de por medio (García, 2012, pp. 76-77)—, la protección preferente persiste en la regulación legal mediante el anómalo establecimiento de los tipos penales de injuria y calumnia, por ejemplo (Charney & Marshall, 2021, pp. 496-498). La misma tendencia pareciera esbozarse detrás de quienes defienden en términos absolutos la protección del derecho al olvido digital en clave de autodeterminación informativa, pues el parecer contrario —para autores como Reusser (2021), por ejemplo— se fundamentaría en una «exacerbada relevancia» de la libertad de expresión, motivada por las tendencias de los sistemas jurídicos angloamericanos (pp. 71-72).

En términos concretos, la comprensión de la libertad de información que se ha venido dibujando supone el establecimiento de estándares jurídicos exigentes en la ponderación con derechos que suelen entrar en

tensión (Rajevic, 2011, p. 139), como el derecho a la honra, el derecho a la privacidad o el derecho a la protección de datos personales. En tal sentido, si los asuntos sobre el derecho al olvido digital son una cuestión de principios, la libertad de información —conforme con lo que se ha venido diciendo— también lo es. De esta manera, una colisión de principios, conforme con la teoría general sobre derechos fundamentales, se resuelve mediante la ponderación. Ello supone determinar elementos que justifiquen la restricción a la libertad de información para la satisfacción del derecho al olvido digital (Alexy, 2012, p. 30).

La literatura, así como la jurisprudencia chilena, han ido estableciendo algunos criterios útiles o «razones de peso» para el ejercicio de ponderación al momento de decidir olvidar o no cierta información (Alexy, 2012, pp. 30-37), como la veracidad de la información, la existencia de un interés público o el transcurso de cierto tiempo, las cuales se analizan a continuación. Debe precisarse que estos elementos no son excluyentes entre sí, pudiendo concurrir más de uno según las circunstancias del caso; y, además, tampoco son taxativos en su establecimiento, en la medida en que los asuntos sobre la aplicación del derecho al olvido responden a una solución dogmática y jurisprudencial aún en construcción. Sin embargo, vale la pena identificar criterios que otorguen parámetros claros en la determinación de estos casos debido a que la decisión de cancelación del contenido puede resultar desproporcionada y, en consecuencia, traducirse en un debilitamiento de los fundamentos del pluralismo democrático, permitiendo controlar, bajo pretexto de la autodeterminación informativa, los contenidos que circulan en internet. Como sugiriera García (2012) a propósito de la discusión dogmática sobre la procedencia de indemnizar el daño moral por afectaciones a la honra, también podría afirmarse que la implementación del derecho al olvido sin más consideraciones que la facultad del titular de eliminar sus datos personales podría significar un daño a la teoría de los derechos fundamentales como «la ley del más débil» (p. 60).

IV.1. La veracidad de la información

La veracidad de la información es un elemento que integra el contenido iusfundamental implícito de la libertad de información. Aunque en la Constitución chilena no se establece este elemento explícitamente, como sí sucede en el derecho comparado, la literatura así lo identifica a propósito del establecimiento del derecho de rectificación (Constitución Política de Chile, 2005, art.19.12.3; Ley N.º 19.733, 2001, arts. 16 y ss.), atribución que tiene toda persona injustamente aludida a esclarecer la veracidad de la información que le concierne (Droguett, 2020, p. 40; García, 2012, p. 90). En esta línea, el Código Civil establece la excepción de verdad (*exceptio veritatis*) como un límite a la protección del derecho

a la honra en torno a las ideas o informaciones ventiladas sobre una persona (Código Civil, 2000, art. 2331; Charney, 2016).

La veracidad no es, sin embargo, sinónimo de verdad. El ámbito protectivo de la libertad de información se desplegará cuando sea posible constatar un nivel razonable de veracidad en la narración (García, 2012, p. 91). Esto es particularmente predicable de los estándares exigidos a los medios de comunicación social en la medida en que la veracidad de la información que estos publican no puede ser objeto de plena constatación al momento de su publicación (Charney & Marshall, 2021, p. 497; Daniel, 2020, pp. 74-81). Lo mismo sucede en el caso de la información publicada en internet (Simón, 2012, p. 50). En la medida en que se trata de una red cuya analogía responde a una memoria externa de apoyo a la inteligencia humana, esta no es una de carácter individual, sino «transactiva» o colectiva. La información que allí circula se consolida mediante el intercambio de ella entre los individuos. Por eso, precisamente, se espera un estándar razonable de veracidad en lo que se informa en internet (Korenhof *et al.*, 2015, pp. 174-177).

El estándar de veracidad de la información para la procedencia o exclusión del derecho al olvido digital es analizado reiteradamente por la jurisprudencia (Rol N.º 22243-2015, 2016; Rol N.º 65341-2016, 2017; Rol N.º 36739-2017, 2017; Rol N.º 39972-2017, 2017; Rol N.º 3644-2018, 2018; Rol N.º 3712-2018, 2018; Rol N.º 24785-2018, 2018; Rol N.º 23107-2018, 2019; Rol N.º 25154-2018, 2019; Rol N.º 25159-2018, 2019; Rol N.º 19134-2018, 2019; Rol N.º 28480-2018, 2019; Rol N.º 41260-2019, 2020; Rol N.º 1279-2019, 2019; Rol N.º 5489-2019, 2019; Rol N.º 14034-2019, 2019; Rol N.º 5493-2019, 2019; Rol N.º 134285-2020, 2020; Rol N.º 119078-2020, 2020; Rol N.º 140332-2020, 2021; Rol N.º 34615-2021, 2021; Rol N.º 90746-2020, 2021; Rol N.º 135543-2020, 2022; Rol N.º 3616-2022, 2023; Rol N.º 230389-2023, 2023). En esta línea, ha acogido, a la fecha de cierre de este trabajo, cuatro casos en los que se considera exclusivamente el estándar de veracidad de la información como derrotado: en los que se ordena la eliminación del contenido (Rol N.º 22243-2015, 2016; Rol N.º 39972-2017, 2017) y en los que se ordena su actualización (Rol N.º 1279-2019, 2019; Rol N.º 14034-2019, 2019). Así, por ejemplo, no se satisface el estándar de veracidad al estar la información incompleta, pues esta no contiene la totalidad de sus antecedentes, «tales como la circunstancia de haberse cumplido las penas impuestas y pagado las indemnizaciones civiles a las que fue condenado el actor, en cuanto así se acredite» (Rol N.º 1279-2019, 2019, considerando 6). O bien que, al no ser comprobados judicialmente los hechos que la publicación acusa, estos deterioran su imagen y prestigio profesional, situación que se mantiene vigente por casi cinco años (Rol N.º 39972-2017, 2017, considerando 7).

La CS también analiza la suficiencia con el estándar de veracidad de la información en otros ocho casos, pero en conjunto con el resto de los elementos advertidos, como la existencia de un interés público (Rol N.º 65341-2016, 2017; Rol N.º 23107-2018, 2019; Rol N.º 41260-2019, 2020; Rol N.º 134285-2020, 2020; Rol N.º 140332-2020, 2021; Rol N.º 90746-2020, 2021; Rol N.º 3616-2022, 2023). En casi todos ellos, la solución de olvidar consiste en la actualización de la información, menos en el caso del exfiscal Abbott (Rol N.º 228-2012, 2012). Así, por ejemplo, se estima que existe una actuación arbitraria por parte del autor del contenido en internet al mantener una información parcial, debiendo en consecuencia actualizar esta según la nueva situación procesal del recurrente (Rol N.º 3616-2022, 2023, considerando 10; Rol N.º 90746-2020, 2021, considerando 8).

IV.2. El interés público

La existencia de un interés público es un elemento que tiende a inclinar decididamente la balanza en favor de la libertad de información ante una eventual colisión con el derecho al olvido digital (Cotino, 2011, p. 400; Ferrante, 2022, pp. 21-28; Reusser, 2021, pp. 67-74; Simón, 2012, p. 54). Al contrario, las exigencias informativas tienden a relajarse cuando no existe un interés público comprometido (Daniel, 2020, pp. 89-91).

El interés público es un elemento a considerar en la ponderación de estos casos, de descartarse —como propone Figueroa (2014, pp. 62 y ss.)— que existe una gradualidad o exclusión de titularidad de autoridades públicas, funcionarios públicos o personas de influencia pública en la regulación típica de los derechos contenidos en el artículo 19.4 de la Constitución chilena. Esto, porque la determinación de una posible gradualidad, según la calidad de ciertas personas, responde a un asunto de contenidos y límites a los derechos antes que a la determinación de una regla de titularidad. En este sentido, el interés público es una condición o circunstancia que la judicatura deberá ponderar al caso concreto para determinar cuál derecho deberá ceder frente a otro (Lovera, 2006, p. 66).

Lo cierto es que el interés público, vinculado a la condición subjetiva que una persona mantiene —un funcionario público, por ejemplo—, es solo uno de los elementos que integran su concepto. También existe un elemento objetivo, vinculado al contenido de determinada información —como sucedería, por ejemplo, con la comisión de un delito de alta connotación social (Droguett, 2020, p. 55)—. Más allá de estos elementos, hay algunos escépticos en torno a la conceptualización del interés público. Para Lovera (2006), por ejemplo, la noción de interés público es mutable según las características del caso, porque el término reviste «una multiplicidad de formas, propias de las distintas expresiones y posturas que muestra una sociedad plural» (pp. 69-70).

El interés público es un elemento clave en la resolución de casos sobre derecho al olvido digital. La mayoría de los casos que ha conocido la jurisprudencia chilena involucra este elemento para acceder o desestimar la solicitud de olvido (Rol N.º 22243-2015, 2015; Rol N.º 87756-2016, 2016; Rol N.º 65341-2016, 2017; Rol N.º 11746-2017, 2017; Rol N.º 19172-2017, 2017; Rol N.º 36739-2017, 2017; Rol N.º 3644-2018, 2018; Rol N.º 3712-2018, 2018; Rol N.º 8543-2018, 2018; Rol N.º 24785-2018, 2018; Rol N.º 23107-2018, 2019; Rol N.º 25154-2018, 2019; Rol N.º 19134-2018, 2019; Rol N.º 41260-2019, 2020; Rol N.º 1279-2019, 2019; Rol N.º 5489-2019, 2019; Rol N.º 14034-2019, 2019; Rol N.º 5493-2019, 2019; Rol N.º 134285-2020, 2020; Rol N.º 119078-2020, 2020; Rol N.º 140332-2020, 2021; Rol N.º 34615-2021, 2021; Rol N.º 90746-2020, 2021; Rol N.º 135543-2020, 2022; Rol N.º 3616-2022, 2023; Rol N.º 230389-2023, 2023). Entre ellos, a lo menos once casos —hasta la fecha de cierre de este trabajo— fueron acogidos, indicando en diez de ellos como solución la de actualizar la información (Rol N.º 65341-2016, 2017; Rol N.º 8543-2018, 2018; Rol N.º 23107-2018, 2019; Rol N.º 41260-2019, 2020; Rol N.º 1279-2019, 2019; Rol N.º 14034-2019, 2019; Rol N.º 134285-2020, 2020; Rol N.º 140332-2020, 2021; Rol N.º 90746-2020, 2021; Rol N.º 3616-2022, 2023).

El transcurso del tiempo es un elemento que —como se observa— responde, en la actualidad, exclusivamente a una construcción doctrinaria, toda vez que de hecho la regulación original de la Ley N.º 19.628 (1999) no preveía como límite al ejercicio del derecho de cancelación la concurrencia de un interés público en la información que se solicita ser eliminada. Este panorama cambia con la NLPDP (2024), pues se establece que no procederá la supresión cuando el tratamiento sea necesario «para el cumplimiento de una función pública o para el ejercicio de una actividad de interés público» (art.7.2.iii).

La jurisprudencia chilena ha considerado tanto el elemento subjetivo como el elemento objetivo en torno a su conceptualización. Así, por un lado, la CS entiende que al existir información que involucra a un funcionario público, esta reviste un interés público necesario de difundir en amparo de la libertad de información (Ferrante, 2002, pp. 59-60). Sobre esto deben apuntarse dos comentarios. Primero, que si bien la jurisprudencia adopta este elemento como un parámetro exigente, que suele traducirse en la denegación de eliminación del contenido, existen casos —en los albores de la determinación conceptual del derecho al olvido digital— que han accedido a la eliminación de contenido pese a tratarse de personas públicas (Rol N.º 22243-2015, 2016). Segundo, que la CS también suele utilizar este elemento como parámetro temporal —como verá en seguida— para prolongar el transcurso del tiempo que la noticia debe permanecer publicada (Ferrante, 2022, p. 60).

Por otro lado, y en cuanto al contenido de la información que constituye interés público, la CS adopta una tendencia bastante consolidada al vincularlo con el concepto legal de interés público (Ferrante, 2022, pp. 56-58; Ley N.º 19.733, 2001, art. 30). Así, también se consideran de interés público también las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social, o aquellas consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

IV.3. El derecho al olvido digital: una cuestión de tiempo

El tiempo es el elemento característico que la literatura chilena (Ferrante, 2022, pp. 60 y ss.; Moreno & Serrano, 2017, p. 47; Pica, 2016, p. 313; Reusser, 2021, p. 188; Román & Delgado, 2018, p. 256; Warnier & Díaz, 2017, p. 203) y comparada (De Terwangne, 2012, pp. 54-55) han establecido en la determinación del contenido iusfundamental del derecho al olvido digital. Detrás existe una clara necesidad de las personas de ser diferentes en distintos momentos de su existencia (autodeterminación), no siendo arrastradas por las distintas facetas de su pasado (Silberleib, 2014, pp. 126-127). Este elemento permitiría sostener, quizás, que el derecho al olvido —de aceptarse la posibilidad de ser caracterizado como un derecho implícito— sería un derecho de carácter autónomo y distinto a aquellos que establecen las normas de derecho fundamental del artículo 19.4 de la Constitución chilena. En efecto, el derecho al olvido digital sería tal no porque pueda ser adscrito iusfundamentalmente al derecho a la honra, al derecho a la privacidad o al derecho de protección de datos personales; sino porque al derivar de estos y, a la vez, no corresponder su contenido protegido a ninguno de ellos, el elemento temporal lo distingue de los demás (Nogueira, 2007, pp. 260-262).

No hay consenso, sin embargo, respecto a la cantidad de tiempo que se estima como suficiente para acceder a olvidar, siendo hasta ahora un punto de libre determinación por parte de los ordenamientos jurídicos (Korenhof *et al.*, 2015). En Chile, precisamente por no contar con una regulación legal expresa sobre el derecho al olvido digital, no hay un plazo específico o determinado que permita reputar como suficiente para acceder a olvidar cierto contenido. La regulación del derecho de cancelación tampoco otorga mayor precisión, pues el titular puede solicitar al responsable la eliminación de sus datos personales caducos (NLPDP, 2024, art. 7, lit. d), sin explicitar los criterios para su determinación.

La caducidad, según la doctrina civil, es una «figura que determina, de modo automático e inexorable, la extinción de ciertos derechos o facultades, si no se realiza un acto específico dentro del plazo fijado

a tal efecto por la ley» (Domínguez, 2004, p. 127). Este instituto supone entonces que, al operar de modo automático, el responsable debería limitarse a constatar la caducidad del dato, sin ponderar ulteriores consideraciones —como su posible colisión con la libertad de información— en la toma de decisión. Pero entonces allí no habría un derecho al olvido propiamente tal, sino un mero derecho de cancelación cuya realización (e imposición) queda al arbitrio de su titular (Markou, 2015, pp. 213-214), estando a cargo del responsable la determinación de su procedencia.

La falta de determinación normativa sobre el transcurso de un tiempo suficiente que permita establecer que cierta información pueda ser olvidada es un asunto que debe definirse judicialmente en la concretización —esto es, una norma individual de derecho fundamental— para el cumplimiento de una función pública o para el ejercicio de una actividad de interés público del tipo iusfundamental. La jurisprudencia chilena ha debido considerar el tiempo transcurrido desde la publicación de información en internet para la exclusión o permisión del derecho al olvido digital; sin embargo, no hay criterios objetivos que las cortes utilicen para su determinación y, lejos de la consistencia, su establecimiento responde estrictamente a cuestiones fácticas de los casos (Ferrante, 2022, pp. 60-61). Es decir, las cortes pueden estimar un transcurso de tres, cinco, ocho o diez años como suficiente, según las circunstancias que se le presenten, sin que estos criterios sean útiles para la configuración dogmática de este elemento como parte del contenido iusfundamental del derecho (pp. 61-62).

En esta línea, la CS ha considerado a la fecha el elemento temporal como determinante para acoger seis casos. En dos de ellos, el tiempo transcurrido fue de diez años (Rol N.º 22243-2015, 2016; Rol N.º 65341-2016, 2017); en los otros, de cinco, siete, ocho o nueve años (Rol N.º 39972-2017, 2017; Rol N.º 140332-2020, 2021; Rol N.º 41260-2019, 2020; Rol N.º 134285-2020, 2020). Quizás, el único argumento que se ha esbozado tímidamente, y que articula un parámetro objetivo inclinado favorablemente a un periodo de diez años, es aquel relativo a su determinación mediante la analogía con el plazo de prescripción de delitos, un tiempo «suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves» (Rol N.º 22243-2015, 2016, considerando 5). El problema, no obstante, aparece con aquellos delitos imprescriptibles, como los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes (Ley N.º 21.160, 2022), dificultando la analogía. Por otro lado, la determinación del cómputo del plazo tiende a variar en la equidad jurisprudencial casuística conforme con dos criterios, ya sea contados desde la publicación de la información en internet o, bien, desde que las circunstancias procesales del titular —ya sea en calidad de imputado, condenado, absuelto o con condena cumplida— fueron

aclaradas o consolidadas (Ferrante, 2022, p. 62; Ortiz & Viollier, 2021, p. 103).

Más allá de la determinación de un periodo concreto para olvidar, las cortes se detienen, más bien, en supeditar este elemento al establecimiento de ciertas hipótesis que excluyan o no la posibilidad de eliminar cierto contenido, como, por ejemplo, la existencia de un interés público en la divulgación de la información (Ferrante, 2022, pp. 63-65). Este enfoque pareciera que es más acertado desde el punto de vista de una ponderación de derechos en colisión, pues podría alegarse, por ejemplo —de aceptarse la analogía respecto del plazo de prescripción de delitos más graves—, que, transcurridos diez años, el titular tiene a todo evento el derecho a eliminar el contenido de internet que le concierne, lo que ciertamente no es consistente con una perspectiva general de derechos fundamentales.

La observancia de estos criterios jurisprudenciales sugiere entonces que existen dos tipos de fundamentos en la determinación del tiempo que se estima como suficiente para acceder o no al olvido (eliminación) de información en internet. En primer lugar, el tiempo transcurrido es útil como criterio para determinar en qué supuestos la información concerniente a una persona debe ser mantenida o eliminada de internet. Pero el tiempo también sirve como criterio de ponderación entre la solicitud de eliminación de contenido, por una parte, y la protección de otros intereses en colisión, por otra, como sucede, por ejemplo, con la existencia de un interés público en la divulgación de cierta información (Korenhof *et al.*, 2015, p. 184).

El tiempo, como parámetro para la determinación del momento en que puede eliminarse o del plazo que debe mantenerse cierta información personal en internet, depende —de alguna manera— del «ciclo de vida» del dato. Se seguirá en este punto la clasificación propuesta por Korenhof *et al.* (2015). Estos autores sostienen que puede evaluarse la eliminación o mantención de información personal en internet en diferentes momentos. En primer lugar, antes de la publicación (p. 185), lo que en ningún caso coincide con la hipótesis de un derecho al olvido, pues no habría transcurrido tiempo *suficiente o razonable* desde que la información ha sido publicada (Markou, 2015, p. 213). En segundo lugar, inmediatamente después de la publicación, evitando la diseminación del contenido (Figueroa, 2014, pp. 283 y ss.; Korenhof *et al.*, 2015, p. 185). Esta hipótesis tampoco coincide con el derecho al olvido, pues la información nueva o recién publicada no se supone que deba ser olvidada (Markou, 2015, p. 214). También la información podría ser eliminada al perder la base de licitud para el tratamiento de datos (Korenhof *et al.*, 2015, pp. 186-187). Sin embargo, este supuesto razona sobre la base de que la información personal objeto del tratamiento

DERECHO AL
OLVIDO Y LIBERTAD
DE INFORMACIÓN
EN CHILE: UNA
CUESTIÓN DE
PRINCIPIOS

RIGHT TO BE
FORGOTTEN AND
FREEDOM OF
INFORMATION IN
CHILE: A MATTER
OF PRINCIPLES

solo produce efectos relativos entre el titular y el responsable (Markou, 2015, p. 221), pero no dialoga con los fundamentos que sustentan la información publicada en internet, ya que, al eliminar información con efectos generales, la decisión debe ser ponderada a la luz de las posibles afectaciones a la libertad de información.

Finalmente, puede ser eliminada por ser información caduca o desactualizada (Korenhof *et al.*, 2015, p. 186). Esta exigencia es una materialización de los derechos de acceso y oposición al tratamiento de datos personales; sin embargo, ¿es realmente este un supuesto del derecho al olvido digital? ¿Puede realmente el titular de datos personales consentir sobre la publicación en internet de cierta información que le concierne? Solo podemos contestar negativamente estas preguntas. En Chile, la CS —razonablemente con lo que aquí se cuestiona— no utiliza el término «caducidad» para ponderar la procedencia del derecho al olvido digital, al menos en su sentido estrictamente técnico. En cambio, sí sostiene la procedencia del derecho al olvido digital —con un importante matiz— respecto de la información relativa a una persona que esté desactualizada, como sucede, por ejemplo, con una noticia que informa la calidad de imputado que mantenía el titular en un momento determinado, pero que en un momento posterior fue absuelto. En estos casos, la Corte, al constatar la existencia de nuevos antecedentes, ordena la actualización del contenido, desechando la solicitud de cancelación, puesto que los propósitos del recurrente se logran eficazmente con dicha solución (Rol N.º 65341-2016, 2017; Rol N.º 23107-2018, 2019; Rol N.º 1279-2019, 2019; Rol N.º 14034-2019, 2019).

Pero también, como se indicó, el tiempo sirve como criterio de ponderación entre la solicitud de eliminación de contenido, por una parte, y la protección de otros intereses en colisión, por otra, como sucede, por ejemplo, con la existencia de un interés público en la divulgación de cierta información (Korenhof *et al.*, 2015, p. 184). La premisa en este punto es que, dado que el derecho al olvido digital se funda en la autonomía personal, la mantención de información en internet debería medirse en escala de tiempo. Así, mientras más tiempo haya transcurrido desde la publicación, más probabilidades hay de que los intereses individuales basados en la autodeterminación informativa prevalezcan por sobre los intereses públicos, basados en la libertad de información (p. 189).

La pérdida de relevancia de la información por el mero transcurso del tiempo no es un efecto evidente en todos los casos. Así, pueden existir desviaciones de esta tendencia, por la cual cierta información puede convertirse en relevante de un momento a otro. Esto sucede, por ejemplo, con la información respecto a personas que, no estando en el foro público, deciden ser candidatas a un cargo de elección popular.

Allí, ciertamente, la información publicada podría, con el paso del tiempo, constituir una de interés público y, en tal caso, la posibilidad de olvidar cede frente a la libertad de información (Korenhof *et al.*, 2015, p. 191). Lo mismo sucede con la información relacionada con hechos de la historia, pues en estos casos el paso del tiempo produce el efecto contrario a la pérdida de relevancia en su difusión (Ferrante, 2022, p. 67). También este elemento, en conjunto con la concurrencia del interés público, como ha especificado la jurisprudencia, podría añadir una exigencia más severa en el transcurso de tiempo que se determine con motivo del ejercicio de ponderación tendiente a la exigencia del derecho al olvido digital (p. 60).

V. CONCLUSIONES

El estudio del derecho al olvido digital en Chile ha recibido un tratamiento disperso y a ratos desordenado por parte de la dogmática y jurisprudencia chilenas. No hay claridad suficiente sobre los elementos de esta figura, sus presupuestos de procedencia, así como los criterios de ponderación que pueden ser tenidos en cuenta frente a una colisión con otros derechos, como sucede con la libertad de información. Tampoco es fácil en el derecho comparado, puesto que, tal como arroja el examen de la literatura disponible, el derecho al olvido digital es una figura controvertida por los efectos que ocasiona a la libertad de información en internet.

Se observa que el único consenso sobre esta figura en Chile es que sería un asunto sobre derechos fundamentales. No se trata de un asunto discutido, por cierto, sino asumido por quienes han abordado los dilemas constitucionales asociados a este derecho y su posible colisión con otros intereses constitucionales. Este supuesto requiere entonces abordar dogmáticamente el derecho al olvido digital desde la teoría general de los derechos fundamentales. Es decir, entender que los derechos están formulados en una estructura de principios y que estos no son absolutos, sino que pueden estar sujetos a limitaciones; y que, frente a una colisión de principios, debe realizarse un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho debe ceder (o ser preferido) frente a otro. Por ello, este trabajo tiene por supuesto poner a prueba las premisas europeas del derecho al olvido digital bajo las categorías dogmáticas de la teoría de los derechos fundamentales.

La versión europea del derecho al olvido digital supone entenderlo bajo las categorías dogmáticas del derecho de protección de datos personales; es decir, el derecho al olvido digital no sería otra cosa que el derecho de cancelación de los datos. Sin embargo, al trasplantar el derecho al olvido digital en Chile, aún luego de la reforma constitucional de 2018, se observan varios problemas de traducción, principalmente porque en

DERECHO AL
OLVIDO Y LIBERTAD
DE INFORMACIÓN
EN CHILE: UNA
CUESTIÓN DE
PRINCIPIOS

RIGHT TO BE
FORGOTTEN AND
FREEDOM OF
INFORMATION IN
CHILE: A MATTER
OF PRINCIPLES

Chile este derecho suele ser tutelado mediante el derecho a la honra o el derecho a la privacidad. Además, el derecho al olvido suele ser adoptado contra los autores de contenido antes que respecto de motores de búsqueda.

Según la teoría de los derechos fundamentales, si se pretende el derecho al olvido digital como derecho fundamental, entonces este debe ser estudiado en clave de principios. Si se analiza la eliminación de contenido de internet como una medida a adoptar por el juez una vez que ha ponderado los principios en colisión, aquella resulta desproporcionada, lo que deriva del carácter binario de la decisión (Ortiz & Viollier, 2021, p. 92). La cancelación no cumple en algunos casos con la idoneidad de la medida, principalmente en asuntos transfronterizos. Tampoco cumple con el criterio de necesidad al existir otras medidas eficaces para olvidar, como la actualización del contenido, la implementación de protocolos de exclusión o la degradación en los motores de búsqueda. En efecto, la dimensión colectiva de la libertad de información en internet exige un análisis exigente al momento de realizar el ejercicio de ponderación, por lo que tampoco cumple con el subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, este trabajo valora la jurisprudencia de la CS en aquellos casos en los que ha preferido la actualización de la información antes que su eliminación. Por cierto, pueden explorarse otras alternativas desde la perspectiva técnica para la implementación del derecho al olvido digital. Sin duda, este es uno de los desafíos por parte de la futura Agencia de Protección de Datos Personales en Chile, debiendo integrar los criterios técnicos y dogmáticos que se han esbozado sobre este punto.

La defensa de las libertades de expresión e información en internet en el siglo XXI es tan relevante como la defensa de la libre circulación de las ideas impresas en la época de la Ilustración. La dimensión colectiva de la libertad de información es relevante, puesto que internet funciona como una memoria externa transactiva de la humanidad, la que se construye colectivamente a través del intercambio de información, facilitando los procesos de intelección de la realidad social. Por ello, la implementación del derecho al olvido digital debe examinarse con cautela en la medida en que podría significar una censura posterior de información contenida en medios de comunicación digitales, por ejemplo.

Si el derecho al olvido digital y la libertad de información tienden a colisionar, entonces deben adoptarse criterios claros de ponderación; los fundamentos democráticos de la libertad de información así lo exigen. Por ello, la literatura, así como la jurisprudencia chilena, han ido estableciendo algunos criterios útiles para el ejercicio de ponderación, como la veracidad de la información, la existencia de un interés público o el transcurso de cierto tiempo, los cuales se analizan a continuación. Debe precisarse que estos elementos no son excluyentes entre sí,

145

DERECHO AL
OLVIDO Y LIBERTAD
DE INFORMACIÓN
EN CHILE: UNA
CUESTIÓN DE
PRINCIPIOSRIGHT TO BE
FORGOTTEN AND
FREEDOM OF
INFORMATION IN
CHILE: A MATTER
OF PRINCIPLES

pudiendo concurrir más de uno según las circunstancias del caso; y, además, tampoco son taxativos en su establecimiento, en la medida en que los asuntos sobre la aplicación del derecho al olvido responden a una solución dogmática y jurisprudencial aún en construcción. La futura Agencia de Protección de Datos Personales en Chile debería regular con mayor claridad —y profundidad— estos criterios de ponderación para la solución de estos casos.

Se observa en la jurisprudencia chilena que la veracidad de la información es un elemento para la ponderación en aquellos casos en que la información es falsa o inexacta. Más determinante es la concurrencia de un interés público en la información, puesto que la eliminación de información sobre figuras públicas o hechos de relevancia social es más difícil de justificar en una sociedad democrática. Por ello, la jurisprudencia chilena —salvo algunos casos lamentables— ha sostenido que la información sobre autoridades, funcionarios públicos o personas de relevancia pública goza de mayor protección bajo la libertad de información.

El paso del tiempo es un criterio clave en la configuración iusfundamental del derecho al olvido digital. Se trata de un elemento que permitiría sostener, inclusive, su carácter de derecho implícito y autónomo al resto de los derechos establecidos en el artículo 19.4 de la Constitución chilena. Ello puesto que el tiempo tampoco es un requisito para el derecho de cancelación de datos, como pretende su versión europea. Para la jurisprudencia chilena, el tiempo no solo es un criterio de ponderación, sino también para determinar en qué supuestos la información concerniente a una persona debe ser mantenida o eliminada de internet. La CS ha reconocido que la relevancia de la información disminuye con el tiempo, pero no ha establecido un plazo uniforme para considerar procedente el derecho al olvido. En algunos casos, se han usado criterios análogos a la prescripción penal, la cual supone varias complejidades dogmáticas, como se observó. Finalmente, el tiempo constituye en este orden ideas, para la jurisprudencia chilena, un antecedente que acredita la necesidad de actualizar el contenido que ha sido publicado en internet antes que eliminarlo. Sería útil que la futura Agencia de Protección de Datos Personales en Chile, en el ejercicio de sus atribuciones normativas, adopte criterios claros, objetivos y razonables en la determinación del tiempo que debe transcurrir para «olvidar».

REFERENCIAS

- Aldunate, E. (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: LegalPublishing.
- Alexy, R. (2012). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Derecho, Estado y Sociedad.

Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Álvarez, D. (2018). Privacidad en línea en la jurisprudencia constitucional chilena. *Revista de Derecho Público*, 89, 11-32. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2018.52027>

Álvarez, D. (2019). *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*. Santiago de Chile: LOM.

Álvarez, A. (2017). Norma y tipicidad iusfundamental. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general* (pp. 55-91). Santiago de Chile: LOM.

Anguita, P. (2016). *Acciones de protección contra Google*. Santiago de Chile: Librotecnia.

Anguita, P. (2018). Medios de comunicación social y el derecho al olvido. En M. J. Labrador y E. Carter (coords.), *Google: Derecho al olvido y desafíos éticos en el escenario mediático digital* (pp. 45-92). Santiago de Chile: RIL.

Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Calderón, A. (2024). ¿Para qué olvidar? Análisis comparado de los contornos del derecho al olvido en la jurisprudencia chilena y peruana. *Revista Chilena de Derecho*, 51(3), 93-132. <https://doi.org/10.7764/r.513.4>

Cancaneo, M. (2021). Internet, redes sociales y libertad de expresión. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 44(1), 37-54. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16157>

Charney, J. (2021). Tres concepciones de pluralismo informativo. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(2), 69-102. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.57654>

Charney, J., & Marshall, P. (2021). Libertad de expresión. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 467-506). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Contesse, J. (2017). Proporcionalidad y derechos fundamentales. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general* (pp. 285-322). Santiago de Chile: LOM.

Contreras, P. (2017). Titularidad de los derechos fundamentales. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general* (pp. 119-160). Santiago de Chile: LOM.

Contreras, P. (2020). El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 18(2), 112-114. <https://doi.org/10.4067/s0718-5200202000200087>

Contreras, P. (2022). ¿Una segunda oportunidad? Protección de datos personales y autodeterminación informativa en una nueva Constitución chilena. *Revista*

Brasileira de Políticas Públicas, 12(2), 127-151. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v12i2.7917>

Contreras, P., & Lovera, D. (2021). Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena. *Revista Derecho PUCP*, (87), 345-371. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.010>

Contreras, P., & Salgado, C. (eds.). (2017). *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

Contreras, P., Trigo, P., & Ortiz, L. (2022). Un sistema fragmentado: la protección sectorial de los datos personales en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (35), 35-64. <https://doi.org/10.7764/redae.35.2>

Cortés, C., & Isaza, L. (2018). La implementación del 'olvido': el olvido de los detalles. *Internet y derechos humanos*, 3, 9-39.

Cotino, L. (2011). La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución. En L. Cotino (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (pp. 386-401). Valencia: Publicacions de la Universitat de Valencia.

Daniel, M. L. (2020). *Libertad de prensa y daños*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

De Terwangne, C. (2005). Diffusion de la jurisprudence via Internet dans les pays de l'Union Européenne et règles applicables aux données personnelles. *Petites Affiches*, (194), 40-48.

Déziel, P. L. (2020). Let's not dwell on the past. The right to be forgotten as more than a romantic revolution. En I. Cofone (ed.), *The right to be forgotten. A Canadian and comparative perspective* (pp. 55-75). Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003017011-5>

Domínguez, R. (2004). *La prescripción extintiva*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Droguett, C. G. (2019). *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch. <https://doi.org/10.7764/tesisuc/der/23561>

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Ferrante, A. (2022). *Derecho al olvido en internet en Chile. La evolución de los parámetros jurisprudenciales y la influencia de la doctrina y el derecho extranjero*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Figueroa, R. (2014). *Privacidad*. Santiago de Chile: UDP.

Figueroa, R. (2021). Derecho a la privacidad. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Curso de derechos fundamentales* (pp. 129-168). Valencia: Tirant Lo Blanch.

García, G. (2004). *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?* Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.

García, G. (2012). *Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión*. (Cuadernos del Tribunal Constitucional N.º 49). Santiago de Chile: Tribunal Constitucional de Chile.

García, G., Contreras, P., & Martínez, V. (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile: Hueders.

Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez* (6.ª ed.). Madrid: Trotta.

Jaramillo, Ó., & Castellón, L. (2018). El derecho al olvido en internet y el efecto Streisand. En M. J. Labrador y E. Carter (coords.), *Google: derecho al olvido y desafíos éticos en el escenario mediático digital* (pp. 169-198). Santiago de Chile: RIL.

Korenhof, P., Ausloos, J., Szekely, I., Ambrose, M., Sartor, G., & Leenes, R. (2015). Timing the right to be forgotten: a study into 'time' as a factor in deciding about retention or erasure of data. En S. Gutwirth, R. Leenes y P. de Hert (eds.), *Reforming European Data Protection Law* [Law, Governance and Technology Series N.º 20], (pp. 171-201). Dordrecht: Springer. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2436436>

Lambert, P. (2022). *The right to be forgotten* (2.ª ed.). Londres y Nueva York: Bloomsbury Professional. <https://doi.org/10.5040/9781526521965>

Larroucau, J. (2021). *La tutela judicial de los derechos fundamentales*. Santiago de Chile: DER.

Leturia, F. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 91-113. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372016000100005>

Lovera, D. (2006). El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada. En F. González (ed.), *Libertad de expresión en Chile* (pp. 55-96). Santiago de Chile: UDP.

Lovera, D. (2017). Destinatarios de los derechos fundamentales. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general* (pp. 161-206). Santiago de Chile: LOM.

Markou, C. (2015). The 'right to be forgotten': ten reasons why it should be forgotten. En S. Gutwirth, R. Leenes y P. de Hert (eds.), *Reforming European Data Protection Law* [Law, Governance and Technology Series N.º 20] (pp. 203-226). Dordrecht: Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-017-9385-8_8

Morales, H. (2021). Derecho a la honra. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Curso de derechos fundamentales* (pp. 199-242). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Moreno, Á., & Serrano, I. (2017). El derecho al olvido digital. Especial consideración al caso chileno. En P. Machado (coord.), *Pensamiento Jurídico Central* (pp. 37-52). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Nash, C. (2024). Derechos humanos, redes sociales y protección judicial: criterios para resolver conflictos entre derechos a la luz de las obligaciones internacionales del Estado. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 13. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2024.67197>

Nogueira, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Revista Ius Et Praxis*, 13(2), 245-285. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122007000200011>

Ortiz, L., & Viollier, P. (2021). Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 77-109. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56482>

Ortiz, L. (2024). Las garantías del (in)existente derecho al olvido digital en Chile. Reflexiones sobre el proyecto de ley de reforma a la ley N° 19.628. En *Anuario de Derecho Público 2023* (pp. 37-53). Santiago de Chile: UDP.

Pardo-Álvarez, D. (2021). La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en el sistema constitucional chileno: prolegómeno para una dogmática. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 101-124. <https://doi.org/10.7764/R.482.5>

Pica, R. (2016). El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. Comentario a la sentencia de protección Rol N° 22243-2015 de la Corte Suprema. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 309-318. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002016000100010>

Pica, R. (2019). El derecho al olvido ante la Corte Suprema en Chile: desde su reconocimiento a su denegatoria. En G. Aguilar (coord.), *La Evolución del Derecho Público en el Siglo XXI* (pp. 325-344). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Rajevic, E. (2011). Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena. En *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile* (pp. 139-159). Santiago de Chile: Expansiva.

Reusser, C. (2021). *Derecho al olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas* (2.ª ed.). Santiago de Chile: DER.

Román, P., & Delgado, G. (2018). Justiciabilidad del derecho al olvido en Chile: una propuesta a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos sobre informaciones relacionadas con procesos penales. En Nicolás Rodríguez-García, Adán Carrizo González-Castell y Francisco J. Leturia Infante (dirs.), *Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación* (pp. 495-531). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Salgado, C. (2017). Límites y restricciones a los derechos fundamentales. En P. Contreras y C. Salgado (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general* (pp. 207-255). Santiago de Chile: LOM.

Saura, C. (2023). El big data en los procesos políticos: hacia una democracia de la vigilancia. *Revista de Filosofía*, 80, 215-232. <https://doi.org/10.4067/s0718-43602023000100215>

Silberleib, L. (2016). El derecho al olvido y la persistencia de la memoria. *Información, Cultura y Sociedad. Revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas*, (35), 125-136.

DERECHO AL
OLVIDO Y LIBERTAD
DE INFORMACIÓN
EN CHILE: UNA
CUESTIÓN DE
PRINCIPIOS

RIGHT TO BE
FORGOTTEN AND
FREEDOM OF
INFORMATION IN
CHILE: A MATTER
OF PRINCIPLES

Simón, P. (2012). *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Simón, P. (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Barcelona: Bosch.

Stoddart, J. (2020). Lost in translation. Transposing the right to be forgotten from different legal systems. En I. Cofone (ed.), *The right to be forgotten. A Canadian and comparative perspective* (pp. 17-25). Nueva York: Routledge.

Warnier, I., & Díaz, S. (2017). Algunas consideraciones acerca de la protección de datos personales en internet. *Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo*, (36), 197-216.

Zanfir, G. (2015). Tracing the right to be forgotten in the short History of Data Protection Law: the 'new clothes' of an old right. En S. Gutwirth, R. Leenes y P. de Hert (eds.), *Reforming European Data Protection Law* [Law, Governance and Technology Series N.º 20] (pp. 85-103). Dordrecht: Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-017-9385-8_9

Zárate, S. (2013). La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa. *Nueva Época*, (13), 1-10.

Zweigert, K., & Kötz, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. Oxford: Universidad Iberoamericana.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

C-131/12 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Unión Europea], 13 de mayo de 2014).

Código Penal (Ministerio de Justicia [Chile], 1874). *Diario Oficial*, 12 de noviembre de 1874.

Constitución Política de la República de Chile, Decreto N.º 100 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 22 de septiembre de 2005).

Decreto con Fuerza de Ley N.º 3, fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican (Ministerio de Hacienda [Chile], 1997). *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 1997.

Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (Ministerio de Justicia [Chile], 2000). *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo (Ministerio del Trabajo y Previsión Social [Chile], 2003). *Diario Oficial*, 16 de enero de 2003.

Decreto con Fuerza de Ley N.º 4, Ley de propiedad industrial, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 19.039 (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo [Chile], 2022). *Diario Oficial*, 6 de agosto de 2022.

151

DERECHO AL
OLVIDO Y LIBERTAD
DE INFORMACIÓN
EN CHILE: UNA
CUESTIÓN DE
PRINCIPIOSRIGHT TO BE
FORGOTTEN AND
FREEDOM OF
INFORMATION IN
CHILE: A MATTER
OF PRINCIPLES

Ley N.º 19.628, ley sobre protección de la vida privada (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 1999). *Diario Oficial*, 28 de agosto de 1999.

Ley N.º 19.733, ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (Ministerio Secretaría General de Gobierno [Chile], 2001). *Diario Oficial*, 4 de junio de 2001.

Ley N.º 21.096, ley que consagra el derecho a protección de los datos personales (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 2018). *Diario Oficial*, 16 de junio de 2018.

Ley N.º 21.160, ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [Chile], 2022). *Diario Oficial*, 30 de diciembre de 2022.

Ley N.º 21.719, ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 2024). *Diario Oficial*, 13 de diciembre de 2024.

Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/679 (Unión Europea, 27 de abril de 2016).

Rol N.º 228-2012 (Corte de Apelaciones de Valparaíso [Chile], 30 de julio de 2012).

Rol N.º 80700-2013 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 11 de noviembre de 2013).

Rol N.º 1087-2014 (Corte de Apelaciones de Valparaíso [Chile], 7 de julio de 2014).

Rol N.º 42842-2014 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 18 de agosto de 2014).

Rol N.º 45790-2014 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 24 de septiembre de 2014).

Rol N.º 21607-2014 (Corte Suprema [Chile], 27 de octubre de 2014).

Rol N.º 61833-2014 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 3 de noviembre de 2014).

Rol N.º 22243-2015 (Corte Suprema [Chile], 21 de enero de 2016).

Rol N.º 99551-2014 (Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 28 de enero de 2016).

Rol N.º 19257-2015 (Corte Suprema [Chile], 28 de marzo de 2016).

Rol N.º 9475-2016 (Corte Suprema [Chile], 28 de marzo de 2016).

Rol N.º 34463-2016 (Corte Suprema [Chile], 27 de julio de 2016).

Rol N.º 22222-2016 (Corte Suprema [Chile], 11 de agosto de 2016).

Rol N.º 76421-2016 (Corte Suprema [Chile], 22 de noviembre de 2016).

- Rol N.º 87756-2016 (Corte Suprema [Chile], 6 de diciembre de 2016).
- Rol N.º 97679-2016 (Corte Suprema [Chile], 28 de diciembre de 2016).
- Rol N.º 97679-2016 (Corte Suprema [Chile], 17 de abril de 2017).
- Rol N.º 65341-2016 (Corte Suprema [Chile], 24 de julio de 2017).
- Rol N.º 11746-2017 (Corte Suprema [Chile], 9 de agosto de 2017).
- Rol N.º 19172-2017 (Corte Suprema [Chile], 4 de septiembre de 2017).
- Rol N.º 11745-2017 (Corte Suprema [Chile], 30 de octubre de 2017).
- Rol N.º 36739-2017 (Corte Suprema [Chile], 6 de noviembre de 2017).
- Rol N.º 39972-2017 (Corte Suprema [Chile], 4 de diciembre de 2017).
- Rol N.º 3018-2018 (Corte Suprema [Chile], 27 de marzo de 2018).
- Rol N.º 3644-2018 (Corte Suprema [Chile], 5 de abril de 2018).
- Rol N.º 3712-2018 (Corte Suprema [Chile], 9 de abril de 2018).
- Rol N.º 13212-2018 (Corte Suprema [Chile], 3 de julio de 2018).
- Rol N.º 8543-2018 (Corte Suprema [Chile], 9 de julio de 2018).
- Rol N.º 24785-2018 (Corte Suprema [Chile], 27 de noviembre de 2018).
- Rol N.º 20406-2018 (Corte Suprema [Chile], 3 de enero de 2019).
- Rol N.º 23107-2018 (Corte Suprema [Chile], 15 de enero de 2019).
- Rol N.º 25154-2018 (Corte Suprema [Chile], 15 de enero de 2019).
- Rol N.º 25159-2018 (Corte Suprema [Chile], 21 de enero de 2019).
- Rol N.º 19134-2018 (Corte Suprema [Chile], 22 de enero de 2019).
- Rol N.º 28480-2018 (Corte Suprema [Chile], 20 de marzo de 2019).
- Rol N.º 4317-2019 (Corte Suprema [Chile], 22 de abril de 2019).
- Rol N.º 1279-2019 (Corte Suprema [Chile], 2 de julio de 2019).
- Rol N.º 5489-2019 (Corte Suprema [Chile], 18 de julio de 2019).
- Rol N.º 14034-2019 (Corte Suprema [Chile], 5 de agosto de 2019).
- Rol N.º 5493-2019 (Corte Suprema [Chile], 23 de septiembre de 2019).
- Rol N.º 18818-2019 (Corte Suprema [Chile], 27 de diciembre de 2019).
- Rol N.º 41260-2019 (Corte Suprema [Chile], 19 de mayo de 2020).
- Rol N.º 20726-2020 (Corte Suprema [Chile], 23 de marzo de 2020).
- Rol N.º 28872-2019 (Corte Suprema [Chile], 21 de abril de 2020).

- Rol N.º 54-2020 (Corte Suprema [Chile], 10 de junio de 2020).
- Rol N.º 134285-2020 (Corte Suprema [Chile], 18 de noviembre de 2020).
- Rol N.º 119078-2020 (Corte Suprema [Chile], 29 de diciembre de 2020).
- Rol N.º 140332-2020 (Corte Suprema [Chile], 26 de febrero de 2021).
- Rol N.º 34615-2021 (Corte Suprema [Chile], 26 de mayo de 2021).
- Rol N.º 90746-2020 (Corte Suprema [Chile], 20 de julio de 2021).
- Rol N.º 135543-2020 (Corte Suprema [Chile], 3 de enero de 2022).
- Rol N.º 3616-2022 (Corte Suprema [Chile], 25 de abril de 2023).
- Rol N.º 230389-2023 (Corte Suprema [Chile], 10 de octubre de 2023).
- Rol N.º 248030-2023 (Corte Suprema [Chile], 28 de marzo de 2024).
- Rol N.º 29-2024 (Corte Suprema [Chile], 28 de marzo de 2024).
- Rol N.º 252145-2023 (Corte Suprema [Chile], 23 de abril de 2024).
- Rol N.º 245257-2023 (Corte Suprema [Chile], 1 de julio de 2024).

Recibido: 01/06/2025
Aceptado: 28/11/2025

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Ciencias del comportamiento y derecho: del realismo jurídico al *behavioral law and economics*

Behavioral Sciences and Law: From Legal Realism to Behavioral Law and Economics

DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY*

Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Resumen: El presente artículo examina las tensiones y la evolución en la definición y las características del campo de estudio en el que se integran el derecho y las ciencias del comportamiento. Aunque en la literatura suele asumirse que se trata de un campo nuevo, vinculado al reciente auge del *behavioral law and economics*, sus orígenes se remontan al realismo jurídico y a la propia tradición doctrinal del derecho. A partir de estos antecedentes, el artículo rastrea el desarrollo del debate en las últimas seis décadas y sostiene que dicho campo ha evolucionado en torno a tres rasgos característicos: el uso de métodos científicos para estudiar el derecho en la práctica, el reconocimiento de una pluralidad de ciencias del comportamiento que se articulan con el derecho, y la necesidad de diálogo entre juristas y científicos del comportamiento. Sobre esta base, se propone una definición contemporánea del campo, se destaca su diferenciación frente a otras aproximaciones —como el análisis económico del derecho y el *behavioral law and economics*— y se reflexiona sobre algunas de sus proyecciones futuras.

Palabras clave: Ciencias del comportamiento y derecho, realismo jurídico, métodos científicos en el derecho, economía del comportamiento, análisis económico del derecho.

Abstract: This paper examines the tensions and the evolving definition of the field in which law and behavioral sciences converge. While current literature often presents this field as relatively recent—closely linked to the rise of behavioral law and economics—, its origins can be traced back to legal realism and the doctrinal tradition of law itself. Building on these early foundations, the article traces the development of the debate over the past six decades and argues that this field has evolved around three defining features: the application of scientific methods to understand how law operates in practice, the recognition of a plurality of behavioral sciences that intersect with law, and the need for dialogue between legal scholars and behavioral scientists. Based on these features, the article proposes a contemporary definition of the field, highlights its distinction from other approaches—such as economic analysis of law and behavioral law and economics—and reflects on its future directions.

* Abogado por la Universidad de Los Andes (Colombia). Especialista en Derecho Contractual por la Universidad Externado de Colombia, magister en Derecho Económico por la Universidad de Chile (Chile) y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente en Análisis Económico del Derecho, Regulación Económica y Behavioral Law and Economics del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

Código ORCID: 0000-0003-0519-7992. Correo electrónico: daniel.monroy@uexternado.edu.co

Keywords: Behavioral sciences and law legal realism, scientific methods in law, behavioral economics, economic analysis of law.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. FIJACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: ¿POR QUÉ CUESTIONARSE SOBRE LA EXISTENCIA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO?.- II.1. EL DEBATE SOBRE INTEGRAR LAS CIENCIAS Y EL DERECHO.- III. LOS ANTECEDENTES DEL DEBATE SOBRE LA INTEGRACIÓN ENTRE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y EL DERECHO.- IV. *LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES* (1969): EL HITO FUNDACIONAL DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO.- V. UNA PRIMERA PROPUESTA SOBRE LA DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO.- VI. LA DEFINICIÓN MÁS CONTEMPORÁNEA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO: LA TENSIÓN ENTRE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL *BEHAVIORAL, LAW AND ECONOMICS*.- VII. CONCLUSIONES.

«la ley» sin efecto se aproxima a cero en su significado. Ignorar su efecto es ignorar su significado. Conocer su efecto sin estudiar a las personas a las que afecta es imposible
Llewellyn (1931, p. 1249)

Nadie tendrá jamás un dominio verdaderamente filosófico del derecho si es que no considera habitualmente sus fuerzas exteriores y que han hecho de él lo que es
Oliver Wendell Holmes, citado en Friedman y Macaulay (1977 [1969], p. 2)

I. INTRODUCCIÓN

Hoy día, cuando se habla del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, es común que este se asocie con el mismo *behavioral, law and economics* («análisis económico comportamental del derecho») o con el campo más amplio del *behavioral insights and law*, esto último a propósito de la integración de algunos aportes de la psicología cognitiva en la teoría económica (*behavioral economics*), y la proliferación en las últimas dos décadas de las iniciativas y agencias gubernamentales regulatorias denominadas «unidades nudge» (*nudge units*) (Zeina et al., 2019). No obstante, esta visión es solo una faceta contemporánea de la discusión, pues el reconocimiento del campo de estudio en que se integran las ciencias del comportamiento y el derecho es una discusión bastante anterior y encuentra sus orígenes no en la economía ni en la psicología cognitiva contemporánea, sino en la epistemología del

derecho y la propia doctrina jurídica. En efecto, las citas que encabezan este artículo, de dos de los principales representantes clásicos del movimiento del realismo jurídico, ya evidencian elementos de esta discusión. Por un lado, la cita de Karl Llewellyn destaca que hallar el significado del derecho solo tiene sentido si es que este tiene efectos en la realidad, y para conocer estos efectos la única opción es estudiar el comportamiento humano. Por su parte, la cita del célebre Oliver Holmes infiere que no basta con saber de derecho para comprender el derecho. De este modo, la solución de problemas jurídicos no solo depende de la dogmática o la lógica interna del derecho, sino que además depende de la incidencia de fuerzas externas a este que, a su vez, han ido moldeando lo que es el derecho en sí mismo. Dentro de estas fuerzas externas se encuentra el conjunto de lo que hoy denominaríamos las «ciencias sociales».

Consistente con estas tempranas opiniones de Llewellyn y Holmes, y respecto de la manera como el derecho se relaciona con la conducta humana y con dichas fuerzas o ciencias externas, el profesor Arthur Allen (1978) señalaba que la existencia y evolución del derecho ocurre a partir de su *lógica* interna. Esto es, el derecho contiene un sistema ordenado y coherente de términos que, a su vez, se deriva parcialmente, pero que en paralelo se aplica a la conducta e interacción entre las personas. A esto último el autor lo llama la «experiencia». De acuerdo con Allen, la evolución del derecho ha estado determinada por un intento de crear y de mantener una especie de *lógica* interna coherente que satisfaga suficientemente las exigencias individuales y sociales; es decir, que la lógica interna del derecho no falle demasiado a la hora de reflejar o modificar la experiencia de la cual, a su vez, se alimenta. Y para poder capturar esta experiencia resulta necesario que el derecho acuda a las fuerzas externas que ya mencionaba Oliver Holmes.

Así las cosas, estas primeras ideas confirman que no es novedoso discutir sobre la existencia de un campo de estudio en el que se integran el derecho y las ciencias sociales; de hecho, esta integración es uno de los elementos que define la corriente clásica del realismo jurídico (Hovenkamp, 2000, pp. 854-862). Sin perjuicio de ello, la primera pregunta que surge es si este campo coincide o es independiente del campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Este interrogante ya sugiere varias dificultades iniciales pues, si lo que se afirma es que este campo se define como aproximarse al conocimiento del derecho o a responder cuestiones jurídicas a partir de un enfoque científico que incluye o se alimenta del grupo de disciplinas de las ciencias sociales, entonces la *sociología del derecho* estaría incorporada dentro del campo de las ciencias del comportamiento y derecho. ¿Acaso también estaría incluido el *análisis económico del derecho* (AED)? ¿Estarían incluidos otros tipos de aproximaciones al derecho, desde otras disciplinas que

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

incorporen métodos científicos como la psicología, la ciencia política, la economía política o la antropología? Y, más aún, ¿acaso estas disciplinas cuentan como ciencias del comportamiento?

Sobre el particular, la hipótesis central de este artículo es que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho puede definirse y delimitarse, y que este campo ha estado en una constante y creciente evolución en los últimos sesenta años para reconocerse hoy como independiente de otras aproximaciones científicas al derecho. Al respecto, argumentaremos que hay tres características que permiten definir la evolución de este campo: a) el uso de conocimientos y métodos científicos aplicados al conocimiento y a cómo funciona el derecho en la realidad, b) el reconocimiento de una pluralidad de ciencias del comportamiento que se integran con el derecho, y c) la necesidad de colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento con el fin de conocer el derecho.

Con esta hipótesis en mente, el presente artículo está dirigido a responder las siguientes preguntas: ¿cuál es la relevancia de reconocer un campo de estudio en el que se integran las ciencias del comportamiento y el derecho? Si se reconoce la existencia y relevancia de este campo, ¿este coincide o es independiente de otros campos en los que se integran las ciencias (en general) y el derecho? ¿De qué manera ha ido evolucionando en la propia literatura jurídica y epistemológica la discusión sobre la definición y caracterización del campo de estudio? Y, finalmente, a partir de esta evolución en la literatura, ¿cuál es la definición más contemporánea del campo?

Con el fin de sustentar la hipótesis central de este artículo y responder las anteriores preguntas, este trabajo se divide en cinco partes. En la primera parte, delimitamos el problema de investigación y nos referimos, en concreto, a las implicaciones de preguntarse sobre la existencia de un campo de estudio denominado «ciencias del comportamiento y derecho». Las siguientes tres partes se refieren a la evolución de la discusión sobre la definición y caracterización del campo, de manera que en la segunda parte rastreamos los primeros antecedentes de la discusión, los cuales se ubican en los comienzos de la década de los años sesenta del siglo XX. En la tercera parte nos referimos al que consideramos el hito fundacional del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, que corresponde a la publicación de la obra de los profesores Lawrence Friedman y Stewart Macaulay, titulada precisamente *Law and the Behavioral Sciences*. A partir de este hito fundacional, en la cuarta parte presentamos una versión o primera propuesta sobre la definición del campo de estudio a partir de tres características. En la quinta parte, nos ocupamos de la evolución de la discusión posterior al hito fundacional *en comentario*, la cual ha girado en torno al AED y su tensión con el *behavioral, law and economics*. A partir

de ello, proponemos y contrastamos una definición y caracterización actualizada sobre el campo de ciencias del comportamiento y derecho. El escrito finaliza con unas breves conclusiones.

159

II. FIJACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: ¿POR QUÉ CUESTIONARSE SOBRE LA EXISTENCIA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO?

Una tesis anticipada podrá sugerir la trivialidad de preguntarse sobre la necesidad de reconocer una relación o unión entre el derecho y las ciencias del comportamiento. Si, como señalaba Hans Kelsen (1941), el derecho puede entenderse como un orden complejo de reglas que determina el comportamiento, que incentiva conductas mutuas de las personas y que las induce a ciertos comportamientos positivos o negativos (p. 75), ¿acaso no es trivial preguntarse sobre una integración entre derecho y ciencias del comportamiento? En realidad, esto no es trivial. Si lo fuera, entonces no habría controversia en considerar el derecho como una ciencia en sí misma, lo cual no solo es objeto de un agitado debate —como veremos en breve—; sino que, además, dicha científicidad es la pretensión central de enfoques como el AED y de los métodos de los cuales este se vale. Así, en los inicios del AED, Richard Posner (1972) sugería que así como la biología se vale de observaciones objetivas y de datos científicos para conocer los seres vivos, y la astronomía se vale también de métodos científicos para conocer las estrellas; análogamente, los métodos matemáticos y estadísticos de los que se vale la economía para comprender la conducta humana constituyen el mejor mecanismo para conocer el derecho (pp. 437-438). Por supuesto, esta opinión de Posner no solo es controversial, sino difícilmente aceptable para abogados y jueces, así como para profesores y estudiantes de las escuelas de derecho.

Descartada la trivialidad de preguntarse sobre la existencia de un campo que integra las ciencias del comportamiento y el derecho, es importante destacar que el reconocimiento de este campo supone dos niveles de aproximación: a) en el nivel inferior o más profundo, la pregunta se refiere a la integración entre el conocimiento científico en general y el derecho; es decir, se cuestiona la pertinencia, pero también los problemas de reconocer que exista un campo en el que se integran las *ciencias* (en general) y el *derecho*. b) El nivel superior de la misma pregunta depende del nivel inferior en el sentido de que se da por demostrada la necesidad de integración entre ciencia y derecho, y pasa entonces a preguntarse qué ciencias podrían proveer conocimientos —científicos— al derecho y si entre ellas se encuentra un grupo de disciplinas al que se le denomina «ciencias del comportamiento». En la subsección II.1 abordaremos el

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

primer nivel, más profundo, de aproximación; mientras que el resto del artículo se ocupará del nivel superior.

II.1. El debate sobre integrar las ciencias y el derecho

Respecto del primer nivel, más profundo, de la pregunta del párrafo anterior, es cierto que este debate posee innumerables aristas. No obstante, para nuestros efectos, consideramos suficiente con destacar algunas ideas muy generales sobre las posiciones de esta discusión para, a partir de ello, sintetizar las dos hipótesis opuestas sobre la pertinencia, pero también los problemas de integrar ciencias y derecho.

Sobre el contenido de este debate, conviene volver a la temprana opinión de un artículo de Oliver Holmes (1899) en donde se discute, precisamente, sobre la pertinencia y los problemas de que la ciencia se integre con el derecho. En su momento, Holmes destacaba que los abogados suelen justificar la existencia de cualquier norma y la manera como se resuelve un problema jurídico a partir de argumentos que no son científicos; esto es, suelen acudir a la tradición jurídica (incluso muy antigua) o encuentran una justificación en la política o en el cumplimiento de algún objetivo social que el gobernante de turno ha considerado importante, o incluso a veces son propensos a inventarse dicha justificación.

En atención a ello, Holmes sugería que la ciencia puede integrarse con el derecho con el fin de mejorar la argumentación, la justificación de las normas y así resolver problemas jurídicos. En lugar de justificaciones basadas en la tradición jurídica o en la política, la ciencia puede permitir a los juristas identificar diferentes objetivos sociales, y luego medir y ponderar el valor relativo de estos objetivos con el fin de proveer una justificación científica de una norma. Al tiempo, en una frase bastante célebre del mismo Holmes (1987), él intuía que «el jurista del futuro será el hombre de la estadística y maestro en economía» (p. 469), lo cual vaticinaba la manera como, con el correr del siglo XX, la ciencia se integraría con el derecho. Sobre este particular, y como lo señalan Ramello y Voigt (2020), el AED hizo realidad la segunda parte de la intuición de Holmes, mientras que los *estudios empíricos del derecho* (*Empirical legal studies*), con Ted Eisenberg a la cabeza, hicieron realidad la intuición de convertir a los juristas en «hombres de estadística».

Sin embargo, Holmes también advierte que por más confianza que pueda depositarse en la ciencia, es muy improbable que esta pueda suplementar o superar todas las justificaciones dadas desde la propia lógica del derecho. Por ejemplo, algunos objetivos sociales que justifican las normas jurídicas son anticipadamente inalcanzables; luego, serían objetivos imponderables o imposibles de medir desde una perspectiva científica. Sin embargo, el mérito de estos objetivos es precisamente

que sean inalcanzables, pues esto es lo que mantiene vigente el compromiso social —y el de los jueces— con esos objetivos, y de esta manera se mantiene viva la idea de que el derecho debe evolucionar constantemente y que siempre tendrá algo más por hacer y mejorar.

Una perspectiva más contemporánea sobre este debate es la presentada por la profesora Susan Haack (2009), quien evidencia las ventajas, el valor agregado que puede aportar el integrar la ciencia y el derecho, pero también las diferencias irreconciliables de esta unión. Sobre lo primero, la autora destaca que en el último siglo los avances científicos han supuesto evidentes mejoras en la calidad y certeza de las decisiones judiciales, esto especialmente en casos que involucran problemas técnicos complejos. Un ejemplo son las evidencias forenses basadas en pruebas de ADN, que han permitido pasar de simples conjeturas a resultados judiciales con un muy reducido margen de error. Adicionalmente, en el caso del diseño de las normas jurídicas, y dentro de estas la legislación o la regulación, la ciencia ha provisto los criterios para que el derecho se ocupe de regular el propio avance científico. Entre otros, la ciencia ha permitido revelar el por qué y cuáles investigaciones científicas pueden ser potencialmente peligrosas, y de esa forma ha provisto al derecho de la justificación sobre los límites éticos de la investigación. Esto último ha sido una cuestión especialmente relevante en áreas como el desarrollo de medicamentos, la investigación en materia de salud y la protección del medio ambiente.

Pero, pese a estas ventajas de integrar la ciencia y el derecho, la profesora Haack (2009) también considera que esta unión posee ciertas diferencias irreconciliables (pp. 7-24). Así, con un argumento similar al propuesto por Holmes un siglo atrás, la autora considera que existen problemas insalvables al justificar soluciones jurídicas a partir de la ciencia en lugar de restringirse a justificaciones basadas en la lógica interna del propio derecho. Al respecto, aunque no lo hace explícito, Haack parece asumir una posición filosófica realista sobre el progreso científico (Weston, 1992) e indica que, si el objetivo central de la ciencia es la búsqueda de una verdad científica, el problema es que esta idea de progreso y objetivo suele ser incompatible con el derecho. Es cierto que, en el caso de las decisiones judiciales, uno de los valores que persigue cualquier proceso judicial es también la búsqueda de la verdad, pero hay profundas diferencias entre la búsqueda de la verdad en la deliberación de un tribunal y la búsqueda de la verdad en la deliberación de la comunidad científica. Por ejemplo, los jueces o jurados de un tribunal colegiado pueden decidir sobre cuál es la verdad judicial por un proceso de votación, pero sería auténtica anticiencia que los científicos decidieran una verdad científica mediante un proceso de votación similar. Sobre este mismo punto, y como también lo destaca Goldberg (1994), el énfasis que abogados y jueces ponen en las formalidades y en el cumplimiento de las reglas procesales preclusivas para resolver problemas o conflictos no es algo conciliable con el énfasis

161

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

que hacen los científicos en el progreso —científico— como forma de resolver problemas y encontrar la verdad (p. 13).

Insistiendo en las diferencias irreconciliables entre ciencia y derecho, Haack (2009) señala que, en el caso de la decisión judicial, el argumento basado en la tradición y el dogmatismo jurídico virtualmente anula cualquier argumento basado en la ciencia. Por ejemplo, desde la antigüedad un valor u objetivo relevante del derecho es la celeridad y la certidumbre en el proceso —judicial— para la resolución de conflictos. Para ello, las normas que regulan el procedimiento judicial están caracterizadas por establecer múltiples estándares y reglas de conducta de las partes cuyo incumplimiento puede implicar, entre otras acciones, excluir pruebas útiles para la búsqueda de la verdad por parte del tribunal, y esto está justificado en una razón estrictamente procedimental que no está relacionada con la verdad científica y objetiva que contiene dicha prueba. Además, en el proceso de avance científico no existe ningún límite para volver atrás y discutir de nuevo cuestiones que ya se creían resueltas; en cambio, esta idea es incompatible con el proceso judicial, en donde existen buenas razones —que tampoco tienen nada que ver con la ciencia— para que, una vez agotado un proceso y resuelto un conflicto judicial, no sea posible devolverse para discutir otra vez cuestiones que ya se creen resueltas.

Mas allá de la decisión judicial, en el caso del diseño de las normas jurídicas (*vgr.*, la legislación y la regulación) y la propia evolución de cualquier sistema jurídico también existen profundas incompatibilidades para integrar la ciencia y el derecho. Al respecto, entre abogados y académicos del derecho es común afirmar que «el progreso científico va más rápido que los avances en el derecho». Sin embargo, esta afirmación resulta cuestionable y, de hecho, pareciera más fácil encontrar casos en los que es más plausible la afirmación contraria; es decir, que las soluciones y los avances que requiere el derecho para resolver problemas no pueden simplemente esperar a que ocurra el progreso científico. En ocasiones, el avance científico —esto es, la reunión de evidencias o pruebas científicas para llegar a una verdad o consenso científico— puede tardar incluso décadas, pero el avance del derecho simplemente no puede quedar sujeto a la lógica del avance científico. Como lo ha destacado Goldberg (1994), el derecho suele tener mucha más prisa que la ciencia por decidir y solucionar problemas; de este modo, la espera para resolver y decidir sobre algo incierto es *un lujo* de la ciencia que no puede darse el derecho, pues en su caso la ausencia o el retraso en tomar alguna acción es ya tomar una decisión que puede implicar efectos permanentes sobre la sociedad (p. 15).

Sobre este particular, el derecho posee su propia lógica sobre cómo enfrenta y resuelve situaciones de incertidumbre, y esta no puede

quedar sujeta a la lógica de cómo la ciencia resuelve una incertidumbre. Es por ello que los jueces suelen recurrir a presunciones para resolver la incertidumbre en el derecho, precisamente porque no pueden esperar que la ciencia la resuelva para tomar una decisión (Milon & Bouvet, 2019). A manera de ejemplo sobre esta tensión entre derecho y ciencia, el enfoque jurídico basado en el principio de precaución ha sido utilizado en múltiples jurisdicciones para justificar acciones de protección ambiental (vgr., normas para prevenir el calentamiento global) o respecto de la salud de las personas (vgr., regulación de medicamentos y de alimentos genéticamente modificados), aun con incertidumbre o ausencia de evidencias científicas que justifiquen dicha acción (Tallacchini, 2005).

A manera de síntesis preliminar, y a partir de estas ideas generales acerca del debate sobre la integración entre las ciencias y el derecho, podemos delinear las dos hipótesis opuestas sobre esta relación. a) La primera hipótesis señala que no existe —ni debe existir— una relación entre ciencias y derecho. De acuerdo con esta posición, sea por el conflicto con la lógica interna del derecho, sea por tradición o por su cercanía con la discusión política, el derecho y la práctica de abogados y jueces tienen la capacidad de generar el conocimiento suficiente para justificar sus normas y resolver problemas jurídicos, por lo que sería innecesario —cuando no indeseable— que el avance del derecho dependa de fuentes externas a él; es decir, que necesite de la ciencia para generar el conocimiento que aquel requiere. b) La segunda hipótesis defiende justo lo contrario: que no solo es deseable, sino que es necesario que el derecho se desprenda —al menos parcialmente— de su tradición, de su propia lógica interna, e incorpore innovaciones en la manera en que genera conocimiento para sí mismo; esto es, que se alimente o utilice fuentes externas, como el conocimiento científico, para avanzar y resolver adecuadamente problemas jurídicos.

Ahora bien, como ya indicamos, lo mencionado en párrafos anteriores corresponde al nivel más profundo de la discusión sobre la existencia de un campo de estudio al que pueda llamarse «ciencias del comportamiento y derecho». En el nivel superior de aproximación a la misma pregunta se da por demostrada la segunda hipótesis del párrafo anterior; luego, ya no se cuestiona la pertinencia de una unión entre ciencias y derecho, sino que dada que esta relación debe existir, ahora se pregunta sobre qué ciencias pueden proveer conocimientos al derecho y cómo deberían hacerlo. Por ejemplo, es cierto que, en ocasiones, el método científico utiliza herramientas matemáticas, modelos y pruebas empíricas para la generación de conocimiento, pero eso no significa que ciencias como la física o la química sean las mejores candidatas para proveer conocimientos al derecho. En contraste, parecería que los métodos y las ciencias sociales sí *podrían* proveer estos conocimientos. Ponemos énfasis en ese *podrían* porque, como también lo anticipamos,

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

es necesario cuestionarse si dentro del grupo de las ciencias sociales están incorporadas las ciencias del comportamiento o si esto último es un campo de estudio independiente. Como pasamos a evidenciar en las siguientes secciones del artículo, este será un punto que ha atravesado la evolución de la discusión de los últimos sesenta años.

III. LOS ANTECEDENTES DEL DEBATE SOBRE LA INTEGRACIÓN ENTRE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y EL DERECHO

Con el fin de debatir, definir y delimitar el campo de estudio en donde se unen las ciencias del comportamiento y el derecho, lo primero a destacar es que, sin perjuicio de las mencionadas primeras aproximaciones de finales del siglo XIX, lo cierto es que este es un debate que empieza a darse de manera explícita a inicios de la década de los sesenta del siglo XX. Es en este momento en el que la literatura —aunque tímidamente y sin mayor coordinación entre académicos— empieza a sugerir explícitamente que existe un campo al que puede denominarse las «ciencias del comportamiento y derecho». Al tiempo, en estos antecedentes empieza a discutirse que esta es un área relacionada, pero diferenciable y separable del campo de las ciencias sociales y el derecho.

En efecto, a partir de la búsqueda e identificación de literatura como base para la elaboración de este artículo¹, se encontró que la primera mención *explícita* del campo de estudio aparece en un artículo —de impacto moderado— de principios de los sesenta, titulado precisamente «The Use of Social and Behavioral Science Knowledge in Law» (Fahr & Ojemann, 1962) o, en castellano, «El uso del conocimiento de la ciencia social y comportamental en el derecho». El punto de partida del artículo es la idea básica —que ya mencionamos— de que el derecho y lo que hacen los abogados y los jueces se refiere a cuestiones relacionadas con la conducta y el comportamiento humano, así como con la interacción entre las personas y la sociedad; y, por tanto, que los científicos sociales y del comportamiento investigan sobre cuestiones a las que se refiere el derecho y que, a su vez, este incide sobre lo que investigan aquellos. No obstante, dicen los autores que, pese a reconocerse esta idea, suele ser omitida por los abogados principalmente porque el enfoque de los científicos sociales y del comportamiento suele ser menospreciado en la formación jurídica.

¹ La identificación de la literatura se realizó mediante una búsqueda sistemática de trabajos que emplearan conjuntamente los términos «behavioral science(s)» y «law». La exploración se efectuó principalmente en el buscador especializado Google Scholar, dada su amplia cobertura interdisciplinaria, y fue complementada con consultas en bases de datos especializadas como JSTOR y HeinOnline. Asimismo, se utilizaron funciones de rastreo de citas y de «artículos relacionados» del mismo Google Scholar para identificar trabajos afines. Este procedimiento permitió ordenar la literatura de forma cronológica y reconstruir un conjunto representativo de fuentes sobre el campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

Luego de hacer algunos apuntes sobre la científicidad y el conocimiento en las ciencias sociales, Fahr y Ojemann (1962) exponen varios casos concretos en los que las opiniones y dictámenes de científicos sociales y del comportamiento han colaborado e incidido explícitamente en el sentido de fallos judiciales, especialmente en materia penal. A partir de ello, los autores proponen nuevas áreas del derecho en las que podría darse similar colaboración de parte de científicos sociales y del comportamiento. En atención a ello, el artículo defiende la necesidad de actualizar la formación jurídica en el sentido de entrenar y preparar a los estudiantes de derecho en los métodos de las ciencias sociales y del comportamiento.

Poco tiempo después, Berns (1963) vuelve a aludir explícitamente al derecho y a la ciencia del comportamiento, y plantea nuevamente la cuestión de que pese a reconocerse desde siempre una relación entre *conducta y derecho*, los avances —en su momento— de los métodos de las ciencias del comportamiento, especialmente la sociología y la psicología social, seguían menospreciándose en el estudio del derecho. Según el autor, una de las razones de ello es que el ejercicio y la enseñanza del derecho es heredera de una serie de tradiciones provenientes incluso de la antigüedad (*vgr.*, la tradición del derecho romano) y que, por ello, el derecho se ha querido mantener como una disciplina independiente y bastante reticente a la innovación de sus métodos de estudio, lo que incluye entonces un rechazo a que enfoques innovadores como los de las ciencias del comportamiento se consideren pertinentes para el ejercicio y enseñanza del derecho.

Con el fin de corroborar esa tensión entre la tradición del derecho y la innovación que propone introducir las ciencias del comportamiento, Berns (1963) destaca que la lógica propia del derecho supone indagar sobre la *naturaleza* de las cosas para, a partir de ello, explicar la conducta de los agentes; mientras que las ciencias del comportamiento tratan casi exclusivamente de explicar las *motivaciones* y las *relaciones* entre agentes (p. 188). Así, en el enfoque tradicional, el estudio del derecho se pregunta, por ejemplo, qué decisiones ha tomado la Corte Suprema; y, a partir de ello, trata de predecir qué decisiones debería tomar. Es decir, el derecho se cuestiona sobre el contenido y la naturaleza del precedente judicial, y en torno a cómo este explica el comportamiento futuro de los jueces. En cambio, las ciencias del comportamiento se preguntan, por ejemplo, por qué y cómo los jueces de la Corte Suprema toman las decisiones que toman; es decir, se cuestiona sobre las motivaciones y las relaciones de los jueces al decidir para luego predecir cómo se comportarán en el futuro.

Según el propio Berns, una posibilidad de responder a esta pregunta sobre las relaciones y motivaciones de los jueces es haciendo uso

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

de la *teoría de juegos* (pp. 187-212). Esta teoría propone un modelo matemático para describir y predecir el comportamiento de los agentes que se *relacionan* con otros en ciertos tipos de situaciones sociales —por ejemplo, el comportamiento de los jueces dentro de un tribunal colegiado—, y a partir de este modelo es posible aislar las *motivaciones* del comportamiento individual de los jueces, lo que en conjunto permite formular una teoría *científica* sobre el comportamiento judicial. Vale anticipar: el uso de la teoría de juegos en el derecho como junto con otros modelos matemáticos dirigidos a explicar la conducta de las personas en el contexto de esta disciplina, fue posterior objeto de refinación en el contexto del AED, tal y como veremos más adelante.

Analizada en perspectiva, incluso hoy luce bastante disruptiva la propuesta de Berns —de hace más de sesenta años— sobre la incorporación de las ciencias del comportamiento, y concretamente la teoría de juegos, en el estudio del derecho. Sin embargo, el propio autor concluye con una visión bastante pesimista del futuro avance de este campo de estudio. Adicionalmente, más allá de la alusión explícita a las teorías científicas de la decisión individual, a la teoría de juegos, a la psicología social o a la filosofía política como dimensiones incorporadas en las ciencias del comportamiento, el autor no alcanza a proponer una delimitación del campo de integración entre estas ciencias del comportamiento y el derecho.

Un par de años después, otro par de artículos publicados simultáneamente —aunque también con un impacto modesto— volvieron a cuestionarse sobre la existencia del campo en el que se unen las ciencias del comportamiento y el derecho. Por un lado, en «Behavioral Science and the Law» (Kaplan, 1967) se reitera la falta de interés de los abogados por incorporar en sus estudios ideas de las ciencias del comportamiento, pero a su vez se trata la falta de interés de los científicos del comportamiento por investigar asuntos relevantes para el avance del derecho. En atención a ello, el autor destaca —a manera de propuesta— algunas cuestiones de la práctica del derecho en las que la introducción de las ciencias del comportamiento marcaría un importante avance. Por ejemplo, Kaplan destaca que en algunas jurisdicciones existen normas jurídicas que regulan o suprimen la exposición pública de materiales que se consideran obscenos (considérese el caso de las películas pornográficas) (pp. 66 y ss.). En este caso, los tribunales y abogados suelen defender estas restricciones a partir de las consecuencias que se producen en quienes son expuestos a estos materiales. A su vez, estas consecuencias suelen referirse a cambios en el estado mental de los sujetos expuestos al material sin que sea necesaria una acción manifiesta de su parte. De acuerdo con el autor, puede que este argumento sea consistente con la lógica jurídica tradicional, pero ¿dónde están las evidencias? ¿Puede refutarse el argumento? Al respecto, se sugiere que las ciencias del

comportamiento podrían aportar las pruebas para demostrar o refutar, según sea el caso, el argumento a partir de la síntesis de innumerables casos clínicos y de teorías sobre la conducta y la motivación humanas que demuestren la manera como la exposición a material obsceno estimula o no la conducta humana.

En la misma revista donde apareció el artículo anterior, Grundstein (1967) reitera la irrelevancia que han tenido para el derecho las ideas de las ciencias del comportamiento y luego se pregunta sobre cuál sería la ventaja de que estas se utilizasen en el derecho. Al respecto, el autor destaca que el derecho posee hoy una «autointeligencia inadecuada», pues ha sido incapaz de desarrollar por sí mismo un cuerpo propio de conocimientos que se acerque al que genera cualquier campo de conocimientos basado en la ciencia. Es decir, Grundstein pone el acento en el problema de la ausencia de científicidad del derecho para generar sus propios conocimientos y, por tanto, sugiere que las ciencias del comportamiento podrían resolver este problema. Por ejemplo, en el área normativa del derecho, entre otras, la discusión sobre la «justicia» está dominada por la filosofía y el conocimiento generado a partir de la acción de filosofar. En este contexto, el autor se pregunta si la ciencia del comportamiento podría proporcionar una base de conocimiento más consistente para fundamentar esta área normativa del derecho. La respuesta a esta pregunta es afirmativa. Otro ejemplo: dos disciplinas incorporadas en las ciencias del comportamiento, la economía y la psicología, han desarrollado conocimiento científico sobre lo que se considera normativamente adecuado a partir de pruebas empíricas o basadas en la propia experiencia. Concretamente, la teoría económica de la utilidad individual y la teoría del valor en la psicología y la economía, así como la explicación sobre la formación de las preferencias, pueden proveer el conocimiento científico sobre lo que se considera normativamente adecuado cuando se trata de una elección social. De esta manera, este conocimiento científico puede servir de base para lo que el derecho debería considerar *justo*.

Con todo, a manera de síntesis de esta sección, y sin perjuicio de que los anteriores son los primeros antecedentes en la literatura que aluden explícitamente y reconocen un campo de estudio en el que se unen las ciencias del comportamiento y el derecho, no sobra reiterar que estos fueron esfuerzos descoordinados y, en su momento —y hoy día—, son trabajos que han tenido un impacto relativamente modesto en la propia academia. Además, más allá de señalarse en estos antecedentes algunos caminos y ejemplos en los que el derecho se beneficiaría de una integración con las ciencias del comportamiento, no se logra avanzar en la definición de este campo de estudio. No obstante, este desinterés de la academia por reconocer la existencia del campo de estudio y de

167

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICSBEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

definirlo fue una situación que cambió a finales de la misma década de los sesenta, tal y como pasaremos a demostrar.

IV. LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES (1969): EL HITO FUNDACIONAL DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO

A finales de la década de los sesenta ocurre el que consideramos el hito fundacional del campo de estudio determinado por la unión entre las ciencias del comportamiento y el derecho. Esto se da a partir de la publicación de la primera edición del libro de los profesores de derecho Lawrence Friedman y Stewart Macaulay titulado, precisamente, *Law and the Behavioral Sciences* (1977 [1969]). Se considera un hito fundacional, pues esta publicación tiene dos características relevantes que marcan una diferencia con los antecedentes de la discusión señalados en la sección anterior: a) primero, que es un texto que compila en un solo volumen la revisión de poco menos de cien lecturas y artículos académicos, los cuales se ordenan y se agrupan en seis capítulos temáticos² que, en conjunto, conforman una especie de *estado del arte* —hasta ese momento— sobre la literatura relativa al campo de las ciencias del comportamiento y derecho. b) Segundo, que esta publicación es la que instala las bases de la discusión posterior sobre la definición y caracterización de este campo de estudio, bases que mantienen su influencia y se proyectarán incluso hasta los debates más actuales, tal y como veremos en la última sección de este artículo.

Sobre la definición del campo, es necesario advertir que en este hito fundacional se destaca una aparente contradicción en la que se reconoce que efectivamente existe un *nuevo* campo de estudio en el que se integran las ciencias del comportamiento y el derecho, pero al tiempo se reconoce que existen muchas dificultades y problemas para definirlo. Sin perjuicio de ello, nuestra hipótesis sobre este punto es que una lectura detenida del texto de Friedman y Macaulay, y de textos posteriores, sí permite —como lo argumentaremos en la siguiente sección— proponer una primera definición y caracterización del campo de estudio.

Como punto de partida y guía del resto del libro, Friedman y Macaulay (p. 1) intentan definir y delimitar el campo de las ciencias del comportamiento y derecho a través de dos caminos: a) primero, los autores sostienen que este campo puede definirse a partir de describir lo que hacen los científicos sociales interesados en el estudio del derecho;

2 El primer capítulo se refiere a las definiciones y perspectivas del campo; el segundo capítulo ofrece una descripción de cómo funciona el derecho, el sistema legal en la sociedad (*Law-in-Society*); el tercer y cuarto capítulo se refieren a los intercambios que se dan del derecho hacia la sociedad (capítulo tres) y de la sociedad hacia el derecho (capítulo cuatro); el quinto capítulo se refiere al sistema legal entendido como un sistema social; y el sexto capítulo se refiere a algunas cuestiones generales de cultura jurídica comparada.

y, b) segundo, que este campo también puede definirse a partir de los esfuerzos explícitos de académicos por encontrar esta definición, que sin embargo —insisten los autores— son esfuerzos que han provocado bastantes controversias en la propia academia.

Respecto del primer camino para definir el campo, Friedman y Macaulay describen el trabajo previo de varios científicos que desde comienzos del siglo XX ya habían abordado aproximaciones al derecho bastante heterogéneas, entre otras se menciona el análisis empírico y cuantitativo del derecho (especialmente de las decisiones judiciales), el realismo jurídico, el análisis de los problemas legales a partir de la psicología, el realismo conductual, los análisis antropológicos de las costumbres de las sociedades preindustriales sin sistemas jurídicos, la etnografía del derecho, el análisis institucional del derecho y el AED. No obstante, sin dejar de lado estas múltiples aproximaciones, parece que luego de la Segunda Guerra Mundial el campo de estudio de mayor crecimiento y en el que hubo más científicos sociales interesados fue el de la denominada «sociología del derecho». Es decir, pareciera que al momento de la publicación del libro *Law and the Behavioral Sciences* el campo de las ciencias del comportamiento y derecho correspondía y se fundía con la misma sociología jurídica.

Respecto del segundo camino para definir el campo, este es incluso más problemático y con mayores controversias. Al respecto, Friedman y Macaulay (pp. 8 y ss.) hacen un importante esfuerzo de revisión de la literatura con el fin de distinguir cuatro aproximaciones en las que el campo del *Law and the Behavioral Sciences* y la sociología del derecho incluso se tratan como sinónimos. Estas cuatro aproximaciones se denominan: la instrumental, la del derecho natural, la del positivismo jurídico y la aproximación paradigmática. Ahora, más allá del contenido de cada una de estas cuatro aproximaciones y la tendencia señalada de fundir el campo de las ciencias del comportamiento y derecho con la sociología del derecho, para nuestros efectos lo más importante es destacar la conclusión que los autores derivan de la dificultad para definir el campo de estudio que, como dijimos, será el punto partida y guía del resto del libro:

Al seleccionar y organizar los materiales para este libro, no hemos seguido ninguna de estas definiciones del campo [de las ciencias del comportamiento y derecho] con exclusión de las demás. Uno de nuestros objetivos fue introducir a quienes son nuevos en el estudio social del derecho en los principales tipos de trabajos que podrían encajar dentro de una definición plausible del área y reconocer que la propia definición del campo de estudio es objeto de debate. Cada una de las propuestas [de definición] tienen valor, pero la mayoría de las críticas también tienen cierto sentido. Es posible que el campo termine

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

dividiéndose en varias subdisciplinas distintas, correspondientes a diferentes enfoques (pp. 27-28).

A partir de las ideas anteriores y la conclusión recién citada, podrían formularse dos hipótesis que, en cualquier caso, sepultarían o harían inútil definir el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. La primera hipótesis es que, si el campo de las ciencias del comportamiento y derecho puede fundirse con la sociología del derecho, entonces eso supondría que uno de los dos campos sería redundante; ergo, no sería necesario definirlo, y lo más probable es que el campo redundante sea el de las ciencias del comportamiento y derecho. La razón de ello es que, a diferencia del agitado debate sobre la definición y caracterización del área de las ciencias del comportamiento y derecho, el mismo debate es mucho más pacífico y decantado cuando se trata de discutir sobre qué es y cuáles son los límites del campo de la sociología del derecho. Si ello es así, ¿qué necesidad hay de desgastarse en un debate sobre la definición de un campo de estudio para luego afirmar que es redundante?

La segunda hipótesis se deriva de la afirmación de Friedman y Macaulay de que ellos no siguen en su libro ninguna definición del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, con exclusión de otras. De ello se infiere que cualquiera de estas definiciones, aun cuando tenga un contenido que contradiga a otras, seguiría siendo —para efectos del libro— una definición admisible. Esta afirmación no solo pareciera revelar una posición que no dice nada o acomodada para no entrar en el debate, sino que es evidentemente contradictoria, pues si, por ejemplo, la manera como el derecho natural define el campo controvierte la definición del positivismo jurídico, sería un sinsentido afirmar que las dos definiciones son simultáneamente admisibles, tanto para el derecho natural como para el positivismo jurídico. En el mejor de los casos, podría decirse que cuando los *iusnaturalistas* se refieren al campo de las ciencias del comportamiento y derecho están hablando de algo distinto a cuando los *iuspositivistas* se refieren a este mismo término; pero esto es lo contrario a afirmar que cuando cualquier académico se refiere a las ciencias del comportamiento y derecho está hablando de algo sobre lo que el resto de la comunidad académica comprende más o menos lo mismo.

Sin perjuicio de estas dos hipótesis, que —como se dijo— conducirían a sepultar o harían inútil o redundante definir el campo de las ciencias del comportamiento y derecho, existe una tercera hipótesis que, por el contrario, conduciría a argumentar que este no es solo un campo delimitable, sino independiente y separable de otros campos de estudio —no solo de la sociología del derecho—. Esto es, un campo con una importante literatura y, a la vez, un área de estudio que, aunque en su momento parecería no reconocerse en la academia, en realidad ya

había sido foco de creciente atención por parte de múltiples académicos. Como pasaremos a argumentar, esta hipótesis nos conducirá a sugerir una primera definición y caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

V. UNA PRIMERA PROPUESTA SOBRE LA DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO

Reafirmando el hito fundacional que marca el libro *Law and the Behavioral Sciences*, dijimos que este texto constituye un estado del arte —hasta ese momento— sobre los aportes de autores anteriores a este campo. Sobre el particular, vale destacar que quince años después de su primera edición, el mismo profesor Stewart Macaulay publicó un artículo que retomaba las ideas centrales de su libro para ocuparse nuevamente del debate sobre la definición del campo. Este artículo se titula precisamente «Law and the behavioral sciences: Is there any there there?» (Macaulay, 2020 [1984]) o «Derecho y las ciencias del comportamiento: ¿hay algo ahí?», en castellano. De ese trabajo se infieren varias ideas que, en conjunto, permiten argumentar que el de las ciencias del comportamiento y derecho es un campo de estudio definible, delimitable y separable de otros campos de estudio, incluyendo la sociología del derecho. Consideramos cinco argumentos que respaldan esta hipótesis.

En primer lugar, Macaulay sostiene que, cuando estaba diseñando el libro (junto con el profesor Friedman), el campo de las ciencias del comportamiento y derecho estaba casi inexplorado, con —hasta ese momento— unos pocos artículos clásicos conocidos y citados por la academia (p. 462). Al respecto, creemos que esta afirmación es bastante modesta y no da cuenta del verdadero avance del campo, incluso hasta hace sesenta años. En efecto, no podemos más que hacer conjeturas sobre cuáles son los artículos que Macaulay llama «unos pocos clásicos conocidos»; sin embargo, al revisar el libro *Law and the Behavioral Sciences* (1977 [1969]), este no solo se trata de la revisión, compilación y ordenación temática de los casi cien artículos antes mencionados, sino que en la bibliografía seleccionada por los autores se referencian más de setecientos artículos y lecturas *adicionales* referentes al campo de estudio. En este orden, resulta risible afirmar que un campo que ya contaba con ese volumen de literatura hace sesenta años podría considerarse como un campo «casi que inexplorado» y «con pocos artículos conocidos». Por el contrario, se corrobora que incluso para finales de la década de los sesenta, el campo de las ciencias del comportamiento y derecho ya estaba bastante activo y contaba con un centenar de autores haciendo aportes a la literatura y participando en los debates del campo.

171

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

En segundo lugar, Macaulay (2020 [1984]) también señala que, concomitante o tras la publicación de *Law and the Behavioral Sciences*, ocurrió una especie de explosión o diluvio de hechos, ideas y trabajos académicos relacionados con las ciencias sociales y del comportamiento, y el derecho que corroboran la existencia e importancia del campo (pp. 461-462). Entre los hechos más destacables se cuenta que aparecen en la misma época varias revistas científicas que abordan explícitamente temas sobre este campo, entre ellas *Law & Society Review*, en la cual se reclama desde sus inicios la necesidad de más investigaciones que impliquen una conexión más estrecha entre el derecho y las ciencias del comportamiento (Yegge, 1968); *Law & Policy*, que inició en 1979; el *Journal of Legal Studies*, fundado por Richard Posner en 1972 con el objetivo inicial de aplicar métodos científicos al estudio del derecho, especialmente métodos matemáticos y estadísticos ya incorporados en las ciencias sociales (Posner, 1972); y la revista *Law and Human Behavior* de la Sociedad Americana de Psicología y Derecho (AP-LS), concentrada en artículos empíricos y metanálisis sobre la intersección entre el comportamiento humano y el derecho, especialmente aquellos relacionados con la justicia penal.

En tercer lugar, Macaulay destaca algunas ideas no exhaustivas que implícitamente reivindican los reclamos de Llewellyn y del célebre Oliver Holmes —mencionados en la introducción de este artículo— sobre el enfoque del realismo jurídico y que, al tiempo, reiteran la despreocupación del derecho y de la educación jurídica por conectar el propio derecho con la *realidad social* en la cual se inserta. Esto porque aun cuando en las facultades de derecho se *enseña derecho*, no se aprende cómo funciona y cómo se ejerce el derecho en la realidad. Esto último es conocimiento que suelen construir los abogados y jueces intuitivamente y a través de su propia experiencia; es decir, sin un método científico. Como lo ha señalado el realismo jurídico, *una cosa es el derecho en los libros y otra cosa es el derecho en la realidad* (Stephenson, 2009, p. 198). En lugar de la intuición y la experiencia individual, esta brecha puede ser resuelta integrando el derecho con las ciencias del comportamiento, lo cual también exige que los científicos del comportamiento salgan de su nicho y aprendan de derecho y de cómo funciona.

Sobre esta desconexión del derecho con la realidad social en la cual se inserta, vemos, por ejemplo, que las escuelas de derecho y de juristas suelen despreocuparse del hecho de que el *derecho no es gratis*. Esto es, en la realidad pocas personas pueden permitirse invertir recursos en contratar abogados y pagar los costos para defender sus derechos; y, al tiempo, algunos de los que sí cuentan con esos recursos suelen invertirlos en sacar de la competencia a sus oponentes más pobres, lo cual es a su vez una amenaza que disuade a muchos de ingresar en el juego (Galanter, 1974). Por otro lado, también suele omitirse que la aplicación

y el funcionamiento del derecho en el día a día no depende tanto de la labor de los jueces, sino de la discrecionalidad de lo que Lipsky (2010 [1980]) llamó «los burócratas de la calle» (*street-level bureaucracy*), como los agentes de policía, los guardias de las prisiones, los secretarios de los juzgados o los que administran la atención del público en agencias gubernamentales. Estos burócratas son difíciles de supervisar porque en su día a día son los que controlan y reportan en informes la *versión oficial de los hechos*. Además, por las restricciones de recursos (económicos), es imposible que estos burócratas cumplan con todo lo que las normas o el derecho les obliga; y, por tanto, tienen la discrecionalidad de elegir qué funciones llevarán a cabo, a qué personas les aplican las normas y de qué forma. Como resultado, estos burócratas pueden elegir qué objetivos perseguir o justificar sus decisiones según lo que consideren que mejor sirve al interés público o a su propio beneficio.

En cuarto lugar, los abogados y los estudiantes de derecho suelen sobrestimar el rol del propio derecho como sistema para dar orden a la conducta, a las interacciones interpersonales y para resolver conflictos sociales. Sostener que vivimos en un mundo de *pluralismo legal*, dice Macaulay (2020 [1984], p. 463), significa aceptar que, en la realidad, la jurisdicción en que se resuelven muchos conflictos sociales suele ser una especie de *gobiernos privados* que desplazan al derecho formal; por ejemplo, la mafia, los grupos religiosos, las organizaciones de vecinos, las familias, etc. Estos *gobiernos privados* compiten entre sí y con el derecho en el sentido de que poseen sus propios estatutos, constituciones y sistemas de interpretación de reglas, y a veces utilizan sanciones informales para reglar la conducta y dar orden a las interacciones, que en ocasiones suelen ser más disuasivas que las sanciones *legales*. Entre las sanciones de estos *gobiernos privados* están los ajustes de cuentas —en las organizaciones criminales— o también el boicot, la estigmatización y el ostracismo social. En el contexto de este *pluralismo legal*, las ciencias del comportamiento bien podrían tender un puente entre el derecho y estos *gobiernos privados*.

En quinto lugar, y como consecuencia de los puntos anteriores, no es que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho sea redundante respecto de cualquier aproximación científica al derecho, incluyendo la sociología del derecho, pues ello implica una visión muy estrecha del estudio científico del derecho. Tampoco es que haya un argumento acomodado o una contradicción cuando se dice que, dependiendo de la aproximación científica que se haga, entonces cambia la definición de este campo. Por el contrario, el campo posee tanto contenido que es imposible que un solo grupo de académicos o científicos lo dominen completamente. Dice Macaulay (pp. 488-489) que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho consiste en comprender el derecho con *un lente de gran angular*. Esto significa que el contenido

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

de este campo supone saber de derecho, entender sus formalismos y su lógica interna, y conocer las normas; pero también es saber de sociología, entender a Habermas, saber de AED y de herramientas de análisis empírico y cuantitativo, tener conocimientos en psicología, en filosofía y economía política, en etnografía, etc. Pero, además de ello —y quizá lo más importante—, es que este campo supone insistir en el diálogo y en aprender de y con los demás. Esto es, que juristas, abogados y estudiantes de las escuelas de derecho aprendan de quienes se dedican a cada una de las disciplinas científicas mencionadas, pero también que estos últimos aprendan de lo que hacen los abogados y de lo que ocurre en las escuelas de derecho.

Vale decir, que el campo de las ciencias del comportamiento y derecho requiera un diálogo y colaboración entre juristas y otras disciplinas (vgr., economistas, psicólogos, sociólogos, etc.) no es solo para definirlo, sino también para llamar la atención y refrendar las mencionadas dificultades destacadas por Fahr y Ojemann (1962) sobre el menosprecio de las ciencias y los científicos sociales en la formación jurídica. De hecho, no es menos cierto que entre quienes se dedican a diferentes ciencias del comportamiento persisten similares dificultades de diálogo y colaboración. A manera de referencia, el célebre economista del comportamiento y nobel de economía Richard Thaler menciona en su libro *Misbehaving* (2016) no solo el recelo de juristas como Richard Posner ante aceptar el uso de la economía del comportamiento en el estudio del derecho, sino también la resistencia al diálogo entre economistas ortodoxos y economistas del comportamiento

Con todo, y a manera de síntesis, una primera propuesta para la definición de las ciencias del comportamiento y derecho parte de afirmar que este campo es bastante más que reconocer que existe una interacción entre el comportamiento humano y el sistema jurídico. En suma, este campo puede definirse a partir de estas tres características:

- 1 *Conocimiento y métodos científicos aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad*: la amplia literatura ya existente en este campo refrenda y sugiere la necesidad de utilizar conocimientos y métodos científicos con el fin de mejorar la comprensión y la solución de los problemas a los que se dirige el derecho, y de cómo este se relaciona con la realidad social y la conducta humana. En ese sentido, se trata de insistir en la idea de que en las escuelas de derecho no solo se «aprenda de derecho», abstrayéndose de la realidad social y comportamental en que este se inserta.
- 2 *Pluralidad de ciencias del comportamiento*: las ciencias del comportamiento (en plural) que se integran a esta mejor comprensión del derecho y de las soluciones que este provee a los problemas de la realidad social y comportamental en la que

se inserta superan y, por tanto, se distinguen de ciencias como la sociología del derecho, pues además incluyen la psicología, la economía, la ciencia política, la etnografía, la antropología, etc.

- 3 *Colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento*: la variedad o pluralidad de ciencias del comportamiento, y de los métodos que cada una de estas utiliza, supone una visión de *gran angular*. Esto significa que no es posible hablar de expertos individuales en ciencias del comportamiento y derecho, sino que el desarrollo del campo depende de la activa colaboración y el diálogo entre profesionales del derecho y los científicos expertos en cada una las diferentes ciencias del comportamiento.

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

VI. LA DEFINICIÓN MÁS CONTEMPORÁNEA DEL CAMPO DE LAS CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y DERECHO: LA TENSION ENTRE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL *BEHAVIORAL, LAW AND ECONOMICS*

A partir de la anterior caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, conviene insistir en que, concomitante a la publicación del libro *Law and the Behavioral Sciences* a finales de la década de los sesenta, ocurrió una explosión o diluvio de hechos, ideas y artículos académicos que corroboraban el activo debate del campo incluso hace más de cincuenta años. Sin embargo, en el momento de su publicación, sus autores difícilmente pudieron prever que, de esta explosión, las ideas que han tenido mayor protagonismo han sido las que se insertan dentro del enfoque neoclásico o convencional del AED, lo que ha determinado que por tanto, en los últimos cincuenta años, la trayectoria y el debate mismo sobre el contenido y al interior del campo de las ciencias del comportamiento y derecho haya girado mayoritariamente en torno al AED.

Sobre el mayor protagonismo del AED neoclásico, ya dijimos que, en el volumen inaugural del *Journal of Legal Studies*, Richard Posner (1972) destaca que los métodos matemáticos y estadísticos de los que se vale la economía para comprender la conducta humana constituyen el mejor método para el estudio del derecho (pp. 437-438). Esta opinión es corroborada por Murray (2012), quien, a pesar de sus objeciones al AED, señala que uno de los cánones de este enfoque es defender la superioridad científica de los argumentos fundados en la economía como el mejor método para formular hipótesis de análisis respecto del derecho (pp. 635 y ss.). Luego de medio siglo, los hechos parecen corroborar el protagonismo y superioridad del AED respecto de otros enfoques en el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Por ejemplo, con corte de principios de la década anterior, el artículo

académico más citado en la literatura jurídica es «The problem of social cost» (2013 [1960]) o, en castellano, «El problema del costo social», del nobel de economía Ronald Coase (Shapiro & Pearce, 2012); y el autor más citado en la misma literatura jurídica es el propio Richard Posner (Shapiro, 2021).

No obstante, no es menos cierto que este protagonismo y superioridad del enfoque ortodoxo del AED ha sido debatido desde otras perspectivas. Por un lado, desde el realismo jurídico, siempre se ha reconocido la interdisciplinariedad y utilidad en el derecho de incorporar ciencias como la sociología, la antropología y la ciencia política; pero, a la vez, el mismo realismo jurídico ha rechazado la utilidad de la economía y, sobre todo, se objeta el uso de la teoría económica neoclásica en el análisis del derecho, especialmente por la excesiva abstracción de esa teoría y su pretensión de separarse de cualquier agenda política (Hovenkamp, 2000, pp. 854 y ss.).

Por otro lado, también existen objeciones no menos importantes respecto del AED neoclásico al interior de la propia economía; es decir, desde otras perspectivas o escuelas del AED como la nueva economía institucional, la economía austriaca, el enfoque del *Public Choice* (Monroy, 2023, pp. 241-243) y, por supuesto, desde la contrapropuesta iniciada por Guido Calabresi (2023) en lo que se conoce como *Law and Economics* como alternativa al *Economic Analysis of Law*. Como pasamos a demostrar, este último tipo de objeciones permitirán proponer una definición y caracterización más contemporánea del campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Esta es una definición que refrenda, pero también actualiza la definición del campo propuesta al final de la sección anterior.

Sobre este particular, si bien desde el dominio de las diferentes escuelas de pensamiento económico se ha criticado el enfoque económico neoclásico y, por tanto, a la versión dominante del AED, quizá la crítica más incisiva es la que proviene de la psicología cognitiva. En breve, el punto central del debate es que en la base que fundamenta la corriente dominante del AED se encuentra, con una posición axiomática, la conocida «teoría de la acción racional», que en síntesis indica que cuando una persona toma cualquier decisión —dentro o fuera del mercado—, esta puede ser modelada incluso matemáticamente, asumiendo que esta decisión maximiza una función de utilidad, que le antecede un análisis costo-beneficio, que se dirige a satisfacer el interés propio, y que responde a un conjunto de preferencias dadas y estables en el tiempo (Monroy, 2023, p. 275). Sin embargo, desde la década de los setenta, y a partir de los trabajos sobre heurísticas y sesgos de los psicólogos Kahneman y Tversky (1974), la teoría de la acción racional y su posición axiomática dentro de la economía ha sido objeto de una feroz crítica, lo cual ha dado origen

al enfoque de la *economía del comportamiento* (o *behavioral economics*). Cuando esta crítica se concreta en la racionalidad de la toma de decisión que subyace al AED convencional, al enfoque se le denomina «análisis económico comportamental del derecho» (o *behavioral, law and economics*).

Sobre este particular vale decir que, sin los elementos, los modelos sobre sesgos y heurísticas propuestos inicialmente por el *behavioral economics*, no hubiera sido posible que se desarrollara posteriormente el *behavioral, law and economics*, y sus consecuentes objeciones, primero respecto de la teoría, y luego sobre varias de las aplicaciones del AED convencional. En ese orden, sobre las objeciones a la teoría, Richard Thaler (1980) publicó a principios de la década de los ochenta un artículo en el que cuestiona la teoría de la acción racional convencional, y para ello argumenta que los experimentos sobre intercambios de bienes revelan un sesgo llamado «efecto dotación» o *endowment effect*. Una década después se publicó un artículo que se vale de los experimentos sobre el *efecto dotación* para demostrar la falibilidad y las inconsistencias del influyente teorema de Coase (Kahneman *et al.*, 1990), con lo cual el *behavioral economics* cuestionó una de las piezas nucleares de la teoría que subyace al AED convencional. Por otro lado, la crítica del *behavioral economics* al teorema de Coase a partir del efecto dotación desató una importante literatura que introdujo varias objeciones y ajustes respecto de diversas aplicaciones del AED, como las desarrolladas por Hovenkamp (1991), Korobkin (2003), o Jones y Brosnan (2008).

Ahora bien, aunque puede afirmarse que el *behavioral, law and economics* se origina en los artículos referenciados sobre el efecto dotación y el teorema de Coase en la década de los ochenta, el reconocimiento explícito de este campo ocurre con la publicación del influyente artículo de Jolls *et al.* (1998), titulado «A Behavioral Approach to Law and Economics» (en castellano, «Una aproximación comportamental al análisis económico del derecho»), y se refrenda con el posterior y exitoso libro *Nudge* (Thaler & Sunstein, 2021 [2008]). Actualmente, la ya abultada y creciente literatura académica sobre el *behavioral, law and economics* toma como referencia directa estos textos. No obstante, quizá por la misma influencia y el éxito de estos trabajos, tiende a afirmarse que este enfoque ocupa todo el campo de debate y —como se mencionó al inicio de este artículo— tiende a confundirse este enfoque con el mismo campo actual de las ciencias del comportamiento y derecho; es decir, es como si al objetarse el AED, concretamente desde la teoría de la acción racional, el resultado fuera que el *behavioral, law and economics* y las ciencias del comportamiento y derecho se hubiesen convertido en lo mismo. Sin embargo, aunque sin duda existen traslapes entre estas dos perspectivas, también persisten diferencias que permiten defender que se trata de enfoques de un contenido y naturaleza diferente.

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

Al respecto, vale mencionar que a comienzos del siglo XXI varios académicos se reunieron en la Universidad de Northwestern en un simposio llamado «Realismo jurídico empírico: una nueva evaluación científico-social del derecho y el comportamiento humano», lo cual dio lugar a una publicación con varios artículos académicos que tenían como objetivo volver a discutir los fundamentos conceptuales de las ciencias sociales y del comportamiento, además de su integración con el derecho, así como discutir cómo diferentes fenómenos psicológicos han influido en el desarrollo de algunas doctrinas jurídicas. Entre los académicos que participaron en este simposio no solo había juristas, sino también expertos en psicología, sociología, ciencias cognitivas e investigación empírica, que tenían en común utilizar el enfoque de la economía del comportamiento con el fin de objetar y matizar la noción dominante de racionalidad en la que se basa el AED (Brest, 2002). En este orden, nótese que en este simposio se reconoce que, para volver a discutir sobre los fundamentos del campo que integra las ciencias del comportamiento y el derecho, se requiere la participación y el diálogo entre juristas y científicos de diferentes especialidades, lo que ratifica uno de los elementos que —como dijimos en la sección anterior— ya definía este campo. No obstante, la diferencia más evidente es que una tesis o idea común que une a estos científicos es centrarse en la economía del comportamiento y su oposición al AED convencional como la *nueva* base para (re)definir los fundamentos del campo.

A manera de ejemplo sobre este punto, el profesor Mark Kelman (2002) presentó en este simposio un panorama conceptual del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, para lo cual contrasta los hallazgos de las ciencias del comportamiento con la tradición dominante de la racionalidad del AED en la enseñanza y el ejercicio del derecho. En este sentido, y para efectos de establecer este panorama conceptual, el artículo de Kelman presenta la siguiente estructura de ideas: a) con el fin de ratificar la importancia y actualidad del campo, se señala que muchos de los hallazgos de los científicos del comportamiento se relacionan directamente con cuestiones que enfrentan juristas y quienes crean normas jurídicas; y b) que el enfoque económico convencional deriva descripciones y predicciones bastante detalladas de la proposición básica y generalizada de que los individuos son, esencialmente, racionales y maximizadores de la utilidad esperada. Sin embargo, c) esta proposición es un supuesto irrealista sobre la conducta humana, lo cual puede conducir a predicciones y recomendaciones imprecisas en áreas particulares del derecho; y los hallazgos de los científicos del comportamiento van dirigidos a evidenciar estas imprecisiones. d) Pero, a diferencia de lo que ocurre con la teoría de la acción racional, el enfoque de las ciencias del comportamiento tiene la capacidad de explicar cuestiones particulares, aunque sus hallazgos tienen dificultades

para conectarse entre sí e integrarse en torno a una teoría unificada sobre la toma de decisión. De ahí que, e) contrariamente a proponer una teoría científica general, estos hallazgos se presentan a través de un catálogo de teorías particulares que corresponde a los sesgos, heurísticas o anomalías cognitivas sintetizados por el *behavioral economics*; por ejemplo, el efecto dotación, la devaluación reactiva, el sesgo de retrospectiva, la heurística de disponibilidad y centenares de anomalías cognitivas más.

Así las cosas, la aproximación de Kelman *aparentemente* corrobora que la redefinición de los fundamentos del campo de las ciencias del comportamiento y derecho corresponde o coincide con la definición actual del *behavioral, law and economics*, y su especial insistencia en oponerse a la versión dominante de racionalidad individual del AED, sustituyéndola con el catálogo de teorías particulares que comprenden los sesgos, heurísticas o anomalías cognitivas. Sin embargo, resaltamos que esto es una *apariencia*, pues una lectura más detenida de la literatura sobre *behavioral, law and economics* permite diferenciarlo del campo de las ciencias del comportamiento y derecho; pero, a su vez, complementar y actualizar su definición y contenido.

En efecto, también a comienzos de siglo XXI, los profesores Russell Korobkin y Thomas Ulen (2000) publicaron un extenso artículo con un título igual al del texto fundacional de los años setenta de los profesores Friedman y Macaulay, es decir, «Law and Behavioral Science», aunque le incluyeron como subtítulo: «Eliminando el supuesto de racionalidad del análisis económico del derecho». Aunque este subtítulo describe parte del objetivo del artículo, esto es algo secundario. En realidad, el objetivo principal es evidenciar los avances del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, especialmente en la década de los noventa, y a partir de ello evaluar y discutir una definición del campo que —como pasamos a demostrar— posee inadvertidamente una identidad, pero también representa una actualización significativa respecto de la manera como se definía y caracterizaba el mismo campo a partir del mencionado hito fundacional de los años sesenta de los profesores Friedman y Macaulay.

La estructura del artículo, como el de Kelman (2002), sigue el esquema típico de un artículo dirigido a explicar qué es *behavioral, law and economics*; esto es, describe la teoría de la elección racional que subyace al AED convencional y, al tiempo, evidencia las deficiencias de dicha teoría y, por tanto, del AED. Sobre lo primero, los autores ratifican la revolución y el enorme éxito que ha tenido el AED, y también destacan la elegancia científica de la teoría de la acción racional y su pretensión de aplicación universal al comportamiento individual. No obstante, respecto de las deficiencias del enfoque, se afirma que como consecuencia de su propio éxito, el AED se ha ido degradando

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

porque ha pasado de ser una especie de análisis jurídico que incorporaba herramientas económicas a convertirse en una subdisciplina de la economía que utiliza el derecho como un objetivo más; y, además, porque la elegancia y sofisticación científica que subyace al AED y el uso de las matemáticas ha tendido a convertirse en un objetivo en sí mismo, omitiendo —paradójicamente— la lógica interna del derecho y la realidad de la conducta humana. En otras palabras, es como si con el avance del AED, con la creciente elegancia de su teoría y su pretensión de universalidad, este se hubiera degradado a un enfoque más preocupado por demostrar su propia sofisticación científica que por serle útil al derecho, o por explicar adecuadamente el comportamiento humano e integrarse al estudio y la lógica interna del derecho.

Como puede constatarse, Korobkin y Ulen (2000) ponen sobre la mesa tres objeciones que —inadvertidamente— retoman debates anteriores sobre la integración entre las ciencias del comportamiento y el derecho: en primer lugar, tal como lo señalamos en la primera sección de este escrito, si bien no se cuestiona que el derecho se beneficia —y sí se ha beneficiado— de los argumentos y justificaciones basadas en el conocimiento científico, también es cierto que ni las ciencias en general ni las ciencias del comportamiento en específico pueden obviar que no es posible que estas suplementen o superen todas las justificaciones dadas desde la lógica interna del derecho. En segundo lugar, que el uso de los métodos matemáticos para modelar la conducta humana de los que se valen la economía y el AED convencional, pese a su elegancia y sofisticación, ni son objetivo en sí mismo ni son una cualidad que ubica al AED en una posición superior respecto de otras ciencias del comportamiento; y, por tanto, contrario a lo defendido por Richard Posner cincuenta años atrás, resulta cuestionable afirmar que estos métodos sean los mejores para integrarse al estudio del derecho. En tercer lugar, Korobkin y Ulen retoman inadvertidamente la idea de la *pluralidad de ciencias del comportamiento* que se integran al derecho que mencionamos en la sección anterior (pp. 1072-1073).

Sobre esta última objeción, vale apuntar que una crítica común a la economía del comportamiento es que esta ha sido incapaz y está lejos de proveer una teoría coherente, general y completa sobre la conducta humana que pueda sustituir a la teoría de la acción racional (Ulen, 2014, pp. 28 y ss.). Esta afirmación es cierta, pero no por eso es una crítica consistente. Así, es cierto que sería conveniente y bastante útil contar con una única teoría general sobre el comportamiento que fuese universalmente aplicable a la conducta de las personas en el contexto del derecho —como lo pretende la teoría de la acción racional—, pero esta pretensión de universalidad quizá es importante para algunos economistas, aunque no es algo que le importe ni a los juristas ni a los responsables de crear normas jurídicas. Más aún, esta pretensión

de universalidad es incompatible con la complejidad de la conducta humana y con la sofisticación y la realidad del derecho mismo, por lo que no tiene sentido práctico ni científico insistir en ella.

Sobre este particular, la mayoría de las normas jurídicas están dirigidas a grupos de personas y sectores de la población particulares que desempeñan roles específicos diferentes y que operan en contextos también distintos; por tanto, la previsión de la respuesta de cada uno de estos grupos es algo independiente de la previsión de las respuestas de otros grupos, sea que estas respuestas sean iguales o no. En otras palabras, no hay razón para que la ciencia del comportamiento que predice las respuestas más probables de uno de esos grupos sea la misma ciencia que mejor funcione para predecir las respuestas de otro grupo. Por ejemplo, las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos afectan el comportamiento de —cuando menos— dos grupos diferentes de personas: los consumidores y los fabricantes de productos. Quizá la teoría o ciencia del comportamiento que mejor predice las respuestas de los consumidores a estas normas no pueda predecir las respuestas de los fabricantes; por ello, cuando menos es necesario utilizar dos teorías o ciencias del comportamiento para predecir las respuestas de cada uno de estos grupos. En este caso, es probable que la economía neoclásica y la teoría de la acción racional convencional predigan con bastante precisión la respuesta de los fabricantes a estas normas, pero en el mismo caso es probable que los consumidores adopten estrategias de decisión basadas en heurísticas de las que trata el *behavioral economics* y, por lo mismo, que esta teoría prediga mejor la respuesta de estos consumidores a las mismas normas. Explicado así, nótese que en lugar de una contradicción necesaria se corrobora la posibilidad de encontrar puentes o espacios de complementación entre el AED neoclásico y el *behavioral, law and economics* (García-Tejeda, 2023).

Esto corrobora el argumento de Korobkin y Ulen (2000) cuando sugieren renunciar a la pretensión de universalidad de una única *ciencia del comportamiento* (en singular) que se integre al derecho y, en lugar de ello, proponen valerse de una colección de miniteorías específicas o *ciencias del comportamiento* (en plural) para cada uno de los diferentes grupos de personas y que, además, resulten útiles en el análisis de diferentes problemas jurídicos. Nótese que esta idea vuelve a descartar el protagonismo y superioridad de la teoría de la acción racional, pero no implica renunciar a su uso ni objeta que esta ciencia del comportamiento se integre con el derecho y, por lo mismo, no implica desconocer el trabajo de los economistas ni los avances que efectivamente ha representado el AED. Mas bien, esta idea refrenta la visión *de gran angular*, la idea de la *pluralidad* de ciencias del comportamiento que —como señalamos en la sección anterior— es parte de las características que definen el campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
*BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS*

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

Con todo, a manera de síntesis final, y teniendo en mente la propuesta de la definición y caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho presentada en la sección anterior a partir del hito fundacional *Law and the Behavioral Sciences* de la década de los sesenta, retomamos en el mismo orden las tres características ya expuestas con el fin de evidenciar de qué manera el debate de los últimos cincuenta años protagonizado por la tensión entre el AED convencional y el *behavioral, law and economics* permite refrendar, pero también actualizar algunos elementos de esa definición.

1. *Conocimiento y métodos científico aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad*: el avance del AED supuso una ruptura con la larga tradición de vinculación entre el realismo jurídico y el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. El éxito de este enfoque en los últimos cincuenta años se tradujo en una enorme literatura que corrobora la utilidad de usar los conocimientos y métodos científicos con el fin de mejorar la comprensión y la solución de problemas jurídicos. El AED ha ocupado la mayor parte del debate en el campo de las ciencias del comportamiento y derecho, pero uno de sus problemas es que, en su esfuerzo por incrementar el grado de abstracción y sofisticación de sus teorías, fue perdiendo la noción de cómo realmente se comportan las personas y, por tanto, de cómo interactúan estas con las normas jurídicas. En reacción a ello, los hallazgos de la economía del comportamiento, trasladados al estudio del derecho a través del *behavioral, law and economics*, pretenden corregir los problemas del AED y recomponer dicha ruptura con el realismo jurídico. Este enfoque refrenda la idea de integrar el conocimiento empírico y los métodos científicos de la psicología cognitiva con el fin de comprender con mayor realismo el comportamiento de las personas y cómo interactúan con el derecho.
2. *Pluralidad de ciencias del comportamiento*: a diferencia de la economía neoclásica y, en consecuencia, del AED, el *behavioral, law and economics* no cuenta —al menos, no todavía— con una teoría científica singular que pretenda ser universalmente aplicable para predecir el comportamiento humano. En lugar de ello, este enfoque predice la conducta individual, incluyendo la respuesta a los cambios en las normas, a partir de la síntesis de un catálogo de teorías particulares —o miniteorías— que corresponde a los sesgos, heurísticas o anomalías cognitivas. Sin embargo, la ausencia de una teoría científica singular y universalmente aplicable a la conducta no puede tratarse como un defecto científico de la economía del comportamiento, ni tampoco descartar la utilidad de la teoría de la acción racional que subyace al AED. Por el contrario, ello profundiza la idea

de *pluralidad* de teorías científicas del comportamiento que se integran dentro del campo de las ciencias del comportamiento y derecho.

3. *Colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento*: la mayor pluralidad de ciencias del comportamiento, que ratifica y profundiza el enfoque del *behavioral, law and economics*, confirma que es imposible hablar de expertos individuales en ciencias del comportamiento y derecho. Hace cincuenta años, los expertos en AED poseían un alto grado de consenso en torno a señalar la teoría de la acción racional como la mejor para predecir la conducta en el contexto del derecho, pero la economía del comportamiento ha minado ese consenso, lo cual no significa eliminar el uso de la teoría de la acción racional, ni tampoco prescindir de la economía más ortodoxa del panorama de las ciencias del comportamiento y el derecho, sino profundizar esa visión de *gran angular* sugerida por el profesor Stewart Macaulay hace cuarenta años; esto es, una colaboración y el diálogo no solo entre economistas y psicólogos, sino entre ellos, los expertos en las demás ciencias del comportamiento y, por supuesto, con profesionales del derecho.

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

VI. CONCLUSIONES

Para efectos de las conclusiones de este artículo, presentamos las que consideramos las cuatro principales aristas o momentos de la discusión sobre el reconocimiento y caracterización del campo de las ciencias del comportamiento y derecho: a) reconocer los beneficios, pero también los problemas que implica integrar las ciencias en general con el derecho; b) la manera como esta discusión se presenta cuando se concretiza en el caso de la integración entre ciencias del comportamiento y derecho; c) la definición, caracterización y evolución del campo; y d) una reflexión final sobre el avance más actual y el futuro del mismo campo.

¿Integración entre ciencias y derecho? El problema de la búsqueda de la verdad

Por más confianza que pueda depositarse en las ciencias y el razonamiento científico, no es posible que los argumentos científicos reemplacen todos los argumentos y justificaciones en el derecho basadas en su propia tradición y la lógica interna. Por supuesto, este debate sobre la integración entre ciencias y derecho no es nuevo, pues se está discutiendo cuando menos desde hace más de un siglo en la literatura.

Sobre este debate, el punto central es que de acuerdo con el realismo científico, el objetivo de cualquier ciencia es el conocimiento o descubrimiento de la verdad, pero la manera como ocurre el progreso

científico y el cumplimiento de dicho objetivo poseen una naturaleza distinta al proceso de la búsqueda de una verdad conforme la lógica interna del derecho. En efecto, el progreso de la ciencia no es un proceso lineal y preclusivo en el sentido de que no existen límites para que, una vez demostrada una verdad, puedan surgir nuevos hechos o nuevas teorías que exijan devolverse para reiniciar el proceso de investigación y corroborar o refutar alguna verdad científica. En cambio, en el derecho, la búsqueda de la verdad suele depender del cumplimiento de procesos bastante reglados que, por ejemplo, imponen límites para devolverse incluso cuando surgen nuevos hechos o teorías que refutarían una verdad.

Además, existe la creencia de que la evolución del derecho, las normas, las regulaciones suele ir más lento que el progreso científico, pero la realidad demuestra que es más común lo contrario. La búsqueda de un consenso científico sobre la certidumbre de una situación o de una verdad científica es un proceso que a veces puede tomar décadas y, en muchos de estos casos, el derecho no puede esperar a que el progreso científico resuelva todas las incertidumbres científicas para entonces actuar.

Sobre la integración entre ciencias del comportamiento y derecho

Los problemas de integrar las ciencias (en general) y el derecho, por supuesto, se extienden al campo específico de integración entre ciencias del comportamiento y derecho, pero en este caso específico el debate posee sus propios matices. En efecto, incluso cuando empezó a surgir la literatura sobre ciencias del comportamiento y derecho a principios de la década de los sesenta, entre juristas y en la educación jurídica existía una visión de menosprecio sobre el uso de métodos de las ciencias del comportamiento en el ejercicio del derecho y en la formación jurídica. Al respecto, quizá la principal razón para rechazar la integración con las ciencias del comportamiento es la insistencia en la idea de que el derecho es portador de una serie de tradiciones provenientes incluso de la antigüedad que llevan a que este se mantenga como una disciplina independiente y bastante reticente a la innovación de sus propios métodos de estudio.

Sin embargo, esta ambivalencia de integrar las ciencias del comportamiento y el derecho dio un giro a finales de la década de los sesenta con la publicación del que consideramos el hito fundacional del campo: el libro titulado, precisamente, *Law and the Behavioral Sciences* (Friedman & Macaulay, 1977 [1969]). Al respecto, una idea explícita del libro y que guía su lectura es que, según sus propios autores, existen dificultades para definir el campo. Pero en este artículo argumentamos que, de una lectura detenida del mismo texto, es posible proponer una

primera definición y caracterización del campo de estudio, lo cual ratifica el hito fundacional que representa el texto de Friedman y Macaulay.

185

Definición inicial, caracterización y la evolución del campo de las ciencias del comportamiento y derecho en los últimos cincuenta años

Como hito fundacional, el libro *Law and the Behavioral Sciences* ilustra el estado del arte en la literatura sobre el campo. En este orden, a partir de este texto junto con algunos artículos posteriores, propusimos una primera definición del campo de las ciencias del comportamiento y derecho en torno a tres características, a saber: a) conocimientos y métodos científicos aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad, b) pluralidad de ciencias del comportamiento que se integran a derecho, y c) necesidad de colaboración y diálogo entre juristas y científicos del comportamiento.

No obstante, de manera casi inmediata a la publicación de *Law and the Behavioral Sciences*, ocurre una especie de explosión de hechos e ideas en torno al campo, dentro los cuales, durante los últimos cincuenta años, el mayor protagonismo lo han tenido las ideas que se insertan dentro del enfoque neoclásico o convencional del AED, un enfoque que, sin embargo, supuso una ruptura con el realismo jurídico con el que se identificaba el campo.

Por supuesto, el protagonismo del AED ha sido objetado por diversas perspectivas incluso dentro de la propia economía, pero quizá las objeciones más incisivas se han presentado desde la economía del comportamiento concretizada en la perspectiva del *behavioral, law and economics*. Como argumentamos en este artículo, este agitado debate entre el AED y la economía del comportamiento ha tenido un impacto transformador en la definición del campo de las ciencias del comportamiento y derecho, lo que nos permitió proponer una definición más contemporánea del campo que refrenda, pero también actualizar algunos elementos de esa definición del campo.

En primer lugar, sobre los conocimientos y métodos científicos aplicados a cómo funciona el derecho en la realidad, el *behavioral, law and economics* busca recomponer la ruptura con el realismo jurídico que supuso el AED y en su lugar propone integrar hallazgos de la psicología cognitiva para ofrecer así una visión más realista de la conducta humana y su interacción con las normas. En segundo lugar, el *behavioral, law and economics*, a diferencia del AED, no sigue una teoría universalmente aplicable al comportamiento humano, sino que propone una variedad de teorías particulares basadas en sesgos, heurísticas y anomalías cognitivas para predecir la conducta individual y la respuesta a

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
*BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS*

*BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS*

cambios en las normas. Pero esto, en lugar de ser un defecto, resalta la pluralidad de teorías científicas del comportamiento que se integran en el campo de las ciencias del comportamiento y derecho. Finalmente, y como consecuencia de esta pluralidad, el *behavioral, law and economics* profundiza la necesidad de colaboración y de mantener el diálogo entre juristas, economistas, psicólogos y los demás expertos en ciencias del comportamiento.

Una reflexión final sobre los antecedentes y el futuro del campo

Creemos que la manera como se ha desenvuelto la discusión de los últimos cincuenta años respecto del campo de las ciencias del comportamiento, evidencia y permite hacer algunas conjeturas sobre la expansión y el crecimiento futuro del campo. En efecto, hace cincuenta años Friedman y Stewart ya hablaban de la *economía* como una ciencia del comportamiento integrada al derecho, pero difícilmente pudieron prever la explosiva expansión que tuvo el AED en las décadas posteriores. Hace cinco décadas ya se hablaba de la psicología como ciencia del comportamiento integrada al derecho, pero era impredecible el posterior desarrollo del *behavioral economics* y su contundente crítica a la economía ortodoxa.

En este mismo sentido, hace cincuenta años las neurociencias eran parte de la ciencia ficción; hoy, en cambio, esto no solo no es ficción, sino que esta nueva ciencia del comportamiento cuenta ya con un importante reconocimiento y hay literatura que efectivamente se ha ido integrando al estudio del derecho. Lo mismo podrá decirse de los más recientes avances en materia de inteligencia artificial y su creciente integración al derecho.

Esto último ratifica no solo la importancia, sino la constante expansión del campo, y también corrobora la evolución —incluso la mayor precisión— de los métodos y conocimientos científicos que van integrándose progresivamente al estudio del derecho. Sin embargo, por más progreso científico que ocurra, ello no excluye —ni va a excluir en el futuro— que se mantenga abierto el debate y el escepticismo de que las ciencias (en general) puedan reemplazar los argumentos y el razonamiento jurídico derivado de su propia tradición y lógica interna.

REFERENCIAS

- Allen, A. (1978). Law and. *Yale Law Journal*, 87(5), 989-1011. <https://doi.org/10.2307/795759>
- Berns, W. (1963). Law and behavioral science. *Law and Contemporary Problems*, 28(1), 185-212. <https://doi.org/10.2307/1190729>

Brest, P. (2002). Empirical legal realism: A new social scientific assessment of law and human behavior. *Northwestern University Law Review*, 97(3), 1075-1076.

Calabresi, G. (2023). Sobre el derecho y economía y el análisis económico del derecho: El rol del abogado. En G. Calabresi, *El futuro del derecho y economía: Ensayos para la reflexión y la memoria* (pp. 31-76). Palestra.

Coase, R. H. (2013 [1960]). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 56(4), 1-44. <https://doi.org/10.1086/674872>

Fahr, S., & Ojemann, R. (1962). The use of social and behavioral science knowledge. *Iowa Law Review*, 48(1), 59-75.

Friedman, L., & Macaulay, S. (1977). *Law and behavioral sciences* (2.^a ed.). Bobbs-Merrill.

Galanter, M. (1974). Why the "haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, 9(1), 95-160. <https://doi.org/10.2307/3053023>

García-Tejeda, E. (2023). Behavioral law and economics: A complementary approach to the standard perspective. *Revista Derecho del Estado*, (57), 109-134. <https://doi.org/10.18601/01229893.n57.05>

Goldberg, S. (1994). *Culture clash: Law and science in America*. Nueva York University Press.

Grundstein, N. (1967). The relevance of behavioral science for law. *Case Western Reserve Law Review*, 19(1), 87-97.

Haack, S. (2009). Irreconcilable differences: The troubled marriage of science and law. *Law and Contemporary Problems*, 72(1), 1-24.

Holmes, O. W. Jr. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457-478. <https://doi.org/10.2307/1322028>

Holmes, O. W. (1899). Law in science and science in law. *Harvard Law Review*, 12(7), 443-463. <https://doi.org/10.2307/1321177>

Hovenkamp, H. (1991). Legal policy and the endowment effect. *The Journal of Legal Studies*, 20(2), 225-247. <https://doi.org/10.1086/467886>

Hovenkamp, H. (2000). Knowledge about welfare: Legal realism and the separation of law and economics. *Minnesota Law Review*, 84(4), 805-862.

Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. H. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50(5), 1471-1550. <https://doi.org/10.2307/1229304>

Jones, O. D., & Brosnan, S. F. (2008). Law, biology, and property: A new theory of the endowment effect. *William & Mary Law Review*, 49(2), 1935-1990.

Kahneman, D., Knetsch, J. L., & Thaler, R. H. (1990). Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem. *Journal of Political Economy*, 98(6), 1325-1348. <https://doi.org/10.1086/261737>

Kaplan, A. (1967). Behavioral science and the law. *Case Western Reserve Law Review*, 19(1), 57-70.

Kelman, M. (2002). Law and behavioral science: Conceptual overviews. *Northwestern University Law Review*, 97(3), 1347-1392.

Kelsen, H. (1941). The law as a specific social technique. *University of Chicago Law Review*, 9(1), 75-97. <https://doi.org/10.2307/1597151>

Korobkin, R. (2003). The endowment effect and legal analysis. *Northwestern University Law Review*, 97(3), 1227-1293.

Korobkin, R., & Ulen, T. S. (2000). Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144. <https://doi.org/10.2307/3481255>

Lipsky, M. (2010). *Street-level bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services* [edición revisada]. Russell Sage Foundation.

Llewellyn, K. N. (1931). Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264. <https://doi.org/10.2307/1332182>

Macaulay, S. (2020). Law and the behavioral sciences: Is there any there there? En D. Campbell (ed.), *Stewart Macaulay: Selected works* (pp. 459-493). Springer.

Milon, A., & Bouvet, R. (2019). Scientific uncertainty in courts: A France–Germany comparative perspective on litigation surrounding hepatitis B vaccination. *European Journal of Health Law*, 26(1), 5-25. <https://doi.org/10.1163/15718093-12261414>

Monroy, D. (2023). La escuela del análisis económico neoclásico. En D. Monroy (ed.), *Derecho económico: Fundamentos y escuelas* (pp. 235-337). Universidad Externado de Colombia.

Murray, M. D. (2012). The great recession and the rhetorical canons of law and economics. *Loyola Law Review*, 58(3), 615-654. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2012955>

Posner, R. A. (1972). Volume one of *The Journal of Legal Studies*—An afterword. *Journal of Legal Studies*, 1(2), 437-440. <https://doi.org/10.1086/467490>

Ramello, G. B., & Voigt, S. (2020). Let the data tell their own story: A tribute to Ted Eisenberg. *European Journal of Law and Economics*, 49, 1-6. <https://doi.org/10.1007/s10657-020-09641-x>

Shapiro, F. R. (2021). The most-cited legal scholars revisited. *The University of Chicago Law Review*, 88(7), 1595-1618.

Shapiro, F. R., & Pearse, M. (2012). The most-cited law review articles of all time. *Michigan Law Review*, 110(8), 1483-1520.

Stephenson, M. (2009). Legal realism for economists. *Journal of Economic Perspectives*, 23(2), 191-211. <https://doi.org/10.1257/jep.23.2.191>

Tallacchini, M. (2005). Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law. *Toxicology and Applied Pharmacology*, 207(2), 645-651. <https://doi.org/10.1016/j.taap.2004.12.029>

Thaler, R. H. (1980). Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1(1), 39-60. [https://doi.org/10.1016/0167-2681\(80\)90051-7](https://doi.org/10.1016/0167-2681(80)90051-7)

Thaler, R. H. (2016). *Misbehaving: The making of behavioral economics*. W. W. Norton & Company.

Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2021). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness* [edición revisada]. Penguin Books.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131. <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>

Ulen, T. S. (2014). Behavioral law and economics: Law, policy, and science. *Supreme Court Economic Review*, 21(1), 5-42. <https://doi.org/10.1086/675264>

Weston, T. (1992). Approximate truth and scientific realism. *Philosophy of Science*, 59(1), 53-74. <https://doi.org/10.1086/289654>

Yegge, R. (1968). Law and society association: President's report. *Law & Society Review*, 2(3), 349-351. <https://doi.org/10.1017/S0023921600014560>

Zeina, A., Islan, W., Calvo-Gonzalez, O., & Dalton, A. (2019). *Behavioral science around the world: Profiles of 10 countries*. World Bank Group. <https://apo.org.au/node/223781>

CIENCIAS DEL
COMPORTAMIENTO
Y DERECHO:
DEL REALISMO
JURÍDICO AL
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

BEHAVIORAL
SCIENCES AND
LAW: FROM LEGAL
REALISM TO
BEHAVIORAL LAW
AND ECONOMICS

Recibido: 04/06/2025
Aprobado: 13/01/2026

Entre ruptura y continuidad: de la exégesis a la libre investigación científica, pasando por Raymond Saleilles*

Between Rupture and Continuity: From Exegesis to Free Scientific Enquiry, Through Raymond Saleilles

OSCAR ENRIQUE TORRES RODRÍGUEZ**

Universidad Nacional Autónoma de México (México)

Resumen: El presente artículo analiza las transformaciones doctrinales de la interpretación del derecho en Francia, desde el surgimiento de autores tradicionalmente etiquetados como «movimiento de la exégesis» o «escuela de la exégesis» (denominada de ahora en adelante «exégesis»)¹ hasta la aparición de la libre investigación científica fundada por François Géný, pasando por el pensamiento del jurista francés Raymond Saleilles. Los autores de la exégesis, surgida tras la aparición del *Code civil* de Napoleón, representaron durante el siglo XIX el método oficial para comprender el derecho. Esta forma se basó en una visión formalista y estatista del Código Civil, preconcebido *parcialmente* como un sistema lógico, completo, claro y autosuficiente. Una gran parte de dichos autores proponían una interpretación declarativa del texto jurídico, centrada en la búsqueda del sentido evidente de la ley, una literalidad fuerte y la voluntad del legislador, restringiendo así de manera considerable la discrecionalidad judicial.

A finales del siglo XIX y principios del XX, las limitaciones del modelo exegético fueron evidenciadas por los cambios sociales y jurídicos. En respuesta, la libre investigación científica propuso una nueva forma de concebir la interpretación jurídica, incorporando algunos elementos como los hechos sociales, el sentido de la justicia y el derecho comparado. Aunque esta corriente criticó con severidad los excesos del método exegético, este artículo muestra que Géný y Saleilles no rompieron total ni radicalmente con la exégesis, sino que adoptaron varios de sus postulados, especialmente el respeto a la supremacía de la ley escrita.

* Todas las traducciones al español de las citas tomadas de textos redactados en idioma francés e inglés fueron realizadas por el autor de este artículo.

** Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Bachelor y doctor en Derecho por la Universidad Saint-Louis (Bélgica). Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en las materias de Introducción a la Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Código ORCID 0000-0002-2607-3342. Correo electrónico: oetorres@gmail.com

1 Respecto a las críticas sobre la existencia o inexistencia de la escuela o movimiento de la exégesis, el autor del presente artículo estuvo consciente desde un inicio de la bibliografía que ataca el hecho de que estos autores no formaron una escuela o movimiento. Este texto se encuentra alejado de dicha afirmación o debate. Sin embargo, como Jamin y Véronique Champpeil-Desplats, no podemos negar que hubo autores en el periodo de 1804 a 1880 que compartieron toda una serie de métodos para descubrir el sentido del derecho. En este artículo nos referimos a esos autores bajo el nombre de «exégesis».

A través de un análisis comparativo entre ambas corrientes, el presente texto muestra cómo la relación entre la exégesis y la libre investigación científica no debe entenderse en términos de oposición radical (como lo hicieron Chaïm Perelman y Julien Bonnecase), sino como una transición parcial marcada por cierta continuidad. Esta óptica permite reevaluar las transformaciones del pensamiento jurídico actual y sugiere que la evolución doctrinal ha estado marcada por una dialéctica de tensión en lugar de una ruptura radical, fusionando así la fidelidad hacia los textos jurídicos con cierta apertura a las realidades sociales.

Palabras clave: Exégesis, libre investigación científica, legiscentrismo, François GénY, Raymond Saleilles.

Abstract: This paper examines the doctrinal transformations in the interpretation of law in France. It starts with the rise of the Exegesis and the subsequent apparition of the Free Scientific Research movement, led by François GénY and Raymond Saleilles. Exegesis, which developed after the promulgation of Napoleon's *Code civil*, was the official method of legal interpretations throughout the 19th century. It was grounded in a formalist and statist vision of the Civil Code, viewed as a logical, complete, clear and self-sufficient system. This approach advocated a declarative interpretation of legal texts, focused on uncovering the evident meaning of the law and the legislator's intent, while considerably limiting judicial discretion.

By the late 19th and early 20th centuries, the limitations of the exegetical model became evident due to social and legal changes. In response, the Free Scientific Research movement introduced a new approach to legal interpretation, incorporating extra-legal element such as social facts, the demands of justice and comparative law. Although this movement strongly criticized the excesses of the exegetical method, this article argues that GénY and Saleilles did not completely break away from Exegesis; rather, they retained several of its principles, particularly the respect for the supremacy of written law.

Through a comparative analysis of both movements of thought, this study demonstrates that the relationship between Exegesis and Free Scientific Research should not be understood as one of radical opposition—as suggested by Chaïm Perelman and Julien Bonnecase—, but rather as a partial transition marked by continuity. This perspective allows us to reassess transformations in contemporary legal thought and suggests that doctrinal evolution has been shaped by a dialectic tension rather than a radical rupture, combining fidelity to written legal texts and openness to social realities.

Keywords: Exegesis, free scientific research, legiscentrism, François GénY, Raymond Saleilles.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DE LA SEMIRREDUCCIÓN DEL DERECHO A LA LEY ESCRITA Y LA IMAGEN DE UN SISTEMA FORMAL HACIA LA IMPORTANCIA RELATIVA DE LA LEY ESCRITA Y LA CRÍTICA A LA COMPLETITUD DE LA LEY.- III. DE UNA CONCEPCIÓN COMPLETAMENTE

ESTÁTICA HACIA UNA CONCEPCIÓN SEMIDINÁMICA DE LA LEY ESCRITA.- IV. DEL *DESCUBRIMIENTO* DEL SENTIDO EVIDENTE DE LOS TEXTOS Y DE LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR AL *DESCUBRIMIENTO* DE ELEMENTOS SOCIALES OBJETIVOS PARA INTERPRETAR LA LEY.- V. *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*: LA CLARIDAD DE LA LEY ESCRITA COMO LÍMITE A LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA.- VI. DE UN USO EXACERBADO DE LAS FORMAS LÓGICAS HACIA SU UTILIZACIÓN MODERADA.- VII. LA INTERPRETACIÓN LÓGICO-GRAMATICAL Y LA INCLUSIÓN DE ELEMENTOS SOCIOLÓGICOS Y METAFÍSICOS EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS JUDICIALES.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los hechos históricos que han marcado la historia del *civil law* fue sin duda la publicación sucesiva de los cinco famosos códigos napoleónicos, cuyos contenidos trascendieron las fronteras del país galo. A la promulgación del célebre Código Civil el 21 de marzo de 1804 (Gengembre, 2001, p. 40) le siguieron el Código de Procedimientos Civiles (1806), el Código de Comercio (1807), el Código de Procedimientos Penales (1808) y, finalmente, el Código Penal (1810).

La codificación de las más importantes porciones del derecho francés se acompañó intelectualmente y en materia civil del surgimiento de la «exégesis», entendida como «un período del pensamiento jurídico caracterizado» por la «actividad consistente en explorar los códigos» realizada por «un grupo de juristas» (Jestaz & Jamin, 2004, p. 72). Por su parte, Véronique Champeil-Desplats (2016) define a la exégesis como «un conjunto de juristas franceses de inicios del siglo XIX, quienes habrían formado Escuela por haber compartido con una supuesta comunidad métodos utilizados para el estudio y la aplicación del código civil francés» (p. 77).

El método propuesto por la exégesis fue considerado durante largo tiempo como la forma oficial de comprender e interpretar el derecho. El reinado exegético fue dividido doctrinalmente en tres etapas sucesivas, extendiendo su dominio durante casi un siglo: sus inicios (1806-1830), su apogeo (1830-1880) y, por último, el ocaso (1880-1900) (Bonnecase, 1924, pp. 26 y 41).

La denominación de «escuela» para referirse a la exégesis fue propuesta por Julien Bonnecase (1924, pp. 2-4). Debido al estudio histórico realizado por Philippe Rémy (1985b), podemos relativizar la idea de la formación de una verdadera «escuela». Para este autor se trató más bien de un conjunto heterogéneo de estudiosos del Código Civil (p. 115).

A pesar de la pluralidad de escritores exegéticos y las variantes relativas en sus concepciones sobre el derecho, su estudio y su interpretación, es

193

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

posible trazar un «modelo exegético» compuesto de ciertas tendencias dominantes más o menos compartidas por dichos juristas (Ost & Van de Kerchove, 1990, p. 165). Esta representación de la realidad —y esto mismo ocurre con el modelo formalista y sus aleaciones legalista, conceptual o jurisprudencial— no es la construcción de un *strawman* ficticio, una ilusión quijotesca de un molino de viento contra la cual se ha luchado y se sigue luchando hoy en día. Así, Raymond Saleilles, François Géný y, más tarde, Julien Bonnecase y Chaïm Perelman, desarrollaron su propio pensamiento jurídico de forma estratégica a partir de la crítica o las insuficiencias de lo que ellos denominaban el «método oficial» para referirse en realidad al método exegético.

Las ideas seductoras de la exégesis cayeron parcialmente en decadencia y, en su lugar, surgió la libre investigación científica en Francia como una forma *alternativa* de comprender el derecho. De acuerdo con la narrativa histórica generalmente difundida y aceptada en varios países, incluido México, Raymond Saleilles y François Géný marcaron un fuerte distanciamiento de los presupuestos y principios defendidos por la exégesis (Frydman, 2011, pp. 471-472), ensalzando así el carácter revolucionario de la *libre recherche scientifique*¹. Esta versión encuentra parcialmente un fundamento en las duras y férreas críticas realizadas por ambos autores en contra de los presupuestos y postulados detrás de la exégesis, su método de interpretación y sus excesos (Géný, 1914a, p. 64).

Esta narrativa generalizada apela a la necesidad de visitar las tesis de los autores de la libre investigación científica, en particular de Raymond Saleilles² y François Géný, para evaluar en qué medida y en qué aspectos estos juristas de contracorriente generaron un rompimiento sustancial con los presupuestos y postulados defendidos por la exégesis francesa.

Este ejercicio puede ser fácilmente realizado siguiendo meramente las bases del razonamiento comparativo. De tal suerte, tomaremos como *tertium comparationis* (es decir, criterios comunes de referencia sobre los cuales se comparan dos o más objetos) las visiones sobre el derecho y el razonamiento jurídico abrazadas por la exégesis y la libre investigación científica para así poder dibujar las similitudes y diferencias existentes entre ellas.

Al término de esta comparación estaremos en condiciones de observar que, contrariamente a la opinión generalizada, la libre investigación

1 Así, por ejemplo, con una desmesurada holgura, Julien Bonnecase (1928) se refiere al libro *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif. Essai critique* de François Géný (1914b) como una obra que «vino a revolucionar la ciencia del Derecho privado para no decir la ciencia del Derecho en general». Y agrega: «Incontestablemente, no hay en todo el siglo XIX, una publicación que haya tenido en el mundo jurídico un alcance y una repercusión que se le compare». En suma, «De pronto, el decano Géný, vino a derrocar la escuela de la exégesis y resucitar la escuela científica» (p. XL).

2 Si bien Raymond Saleilles no se autoadscribe a la libre investigación científica, resulta cierto que este influyó de manera determinante sobre su creador: François Géný.

científica internalizó los objetivos, así como algunas tendencias dominantes y postulados de la exégesis francesa, dando así *continuidad* al proyecto exegético y marcando, sin embargo, un *rompimiento parcial* en cuanto al camino a seguir para llegar a estos fines. En particular, ambos propusieron su propio método «objetivo» para comprender el derecho, tomando en consideración elementos relativamente distintos.

Por otro lado, los autores de la exégesis francesa —cuyo nombre evoca el elemento literal en el estudio y entendimiento de la Biblia— fueron generalmente conocidos por sostener y defender la reducción al mínimo del margen discrecional de los jueces, así como por haber formulado «métodos interpretativos» con trazos comunes que, como veremos más adelante, fueron propuestos siguiendo el ideal de cumplir decididamente con este objetivo. Detrás de esta empresa —fuertemente influenciada por los principios políticos posteriores a la Revolución francesa, en particular la representación indirecta como el único medio de expresión de la soberanía popular (barón de Montesquieu)—, y a pesar de su carácter ecléctico, se pueden identificar algunas cuestiones de la filosofía del derecho y de la interpretación internas al desarrollo de las perspectivas de ambas posturas. Así, de manera transversal, analizaremos las tendencias dominantes de la exégesis francesa y la libre investigación científica en cuanto a su concepción del derecho (II), su concepción estática o dinámica de la ley escrita (III), sus concepciones cognitivistas de la interpretación (IV), la claridad de los textos: *in claris non fit interpretatio* (V), el recurso a las diferentes formas lógicas (VI) y, finalmente, los métodos objetivos para interpretar el derecho (VII).

Por último, es necesario introducir algunas advertencias intelectuales. Si bien el presente artículo descansa mayormente en el aspecto interpretativo-filosófico de la exégesis, la libre investigación científica y el pensamiento de Raymond Saleilles, resulta conveniente aclarar que estas construcciones doctrinales se encuentran situadas en un contexto histórico-social específico. En efecto, la exégesis —o los autores de 1804 a 1880— surge como una respuesta a la necesidad de implementar un nuevo orden político y social tras la codificación napoleónica, considerada como un medio de construcción nacional posrevolucionario. De la misma forma, las críticas realizadas por François Géný y Raymond Saleilles se enmarcan en un contexto caracterizado por transformaciones sociales profundas, especialmente la industrialización, los inicios de movimientos obreros y el momento germinal del derecho laboral frente a la simple aplicación de las reglas civiles para resolver conflictos obrero-patronales. Las propuestas de los autores no obedecen exclusivamente a una mera reflexión abstracta, sino que dependen de nuevas y viejas demandas de una sociedad en plena mutación³.

3 Véase, al respecto, Frédéric Audren (2018, pp. 14-24).

Asimismo, cabe resaltar que las tendencias dominantes expuestas en este trabajo y atribuidas a los autores de la «exégesis» no constituyen ciertamente una posición homogénea ni libre de tensiones o excepciones doctrinales formuladas por algunos autores. Se trata, más bien de una reconstrucción ideal-típica que ayuda a identificar algunas características recurrentes e imperantes en ciertos autores, sin borrar las divergencias o los debates existentes entre los demás autores, en particular el aspecto relativo a la relación entre la letra de la ley y su espíritu (la intención del legislador).

II. DE LA SEMIRREDUCCIÓN DEL DERECHO A LA LEY ESCRITA Y LA IMAGEN DE UN SISTEMA FORMAL HACIA LA IMPORTANCIA RELATIVA DE LA LEY ESCRITA Y LA CRÍTICA A LA COMPLETITUD DE LA LEY

La exégesis francesa adopta una tendencia hacia la reducción parcial del derecho a la ley escrita y a ver esta última como una metáfora del sistema formal (y sus características). La reducción nunca fue completa, ya que la doctrina autorizaba a los jueces de manera extremadamente excepcional el recurso a la equidad mediante la aplicación del artículo 4 del Código Civil. Bajo otra perspectiva, observaremos que dicha tendencia descansó ampliamente, en primer lugar, en algunas ideas naturalistas, para posteriormente encontrar un cómodo lugar en el positivismo ideológico.

En cambio, Raymond Saleilles y François Géný otorgaron a la ley escrita un estatus importante, aunque relativo, donde esta es el primer y único punto de partida para encontrar la solución a los casos jurídicos. Sin embargo, todo el derecho no se agota ahí, ya que la ley no es completa y puede contener lagunas. Esto lleva a estos autores a considerar «otras fuentes» para resolver los conflictos judiciales.

El primer postulado detrás de la exégesis francesa consiste en adoptar una visión reduccionista del derecho, asimilándolo en gran parte a la ley escrita y, en particular, al Código Civil napoleónico. Esta concepción del derecho, cabe aclarar, no se encuentra sistematizada ni teorizada por los propios autores de la exégesis. Ciertamente, esta es el resultado *a posteriori* de un análisis de las obras que, en su mayoría, irradiaban la magnificencia del Código Civil.

En la realización de una radiografía histórica de la interpretación del Código Civil desde 1804 hasta finales del siglo XX, Eugène Gaudemet (1935) describe con exactitud que, después de la promulgación de dicho Código, «se ha planteado el principio según el cual todo el derecho está en la Ley» (pp. 9-10).

En este sentido, siguiendo a Léon Husson (1972), durante la exégesis se pensaba que «El Derecho está enteramente contenido en los textos jurídicos, de manera que la tarea del jurista consiste solo en extraer al Derecho de estos textos» (p. 116).

Desde esta óptica, Jacques Vanderlinden (1967) agrega cinco características más a la representación formal del Código napoleónico:

La racionalidad esperada de esta forma de codificación traduce esta propiedad esencial de los sistemas: el conjunto presenta un valor más importante que la suma de sus elementos aislados; la sistematización hacer surgir propiedades emergentes que cada elemento, considerado de manera individual, no presenta. De dicho código, se espera no menos de ocho perfecciones: la concentración de la materia jurídica, la publicidad, la manejabilidad, el ordenamiento lógico, la claridad, la ausencia de contradicciones, la completitud y la exclusividad (p. 163).

Cabe aclarar que cada una de estas características no corresponden a una descripción de cómo hacer ciencia del derecho, sino que constituyen expectativas que recaen en el autor de la ley. En esa línea, por ejemplo, se espera que la creación legislativa siga un orden «lógico», aunque en la realidad este no se respete.

Bajo estos presupuestos, los doctrinarios de la exégesis francesa dedicaron todos sus trabajos al estudio del derecho civil, teniendo en mente el *Code civil* como «el» modelo de la ley y como la fuente jurídica exclusiva que se impone al juez y regula las relaciones de carácter únicamente civil entre los ciudadanos franceses (contratos, matrimonio, filiación, adopción, sucesiones, etc.). A pesar de las diferentes alusiones a «las leyes» por parte de los autores de la exégesis francesa, en realidad se pensaba en el Código Civil. Desde un punto de vista histórico, el fenómeno de la multiplicidad de regulaciones especiales en Francia, dictadas progresivamente para regular de forma muy específica diferentes porciones del derecho civil, y la fragmentación de la unidad del Código Civil derivada de esta pluralidad legislativa, surgió durante los últimos años de vida de la exégesis (véase *infra*).

Al respecto, es preciso mencionar que, paralelamente al estudio exegético del derecho civil, la construcción de las nuevas doctrinas penal (Achille-François Le Sellyer y Joseph-Édouard Boitard)⁴ y administrativa (Charles-Jean Baptiste Bonnin, Édouard Laferrière, etc.) comenzaron a ver el día rigiéndose mediante presupuestos y postulados propios. Aunque estos autores de derecho penal y administrativo compartían en algunas cuestiones ciertas ideas con los civilistas exégetas —piénsese en la doctrina del sentido claro de los textos desarrollada por Laferrière

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

4 Para un estudio más profundo, véase Soula (2017).

(1896, pp. 498 y ss.)—, estos no son considerados por los historiadores como parte de la exégesis en Francia.

Por otro lado, esta consagración del *Code civil* como «el» modelo de la ley se acompañó de una representación conformada de tres postulados tomados de las propiedades de los sistemas formales. Es decir, la obra de Jean-Étienne Portalis, François Denis Tronchet y Jacques de Maleville fue ampliamente considerada como carente de ambigüedades y vaguedades (*condición de claridad*), de contradicciones (*condición de coherencia*), de lagunas y de múltiples respuestas (*condición de completitud*) (Dubouchet, 1986, pp. 216-220; Perelman, 1973, p. 232). Dicha representación, asimilable a un proyecto geométrico (Frydman, 2014, pp. 270-277), permitió movilizar la imagen de un Código perfectamente claro, sin contradicciones y portador de todas y cada una de las respuestas a los problemas sociales y jurídicos de esa época.

Durante los primeros años de la exégesis, la importancia atribuida al Código Civil encontró un sólido fundamento en el derecho natural: el texto napoleónico fue percibido por los primeros autores exégetas como la traducción fiel de los principios naturalistas de corte racionalista. En su *Cours analytique de Code Civil*, Antoine-Marie Demante (1849) afirma que «es la voluntad del legislador que constituye la Ley, pero esta voluntad se encuentra siempre determinada por un principio de justicia eterna o por un motivo de utilidad particular» (p. 12). En esa misma línea, Joseph-Marie Gérando (1819) también considera al derecho civil—en particular, al Código—y al derecho público como

una expresión desarrollada, una aplicación real del derecho natural, ambos cumpliendo, de cierta manera, los designios de la Providencia sobre la sociedad humana [...] La legislación civil nos enseña la probidad, la legislación pública nos enseña sobre todo la generosidad, el patriotismo, la franqueza y la devoción al bien (pp. 66 y ss.)⁵.

Asimismo, Bernard Beignier (1988) pudo trazar algunos rasgos iusnaturalistas racionalistas dentro del pensamiento de uno de los padres intelectuales detrás de la creación del Código Civil: Jean-Étienne Portalis (pp. 77-101).

Para comprender el linaje iusnaturalista racional de los primeros autores de la exégesis francesa es necesario remontarnos al *Ancien Régime* francés, época en la que los profesores de las universidades francesas (todas privadas y de tradición católica) enseñaban y comprendían el derecho positivo a partir de los principios del iusnaturalismo racionalista. Tras el

5 Entre otros autores que seguían estudiando el Código Civil desde esta visión iusnaturalista se encuentra Claude-Étienne Delvincourt (1813), quien abre su análisis del Código de Napoleón definiéndolo como «el arte de la justicia y la equidad, o la recopilación de los principios que sirven para distinguir lo justo de lo injusto, lo equitativo de lo no equitativo» (p. 1).

estadillo de la Revolución francesa de 1789, la Convención Nacional de 1793 marcó un capítulo en la historia de la educación nacional al suprimir mediante decreto las facultades de derecho. Las razones se encuentran tanto en los ideales revolucionarios sobre la creación de leyes iguales, accesibles y claras para todos los ciudadanos franceses (de manera que su estudio fue considerado innecesario), como en la intención política de deshacerse de toda huella de aristocracia, ya que el estudiantado de las facultades de leyes se conformaba de hijos de nobles y de la bien desarrollada clase burguesa. Una vez restauradas las facultades de derecho imperiales bajo el reino de Napoleón, el objetivo abiertamente declarado fue el estudio exclusivo del *Code civil* y, naturalmente, de otras las leyes del Estado. De esta suerte, la plantilla profesoral iusnaturalista racional regresó a las aulas (Rémy, 1985, pp. 93 y 99-102) y estos autores se convirtieron en los primeros doctrinarios de la exégesis y en comentaristas del Código napoleónico⁶.

Más tarde, este legiscentrismo pasó por un abandono progresivo de sus fundamentos de origen iusnaturalista racionalista hacia la adopción, sobre todo por parte de los autores exegeticos de mitades a finales del siglo XIX, de una concepción «sacramental» (Halpérin, 2003, pp. 91-94) del Código Civil por el simple hecho de ser «el» Código de Napoleón. Esto creó una especie de vínculo «emocional» —en términos de Christophe Grzegorzcyk (1992)— entre el *Code civil* y estos exégetas, basado en la idea de la «majestuosidad de la codificación napoleónica» (pp. 40-41). La codificación en materia civil materializó el ideal del *amour* por la ley perfecta (Ost, 2000, p. 64) que, a su vez, animó dos actividades realizadas por la exégesis: reunir un cúmulo de normas, dándoles un orden lógico a las relaciones jurídicas en el que podemos, por deducción, encontrar la solución a cada caso y asentar la legitimidad histórica del Código Civil. Al respecto, Raymond-Théodore Troplong considera a esta obra como la culminación moderna del derecho privado romano (Rémy, 1997, pp. 175-183) y busca su perennidad mediante el desarrollo del «método» exegetico de interpretación jurídica (véase, *infra*). Esta forma de pensar dio lugar a una especie de «positivismo jurídico como ideología» (Bobbio, 1991, p. 52) o, al menos a una actitud reverencial frente al Código de Napoleón. En otros términos, entre los autores del apogeo y ocaso de la exégesis se instaló la creencia de que el *Code civil* era justo y debía ser obedecido por el simple hecho de existir (Grzegorzcyk, 1992, p. 41). En este contexto, la ley escrita fue comprendida por varios autores exegeticos como el medio por excelencia de la manifestación o expresión «de la voluntad soberana del legislador, declarada por el órgano de la nación soberana» (Laurent, 1887, p. 13); o «la única fuente

6 De estos primeros comentarios destaca el de Jacques de Maleville, titulado *Analyse raisonnée du code civil*, que suscitó la famosa reacción por parte de Napoleón: «Mi código está perdido» (Gaudemet, 1935, p. 13).

de derecho (o, al menos, fuente primordial del derecho)» en la que «el legislador (o el constituyente), representante de la nación, es el único soberano habilitado a dictar el derecho» (Rabault, 1997, p. 22).

Un último rasgo del estatus central conferido a la legislación estatal, en particular al Código Civil francés de 1804, encuentra una expresión en sus relaciones con la equidad. A pesar de este legiscentrismo abrazado por los autores de la exégesis, la equidad siguió figurando en el panorama doctrinal, aunque ciertamente de manera *extremadamente reducida*: la excepción confirmaba la regla.

Así, en ocasiones muy raras y excepcionales, los exégetas se permitían a sí mismos recurrir a los principios de la equidad para resolver ciertos problemas prácticos, particularmente cuando las técnicas interpretativas imperantes en esa época para determinar el sentido de los textos no eran exitosas. Así, para François Laurent (1887), representante de la exégesis en Bélgica, el doctrinario debía descartar completamente toda consideración a la equidad en el estudio y comprensión del derecho, así como las resoluciones de problemas prácticos, en caso de que el Código Civil se pronunciara explícitamente sobre una situación en concreto: «cuando el derecho ha hablado», nos dice el autor belga, «el intérprete ya no puede escuchar a la equidad» (p. 60). La *equidad del jurisconsulto*, de acuerdo con Charles Demolombe (1847),

no se muestra únicamente por las inspiraciones de la conciencia y de la razón natural, sino también —y, sobre todo— mediante el atento estudio, por la apreciación inteligente de los textos de ley, de los principios de la ciencia jurídica y las necesidades de la sociedad (p. 53).

En teoría, algunos autores de doctrina monopolizaron completamente el recurso excepcional a la *équité* frente al juez. Al respecto, Alexandre Duranton (1837) no duda en afirmar que «los jueces deben juzgar siguiendo la ley, aunque su aplicación a la causa fuese injusta» (p. 56). En esta misma dirección, Charles Demolombe (1947) señala:

me parece que, incluso en materia civil, si el demandante solo invoca en apoyo de su pretensión una regla de derecho natural, no sancionada incluso indirectamente o implícitamente por la ley, esta no debe figurar en las conclusiones del juez. ¿Esto quiere decir que el juez está violando el artículo 4 rechazando resolver el caso? No, sin ninguna duda. El juez llegará simplemente a la conclusión de que la demanda no está fundada (p. 52).

Más adelante, expresa con mayor firmeza que «[el juez] no puede substituir la voluntad del legislador por su opinión personal, el juez es simplemente el órgano del primero» (Duranton, 1837, p. 115).

Sin embargo, mediante la referencia al artículo 4 del *Code civil* (que obliga a los jueces a resolver una controversia en caso de insuficiencia u oscuridad de la ley, bajo pena de incurrir en denegación de justicia), varios autores admitieron que los jueces podían recurrir excepcionalmente a la equidad para resolver las controversias (Laurent, 1887, pp. 57-58; Toullier, 1846, p. 113). En particular, Victor-Napoleon Marcadé (1844) mencionaba que

El juez deberá siempre pronunciarse, supliendo la ley, ya sea mediante inducciones sacadas de la ley misma, o ya sea, recurriendo a la justicia de los tribunales, a la doctrina de los autores, a las decisiones de los jurisconsultos romanos, o ya sea, de acuerdo a sus propias guías y los principios de la razón o la equidad (p. 60).

En esta maniobra es claro que el Código Civil no perdió su estatus central; al contrario, este texto se convirtió en el único fundamento legal de derecho positivo para permitir recurrir a la equidad. En otras palabras, resolver un caso empleando los principios derivados de la *équité* solo fue posible porque el Código así lo autorizó, reforzando de esa forma su propia autoridad frente a la equidad.

En la libre investigación científica podemos encontrar una concepción positivista de la ley que no dista mucho de aquella defendida por los autores de la exégesis. François Géný (1914a) consideraba a la ley escrita como la representación de la «voluntad de un órgano social determinado, expresada en una fórmula verbal, que fija los límites y define el contenido para imponerlo a todos» (p. 241). En otras palabras, la ley escrita es «una voluntad que emana de un hombre o de un grupo de hombres y que se condensa en una fórmula» (pp. 264-265).

Es difícil no ver en estas definiciones una concepción del lenguaje tendiente a considerar este último como un vehículo del pensamiento. Cabe señalar que François Géný es más explícito cuando enuncia que,

antes que nada, hay que consultar con el texto normativo la revelación de la voluntad legislativa puesto que, como todo lenguaje humano, las palabras de la ley no son más que un instrumento destinado a manifestar el pensamiento de aquel que habla, para generar un pensamiento adecuado en aquellos que son sus destinatarios (pp. 276-277).

Asimismo, Raymond Saleilles (1914), abrazando una concepción organicista, considera que «La Ley, tomada en cuenta como unidad orgánica, es el medio de desarrollo de lo jurídico. El derecho, en un sistema codificado, constituye un organismo completo» (p. XX).

En relación con la concepción del derecho como un sistema lógico-formal, dentro del pensamiento de François Géný (1914a) se encuentra el famoso señalamiento de la existencia en el seno de la exégesis de

un «fetichismo de la Ley escrita y codificada». A primera vista, esta expresión puede llegar a ser malinterpretada. Al respecto, es imperativo aclarar que el privatista francés no le restaba importancia a la ley escrita como fuente de derecho y reflejo de una voluntad soberana, por lo que la crítica no radica en denunciar el valor de los textos dictados por el legislador. Con esta expresión, este civilista simplemente pone bajo la mira el exceso del método exegético cuando este último radicaliza el postulado de completitud de la ley y la creencia de que «toda solución jurídica debe vincularse, directa o indirectamente, a la Ley escrita» (p. 68). En opinión de François Géný, esto constituye una «visión *parcialmente* falsa del papel de la ley escrita, para la puesta en marcha del sistema jurídico positivo» (p. 124). La condición de completitud de todo sistema formal realmente no se cumple, ya que toda creación humana «forzosamente es incompleta e incapaz de generar ella sola todas las soluciones que requiere el sistema jurídico» (pp. 117-118). De esa manera, la racionalidad legislativa se encuentra limitada: no todas las soluciones a los problemas jurídicos encuentran un sólido sustento en la ley escrita (p. 121).

Las ideas anteriormente expuestas, no obstante, deben ser completadas con el estatus otorgado a la ley en la perspectiva de François Géný. Si bien esta puede ser deficiente para completar lagunas, el civilista francés defiende —al igual que la exégesis— la supremacía de la ley escrita frente a cualquier otra fuente jurídica, en particular la jurisprudencia. François Géný, en palabras de Philippe Jestaz (2000), es un «legalista convencido» (p. 44): este «ama la Ley y la respeta en demasía como para clavar la bandera de la jurisprudencia en la cima de la Ley» (p. 40). Así, la intangible fuerza de la ley debe ser conservada en todo momento y no dejar que se limite o se restrinja «la autoridad de la Ley Escrita» (p. 40).

III. DE UNA CONCEPCIÓN COMPLETAMENTE ESTÁTICA HACIA UNA CONCEPCIÓN SEMIDINÁMICA DE LA LEY ESCRITA

Antes de continuar, y con la finalidad de simplificar la comprensión del presente apartado, conviene realizar la distinción pedagógica entre los problemas de interpretación del derecho relativos al sentido y los problemas de integración del derecho relativos a la insuficiencia y las lagunas de los textos legislativos.

El carácter dinámico o estático de la ley escrita se transparenta en el desarrollo de las ideas tanto de la exégesis francesa como de la libre investigación científica. El primero descansa ampliamente sobre una concepción completamente estática que defendía la fijación y continuidad de las disposiciones textuales del Código de Napoleón. Por su parte, la libre investigación científica parte del carácter estático

del Código como una forma de concebir la interpretación. Sin embargo, en razón de las tesis de François Géný y de Raymond Saleilles sobre la insuficiencia del Código para prever todas las soluciones a los problemas jurídicos, estos adoptan una perspectiva semidinámica o semiestática en cuanto a la integración del derecho. Es decir, en cuanto a la interpretación de los textos, François Géný y Raymond Saleilles son estáticos; empero, cuando se trata de llenar lagunas y encontrar soluciones a supuestos no previstos por la ley, surge entonces su carácter dinámico.

El carácter estático la ley escrita promovido por la exégesis francesa descansa en dos presupuestos ligeramente diferentes, aunque complementarios. El primero resulta de una concepción optimista del Código. En efecto, desde su aparición en 1804, el proyecto codificador de Napoleón prometía contribuir decididamente a la materialización del valor formalista querido para la exégesis francesa: la certidumbre o certeza jurídica. El método exegético atribuyó firmemente al Código Civil un ideal de estaticidad que pretendía congelar un estado jurídico de la realidad con la finalidad de otorgar a las personas la previsibilidad sobre el aparejamiento de ciertas consecuencias jurídicas derivadas de sus propias acciones y de sus relaciones civiles con otros ciudadanos.

La segunda actitud estática se relaciona con los métodos de interpretación de dicha naturaleza, los cuales pretendían establecer límites objetivos y estrictos impuestos a los jueces cuando estos resolvían las controversias judiciales en aplicación estricta de la ley⁷.

Los contenidos del Código Civil fueron ciertamente dictados conforme a las necesidades de su propia época (inicios del siglo XIX) y su propio país. La obra napoleónica conoció en Francia un «imperio *cuasi* absoluto» (Halpérin, 2003, p. 124) durante ochenta años. A esto debemos agregar la expansión del *Code civil* por múltiples rincones de la Tierra, incluido nuestro país⁸. No obstante, el tiempo hizo sus efectos sobre el *Code civil*: ante las nuevas realidades laborales, civiles, familiares, comerciales, etc., se agotó la creencia según la cual este texto contenía todas las soluciones al conjunto de problemas jurídicos susceptibles de surgir (Husson, 1972, p. 125). El imperio textualista del Código Civil napoleónico (Arnaud, 1975, p. 105), así como el modelo exegético de su estudio, se vieron altamente cuestionados por dos frentes: por un lado, las nuevas leyes especiales en materia civil surgieron con la finalidad de actualizarse a las nuevas exigencias de la sociedad; y, por otro, la jurisprudencia de los jueces comenzó a tener un estatus mucho mayor en la determinación del derecho nacional. Los jueces se esforzaron en actualizar el derecho, adaptándolo «a las nuevas circunstancias, sin detenerse ante las objeciones formuladas por la doctrina en nombre de

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

7 Véase el apartado IV.

8 Véase el Código Civil de Oaxaca de 1827

la ley, en pocas palabras, utilizando su poder pretoriano» (Mornet, 1904, p. 85). Incluso la jurisprudencia, «por consideraciones de utilidad o de equidad modificaba el texto del código civil usando medios más o menos desviados» (p. 78).

Por ejemplo, en esta evolución de los intereses sociales, Frédéric Géra (2009) señala la insuficiencia de los artículos 1780 y 1781 del Código Civil en su versión napoleónica para regular las relaciones laborales entre el patrón y las nacientes clases obreras, sobre todo en lo relativo a los accidentes de trabajo y las responsabilidades patronales. Cabe indicar que estos artículos fueron redactados en un momento en el que Francia era un país rural, y sus redactores que tenían una concepción particular de las relaciones laborales y el trabajo como una renta de servicios (pp. 435 y ss.).

En el contexto previamente descrito, una de las críticas de Raymond Saleilles (1904b) se concentra en denunciar el postulado concerniente al carácter estático del Código Civil, particularmente la voluntad doctrinaria de fijar el sentido de las palabras del texto jurídico a su momento de elaboración por medio de la búsqueda originaria de la intención del legislador⁹. Esta manera de comprender los códigos y las leyes, negativamente hablando, los hizo inmunes a toda evolución dentro de la sociedad que el mismo derecho pretende regular:

El peligro de los códigos en general, es remplazar la ciencia por la exégesis, de obstaculizar el progreso mediante el abuso del formalismo y la casuística, y de establecer una superación artificial y funesta, algunas veces una verdadera oposición, entre el derecho y las costumbres morales, entre la ley y la equidad, entre los textos que expresan el derecho y las necesidades que lo crean. Toda legislación codificada solo responde a las exigencias de la vía social para las que fue creada en el momento en que fue dictada. Si la legislación permanece intacta, forzosamente ocurre, de manera muy rápida, que ya no exista una concordancia entre el derecho y la vida (p. 84).

Para el civilista francés, por esta razón, el método exegético no resulta ser adecuado para adaptarse a los cambios sociales. En su lugar, siguiendo su concepción orgánica de la ley escrita y del Código Civil, Raymond Saleilles dota a estos textos de un presupuesto de dinamicidad: «quien dice organismo», afirma el privatista francés, «dice entidad viva, que progresa y evoluciona. Un código no es un monumento inmovilizado. Es un instrumento de evolución y no de inmovilización» (p. 101).

Siguiendo los pasos de su antecesor, François Géný (1914a) no duda en señalar que «el pecado capital» de la exégesis consiste en «estancar el

⁹ Véase *infra*.

derecho y detener desde el principio todo surgimiento de nuevas ideas» (p. 65). Esto se traduce en un congelamiento del sentido del texto de las leyes. Con la exégesis, nos dice François Géný,

forzosamente nos quedamos anclados en el momento mismo del nacimiento de la ley. E, independientemente de la evolución posterior de las situaciones o de las ideas, no se autoriza ir más allá del horizonte entrevisto por el legislador, en la época en la que este planteó la regla (p. 66).

En este sentido, François Géný identifica «la derrota» (p. 66) del método exegético en su imposibilidad de ajustarse a las nuevas situaciones de la sociedad.

No obstante estas afirmaciones críticas, el distanciamiento de la exégesis es mucho más limitado si se toma en cuenta la concepción de la interpretación de François Géný (1924). Así, respecto al fundamento de la supremacía de la ley escrita, el autor francés considera que este se encontraba en

el principio de un orden necesario que debe mantenerse en la sociedad. Este orden supone, en cierta medida una regla fija y rígida, que sola puede proveer, para dirigir imperiosamente la conducta humana, esta fórmula emanada de una autoridad reconocida y aceptada, que nos representa la Ley escrita positiva (p. 76).

En cambio, es en el ámbito de la integración del derecho donde la libre investigación científica despliega todo su potencial para dinamizar el sistema jurídico. Adicionalmente, si bien François Géný, desde esta óptica de la integración del derecho, defiende la idea de que el derecho debe adaptarse a las nuevas y emergentes realidades sociales, el autor francés no rechaza, por lo tanto, una mínima realización del valor de la certidumbre. La conciliación entre, por un lado, la seguridad jurídica y las evoluciones sociales, por el otro, como lo veremos, se traducirá en la importancia atribuida a la claridad textual de las normas como un límite estricto que los intérpretes no pueden rebasar.

IV. DEL *DESCUBRIMIENTO* DEL SENTIDO EVIDENTE DE LOS TEXTOS Y DE LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR AL *DESCUBRIMIENTO* DE ELEMENTOS SOCIALES OBJETIVOS PARA INTERPRETAR LA LEY

La interpretación jurídica, entendida aquí como una actividad intelectual, es considerada para la exégesis francesa y los autores de la libre investigación científica como un acto de descubrimiento (concepción cognitivista); sin embargo, la diferencia radica en el objeto de ese acto de conocimiento. En un primer lugar, veremos cómo los autores de la

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

exégesis se preocuparon por encontrar el sentido evidente y claro de los textos, así como la intención del legislador; para posteriormente analizar cómo la libre investigación científica se concentraba tanto en la búsqueda de la intención del legislador (en el caso de François Géný) y de elementos objetivos inscritos en la realidad social.

La exégesis francesa descansa ampliamente sobre una concepción cognitivista¹⁰ de la interpretación consistente únicamente en un acto de *descubrimiento* del sentido preexistente *dentro* de los textos y de la intención del autor de la regla jurídica. La definición de Charles Demolombe (1847) es reveladora de este aspecto:

la interpretación, es explicación de la ley; interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar e innovar; es declarar, reconocer [...] la interpretación no tiene la pretensión de inventar, de otra manera ya no sería interpretación (p. 53).

Para los autores de la exégesis, los textos presentan un sentido considerado intrínseco, determinado y fácilmente accesible al intérprete (Frydman, 2010, p. 375) en donde el criterio de corrección de la interpretación se encuentra en la verificación empírica del resultado (Lifante, 2018, pp. 62-63 y 68). Asimismo, detrás de esta concepción de la interpretación se encuentra la firme convicción —compartida por dichos autores— de que el texto posee un solo y único sentido objetivamente determinable, de tal manera que cada disposición jurídica del Código cuenta con un significado exacto y verdadero. Gabriel Baudry-Lacantinerie (1882, p. 51), Antoine Marie Demante (1849, p. 12), Victor-Napoléon Marcadé (1844, p. 60), Frédéric Mourlon (1896, p. 62), y Charles Aubry y Frédéric Rau (1869, p. 130), en sus definiciones sobre la interpretación, hacen mención de que esta actividad consiste en encontrar el verdadero sentido de la ley: «interpretar no es cambiar el sentido, no es innovar, es establecer el sentido exacto, verdadero de una disposición, determinar su extensión» (Boilleux, 1851, p. 28). En resumen, la interpretación para los autores de la exégesis es declarativa (Aubrey & Rau, 1869, p. 130) y

no constitutiva de sentido: esta se limita a revelar un significado preexistente, enterrado en la letra del texto; esta se concentra en decodificar el mensaje que le inscribió el autor de la regla [...] la interpretación declarativa no agrega y no mutila nada al texto; esta se limita a decir el sentido, “su” sentido, su “verdadero” sentido, que sólo

10 La exégesis constituye a parte entera una de las variantes de lo que ciertos autores llamaron durante el siglo XIX y XX «el cognitivismo interpretativo o «el formalismo interpretativo»: «el punto de vista según el cual la interpretación textual, la resolución de conflictos normativos y el llenado de laguna no son “actos volitivos” sino más bien “actos de conocimiento” concernientes al descubrimiento del verdadero sentido de la disposiciones y, generalmente hablando, la única respuesta correcta a los problemas jurídicos» (Chiassoni, 2016, p. 565).

esperaba esta modesta intervención (Ost & Van de Kerchove, 2018, pp. 411-412).

Estas definiciones, sin duda, se adscriben a una concepción cognitivista de la interpretación.

Raymond Saleilles y François Géný compartían parcialmente esta misma visión sobre la interpretación: si bien el punto en común radica en la naturaleza cognitiva de esa operación, la diferencia consiste en el objeto de la búsqueda de sentido. A contrario de la exégesis, de acuerdo con Raymond Saleilles (1904b), el proceder interpretativo no consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador, considerada como hecho histórico: «Un texto de ley es una voluntad jurídica declarada, y el sentido de toda voluntad jurídicamente declarada se deduce de la explicación normal de sus términos, independientemente de la intención verdadera que haya podido tener aquel que la emitió» (p. 92). Sin embargo, al encontrarse esta voluntad jurídica o voluntad de la ley (y no del autor de esta), la interpretación «no tiene como objetivo la búsqueda de la intención del legislador, [sino que] esta no consiste en descubrir la voluntad del legislador, cosa imposible y puramente ficticia» (Saleilles, 1901, p. 213).

Raymond Saleilles (1904b) pareciera abandonar la concepción cognitivista de la interpretación al afirmar que

se trata de modificar el sentido tradicional que se le ha atribuido a la interpretación y, en lugar de darle como objeto la búsqueda de una voluntad subjetiva, se trata de convertirla en ciencia positiva de los modos de aplicación de ley conforme a sus objetivos, y en vista de su adaptación a los fines sociales y bajo la garantía de una orientación general de las relaciones colectivas en el futuro, pero a la doble condición de considerarla en sus relaciones con la unidad del sistema jurídico y en sus relaciones con el conjunto de la vida social del país (p. 97).

No obstante, lo cierto es que el foco de atención cognitivista en Raymond Saleilles (1902) pasa del *descubrimiento* sentido del texto al *descubrimiento* de las bases sociales objetivas que guiarán la interpretación:

el juez únicamente tiene la misión de constatar los elementos imperativos de sus sentencias; y estos elementos imperativos solo son exteriores a él, y no pueden encontrarse más que en la realidad objetiva de las leyes que existe fuera del de la mente de aquel que las aplica; el juez no tiene poder, tiene lo objetivo. Esa es su función (p. 102).

En el pensamiento de François Géný (1914a) la concepción cognitivista de la interpretación aparece en dos aspectos fundamentales de su modelo. El primero consiste en darle una continuidad parcial al proyecto exegético en la búsqueda de la intención del legislador, ahora concebida

207

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

como un hecho psicológico (pp. 290-300). En efecto, François Géný, en razón de su concepción legalista del derecho, aún defiende la búsqueda de la intención del legislador para determinar el sentido de los textos. Sin embargo, en perfecta armonía con su crítica a los excesos del postulado de completitud de la ley escrita, el *descubrimiento* de voluntad del legislador no siempre era suficiente para darle solución a las nuevas situaciones emergentes en todos los ámbitos del derecho civil. Esta insuficiencia lleva al civilista francés a considerar otros elementos que deben ser *descubiertos* mediante la aplicación del método propuesto por la libre investigación científica (p. 303)¹¹.

V. *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*: LA CLARIDAD DE LA LEY ESCRITA COMO LÍMITE A LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

El objetivo abiertamente asumido por los autores de la exégesis, es decir, ceñir —hasta anular— la subjetividad del intérprete en la resolución de conflictos, evitar toda discrecionalidad judicial y acartonar la figura del juez, se acompañó de una distinción conceptual estanca entre las actividades de interpretación y de aplicación de la ley, así como de una propuesta metodológica para la determinación del sentido de los textos¹².

En el pensamiento de un gran número de autores exégetas esta primera distinción tomó, explícita o implícitamente, como punto de partida el brocardo latino, mas no de origen romano, *in claris non fit interpretatio* (o *non sunt interpretanda*), cuyo origen puede ser rastreado en el pensamiento iusnaturalista de corte racional del internacionalista suizo Emer de Vattel (1758), autor de *Le droit des gens* (§ 263) o «Derecho de gentes», en castellano. Este aforismo distinguía de toda evidencia la claridad de las reglas jurídicas de su interpretación y esta última intervenía exclusivamente cuando los textos eran considerados oscuros. Este cuasi axioma encontró un firme apoyo en la vulgata lingüística tradicional, que considera a los lenguajes naturales como un léxico vasto, exhaustivo, adecuado y exacto, y a las actividades de comunicación como una «suma de enunciados claros agotando el *querer decir* de su autor» (el legislador), asegurando así una simple comunicación de informaciones (Ost, 2005, pp. 14-16).

Para Charles Demolombe (1847), la diferencia entre aplicar una regla e interpretarla parece ser autoevidente: «cuando la ley es clara y positiva, no hay lugar, claro está, a interpretación; esta debe entonces ser aplicada, incluso cuando esta no parece conforme con los principios generales del derecho o la equidad» (p. 53). En este mismo sentido, Frédéric Taulier

¹¹ Véase *infra*.

¹² Véase *infra*.

(1840) afirma que «el juez no tiene por qué realizar una interpretación cuando la ley es clara y positiva. Entonces tiene que aplicarla sin juzgarla» (p. 80). La claridad también se superpone al sentido de la *equidad*. Así, cuando la ley es clara, se respeta su sentido literal, «incluso si su aplicación parece no ser razonable y contraria a la equidad natural» (Mourlon, 1896, p. 63). Este carácter claro de las disposiciones legales produce una directiva interpretativa: limitarse a recibir el sentido objetivo del texto cuya captación se realiza de manera inmediata. En ella, teóricamente, la voluntad del intérprete se reduce a nada.

Frédéric Mourlon introduce una interesante distinción que se encuentra implícita dentro de los dos autores anteriores al afirmar que «cuando la ley es clara, formal, el juez debe seguirla», para después confirmar que «cuando la ley es oscura el juez tiene que esforzarse en descubrir su sentido recurriendo a las técnicas de interpretación» (pp. 59-60).

De este modo, siguiendo las formulaciones de los autores anteriormente citados, el carácter claro de la ley conduce a su aplicación directa, y su carácter oscuro o insuficiente se convierte en condición de su interpretación y posterior aplicación. En otras palabras, se puede enunciar la siguiente directiva interpretativa: cuando la ley es clara, esta no se interpreta, solo se aplica; por el contrario, cuando la ley no es clara (es oscura o vaga), primero se interpreta y posteriormente se aplica¹³. Dicha oscuridad de la ley encuentra, de acuerdo con Frédéric Rau y Charles Aubry (1869), dos supuestos: un texto es oscuro cuando la redacción del legislador es deficiente o no expresa con exactitud las ideas de su autor: «1° cuando la redacción empleada por el legislador no presenta un sentido claro y concreto; 2° cuando esta redacción, aun presentando un sentido plenamente determinado, no expresa exactamente las ideas del legislador» (p. 121). En el primer caso,

la interpretación es absolutamente necesaria; en el segundo caso, esta es legítima, siempre y cuando esta se limite a establecer las principales del legislador, con el objetivo de llegar a la exacta aplicación de un texto de ley, sin atacar al pensamiento en sí, para restringir o para extender su alcance (pp. 120-121).

Antes de continuar, es necesario señalar que, en primer lugar, esta manera de dividir el razonamiento judicial en interpretación y aplicación de la ley encuentra un prolegómeno en la concepción anteriormente analizada del derecho sostenida por los autores exégetas. Siguiendo

13 Sobre el punto, es interesante constatar que François Laurent (1869), el famoso exégeta belga, expresa una opinión contradictoria. Por un lado, señala que «toda ley tiene que ser interpretada», ya que «es una falsa idea de la interpretación creer que solo hay recurrir a ella cuando las leyes son oscuras o insuficientes», de manera que «la interpretación siempre es necesaria» (p. 339). Sin embargo, este mismo autor, más tarde, en el *Cours élémentaire de droit civil* (1887), afirma que «cuando la ley es clara hay que respetarla» (p. 16).

el legiscentrismo de la exégesis, la manera más fiable de desvanecer el poder discrecional de los jueces fue consagrar los términos claros de los textos jurídicos, poniendo así al legislador en una posición de superioridad sobre el juez. Entre las distintas obras de los autores de la exégesis encontramos diversas afirmaciones que apuntan hacia esta idea. Así, Charles-Bonneaventure Toullier (1846) expresa que «la tarea de los jueces es aplicar las leyes con discernimiento y fidelidad; es juzgar siguiendo la ley, y no juzgar la ley» (p. 107). Frédéric Mourlon y Frédéric Taulier no se encuentran lejos de esta idea. Ambos autores franceses afirman, respectivamente, que «el buen juez humilla su razón frente a la de la ley» (Mourlon, 1896, p. 59) y que «el mejor magistrado es aquel que sabe colocarse bajo el despotismo de la ley» (Taulier, 1846, p. 80). El profesor belga François Laurent (1887) extiende estas afirmaciones no solo a los jueces, sino al conjunto de intérpretes (en particular, la doctrina) cuando sostiene que

el intérprete es realmente el esclavo de la ley, en el sentido en que no puede oponer su voluntad a la del legislador; para decirlo de mejor manera, en presencia de la ley no hay voluntad, sino solamente la obligación de obedecer (p. 344)¹⁴.

La libre investigación científica conserva integralmente la máxima *in claris non fit interpretatio* como una limitante a la interpretación. En efecto, de acuerdo con Raymond Saleilles (1904a), las soluciones claras y precisas que fueron adoptadas por el legislador en el texto normativo se imponen a los jueces, quienes no podrán alejarse de estas. La fórmula clara de la ley constituye un límite claro para la actividad interpretativa; sin embargo, para Saleilles, la claridad no lo es en principio, sino que se trata específicamente de un atributo excepcional de las disposiciones jurídicas, ya que considera al Código Civil como «un texto de eslabones flojos, de fórmulas dúctiles y, a pesar de lo que se dice, poco precisas y poco científicas» (p. 106). Asimismo, Raymond Saleilles (1914) considera que «las soluciones directas, deseadas por el legislador, y que se imponen, siempre y cuando no hayan sido cambiadas por los procesos legales, constituyen la parte más pequeña de todo el derecho» (p. XXI).

En cuanto a François Géný (1914), al considerar al texto de ley como la traducción del pensamiento y la voluntad del legislador, la expresión textual del autor de la regla jurídica se constituye como un límite interpretativo que se impone al intérprete; así, la actividad interpretativa se autoriza cuando el texto no cumple con la condición de claridad (p. 277). *A contrario*, si la voluntad del legislador es evidente y, por tanto, perfecta y fácilmente identificable a través del texto (pp. 119-120), no

¹⁴ Esta cita es muy significativa respecto de la adopción de una ideología positivista por parte de algunos autores durante el periodo de apogeo de la exégesis.

es posible proceder a una interpretación. No obstante, como vimos anteriormente, el autor francés admite la aparición de lagunas dentro de la ley y defiende firmemente la adaptación del derecho a las nuevas situaciones no previstas por el legislador. Sin embargo, es importante señalar que este también defiende que las interpretaciones no deberían de ser *contra legem*, sosteniendo que no se puede derivar un sentido contrario al sentido claro del texto (p. 123), incluso por motivos de evolución social (pp. 269-273).

VI. DE UN USO EXACERBADO DE LAS FORMAS LÓGICAS HACIA SU UTILIZACIÓN MODERADA

El uso de las formas lógicas (incluido, en particular, el razonamiento deductivo y el silogismo judicial) fue compartido entre la exégesis y la libre investigación científica. Sin embargo, en el caso específico de François Géný, este parte de una crítica a los autores exegeticos por el empleo exacerbado de las formas lógicas para enseguida promulgar un recurso más moderado y prudente.

Uno de los rasgos característicos de la cultura judicial francesa (Troper, 1999, p. 132) encuentra una cómoda posición entre los autores de la exégesis (Husson, 1972, p. 120), a saber, la idea heredada del barón de Montesquieu (De Secondat, 1777) según la cual los jueces «solo son la boca que pronuncia las palabras de la ley» (p. 116). Al hablar de este modelo del razonamiento jurídico, Pierre-André Côté (1995) nos menciona que, desde esta perspectiva, «la aplicación de las leyes no debe influir sobre la interpretación, puesto que al intérprete no le corresponde erigirse como el juez de la ley» (p. 191). Esta concepción descansa ampliamente sobre el silogismo judicial clásico (Rabault, 1997, p. 32): una forma del modelo lógico del *modus ponens*. Es a partir del *descubrimiento, la dilucidación o la declaración* del sentido *objetivo, único, exacto y verdadero* del texto de ley (premisa mayor o premisa normativa), y del establecimiento de los hechos debidamente probados (premisa menor o premisa fáctica), que la solución al caso concreto se impone por medio de una simple deducción lógica (conclusión o decisión normativa) (Atienza, 2003, p. 84). Dicha aproximación entre la regla jurídica (y su sentido), así como su aplicación a los hechos, se constituye de manera secuencial y jerárquica mediante la sucesión de estas tres etapas en cascada (Ost, 2009, pp. 254-255). Cabe mencionar que en este modelo bien compartimentado se silencian los roles respectivos de las tres actividades íntimamente ligadas que componen todo razonamiento práctico jurídico: la interpretación, la calificación y la aplicación. Esta visión mecánica del razonamiento jurídico puede encontrar otra imagen en la metáfora del juez fonógrafo (Fiss, 1985, p. 180), donde mediante un procedimiento puramente repetitivo, el juez (fonógrafo) se limita a reproducir fielmente la letra (el sonido y las palabras) inscritas en el

211

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

texto de ley (el disco de vinilo). Finalmente, esta manera de reducir el razonamiento judicial pretendía para la exégesis dotar a las tareas de función jurisdiccional de un halo de objetividad y de neutralidad axiológica aparente, cumpliendo así con el objetivo de la exégesis de evitar la influencia de la voluntad del juez en la determinación del sentido de los textos.

Uno de los ángulos de ataque de François Géný (1914b) consiste en denunciar el exceso del uso de formas lógicas, de las «formas puras, desarrolladas por una lógica completamente abstracta, y consideradas como instrumentos necesarios de fecundación de textos legales o la elaboración de ideas jurídicas independientes» (pp. 124-125). Este punto concierne tanto el desarrollo de la «interpretación lógica»¹⁵ por parte de la exégesis como la concepción lógico-formal del Código Civil.

El autor francés modula esta crítica al considerar que no pretende «desterrar los procedimientos y los procedimientos lógicos de la ciencia del derecho positivo» (p. 127), sino simplemente no caer en el abuso de estas formas lógicas y la falsa creencia de que dotan de un halo de objetividad al razonamiento judicial (pp. 129-130 y 144). Esta concepción errónea ha llevado a los exégetas, de acuerdo con François Géný, «a sustituir los elementos verdaderamente sustanciales de la vida del derecho, los motivos morales, sociológicos, económicos, políticos y sociales por nociones técnicas, abstractas, frías y vacías de la realidad fecunda» (p. 149).

Lejos de contrarrestar todo tipo de subjetividad por parte del intérprete, estos logicismos esconden, al contrario, una naturaleza subjetiva. Al respecto, el doctrinario francés señala:

no percibo cómo el empleo, impuesto al juez, de concepciones puramente ideales y aisladas de los hechos a los cuales estas se aplican, puede aportar un límite eficaz a su libertad de apreciación. Sí, este puede falsear el uso de esta libertad, recurriendo a estas ideas abstractas que han perdido todo contacto con la realidad. Pero, el fondo de estas concepciones al ser completamente subjetivas, y a pesar de la apariencia dogmática con las que se recubre, no se puede evitar que el espíritu del juez las deforma y altera su alcance (p. 170).

La elección entre los procesos lógicos, además de potencializar la diversidad de soluciones, termina fundamentándose en «la consideración de elementos morales, políticos y económicos que se desarrollan fuera de los textos» (p. 199).

¹⁵ Véase *infra*.

Por último, François Géný no recusa el uso del razonamiento deductivo, sino simplemente lo considera insuficiente para resolver los problemas jurídicos en caso de lagunas en el texto de ley. Puesto que la conclusión de dicho razonamiento solo contiene las informaciones contenidas en las premisas, en particular en la premisa normativa o premisa mayor, «la deducción, que consiste únicamente en derivar de un principio todas las consecuencias que este encierra, no puede evidentemente agregar nada al principio mismo» (p. 198).

VII. LA INTERPRETACIÓN LÓGICO-GRAMATICAL Y LA INCLUSIÓN DE ELEMENTOS SOCIOLÓGICOS Y METAFÍSICOS EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS JUDICIALES

Tanto la exégesis como la libre investigación científica compartieron una empresa en común: reducir al máximo (o a nada) el margen discrecional de los jueces en la determinación del sentido de los textos de ley y, por tanto, en las soluciones para los casos planteados ante estos últimos. Para evitar este riesgo, cada uno se dotó de un modelo conformado de reglas y directivas específicas de interpretación. En cuanto a la interpretación, tanto los autores exégetas como Raymond Saleilles y François Géný confiaron en la *interpretación gramatical* y la *interpretación lógica*; mientras que, en cuanto a la integración del derecho, estos dos últimos autores apostaron parcialmente por la inclusión de elementos sociales.

La oscuridad de la ley, considerada como condicionante para la determinación de un sentido funda —de acuerdo con la expresión de Benoît Frydman—, el «modelo filológico de interpretación» que reduce esta actividad a dos dimensiones: el aspecto gramatical y el aspecto «lógico». Si bien la terminología empleada por parte los autores exegéticos¹⁶ tiende a ser ligeramente diferente, *grosso modo*, algunos autores adoptaron un modelo que consiste en «buscar, a través de la letra de los textos y los trabajos preparatorios, la intención del legislador en vista de discernir la decisión que este habría probablemente tomado en consideración el problema en cuestión» (Husson, 1972, p. 118).

Aquí cabe introducir la siguiente aclaración: para la exégesis, el sentido —es decir, el resultado de la actividad interpretativa— solo es uno, por lo que dicha distinción únicamente opera en cuanto a las formas con las que podemos acceder a las ideas del legislador (Laurent, 1869, p. 341). De toda evidencia, ambas operaciones interpretativas pueden llevarnos a dos resultados distintos. Para ello, algunos autores de la exégesis implementaron un orden o una regla de prelación según la cual, en caso de contradicción entre la letra de la ley y su espíritu —es decir,

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

16 Abrazaremos en los siguientes párrafos la terminología del profesor François Laurent, utilizando los conceptos de «interpretación gramatical» e «interpretación lógica».

cuando el texto del legislador haya traicionado su pensamiento—, el intérprete debe preferir este último (Mourlon, 1896 p. 63). El eje de este modelo, como pudo haberse adivinado con anterioridad, encuentra su fundamento en el pensamiento o las ideas del legislador considerados aquí como un hecho histórico.

Por su parte, la interpretación lógica tiene como finalidad «conocer el espíritu de la ley, los motivos que han guiado a sus autores» (Laurent, 1869, p. 341). El adjetivo «lógico» recibe parcialmente su nombre del recurso al razonamiento lógico por parte de la doctrina jurídica (Demante, 1849, p. 12; Mourlon, 1896, pp. 62 y 64; Toullier, 1846, p. 107) para llegar a descubrir este espíritu. Para ello, los autores de la exégesis se dotaron de un marco de principios con la finalidad de no dejar nada a la voluntad del intérprete de la regla jurídica cuando se «reconstituyera el pensamiento del legislador» (Baudry-Lacantinerie, 1882, p. 51).

En primer lugar, se encuentra el uso del razonamiento comparativo. El artículo debe confrontarse con otros artículos concebidos bajo el mismo orden de ideas:

las diferentes disposiciones de ley, relativas a una misma materia, o a diferentes materias, pero unidas entre sí mediante la analogía forman un fascículo en el cual todas las partes son solidarias [...] el intérprete debe aproximarlas unas con otras y ponerlas en armonía (p. 52).

De este modo, el Código se interpreta mediante el mismo Código. Cabe señalar aquí que el tratamiento y uso por parte de los autores de otros argumentos cuasi lógicos (en el sentido de Chaïm Perelman), tales como el *a pari*, *a fortiori* y *a contrario*, era bastante prudente, mesurado y cauteloso (Aubrey & Rau, 1869, p. 122; Baudry-Lacantinerie, 1882, p. 53; Mourlon, 1896, p. 63). En segundo lugar, el intérprete debe proceder a una comparación entre el texto históricamente precedente (si es que existe) y el texto nuevo para poder comprender el por qué se adoptó una nueva disposición jurídica (Baudry-Lacantinerie, 1882, p. 52; Demante, 1849, p. 14)¹⁷. En tercer lugar, el lector jurídico debe consultar los trabajos preparatorios (debates y exposición de motivos) considerados por el método exegético como la fuente principal para revelar el pensamiento del legislador (Mourlon, 1896, p. 62). Algunos otros autores pusieron especial atención en no centrarse mucho en los debates parlamentarios previos a la adopción del Código Civil, ya que estos en realidad no fueron llevados a cabo por el legislador, sino por los redactores originales del texto (Aubrey, 1869, p. 124; Baudry-Lacantinerie, 1882, p. 52; Laurent, 1869, p. 350).

¹⁷ Este ejercicio comparativo resulta revelador de la intención del autor de conformarse con el texto anterior o separarse de este mediante la adopción de uno nuevo.

Es importante observar que, además de tratar de neutralizar el poder discrecional del juez en la determinación de los textos legislativos, el método exegético tuvo un segundo objetivo. Dentro de la dupla interpretativa legislador-juez, la exégesis introduce un tercer actor determinante para la derivación del sentido de los textos: la doctrina. Si se observan las letras en filigrana, al imponer estos métodos de interpretación a los jueces, los autores de la exégesis trataron de monopolizar la manera de llevar a cabo esta actividad. Así, entre la idea de que el juez únicamente tiene como tarea aplicar directamente un texto claro y evidente sin interpretarlo, y de que el pensamiento y las ideas del legislador se encuentran por encima de la voluntad de los intérpretes judiciales, la doctrina encuentra un cómodo lugar y se autoadscribió la tarea de conocer la voluntad del legislador (Boudot, 1999, p. 39).

Los métodos de objetivación propuestos por Raymond Saleilles y François Géný tienen la virtud, en palabras de Christophe Jamin (2000), de «desplazar el centro de gravedad de la actividad jurídica del texto a lo social» (p. 10), aunque en la realidad dicho desplazamiento no significó una ruptura radical con la exégesis. En efecto, el primer punto de similitud entre las teorías sociológicas del razonamiento jurídico y el método exegético consiste en la finalidad atribuida explícitamente a ambos modelos; a saber, la objetividad de la interpretación judicial para así asegurar o generar una garantía que reduzca completamente la libertad discrecional de los jueces. Así, Raymond Saleilles (1902) declaraba que «si más que nunca necesitamos hoy de una interpretación larga y progresiva, también seguimos teniendo un gran miedo, y no sin razón, a la interpretación, no digo arbitraria, en el sentido de arbitrariedad consciente e intencional, sino puramente subjetiva» (p. 102).

Para ambos autores el método exegético de interpretación no permitía alcanzar el objetivo plenamente deseado, ya que —como vimos con anterioridad— esta visión presentaba el gran riesgo de enmascarar la subjetividad del intérprete judicial detrás del descubrimiento real e histórico de la voluntad del autor de la regla jurídica (Saleilles, 1914, p. XIV). Así, «pareciendo atarse fielmente a la ley y al pensamiento que la inspiró, el método tradicional, da pie en realidad, al más desordenado subjetivismo» (Géný, 1914a, p. 66).

La superación en estos términos del modelo exegético por parte de los autores de la libre investigación científica para cumplir de esa forma con el objetivo declarado se realizó incorporando elementos objetivos de la realidad (p. 192). Aunque, en el caso de François Géný, este pretende rescatar algunos fragmentos del modelo exegético para incorporarlos a su propia manera de entender cómo debería realizarse la interpretación (pp. 67-68).

La influencia de Auguste Comte —quien, siguiendo algunas tesis del positivismo filosófico, consideraba a la incipiente sociología como una «física social», una ciencia positiva de la sociedad dedicada exclusivamente a la observación de hechos sociales— se transformó parcialmente en la matriz intelectual de la propuesta de François Gény (Frydman, 2011, pp. 27-28) para el descubrimiento de las reglas de la vida social y de nuevas formas de investigación científica que integran elementos sociales. Abonando hacia esta idea, y sin aceptar, por tanto, los presupuestos comtianos, Raymond Saleilles (1914) afirma que

el derecho ya no es una ciencia aislada y autosuficiente que puede encerrarse en sus textos y fórmulas, sino se trata una ciencia de hechos, una ciencia de lo externo, que, como todas las ciencias, se basa en la naturaleza de las cosas (pp. XXIV-XXV).

La construcción del método de Raymond Saleilles toma como punto de partida una crítica hacia el eje del modelo exegético de interpretación; es decir, la voluntad del legislador. Para el privatista francés, la exégesis se sostenía de una «ficción» en la que

la jurisprudencia, y también la doctrina, al interpretar la ley, solo adoptaban el punto de vista de la búsqueda de la voluntad; y que no hacían más que derivar las soluciones lógicas que hubieran sido aceptadas por el legislador; no el legislador moderno, sino el autor mismo de la ley cualquier que haya sido el intervalo dejado de lado entre el pasado y el presente (p. XXIV).

Frente a las nuevas transformaciones de la sociedad, el núcleo del reproche formulado por Raymond Saleilles a esta ficción se concentraba en una constatación fáctica:

doctrina y jurisprudencia han obrado, y siguen obrando, por la justicia, la ciencia y el progreso social. Sin embargo, ambas hacen todo esto sin aceptarlo, incluso pretendiendo que no lo hacen. Escuchando a la doctrina y la jurisprudencia, estas solo interpretan la voluntad estricta del legislador de 1804, y solo derivan las soluciones que este hubiera querido prever (p. XV).

En los hechos,

lejos de respetar la voluntad del legislador, se decide un caso fuera de ella, por razones intrínsecas, sacadas de una técnica especial, que puede estar manifestamente en consonancia con las necesidades de la ciencia del derecho, pero que no tiene nada que ver con la voluntad del legislador (p. XVII).

Asimismo, Raymond Saleilles (1904a) advierte el riesgo de asimilar el sentido único del texto al pensamiento del autor de la regla jurídica.

En efecto, se puede abrir el camino para disimular los verdaderos motivos de la interpretación, tanto doctrinal como judicial, detrás de la búsqueda de la «voluntad implícita del legislador» (p. 121). En este sentido, François Géný (1914a) también presenta de manera cruda esta crítica al denunciar la «hipocresía» de la exégesis que, sin aceptarlo, sustituye la voluntad del legislador por la voluntad del intérprete en los casos de lagunas bajo pretexto de respetar el texto normativo (pp. 66-67).

Raymond Saleilles (1914) desarrolló su propio proceder objetivo de interpretación tomando como eje el carácter evolutivo histórico de la sociedad. El método de evolución histórica, de acuerdo con el autor francés, consiste primeramente en plantear que «todo se reduce a la Ley escrita». Esto no quiere decir que el derecho sea asimilado a la ley escrita, sino que se busca que las interpretaciones «se vinculen a la ley, que estas sean armónicas con el conjunto de la construcción jurídica tomada en cuenta integralmente, [y] que estas se vivifiquen en la ley» (pp. XIX-XX).

El texto de ley constituye entonces un punto de partida para la interpretación (Saleilles, 1904b, p. 100). Los «elementos de la vida jurídica espontánea» (consideraciones morales, políticas, económicas y sociales) «solo son válidos mediante la ley y por su relación o readaptación al sistema general de derecho positivo» (pp. 100-101).

A diferencia del papel sumamente acotado que la exégesis atribuye a los jueces en la determinación de sentido, en el pensamiento de Raymond Saleilles (1914) el juez se convierte en el mediador por excelencia entre la realidad social y el texto de ley. Asimismo, se le atribuye la función de «desarrollar un texto incansablemente vivo» (p. XX) y así «regular la vida social, en sus relaciones con la ley» (Saleilles, 1901, p. 214).

Una advertencia se impone aquí de manera imperiosa: a pesar de estas nobles consideraciones, Raymond Saleilles no le otorga a la jurisprudencia el carácter de fuente formal derecho. Al contrario, el autor francés, en múltiples ocasiones, le negó este estatus. No se trata de una creación inmediata del derecho por parte de la jurisprudencia ni es un poder individual de creación normativa, sino que todo es interpretación de la ley por el juez: «incluso cuando completa la ley, el juez únicamente lo hace mediante la interpretación y no en virtud de un poder de apreciación puramente personal, de manera que completar sigue siendo interpretar» (Gaudemet, 1934, p. 7). En este sentido, el lema de Raymond Saleilles (1914) toma todo su esplendor: «Más allá del código civil, pero por el código civil» (p. XXV).

Esta concepción del papel de la jurisprudencia, así como la imagen del Código Civil defendida por Raymond Saleilles como un objeto móvil,

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

progresivo y evolutivo¹⁸, se acompaña necesariamente de un método que se adecue a estas características, dotándose de bases objetivas para evitar el riesgo de otorgarle a los jueces un poder discrecional individual.

El primer elemento de este modelo es la identificación de la finalidad de la disposición jurídica que guiará la interpretación en concreto. Para ello, el juez debe derivar un «derecho natural» concerniente «al fundamento de las instituciones, para apreciar y medir su valor objetivo, en relación a las imperiosas demandas de la razón, de la justicia y de la sociología» (Saleilles, 1902, p. 88). Se trata de una concepción sociológica del derecho natural que consiste en observar los hechos y doblegarlos a la razón, a la justicia, al ideal, y no lo contrario: partir de la razón, de la justicia, del ideal para extraer los hechos que deberían ser (pp. 94-95). La justicia no es para Raymond Saleilles algo inmutable, sino un concepto cuyos contenidos van cambiando según las transformaciones de la sociedad (pp. 96-99). Los elementos objetivos para la interpretación judicial se sacarán de este derecho natural.

Son tres ámbitos ricos en experiencias y hechos positivos de donde se extraerán dichos elementos: «la analogía legislativa, la conciencia jurídica colectiva y el derecho comparado» (p. 106). Mediante la primera se conserva el carácter unitario y armónico del sistema jurídico, evitando incluir algún elemento que no sea conciliable con este último (Saleilles, 1904b, pp. 88-93). La segunda consiste en derivar un criterio moral general que escape a los juicios morales individuales y contingentes (Gény, 1914a, p. 54). Finalmente, para Raymond Saleilles (1902), quien estuvo detrás de la organización del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en el año 1900, el recurso al derecho comparado constituye «el más seguro científicamente hablando, el más cercano a los datos de la ciencia positiva y el método experimental» (p. 109). A este se le asigna explícitamente la función de nutrir y promover el progreso del derecho nacional (Capitant, s.f., pp. 96-103).

Esta nueva propuesta encontrará una aplicación práctica en materia laboral en la obra *Les accidents du travail et la responsabilité civile* (1897), en donde Raymond Saleilles desarrolló una teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual con base en un análisis de la realidad social (p. 104), tratando de vincularla con el Código Civil vía la aplicación de su propio método.

Este modelo de interpretación fue duramente criticado por François Gény (1914a), quien señala que la propuesta de Raymond Saleilles no asegura la estabilidad de la ley y hace caso omiso de la «necesidad primordial de conservarle a la ley su valor de precisión técnica contra

18 Véase *supra*.

las circunstancias cambiantes que amenazan el carácter estable y la certidumbre de la ley» (p. 50).

De acuerdo con François Géný, el método propuesto por Raymond Saleilles se adhiere a la interpretación entendida como creación de sentido:

no se percibe qué base racional le queda a un sistema de interpretación de la ley, que se sirve del texto legal, para justificar otra cosa que lo que su autor quiso establecer. Acepto que la ley, una vez dictada, se separa de la persona del legislador. Sin embargo, aún hay que reconocer que este ha marcado a la ley con su pensamiento y voluntad, a menos que veamos el texto como una especie de vacío, que todo el mundo puede llenar a su antojo (p. 263).

En este contexto de crítica, François Géný propone un modelo alternativo que supere las deficiencias de aquel propuesto por Raymond Saleilles para reducir a nada la discrecionalidad del intérprete en la integración del derecho, así como evitar caer en los excesos del método propuesto por la exégesis, el cual no aseguró la objetividad en la interpretación.

El primer aspecto de este método concierne la crítica anteriormente expuesta. En este se retoma el papel del pensamiento y de la voluntad del legislador dentro de la interpretación jurídica, así como el aforismo *in claris, non fit interpretatio*, el cual se constituye como un límite a la actividad interpretativa¹⁹. Al respecto, François Géný profundiza sobre la manera de conocer el pensamiento del autor de la regla jurídica en un tiempo determinado. Para ello, de acuerdo con el autor francés, deben intervenir ciertos elementos como la finalidad de la ley, los trabajos preparatorios, y las concepciones y principios imperantes en la época (pp. 290 y 300).

El segundo aspecto concierne completamente el desarrollo de la libre investigación científica. Esta tiene como objetivo el descubrimiento «de los elementos objetivos, que determinarán todas las soluciones requeridas por el derecho positivo» (p. 79); es decir, se busca determinar la integración del derecho. La denominación utilizada para designar este método es explicada por François Géný en los siguientes términos «libre investigación, puesto que se sustrae de la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al mismo tiempo, porque esta solo puede encontrar sus bases sólidas en los elementos objetivos que solo la ciencia puede descubrir» (p. 78). La libre investigación científica ya no consiste en descubrir la voluntad del legislador expresada en la ley escrita, sino que, situándose al exterior de esta última, se trata ahora de

219

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

¹⁹ Véase *supra*.

comprender mediante el conocimiento científico social la naturaleza de las cosas y de la realidad viviente de los hechos.

La libre investigación científica —cabe aclarar— juega aquí un carácter supletorio al descubrimiento de la voluntad del legislador y la claridad textual, pues la primera interviene en caso de deficiencia de la segunda en la integración del derecho. En este sentido, las célebres palabras de François Géný toman todo su sentido: «Por el código civil, pero más allá del código civil» (p. 230).

La cuestión de determinar cuándo intervienen la interpretación y la integración del derecho mediante la libre investigación científica descansa ampliamente sobre una distinción planteada por François Géný entre lo *dado* y lo *construido*, en donde la libre investigación científica (en la integración del derecho) lanza como resultado lo *dado* y la interpretación arroja lo *construido*:

Por mi parte creo haber entrevisto, entre todos los elementos que constituyen o alimentan el organismo jurídico, una distinción fecunda entre lo *dado*, proveniente de la naturaleza de las cosas, susceptible de ser comprendido por el conocimiento o presentido por la consciencia moral, y lo *construido*, resultado de procedimientos artificiales objeto de voluntad más que de inteligencia (p. 410).

Las bases de la estructura de la libre investigación científica fueron inicialmente planteadas en *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1914b), para posteriormente ser profundizadas y completadas en el texto *Science et technique en droit privé positif* (1924).

En primer lugar, el objetivo no es conocer la materialidad de la realidad social, sino comprender su naturaleza (lo *dado*) para derivar «reglas de vida social» y guiar el razonamiento práctico de los intérpretes frente a problemas jurídicos. Para ello, en segundo lugar, los principios y las finalidades de las reglas juegan un papel importante en la realización de la justicia; sin embargo, deben ser completados mediante el instinto y la intuición de los jueces. Al respecto, François Géný (1924) afirma que se «recurre a la experiencia de todos aquellos que han reflexionado sobre los problemas de derecho positivo para afirmar que, en varios de estos problemas, la solución justa se adquiere por sentimiento instintivo más que por razonamiento» (p. 16). El último elemento proviene de «esta revelación oscura, emanada de las profundidades más misteriosas del alma, y que llamamos creencia» (p. 187). La creencia nos sirve para poder elegir entre las finalidades o tendencias derivadas de la intuición:

Para obtener de manera decisiva, con plenitud asegurada y una fuerte convicción, el principio de las normas directivas de la actividad moral o jurídica, se tiene que tomar partido sobre la concepción general del

universo, la esencia y la naturaleza del hombre, el misterio de su origen y su existencia de este mundo, el enigma de su destino (p. 354).

Esto nos lleva a adentrarnos a las «cúspides más vertiginosas de la metafísica» (p. 355).

VIII. CONCLUSIONES

En este estadio conclusivo estamos en condiciones de realizar un *compte rendu*, así como ciertas observaciones suplementarias, con base en nuestro ejercicio comparativo de las diferentes tendencias dominantes que animan la exégesis y la libre investigación científica. En primer lugar, en lo que concierne a sus concepciones del derecho, la libre investigación científica no supuso un rompimiento radical con la exégesis francesa. Ambas visiones del derecho descansan ampliamente sobre la ley, en particular el Código Civil, como la primordial fuente de soluciones a los casos jurídicos. La diferencia radica en la intensidad de este postulado. Mientras la exégesis francesa reduce el derecho a la ley escrita (el recurso inusual a la *equidad* resulta ser la excepción que confirma esta regla), la libre investigación científica solo le otorga un estatus privilegiado a la ley: tanto François Géný como Raymond Saleilles abandonan el *amour exegético* que considera a la ley como una obra completa y exhaustiva, ya que, en realidad, esta no contiene todas las soluciones a todos los casos judiciales. En estas condiciones, la libre investigación científica se permite entonces recurrir a la voluntad del legislador o poner en marcha los métodos propuestos por Raymond Saleilles y François Géný.

En segundo lugar, respecto a las visiones sobre la interpretación, dando cierta continuidad a la exégesis francesa, la libre investigación científica también se adscribe implícitamente a la denominada concepción cognitivista de la interpretación puesto que ambos puntos de vista consideraban a esta actividad como un acto de descubrimiento, simple constatación o mera declaración. Resulta interesante que, si bien en esa época (finales del siglo XIX) no conocían otras concepciones de la actividad interpretativa, tanto los autores de la exégesis como los de la libre investigación científica lucharon contra el fenómeno que, años más tarde, el realismo o escepticismo interpretativo tomó como bandera para desarrollar sus propias tesis: que el sentido de un texto jurídico es el producto de la voluntad del intérprete (sometida a ciertos límites, según cada autor).

En esta continuidad se generó una ruptura parcial: el objeto principal de la interpretación, tanto de la exégesis como en el pensamiento de François Géný, es el descubrimiento de la voluntad del legislador; no obstante, este último extiende el ámbito de lo cognoscente hacia los elementos de la vida social, siempre y cuando —claro está— no se haya

221

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURA
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

tenido éxito en la revelación de las intenciones del autor de la regla jurídica.

En tercer lugar, bajo reserva de la deficiencia de la obra del legislador, la libre investigación científica, en cuanto a la interpretación del derecho —pero no así en su integración—, continuó operando bajo el aforismo *in claris non fit interpretatio* heredado de la tradición exegética. En ambos casos la claridad de los textos de ley se presentaba como un principio que anulaba completamente la interpretación, dado que solo el supuesto de la oscuridad de la ley autoriza a los intérpretes a ir más lejos del texto.

En cuarto lugar, respecto a las formas lógicas, como hemos visto con anterioridad, François Géný acepta su uso; sin embargo, una *semirruptura* se marca cuando este autor francés condena el abuso de estas figuras realizado por los autores exégetas. Asimismo, pone en tela de juicio la efectividad de su empleo para alcanzar el objetivo autoasignado por la exégesis y la libre investigación científica; es decir, reducir a cenizas la discrecionalidad de los intérpretes en la atribución de sentido a los textos.

Respecto al método «objetivo», la libre investigación científica asegura la continuidad de la finalidad proclamada por la exégesis. Sin embargo, el punto de ruptura se presenta en los diferentes marcos metodológicos para cumplir con este ideal.

La radicalidad no es característica de dicho rompimiento ya que, en este aspecto, los autores de la libre investigación científica no parecen atacar en sí al modelo exegético de comprensión de las leyes, sino más bien el abuso y las deformaciones realizadas por los intérpretes cuando recurren a la intención del legislador para ocultar el verdadero motivo de las decisiones judiciales. Ello sucede a tal punto que, en el caso de François Géný, este explícitamente retoma el descubrimiento de la voluntad del legislador como punto de partida en su modelo de interpretación de la ley (y lo mismo en lo que concierne a Raymond Saleilles).

La ruptura se da cuando la *intentio legis* resulta ser insuficiente y, por tanto, se recurre a los elementos de corte social para poder encontrar la premisa normativa más apta y darle solución a una nueva situación jurídica emergida de los cambios que atraviesa una sociedad.

La libre investigación científica, criticando férreamente a su predecesor, se anuncia a sí misma con bombos y platillos como la alternativa para cumplir con el objetivo de limitar o reducir a nada la discrecionalidad judicial en la actividad interpretativa, tratando así de desmarcarse de la exégesis debido a su incapacidad por llevar a bien dicha empresa. Sin realizar aquí un inventario de estos elementos, no es difícil observar que los elementos extraídos de la realidad social (las creencias, la conciencia jurídica, la intuición, etc.), planteados por François Géný y Raymond Saleilles, conducen al fracaso de sus métodos «objetivos»,

cayendo entonces en la misma posición que ambos autores criticaron. Esto ocurre en razón del carácter altamente vago de los elementos de corte social y metafísico, los cuales son susceptibles de recibir diferentes usos que pueden también esconder los verdaderos motivos de los jueces para adoptar una solución jurídica en cierto sentido.

Las esclarecidas mentes podrán haber notado que en la distinción entre lo *construido* y lo *dado* dentro de la concepción de François Géný se reduce la interpretación a la búsqueda de la voluntad del legislador (lo *construido*). De este modo, el método de la libre investigación científica propuesto por el civilista francés, en el descubrimiento de lo *dado*, pareciera situarse él mismo fuera del ámbito estricto de la interpretación de los textos. Así, la imposibilidad de encontrar la voluntad del legislador termina siendo condición para el despliegue de la libre investigación científica. La cuestión relevante consiste en señalar que, para el propio François Géný, la inclusión de los elementos vivos de la sociedad se encuentra fuera del ámbito de la interpretación y pasa sigilosamente a un ámbito creador de derecho.

Finalmente, podemos concluir determinadamente que la libre investigación científica se constituyó como la continuidad del proyecto de la exégesis (sobre todo en cuanto a los objetivos asignados y la formulación de un «método objetivo»). Y aunque en ciertos aspectos Raymond Saleilles y François Géný marcaron cierta distancia respecto a la exégesis francesa, lo cierto es que fallaron en marcar una línea radical con esta última, de manera que la libre investigación científica solo puede percibirse como una *semirruptura* o *semicontinuidad* respecto de la exégesis del siglo XIX.

REFERENCIAS

Arnaud, A. J. (1975). *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*. París: PUF.

Atienza, M. (2003). Perelman y la nueva retórica. En *Las razones del derecho* (cap. 3). México: UNAM-III.

Aubrey, C., & Rau, F. (1869). *Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae* (4.ª ed., t. I). París: Marchal Billar.

Audren, F. (2018). Fragilité et robustesse de la pensée juridique. Deux professeurs de droit au travail dans la France de la Belle Époque. *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, (36), 14-24. <https://doi.org/10.3917/mnc.036.0015>

Baudry-Lacantinerie, G. (1882). *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une seconde partie les questions de détail et les controverses* (t. I). París: Larose et Forcel.

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURE
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

- Beignier, B. (1988). *Portalís et le droit naturel dans le Code civil. Revue d'histoire des Facultés de droit*, (6), 77-101.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Boilleux, J. M. (1851). *Commentaire sur le Code civil* (6.^a ed., t. I). París: Librairie de la Cour de cassation.
- Bonnecase, J. (1924). *L'école de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants* (2.^a ed.). París: De Boccard.
- Bonnecase, J. (1928). *Science du droit et romantisme: le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*. París: Librairie du Recueil Sirey.
- Boudot, M. (1999). *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé* [tesis inédita]. Universidad de Aix-Provence.
- Capitant, H. (s. f.). Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles. En E. Thaller (ed.), *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles* (pp. 65-114). París: Soufflot.
- Champeil-Desplats, V. (2016). *Méthodologies du droit et des sciences du droit* (2.^a ed.). París: Dalloz.
- Chiassoni, P. (2016). The heritage of the 19th century: the age of interpretative cognitivism. En E. Pattaro y C. Roversi (coords.), *Legal philosophy in the twentieth century: The civil law world* (vol. 12, t. II). Ámsterdam: Springer.
- Côté, P. A. (1995). Fonction interprétative et fonction législative: conceptions théoriques de leurs apports. En P. Amselek (ed.), *Interprétation et droit* (pp. 189-193). Bruselas: Bruylant.
- Delvincourt, C. É. (1813). *Cours de Code Napoléon* (t. I). París: Gueffier.
- Demante, A. M. (1849). *Cours analytique de Code civil* (t. I). París: Gustav Thorel.
- Demolombe, C. (1847). *Cours de Code Napoléon: Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, de la jouissance et de privation des droits civils* (t. I). Bruselas: Maline Cans et cie.
- De Secondat, C. L. (barón de Montesquieu). (1777). *De l'esprit des lois* (libro XI, cap. VI). París: Garnier.
- Dubouchet, P. (1986). L'école de l'Exégèse et la science du droit. *Revue de la Recherche Juridique*, (2), 209-227.
- Duranton, A. (1837). *Cours de droit français suivant le Code civil* (4.^a ed., t. XXI). París: Thorel.
- Fiss, O. (1985). Conventionalism. *Southern California Law Review*, 58.
- Frydman, B., & Haarscher, G. (2010). Le jugement. En *Philosophie du droit* (3.^a ed., p. 138). París: Dalloz.

Frydman, B. (2011). *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (3.^a ed.). Bruselas: Bruylant.

Gaudemet, É. (1934). L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Géný en méthodologie juridique et en philosophie du droit. En *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný* (pp. 5-15). París: Recueil Sirey.

Gaudemet, É. (1935). *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804: Conférences données à l'université de Bâle le 30 de novembre, 7, 14 et 21 décembre 1923*. París: Librairie du Recueil Sirey.

Géa, F. (2009). *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle: Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme* (t. I). París: LGDJ.

Gengembre, G. (2001). *Napoléon. La vie, la légende*. París: Larousse.

Géný, F. (1914a). *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles*. París: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

Géný, F. (1914b). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique* (t. I). París: LGDJ.

Géný, F. (1924). *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* (t. IV). París: Recueil Sirey.

Gérando, J. M. (1819). *Discours d'ouverture du cours de droit public et administratif* (t. I, pp. 66 y ss.). Themis.

Grzegorzczuk, C. (1992). La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit: Introduction. En C. Grzegorzczuk, F. Michaut y M. Troper (eds.), *Le positivisme juridique* (pp. 31 y ss.). París: Story, Scientia, LGDJ.

Halpérin, J. L. (2003). *Le Code civil*. París: Dalloz.

Husson, L. (1972). Analyse critique de la méthode de l'Exégèse. *Archives de philosophie du droit*, XVI, 115-133.

Jamin, C. (2000). François Géný d'un siècle à l'autre. En P. Jestaz, C. Thomasset y J. Vanderlinden (eds.), *François Géný, mythes et réalités. 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (pp. 3-17). París, Bruselas y Montreal: Dalloz, Bruylant, Yvon Blais.

Jestaz, P. (2000). François Géný: une image française de la loi et du juge. En P. Jestaz, C. Thomasset y J. Vanderlinden (eds.), *François Géný, mythes et réalités. 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (pp. 37 y ss.). París, Bruselas y Montreal: Dalloz, Bruylant, Yvon Blais.

Jestaz, P., & Jamin, C. (2004). *La doctrine*. París: Dalloz.

Laferrière, É. (1896). *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (2.^a ed., t. I). París: Berger-Levrault.

Laurent, F. (1869). *Principes de droit civil* (t. I). Bruselas: Bruylant.

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURA
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

Laurent, F. (1887). *Cours élémentaire de droit civil* (t. I). Bruselas y París: Bruylant, Maresque.

Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica: Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Marcadé, V. N. (1844). *Éléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code civil* (2.^a ed., t. I). París: Cotillon.

Mornet, M. (1904). *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, 1804-1904*. París: Rousseau.

Mourlon, F. (1896). *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques* (13.^a ed., t. I). París: Garnier Frères.

Ost, F. (2000). L'amour de la loi parfaite. En P. Robert, J. Boulad-Ayoub y B. Melkevik (eds.), *L'amour des lois: La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques* (pp. 53-77). París: Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan.

Ost, F. (2005). Les détours de Babel. En J. J. Sueur (ed.), *Interpréter et traduire: Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005. Faculté de droit de Toulon* (pp. 13-35). Bruselas: Bruylant.

Ost, F. (2009). Dans l'atelier du traducteur. En *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme* (cap. VIII). París: Fayard.

Ost, F., & Van de Kerchove, M. (1990). Interprétation. *Archives de philosophie du droit*, (35), 165-190.

Ost, F., & Van de Kerchove, M. (2018). *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. México: Libitum.

Perelman, C. (1973). Droit, logique et épistémologie. En *Le droit, les sciences humaines et la philosophie* (pp. 227-240). París: Vrin.

Perelman, C. (1974). *La interpretación jurídica* (H. Petzold-Pernio, trad.). Maracaibo: Editorial Universitaria de La Universidad del Zulia.

Rabault, H. (1997). *L'interprétation des normes: L'objectivité de la méthode herméneutique*. París: Éditions L'Harmattan.

Rémy, P. (1985a). Éloge de l'exégèse. *Droits*, 1, 115-123.

Rémy, P. (1985b). Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle. *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique: Les méthodes de l'enseignement du droit*, 2, 91-105.

Rémy, P. (1997). Préfaces de Troplong. Préface aux préfaces. *Revue d'histoire des facultés de droit*, 18, 175-183.

Saleilles, R. (1902). École historique et droit naturel après quelques ouvrages récents. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1(1), 80-113.

Saleilles, R. (1904a). Le Code civil et la Méthode historique. En *Le Code civil 1804-1904: Le livre du centenaire* (t. I). París: Rousseau.

Saleilles, R. (1904b). *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. París: Cotillon, Pichon.

Saleilles, R. (1914). Préface. En F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique* (t. I). París: LGDJ.

Saleilles, R. (1897). *Les accidents du travail et la responsabilité civile: Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. París: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

Saleilles, R. (1901). *De la déclaration de la volonté*. París: F. Pichon.

Soula, M. (2017). Discipliner le droit pénal (1820-1860): Quelle place pour les facultés de droit? *Cahiers Jean Moulin*, 3. <http://journals.openedition.org/cjm/509>

Taulier, F. (1840). *Théorie raisonnée du Code civil* (t. I). Grenoble: Prud'homme.

Toullier, C. B. (1846). *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (6.^a ed., vol. I). París: F. Cotillon, J. Rénard y Cía.

Troper, M. (1999). Le juge constitutionnel et la volonté générale. *Analisi et diritto*, 131-144.

Van de Kerchove, M. (1978). La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique. En M. Van de Kerchove (ed.), *Interprétation et droit: Approche pluridisciplinaire* (pp. 13-50). Bruselas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Vanderlinden, J. (1967). *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII au XIX siècles: Essai de définition*. Bruselas: Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas.

Van Meerbeeck, J. (2014). *De la certitude à la confiance*. Bruselas: Facultés Universitaires Saint-Louis, Anthemis. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.5043>

Vattel, E. de (1758). *Le droit des gens* (libro II, cap. XVII, § 263). Londres: Apud Liberos Tutor.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
Código Civil de Francia (21 de marzo de 1804).

Código Civil de Oaxaca (1827).

Código de Comercio de Francia (1807).

Código de Procedimientos Civiles de Francia (1806).

Código de Procedimientos Penales de Francia (1808).

Código Penal de Francia (1810).

ENTRE RUPTURA Y
CONTINUIDAD: DE LA
EXÉGESIS A LA LIBRE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA,
PASANDO POR
RAYMOND SALEILLES

BETWEEN RUPTURA
AND CONTINUITY:
FROM EXEGESIS TO
FREE SCIENTIFIC
ENQUIRY, THROUGH
RAYMOND
SALEILLES

Recibido: 04/06/2025
Aprobado: 13/01/2026

El cumplimiento responsivo en la ley chilena de protección de los derechos de los consumidores

Responsive Enforcement Under the Chilean Consumer Protection Act

MARÍA ELISA MORALES ORTÍZ*

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

PABLO SOTO DELGADO**

Universidad Austral de Chile (Chile)

Resumen: Este artículo examina el diseño institucional del cumplimiento regulatorio en la Ley chilena de Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley N.º 19.496) a partir del marco teórico de la regulación responsiva. Sobre la base del modelo de Ayres y Braithwaite, se sistematizan los mecanismos de cumplimiento público, privado y mixto previstos en el derecho del consumo chileno y se evalúa su aptitud para operar conforme a un esquema piramidal, flexible y estratégicamente adaptable para conseguir la observancia regulatoria. La investigación persigue cuatro objetivos: sintetizar los postulados centrales de la regulación responsiva y su recepción en Chile, clasificar los instrumentos de cumplimiento contenidos en la Ley N.º 19.496, examinar su grado de responsividad a partir de seis parámetros estructurales y proponer reformas destinadas a fortalecer el modelo de cumplimiento en el ámbito del consumo. La hipótesis del trabajo sostiene que el régimen chileno es solo parcialmente responsivo. Si bien la Ley N.º 19.496 contempla una diversidad relevante de herramientas —acciones judiciales, procedimiento voluntario colectivo, planes de cumplimiento, mecanismos alternativos de resolución de controversias y acciones impulsadas por asociaciones y consumidores—, su arquitectura presenta debilidades como la ausencia de sanciones de incapacitación, la limitada eficacia disuasiva de las multas, la escasa institucionalización de mecanismos correctivos y la falta de criterios claros que orienten el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. A través de una metodología descriptiva y evaluativa, el estudio concluye que, aunque existen rasgos responsivos relevantes, el diseño vigente impide la consolidación plena de un paradigma de cumplimiento genuinamente responsivo en el derecho chileno del consumo.

Palabras clave: Cumplimiento regulatorio, regulación responsiva, derecho del consumo, multas, diseño institucional.

* Profesora de Derecho Civil de la Universidad Alberto Hurtado. Doctora en Derecho por la Universidad de Chile (Chile).

Código ORCID: 0000-0003-1200-7253. Correo electrónico: elisa.moralesortiz@gmail.com

** Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Diego Portales (Chile).

Código ORCID: 0000-0003-3406-4451. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl

Abstract: This article examines the institutional design of regulatory compliance under the Chilean Consumer Protection Act (Act No. 19,496) through the theoretical framework of responsive regulation. Based on the model developed by Ayres and Braithwaite, it systematizes the public, private and hybrid enforcement mechanisms established in Chilean consumer law and assesses their capacity to operate within a pyramidal, flexible and strategically adaptable compliance scheme. The research pursues four objectives: to synthesize the core tenets of responsive regulation and its reception in Chile, to classify the enforcement instruments contained in the Act No. 19,496, to examine their degree of responsiveness according to six structural parameters and to propose reforms aimed at strengthening the compliance model in the field of consumer protection. The central hypothesis maintains that the Chilean regime is only partially responsive. Although the Act No. 19,496 provides for a significant range of enforcement tools—including judicial actions, voluntary collective procedures, compliance programs, alternative dispute resolution mechanisms, and actions brought by consumer associations and individual consumers—, its institutional architecture exhibits notable weaknesses. These include the absence of incapacitating sanctions, the limited deterrent effect of fines, the insufficient institutionalization of corrective mechanisms, and the lack of clear criteria guiding the exercise of administrative discretion. Using a descriptive and evaluative methodology, the study concludes that, despite the presence of relevant response characteristics, the current design prevents the full consolidation of a truly responsive compliance paradigm in Chilean consumer legislation.

Keywords: Regulatory enforcement, responsive regulation, consumer law, monetary penalties, institutional design.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. RESPONSABILIDAD REGULATORIA.- II.1. EL PLANTEAMIENTO RESPONSIVO PIRAMIDAL.- II.2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE.- II.3. LOS PARÁMETROS DE LA RESPONSABILIDAD.- III. LOS INSTRUMENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO REGULATORIO EN LA LPDC.- III.1. LAS MEDIDAS A DISPOSICIÓN DEL SERNAC.- III.1.1. ACCIONES CIVILES COLECTIVAS, DE INTERÉS DIFUSO Y DE INTERÉS GENERAL.- III.1.2. LA ACCIÓN INFRACCIONAL.- III.1.3. EL PLAZO ADMONITORIO PARA MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS.- III.2. MECANISMOS PRIVADOS DE CUMPLIMIENTO.- III.2.1. LA ACCIÓN DE INTERÉS INDIVIDUAL ANTE EL JUEZ DE POLICÍA LOCAL.- III.2.2. ACCIONES COLECTIVAS PRESENTADAS POR ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y GRUPOS DE PERSONAS CONSUMIDORAS.- III.2.3. MEDIACIÓN ANTE ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.- III.2.4. SISTEMA DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.- III.3. MECANISMOS MIXTOS.- III.3.1. PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO COLECTIVO.- III.3.2. PLANES DE CUMPLIMIENTO.- III.3.3. SELLO SERNAC.- III.3.4. RECLAMO INDIVIDUAL.- IV. EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA LPDC.- IV.1. APLICACIÓN DE LA MATRIZ RESPONSIVA AL ESQUEMA DE CUMPLIMIENTO DE LA LPDC.- IV.1.1. LA EXISTENCIA DE SANCIONES PODEROSAS CAPACES DE MOTIVAR AL

REGULADO.- IV.1.2. VARIEDAD DE INSTRUMENTOS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO.- IV.1.3. DIVERSIDAD DE ESTRATEGIAS REGULATORIAS.- IV.1.4. POSIBILIDAD DE OPTAR ENTRE LAS DISTINTAS ESTRATEGIAS Y MEDIDAS.- IV.1.5. INTENSIDAD DE LA RESPUESTA SEGÚN LAS CARACTERÍSTICAS, LA ACTITUD COOPERATIVA Y LA MOTIVACIÓN DEL REGULADO.- IV.1.6. PARTICIPACIÓN ESTATAL Y PRIVADA EN EL CUMPLIMIENTO REGULATORIO.- IV.2. BALANCE SISTÉMICO.- V. MEJORAS REGULATORIAS PARA INTRODUCIR RESPONSABILIDAD A LA LPDC.- V.1. CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS REGULATORIAS.- V.2. PROPUESTAS REGULATORIAS.- VI. CONCLUSIONES.

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

I. INTRODUCCIÓN

En la arquitectura de la regulación de un sector económico o social no existe la perfección. La literatura especializada en esta materia ha explicado que puede haber múltiples diseños institucionales para satisfacer una necesidad pública, cada uno de los cuales generaría consecuencias valiosas y a la vez indeseadas. Por ello, le corresponde al legislador efectuar un análisis de los modelos posibles y, en conformidad con su evaluación comparativa, elegir un diseño que tenga el mejor rendimiento para cumplir con la finalidad pública definida (Komesar, 1994, pp. 4-5). Esta evaluación institucional es relevante para cualquier régimen regulatorio, compuesto por el establecimiento de estándares de funcionamiento de un sector, de su monitoreo y de su cumplimiento normativo (Parker *et al.*, 2004, p. 1)¹. Este último componente se refiere al instrumental dirigido a modificar la conducta de quienes se encuentran obligados a observar las normas correspondientes (Baldwin *et al.*, 2012, p. 227).

El marco teórico proporcionado por la denominada «regulación responsiva»² cumple una doble función en el análisis institucional de los mecanismos de cumplimiento de un sector: por una parte, sirve de parámetro para la evaluación de su eficacia; y, por otra, guía el diseño de los instrumentos con los que se dará eficacia a los estándares de funcionamiento en cierto ámbito. Conforme a la responsividad, el diseño institucional del cumplimiento ha de permitir distintos niveles de intensidad en la intervención de la conducta del regulado, la participación de actores privados junto con los órganos estatales en tareas de cumplimiento y la utilización estratégica de los instrumentos para obtener la observancia regulatoria (Ayres & Braithwaite, 1992, pp. 4-7)³.

1 En adelante, se emplearán como sinónimas las expresiones «cumplimiento», «cumplimiento regulatorio» y «cumplimiento normativo» para referirse a lo que en inglés se denomina *enforcement*, término que también se emplea indistintamente en lo que sigue.

2 Siguiendo el uso instalado en Chile (Montt, 2010, pp. 10 y ss.), se utiliza en este texto la expresión «regulación responsiva» como traducción al español de *responsive regulation*.

3 Puede encontrarse una síntesis en Rorie (2012).

En línea con estos planteamientos, en lo que sigue se aplica la matriz de la regulación responsiva a la ley chilena que protege los derechos de los consumidores (Ley N.º 19.496, 1997)⁴, a la que en adelante se denominará «LPDC». Con ello, esta investigación se inserta en un campo de análisis jurídico fértil que en Chile (Montt, 2010, p. 21) ha tenido resultados en áreas focalizadas de la actividad de cumplimiento de ciertos órganos, preferentemente en materia ambiental (Guiloff & Soto, 2015, pp. 111 y ss.; Hervé & Plumer, 2019, p. 26; Rojas *et al.*, 2021, pp. 117 y ss.; Soto, 2016a, pp. 202 y ss.) o de libre competencia (Romero, 2011, pp. 510 y ss.). Precisamente, la vigencia del planteamiento responsivo en Chile le otorga pertinencia al análisis de este estudio.

Los objetivos de esta investigación consisten en: a) sintetizar los principales postulados de la responsividad regulatoria y su desarrollo en el derecho chileno, b) introducir una sistematización de los mecanismos de cumplimiento regulatorio contenidos en la LPDC, c) evaluar la aptitud responsiva del conjunto de estos instrumentos de cumplimiento en el derecho chileno del consumo y d) formular propuestas destinadas a mejorar la responsividad del esquema de cumplimiento de la LPDC.

La hipótesis de este trabajo puede ser formulada de este modo: el diseño institucional de la regulación del consumo en Chile en materia de cumplimiento es solo *limitadamente* responsivo, de manera que el esquema vigente tiene un déficit que requiere modificaciones.

En cuanto a la metodología de investigación, esta se despliega en un nivel descriptivo y en otro prescriptivo. Con arreglo al primero de ellos, se detalla el marco conceptual de la responsividad regulatoria y su impacto doctrinario en Chile. Asimismo, se explican y ordenan los principales instrumentos para promover el cumplimiento de la regulación chilena del consumo, empleándose como materiales la LPDC, sus reglamentos, las circulares interpretativas dictadas por el Servicio Nacional del Consumidor de Chile (en adelante, Sernac o Servicio)⁵ y la doctrina pertinente. Con respecto al segundo nivel metodológico, se evalúa la institucionalidad sistematizada conforme a los parámetros de la responsividad obtenidos y se efectúan propuestas para que aquella se ajuste a estos.

4 Todas las referencias a la LPDC en este trabajo se efectúan según su última versión (Decreto con fuerza de ley N.º 3, 2021).

5 De acuerdo con el artículo 58, letra b de la LPDC, las interpretaciones administrativas del Sernac, que se concretan en las circulares referidas y en dictámenes, son obligatorias solamente para los funcionarios del Servicio. A este respecto, es relevante precisar el alcance jurídico de los instrumentos interpretativos y orientadores utilizados por el Sernac en el ejercicio de sus funciones de cumplimiento. Según una publicación reciente, las circulares y dictámenes del Servicio constituyen actos administrativos cuyo efecto vinculante es interno, proyectándose externamente de manera indirecta en la medida en que permiten anticipar criterios de actuación institucional y orientar la conducta de los proveedores sin necesariamente crear obligaciones jurídicas generales (Momborg & Morales, 2025, pp. 216-217).

Respecto a lo anterior, cabe efectuar dos advertencias. En primer lugar, este trabajo no pretende medir empíricamente grados de responsividad adecuados, completos o suficientes⁶, sino evaluar la aptitud institucional del diseño chileno de cumplimiento de la LPDC a la luz de parámetros regulatorios teóricos consolidados. En segundo término, en este artículo no se emplea el método del derecho comparado. Así, el análisis y las propuestas no se efectúan sobre la base de la experiencia recabada en sistemas extranjeros exitosos, sino conforme a los parámetros proporcionados por el modelo de la regulación responsiva. Por lo mismo, toda referencia al derecho extranjero es ilustrativa⁷.

El texto se organiza de la siguiente manera: luego de esta introducción (I), el apartado siguiente desarrollará el enfoque regulatorio de la responsividad (II); enseguida, se expondrán los mecanismos contenidos en la LPDC para su cumplimiento (III); luego, se evaluará ese conjunto de instrumentos conforme a los parámetros de la regulación responsiva (IV) y se propondrán mejoras regulatorias a la LPDC (V). Finalmente, se presentarán las conclusiones (VI).

II. RESPONSABILIDAD REGULATORIA

La regulación responsiva es una aproximación analítica para diseñar y aplicar los instrumentos destinados a promover el cumplimiento regulatorio. Su núcleo consiste en que el esquema de cumplimiento de normas debe ser flexible y responder o adaptarse a las circunstancias, intervinientes y problemas de un sector regulado. Como lo explican sus precursores, las regulaciones responden mejor o peor dependiendo del contexto en el que se desenvuelvan (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 5).

En esta sección se desarrolla la perspectiva regulatoria responsiva. Para ello, se aborda el estado general de la cuestión, así como su impacto y desarrollo en el administrativismo chileno.

II.1. El planteamiento responsivo piramidal

El enfoque regulatorio responsivo intenta trabajar creativamente a partir de la interacción entre la regulación privada y la regulación estatal para obtener las mejores soluciones en materia de política pública (Ayres

6 Con todo, y a propósito del rendimiento práctico de la responsividad regulatoria, se ha señalado que este es variable. Así, un trabajo muy documentado sobre la materia da cuenta de que, de veinticuatro casos, en ocho la regulación responsiva supera a su alternativa regulatoria; y que en otros diez casos el rendimiento dependió de la manera en que se implementó la regulación y de su interacción con otras modificaciones normativas. Asimismo, tratándose de los factores que inciden en el éxito empírico de la regulación responsiva, ellos consisten en: a) el entrenamiento del personal a cargo de la responsividad, b) explicitar a los regulados en qué consiste la regulación responsiva, c) calibrar cuándo aplicar medidas blandas y medidas duras con los regulados, y d) evitar perseguir más duramente las infracciones de más fácil detección. A este respecto, véase la completa revisión de Van der Hijden (2020, pp. 14-17).

7 En efecto, utilizar el método comparado con miras a un trasplante legal es una investigación distinta a la que aquí se presenta.

& Braithwaite, 1992, p. 4). La responsividad regulatoria amplía las opciones de diseño e implementación de los esquemas de cumplimiento normativo e incorpora espacios de autorregulación privada junto con la regulación estatal (pp. 101 y ss.), delegando algunos instrumentos de cumplimiento en actores no estatales como las asociaciones ciudadanas (pp. 54 y ss.). Esta perspectiva trasciende el estancamiento entre las posiciones extremas de quienes respaldan una fuerte regulación estatal de las empresas, por una parte, y quienes defienden su desregulación, por otra (p. 1).

La responsividad propone que en la construcción de un régimen de cumplimiento regulatorio deben existir: a) distintas herramientas y b) múltiples estrategias regulatorias para utilizarlas. En ambos casos, el diseño ha de admitir una ordenación jerárquica según la intensidad de la intervención en la conducta o actividad regulada, mientras el escalamiento entre herramientas y estrategias dependerá de la conducta y motivación de los regulados (pp. 20 y ss.). Esto supone que el diseño regulatorio no debe omitir instrumentos relevantes para obtener el cumplimiento, especialmente si aquellos deben crearse legislativamente. En efecto, la ausencia de una herramienta puede ser un impedimento significativo para la observancia normativa (Ayres, 2013, p. 229).

La variedad de estrategias y herramientas para hacer cumplir la regulación de un sector se ilustra mediante una pirámide. Por ello, puede hablarse de una «pirámide de cumplimiento regulatorio», que escala desde la persuasión al regulado hasta la revocación de su autorización de funcionamiento; de una «pirámide de estrategias regulatorias», en cuya base se expresa la autorregulación y cuya cúspide contiene una política de órdenes y castigos indisponible para el aplicador; o de una «pirámide de intervenciones parciales en un sector industrial», cuyos cimientos admiten que los regulados se conduzcan según el *laissez faire*, mientras que su ápice posibilita una amplia intervención estatal en el sector (Ayres & Braithwaite, 1992, pp. 35, 39 y 154). En estos términos, la responsividad a la que se hace referencia en esta investigación es predominantemente una de *tipo piramidal* (Braithwaite, 2017, pp. 118-121)⁸.

8 Junto a la responsividad piramidal, como explica Braithwaite (2017), es posible hablar de otros tipos de responsividad: a) microrresponsividad, que atiende a las posturas motivacionales en la reacción de los regulados frente a la autoridad; b) responsividad de red y nodal, consistente en que un Estado regulador obtiene el cumplimiento regulatorio a través de la presión ejercida por otros actores en cada escalón de la pirámide: otros Estados, ONG, asociaciones industriales, organizaciones de certificación, etc.; c) responsividad metarregulatoria, referida a la necesidad del escrutinio público de las medidas de cumplimiento regulatorio con el objeto de que terceros interesados impulsen la obligatoriedad de aquellas; y d) responsividad socialista, que es un socialismo temporal que opera estatizando por un determinado periodo de tiempo ciertos sectores o industrias para promover un capitalismo menos destructivo (pp. 121 y ss.).

Todo este enfoque descansa sobre la idea de un sistema regulatorio diseñado «para protegernos de los truhanes, dejando espacio para el fomento de la virtud cívica» (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 53). Por esta razón, el esquema responsivo es dinámico: permite que el cumplimiento ocurra por la aplicación de los mecanismos situados en la base de la pirámide, sin perjuicio de una estrategia de respuesta que permita escalar hasta mecanismos disuasorios o sanciones drásticas (p. 53).

La regulación responsiva constituye una alternativa al enfoque regulatorio basado solo en órdenes y control (*command and control*), que pretende asegurar el cumplimiento estableciendo normas estrictas respaldadas principalmente en sanciones estatales (Lodge & Wegrich, 2012, pp. 96-97). La responsividad, en cambio, propone herramientas diversas, como la persuasión o la educación del regulado (Braithwaite, 2011, p. 482). Esto se debe a que, según la perspectiva responsiva, muchos problemas de un sector pueden resolverse fortaleciendo las capacidades de gestión de los regulados; de ahí que los reguladores no deban emplear el castigo antes de fomentar dichas capacidades (pp. 480-481). Así, la sanción, que es más costosa, puede reservarse para casos en los que falla la persuasión, aunque esta manera de proceder depende del perfil de los regulados. En efecto, si estos son actores virtuosos, la respuesta institucional para hacer cumplir la regulación se basará en la justicia restaurativa; si los actores son calculadores racionales, operará la disuasión; y, por último, si se trata de regulados incompetentes, será necesario incapacitarlos, impidiendo su funcionamiento (Braithwaite, 2017, pp. 119-120). Esta atención al contexto y a las cualidades del regulado puede generar casos que requieran la imposición inmediata de la medida más intensa sin escalar desde la persuasión (Braithwaite, 2011, p. 493), lo que impide considerar la sanción como una medida de *ultima ratio*.

Es clave la presencia de sanciones lo suficientemente poderosas en la cúspide de la pirámide que generen la percepción de que con seguridad se van a aplicar a los infractores de ser necesario (Gunningham, 2010, p. 126). La disposición estatal para aplicar medidas estrictas puede fomentar el cumplimiento voluntario, en contraste con un Estado que solo evita la confrontación y el castigo: «Si se quitan las cúspides de las pirámides [...], hay menos perspectivas de autorregulación, menos perspectivas de persuasión como alternativa al castigo» (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 39).

La responsividad ha influido en la construcción de regímenes de cumplimiento en Australia (Senate Economics References Committee, 2014, pp. 28-30 y nota al pie 19) y en el Reino Unido, que en el año 2008 legisló para establecer medidas de cumplimiento y sanciones administrativas (Regulatory Enforcement and Sanctions Act (2008),

inspirándose en la idea de que «las sanciones deben ser responsivas y considerar lo que es apropiado para el infractor particular y el problema normativo» (Macrory, 2013, p. 235). En ese ordenamiento, la agencia encargada de aplicar la regulación sobre cláusulas abusivas en el ámbito del consumo —la Competition and Markets Authority (CMA), en el marco de la Consumer Rights Act de 2015— ha adoptado un enfoque responsivo, aplicando un «modelo de *enforcement* piramidal» (Morales, 2019, pp. 171-198)⁹.

Estos ejemplos muestran que la responsividad regulatoria está radicada originalmente en países desarrollados. En contraste, los Estados en desarrollo tienen una capacidad limitada para hacer efectiva la observancia de la regulación, lo que les impone el desafío de diseñar herramientas de cumplimiento que no necesariamente descansen en la capacidad estatal, aunque manteniendo un diseño institucional respaldado en sanciones altas que se hagan efectivas de ser necesario (Braithwaite, 2006, p. 884). Esto no significa que su implementación no sea recomendable para países en vías de desarrollo, sino que exige una adaptación sensible al contexto institucional y a las capacidades locales.

II.2. El estado de la cuestión en Chile

La regulación responsiva ha sido recibida en Chile mayormente por la doctrina especialista en derecho administrativo (Muñoz & Muñoz, 2022, pp. 22-24), sobre todo en el ámbito sancionatorio. La responsividad se ha vinculado con el «derecho administrativo de la luz verde», un enfoque que centra su atención en la gestión, en las tareas de servicio de la Administración y en la eficacia de la función pública (Harlow & Rawlings, 2022, p. 35). En materia sancionatoria, los «reguladores deben proceder conforme a estrategias complejas, que incluyan, además de la sanción, el uso de la persuasión, la negociación y [la] “conversación regulatoria”» (Montt, 2010, p. 21).

La literatura ha empleado la responsividad especialmente para comprender el actuar discrecional de la Superintendencia del Medio Ambiente cuando ha aplicado distintas sanciones por más de una infracción regulatoria, lo que difiere del control jurisdiccional rígido de esa decisión, inspirado en la legalidad penal (Guiloff & Soto, 2015, pp. 111 y ss.).

En la misma línea, se ha anclado la responsividad en la obligación que pesa sobre los órganos administrativos de dar eficacia a la regulación.

⁹ Desde el año 2025, la CMA adquirió nuevos poderes directos de fiscalización y sanción en materia de protección al consumidor en virtud de la Digital Markets, Competition and Consumers Act de 2024, lo que supone un cambio estructural al habilitar a dicha agencia para investigar infracciones mediante herramientas propias del derecho de la competencia —como requerimientos obligatorios de información o inspecciones sin previo aviso— e imponer sanciones económicas.

Aplicado a la regulación ambiental, esto da lugar a la posibilidad de usar estratégicamente los instrumentos de cumplimiento sancionatorio y no sancionatorio que tiene a su disposición la agencia reguladora sectorial, lo que viene justificado en las disposiciones legales que le conceden discrecionalidad (Soto, 2016a, pp. 202 y ss.), basándose en el nivel de cooperación del regulado (Soto, 2016b, p. 405). Esta cuestión ha sido presentada mediante una «escala decisional» o «escala responsiva» que puede emplear la Superintendencia del Medio Ambiente según «los riesgos o afectaciones involucrados y [atendiendo] al comportamiento del regulado, adoptando decisiones en etapa temprana —fiscalización— o, en una etapa más intensa —post fiscalización—, de tal manera de lograr respuestas más directas y eficaces» (Hervé & Plumer, 2019, p. 44).

La doctrina chilena considera que la introducción de la responsividad en el ámbito sancionatorio administrativo permite distinguir la reacción penal de la administrativa (Aracena, 2017, p. 113), cuestión que ha posibilitado una reconfiguración teórica o un cambio metodológico destinado a la realización efectiva de la acción administrativa, lo que se expresa en incentivos al cumplimiento o en la introducción legislativa de mecanismos alternativos a la sanción (Rojas *et al.*, 2021, pp. 114-120). A propósito de los incentivos al cumplimiento, existe algún acuerdo en cuanto a que el programa de cumplimiento ambiental de la Ley 20.417 es un caso de responsividad regulatoria (Camacho, 2024, pp. 92-93; Farrán, 2022, p. 254; Méndez, 2024, p. 129).

Precisamente por su proyección en materia ambiental, una de las últimas manifestaciones de la responsividad puede encontrarse en el proyecto de ley que modifica y refuerza la estructura de cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente. Esa iniciativa legal afirma fundarse en un «principio de diseño responsivo» y amplía, por ello, los instrumentos con los que el regulador ambiental podrá actuar frente a los incumplimientos, contemplando vías alternativas a la sanción y mejoras al régimen de incentivos al cumplimiento ambiental (Presidente de la República, 2024, pp. 14-17).

II.3. Los parámetros de la responsividad

Conforme al marco analítico explicado en esta sección, los ejes estructurantes de la regulación responsiva en una institucionalidad regulatoria son los siguientes:

1. Sanciones poderosas en la punta de la pirámide de cumplimiento para incentivar la observancia de la regulación.
2. Variedad de instrumentos para el cumplimiento que incluyan medidas punitivas y no punitivas.

3. Diversidad de estrategias regulatorias que pueden ordenarse según su grado de intervención en la actividad del regulado.
4. Escalamiento o dinamismo, consistente en la posibilidad de optar entre las distintas medidas y estrategias.
5. Adaptabilidad o flexibilidad, lo que gatilla la intensidad de la respuesta regulatoria según las características, la cooperación y la motivación del regulado.
6. Participación de distintos actores, estatales y privados, lo que resulta particularmente importante en el caso de países no desarrollados.

En estos términos, un régimen de cumplimiento será considerado responsivo siempre que satisfaga los elementos indicados en el listado anterior. Por esta razón, tales parámetros se utilizarán en la sección IV de este trabajo como matriz para evaluar la aptitud responsiva de los mecanismos de observancia regulatoria de la LPDC.

Habiéndose revisado el enfoque regulatorio responsivo, corresponde en lo que sigue explicar las herramientas para hacer cumplir la regulación del consumo en el ordenamiento jurídico chileno.

III. LOS INSTRUMENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO REGULATORIO EN LA LPDC

El cumplimiento de la regulación puede llevarse a cabo por una agencia estatal, por los particulares o por ambos, lo que permite hablar de un cumplimiento público, privado o mixto (Franck, 2019, p. 108). Esta clasificación es útil para sistematizar los instrumentos de la LPDC destinados a dar eficacia a sus estándares normativos (Momberg *et al.*, 2025, p. 55). A continuación, se explica cada uno de ellos.

III.1. Las medidas a disposición del Sernac

III.1.1. Acciones civiles colectivas, de interés difuso y de interés general

En la LPDC es posible identificar como *enforcement* público el ejercicio de acciones judiciales por parte del Sernac, que se traducen en acciones civiles e infraccionales. Sobre este punto, el Servicio solo tiene legitimación respecto de acciones colectivas o destinadas a proteger el interés difuso¹⁰; es decir, no puede litigar persiguiendo el interés individual.

¹⁰ El Sernac comparte esta habilitación en juicio con las asociaciones de consumidores y también con cincuenta o más consumidores afectados en un mismo interés, de acuerdo con el artículo 51, numeral 1, literales b y c de la LPDC. Véase *infra* III.2.2.

Además, aunque no aparece claramente en la ley y no hay acuerdo doctrinario sobre su existencia (De la Maza & Ojeda, 2017, pp. 105-140; Momberg, 2011, pp. 235-244), el Sernac ha interpretado administrativamente que puede ejercer las denominadas «acciones de interés general». Esta cuestión ha sido reconducida en sede judicial a las categorías de acciones de interés colectivo o difuso previstas en la LPDC (Momberg, 2011, pp. 235-244). El objetivo de las acciones de interés general consiste en «perseguir infracciones que [...] puedan afectar, en abstracto, a los intereses de la sociedad toda [...] en tanto consumidores» (Resolución Exenta N.º 932, 2019).

El Sernac puede presentar varias acciones judiciales. Así, la ley le otorga capacidad procesal para accionar solicitando a la judicatura la anulación de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, la obtención de la prestación de la obligación incumplida, el cese de la conducta incumplidora, y la indemnización de perjuicios o la reparación correspondiente (LPDC, 1997, art. 50).

Respecto de las acciones colectivas y de interés difuso, las primeras se promueven «en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual». Las segundas se presentan «en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos» (LPDC, 1997, art. 50). La misma disposición establece que, para el éxito de la acción colectiva indemnizatoria, se exige acreditar el daño y, si se ejerce una acción colectiva propiamente tal —es decir, una en la que se alega la transgresión de «los derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual» (art. 50)—, se deberá acreditar la relación contractual que liga al infractor y a las personas consumidoras afectadas.

En cuanto a los tribunales competentes, es necesario hacer algunas distinciones. En primer lugar, las acciones de interés general presentadas por el Sernac son conocidas por los juzgados de policía local (art. 50 H). Estos jueces se encuentran prácticamente en todas las comunas del país¹¹, no forman parte del Poder Judicial y son supervisados por las cortes de apelaciones (Decreto N.º 307, 1978, art. 8; Momberg *et al.*, 2025, p. 57). Por su parte, las acciones colectivas son conocidas por los juzgados de letras en lo civil (LPDC, 1997, art. 50 A). Alguna doctrina señala que la razón por la cual se otorgó competencia al juez civil en este caso es «la necesidad de que estos nuevos intereses se tutelen en procesos de lato conocimiento» (Aguirrezabal, 2024a, p. 96), que para estos efectos se denomina «procedimiento especial para la protección

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

11 En Chile existen 372 juzgados de policía local, distribuidos en las 346 comunas del país (Instituto Nacional de Jueces de Policía Local, s. f., p. 1).

del interés colectivo o difuso de los consumidores» (LPDC, 1997, arts. 51 y ss.).

III.1.2. La acción infraccional

Junto con las acciones civiles, la LPDC dispone que cualquier acto, omisión o conducta que afecte el ejercicio de los derechos de las personas consumidoras habilita la interposición de acciones destinadas a obtener la declaración judicial de la infracción y de la correspondiente sanción al proveedor que la ha consumado (LPDC, 1997, arts. 50 y 58, lit. f). A este respecto, es necesario destacar que en Chile el Sernac no tiene competencia para sancionar administrativamente a los proveedores que han infringido la regulación del consumo¹², por lo que debe litigar la imposición de multas (Soto & Durán, 2019, p. 241).

La LPDC emplea la sanción pecuniaria frente a las infracciones cometidas por los proveedores. Si bien existe una multa residual de hasta 300 UTM¹³ para aquellas infracciones a las que no se atribuye directamente una sanción, la ley fija distintos montos dependiendo del incumplimiento específico en cuestión. Por ejemplo, la publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social es sancionada con hasta 1500 UTM¹⁴, aunque si afecta la salud, la seguridad o el medioambiente, el tope es de 2250 UTM¹⁵ (LPDC, 1997, art. 24, inc. 2). Por otro lado, cuando las infracciones afectan el interés colectivo o difuso de los consumidores, los tribunales pueden imponer alternativamente una multa única o una multa por cada consumidor afectado. Pero esta sanción tiene límites: no puede exceder el 30 % de las ventas de línea del producto o servicio ni ser mayor al doble del beneficio económico producido con la infracción (art. 24 A). En cualquier caso, el monto total de la sanción no puede exceder las 45 000 UTA¹⁶.

En la determinación de la multa, este esquema sancionatorio incluye atenuantes y agravantes. Entre aquellas destacan la colaboración sustancial y la autodenuncia del infractor. La primera aparece en la ley bajo una configuración específica: como un plan de cumplimiento, que se analizará luego¹⁷. En cuanto a la segunda, esta se configura siempre que el autodenunciante proporcione «antecedentes precisos, veraces y comprobables que permitan el inicio de un procedimiento» (art. 24, inc. 3, lit. b). En ningún caso es posible eximirse de responsabilidad al

12 Actualmente, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional el proyecto de ley contenido en el Boletín N.º 16.271-03, que busca dotar al Sernac de facultades sancionatorias (Presidente de la República, 2023). Un intento previo en el mismo sentido no prosperó respecto de dichas facultades, aunque dio lugar a importantes reformas mediante la Ley N.º 21.081 (2018), cuyo objetivo principal fue fortalecer institucionalmente al Sernac y mejorar la protección de los consumidores.

13 Equivale, aproximadamente, a 22 200 dólares estadounidenses.

14 Equivale, aproximadamente, a 111 160 dólares estadounidenses.

15 Equivale, aproximadamente, a 166 750 dólares estadounidenses.

16 Equivale, aproximadamente, a 39 074 355 dólares estadounidenses.

17 Véase *infra* III.3.2.

autodenunciarse (Guerrero, 2024, p. 688) ni existe mayor desarrollo administrativo del instrumento.

III.1.3. El plazo admonitorio para micro y pequeñas empresas

La LPDC contempla una herramienta de cumplimiento dirigida específicamente a micro y pequeñas empresas¹⁸ que consiste en otorgarles un plazo para ajustarse a la regulación que incumplen. Esto opera en el marco de la fiscalización al proveedor, potestad otorgada por la ley al Sernac (LPDC, 1997, art. 58, lit. a). Así, en caso de que el Servicio constate que una micro o pequeña empresa infringe una regulación legal o reglamentaria, puede otorgarle un plazo de hasta diez días hábiles para que enderece su comportamiento y cumpla con la normativa correspondiente. Para emplear esta herramienta, sin embargo, el proveedor no debe haber sido sancionado por la misma infracción en los últimos doce meses ni debe tratarse de una infracción en la que el Sernac considere aplicable alguna de las agravantes del artículo 24 de la LPDC. Finalmente, la observancia de la regulación dentro del plazo otorgado tiene que acreditarse ante el Servicio.

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

III.2. Mecanismos privados de cumplimiento

III.2.1. La acción de interés individual ante el juez de policía local

Las acciones dirigidas a resguardar el interés individual en materia de derecho del consumo son una herramienta de cumplimiento privado en Chile. Al igual que en el caso de las acciones colectivas o de interés difuso, el consumidor individual puede ejercer una acción infraccional en conjunto con las acciones civiles que establece la LPDC, incluyendo la indemnizatoria (LPDC, 1997, art. 50).

La acción individual se presenta ante los juzgados de policía local (art. 50 A). Si la cuantía es superior a 25 UTM¹⁹, es aplicable la regla general de que las sentencias definitivas dictadas por el juzgado de policía local pueden recurrirse ante la Corte de Apelaciones (Carrasco, 2024, p. 209). De lo contrario, la causa se tramitará en única instancia (LPDC, 1997, art. 50 H).

18 En Chile la ley ha definido que las microempresas tienen ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro que no superan 2400 unidades de fomento en el último año calendario. Por su parte, las pequeñas empresas, por las mismas actividades, tienen ingresos que no exceden de 25 000 unidades de fomento en el último año calendario (Ley N.º 20.416, 2010).

19 Aproximadamente, 1820 dólares estadounidenses. Subsiste en la LPDC el artículo 50 G, que establece que las causas cuya cuantía no exceda las 10 UTM se tramitarán en única instancia, siendo todas sus resoluciones inapelables. Dicha disposición debe entenderse desplazada por el artículo 50 H de la LPDC, incorporado posteriormente, el cual fija como límite de cuantía para recurrir las 25 UTM. Conforme al principio *lex posterior derogat priori*, esta es la regla vigente. Si bien podría sostenerse, en virtud del artículo 2 ter de la LPDC, una interpretación *proconsumidor* que permita compatibilizar ambos criterios, no se trata de un problema de interpretación, sino de aplicación de la ley en el tiempo, específicamente de un caso de derogación tácita regulada en el artículo 52 del Código Civil (Decreto con fuerza de ley N.º 1, 2000), lo que se produce cuando las disposiciones de una ley nueva no pueden conciliarse con las de una ley anterior, provocando la pérdida de fuerza obligatoria de esta última.

Si bien la comparecencia directa y sin abogado que admite la ley (art. 50 C) puede considerarse una facilidad para el consumidor, en la práctica esta circunstancia profundiza el desequilibrio entre consumidores y proveedores, puesto que estos comparecen representados por uno o más abogados (Cortez, 2024, p. 141).

III.2.2. Acciones colectivas presentadas por asociaciones de consumidores y grupos de personas consumidoras

La LPDC permite que las asociaciones de consumidores o grupos compuestos como máximo por cincuenta consumidores individualizados acudan a la judicatura para representar los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Tratándose de las primeras, deben haberse constituido al menos seis meses antes de presentar la acción, además de requerirse la autorización del directorio de la entidad (LPDC, 1997, art. 51, núm. 1, lits. b-c).

Mientras la asociación de consumidores ejerce la acción en defensa de intereses colectivos y difusos, el grupo de consumidores solo defiende un interés colectivo, puesto que «se le exige al grupo un grado de determinación» (Aguirrezabal, 2024b, p. 275). En cualquier caso, se trata de un mecanismo privado para dar cumplimiento a la regulación, caracterizado por su impacto en la corrección general del funcionamiento de las relaciones de consumo (Del Villar, 2021, p. 212).

III.2.3. Mediación ante asociaciones de consumidores

De acuerdo con el artículo 8, literal h de la LPDC, las asociaciones de consumidores pueden realizar mediaciones individuales a solicitud de un consumidor. Esta es una forma de *enforcement* privado por la absoluta ausencia de intervención de la agencia estatal que no se encuentra desarrollada en la ley, pues la norma citada solo se refiere escuetamente a esta facultad, señalando que, entre sus actividades, las organizaciones de consumidores pueden «realizar, a solicitud de un consumidor, mediaciones individuales».

Aunque se puede pensar que este mecanismo tiene la ventaja de ser flexible por su desregulación, esta misma característica produce desventajas considerables; a saber, que el acuerdo obtenido con la mediación carece de mérito ejecutivo —esto es, que no puede hacerse cumplir forzosamente—. Esta circunstancia, sumada a los cuestionamientos de ausencia de imparcialidad de las asociaciones de consumidores para llevar a cabo las mediaciones (Morales & Walker, 2020), le restan eficacia al instrumento, pues es disuasivo para un proveedor exponerse a un mediador que, eventualmente, representará judicialmente a su contraparte (Vargas, 2024, pp. 744-745).

III.2.4. Sistema de resolución alternativa de conflictos

El año 2021, a través de la Ley N.º 21.398, se incorporó el literal g al inciso segundo del artículo 3 de la LPDC. Esta modificación amplió a proveedores no financieros el «Sistema de Resolución de Controversias» estatuido en el artículo 56 de ese cuerpo legal, originalmente diseñado solo para proveedores financieros. Con ello se introdujo en Chile un nuevo mecanismo privado para el cumplimiento de la regulación del consumo.

Los proveedores que se acogen a esa regulación deben disponer de un servicio de atención al cliente para atender las consultas y los reclamos de los consumidores. Si ese servicio no responde satisfactoriamente, los consumidores pueden recurrir a un mediador o árbitro, que solo puede actuar si el caso no ha sido llevado ante los tribunales (LPDC, 1997, art. 55, núm. 3).

Conforme al mismo artículo 3, literal g de la LPDC, los proveedores deben informar la naturaleza de los mecanismos de mediación, conciliación o arbitraje, que deben ser gratuitos y solo se inician por voluntad expresa del consumidor mediante una constancia escrita. Asimismo, la ley establece que el conflicto solo puede someterse a este mecanismo de solución una vez que haya surgido.

En diciembre de 2022 se publicó el reglamento sobre la mediación, conciliación y arbitraje en materias de consumo (Decreto N.º 84, 2022). Esta regulación estableció en su artículo 1 que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son aplicables a las controversias individuales entre un consumidor y un proveedor. Los mecanismos deben ser informados a los consumidores antes de la contratación y están sujetos a varios principios, como los de voluntariedad, gratuidad, indemnidad del consumidor, economía procesal, publicidad, buena fe, imparcialidad, desformalización y acceso a la información (Decreto N.º 84, 2022, art. 4).

Conforme al artículo 56 A de la LPDC, los mediadores o árbitros deben ser designados mediante un acuerdo entre el proveedor y el consumidor, o bien por el Sernac; mientras que los procedimientos deben concluir en plazos específicos: treinta días para la propuesta de acuerdo de mediación y noventa días para la dictación de la sentencia del arbitraje desde el nombramiento del mediador o árbitro en ambos casos (LPDC, 1997, arts. 56 D y 56 E).

III.3. Mecanismos mixtos

III.3.1. Procedimiento voluntario colectivo

En 2018 se promulgó la Ley N.º 21.081, que introdujo un nuevo procedimiento a cargo del Sernac, denominado «procedimiento

voluntario colectivo» (en adelante, PVC). El Servicio realizaba un procedimiento similar antes, denominado «mediación colectiva», pero sin una prerrogativa expresa, basándose en su obligación legal general de proteger los derechos de los consumidores, contenida en el artículo 58, inciso 1 de la LPDC (Momborg *et al.*, 2025, p. 62).

El PVC es un procedimiento administrativo con una finalidad clara: conseguir «una solución expedita, completa y transparente» cuando se hayan producido conductas susceptibles de afectar al interés colectivo o difuso de los consumidores» (LPDC, 1997, art. 54 H). Conforme a sus principios, este instrumento debe operar con una máxima economía de medios, de manera eficaz y «evitando trámites dilatorios» (Decreto N.º 56, 2021, art. 1), con un plazo legal de tres meses para su tramitación, prorrogable por el mismo término si existen razones justificadas (LPDC, 1997, art. 54 J).

Existen tres formas de impulsar el inicio del procedimiento: de oficio, por solicitud del proveedor o a partir de la denuncia presentada por una asociación de consumidores. En todos estos casos, como en cualquier procedimiento administrativo, el Servicio debe dictar una resolución de inicio (art. 54 H). Para adoptar ese acto administrativo de apertura, el Sernac cuenta con un margen decisional: se inicia o no el PVC dependiendo de si existe un interés difuso o colectivo potencialmente afectado.

El PVC termina favorablemente cuando se produce un acuerdo entre el Sernac y el proveedor. De ser así, el Servicio debe dictar una «resolución de término favorable» (Decreto N.º 56, 2021, art. 17). La fisonomía de ese acto administrativo está delineada en el artículo 54 P de la LPDC, que textualmente exige incorporar en su contenido mínimo:

1. El cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
2. El cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda.
3. Una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos.
4. La forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados.
5. Los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor.

Conforme a esta misma disposición, un contenido no obligatorio de la resolución de término favorable es la presentación de un plan de cumplimiento, cuyas características se explicarán en la siguiente sección. Asimismo, la resolución de término favorable debe «señalar si el acuerdo alcanzado se someterá al efecto *erga omnes* del artículo 54 Q de la [LPDC], en cuyo caso deberá ser aprobado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor» (Decreto N.º 56, 2021, art. 17). Si esto sucede, el acuerdo constituye una transacción judicial que alcanza a todos los consumidores potencialmente afectados (LPDC, 1997, art. 54 Q).

Debe considerarse que el PVC ha sido un mecanismo bastante eficaz, según el Sernac²⁰. Entre las razones que podrían explicar su éxito se encuentran los incentivos que contempla para el proveedor. En primer término, su participación no es obligatoria, lo que le permite retirarse libremente en cualquier etapa del proceso sin consecuencias jurídicas. En segundo término, el acuerdo que se logra no constituye el reconocimiento de una infracción regulatoria (LPDC, 1997, art. 54 P), lo que —según algunos autores— permite al proveedor eludir la responsabilidad infraccional (Contardo, 2021, p. 292; Momberg & Morales, 2022, p. 35) y evitar la exposición pública negativa, que podría derivarse de un juicio colectivo. Finalmente, el eventual efecto *erga omnes* del acuerdo impide que los consumidores, el Sernac o una asociación de consumidores emprendan posteriormente acciones colectivas en contra del proveedor por los mismos hechos, sin perjuicio de los mecanismos de reserva de acciones que contempla el mismo procedimiento (Momberg *et al.*, 2025, p. 64).

La importancia del procedimiento voluntario colectivo como mecanismo de resolución extrajudicial orientado a evitar la litigación colectiva ha sido destacada por la doctrina reciente, que ha subrayado su carácter inédito en el contexto latinoamericano y su relevancia práctica para la gestión cotidiana de conflictos de consumo (Barrientos *et al.*, 2025, pp. 4 y ss.).

III.3.2. Planes de cumplimiento

Otro de los mecanismos mixtos para lograr la observancia de la regulación en materia de consumo es el plan de cumplimiento²¹, referido por la LPDC en dos disposiciones: sus artículos 24 y 54 P. A pesar de estas menciones, la ley no define el plan de cumplimiento. Frente a este silencio, el Sernac lo ha caracterizado como

20 En 2024 se iniciaron veinticinco PVC. Durante ese año se cerraron ocho, alcanzándose compensaciones por más de 6981 millones de pesos, lo que tuvo un alcance de 428 005 personas consumidoras (Sernac, 2025, p. 4).

21 Se ha señalado que este instrumento forma parte de un «desarrollo paulatino de la cultura de cumplimiento» en el derecho chileno (Hara & Reveco, 2023, p. 700).

el conjunto de elementos de una organización que —a partir de la comprensión de sí misma y de su contexto y de las necesidades y expectativas de las partes interesadas— interactúan para establecer una política de cumplimiento, objetivos de cumplimiento y procesos para lograr estos objetivos. Debe incluir las políticas, procedimientos, directrices y mecanismos internos adoptados por un proveedor en relación a materias específicas de la normativa vigente sobre protección al consumidor; estableciendo medidas preventivas, de detección y correctivas de los riesgos de infracción asociados a tales materias (Resolución Exenta N.º 689, 2021, p. 8).

El plan de cumplimiento del artículo 24 de la LPDC se inserta en una disposición que regula una circunstancia atenuante de la responsabilidad infraccional: la colaboración sustancial del infractor con el Sernac antes o durante el procedimiento administrativo o judicial. De acuerdo con esta regla, existe colaboración sustancial si el proveedor cuenta con un plan de cumplimiento específico sobre la materia de la infracción. Ese plan debe ser previamente aprobado por el Sernac, y su implementación y seguimiento efectivos han de acreditarse.

El Sernac ha señalado que, para evitar cuestionamientos a su imparcialidad en la aprobación de los planes de cumplimiento, exige del proveedor la presentación de antecedentes que provengan de una «entidad certificadora» independiente. Esta deberá emitir un certificado que acredite que el plan de cumplimiento satisface los requisitos legales, reglamentarios y de otras normas técnicas, y contendrá, entre otros elementos, «el alcance del plan, y el período de vigencia de la certificación, que no podrá ser superior a 24 meses» (Resolución Exenta N.º 689, 2021, p. 18). El plan de cumplimiento se aprueba mediante un «acto administrativo» (p. 24) publicado en un registro o listado alojado en el sitio web del Sernac²².

En lo que se refiere al plan de cumplimiento del artículo 54 P de la LPDC, este se incluye entre los contenidos posibles del acuerdo entre el Sernac y el proveedor, en el marco del PVC explicado en la subsección precedente. Si se alcanza un consenso entre el proveedor y el Sernac, este órgano emite una resolución que formaliza los términos y las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Además del contenido mínimo de dicho acuerdo, el acto administrativo del Sernac «podrá contemplar la presentación por parte del proveedor de un plan de cumplimiento», que contendrá: a) la designación de un oficial de cumplimiento, b) medidas para corregir o prevenir infracciones, c) plazos de implementación y d) un protocolo que evite los riesgos de inobservancia regulatoria.

22 Más información en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-78787.html>

Para el Sernac, este plan es correctivo y se compone de medidas «reactivas y preventivas, respecto de la conducta infraccional que dio inicio al procedimiento voluntario colectivo correspondiente, [las] que se evaluarán atendiendo a la naturaleza de la infracción específica en el contexto del acuerdo arribado» (Resolución Exenta N.º 689, 2021, p. 10).

III.3.3. Sello Sernac

La LPDC permite que el Sernac otorgue un «sello» a los contratos de adhesión de los proveedores de servicios financieros. Se trata de una certificación regulatoria que voluntariamente pueden solicitar los proveedores (arts. 55-56 H). Las condiciones para obtener el sello son las siguientes: a) los contratos de adhesión deben ajustarse a la ley y a los reglamentos, b) el proveedor tiene que contar con un servicio de atención al cliente, y c) el proveedor debe permitir que el consumidor acuda a un mediador o árbitro financiero si «el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos» (art. 55).

La LPDC fija al Sernac sesenta días para pronunciarse sobre la solicitud de otorgamiento del sello. Si el Servicio no resuelve dentro del plazo, opera el silencio positivo mediante el cual «[E]l o los contratos sometidos a su conocimiento contarán con sello Sernac por el solo ministerio de la ley» (art. 55 A).

El sello Sernac no ha sido eficaz, entre otras razones, porque la certificación no garantiza a los proveedores la legalidad de sus contratos, por lo que no impide la revisión judicial posterior de esos instrumentos (Mombert *et al.*, 2025, p. 60; Morales, 2018, p. 106). En esta línea, el incentivo de presumir la buena fe en los contratos revisados por la autoridad (LPDC, 1997, art. 16, lit. g), que debiese operar en sede de control de cláusulas abusivas, tampoco ha sido exitoso. Pero, además, los proveedores que obtienen el sello Sernac quedan sujetos a multas por incumplimiento de la atención al cliente que no son aplicables a quienes no poseen certificación, lo que constituye un desincentivo para solicitar el distintivo (Barroilhet, 2023, p. 535).

III.3.4. Reclamo individual

El consumidor cuyos derechos se vean afectados puede acudir al Sernac para llegar a un acuerdo individual con el proveedor (Mombert *et al.*, 2025, p. 60). Se trata de un breve procedimiento impulsado por el consumidor, que carece de regulación expresa en la ley porque fue accidentalmente suprimido por el Tribunal Constitucional durante la tramitación de la reforma de 2018 a la LPDC (Rol 4012-17-CPR, 2018). De su regulación legal solo queda una referencia en la ley, a propósito de la suspensión de la prescripción en el artículo 26, inciso 2 de la LPDC.

Con todo, el Servicio opera con una potestad implícita en este ámbito (Soto, 2019, pp. 223 y ss.).

El consumidor que efectúa el reclamo puede presentarlo ante el Sernac telefónicamente o mediante una videollamada. También puede hacerlo a través de una plataforma en línea dispuesta para ello, denominada Portal del Consumidor²³. Allí debe responder un cuestionario destinado a identificar a la empresa proveedora, entregar al Sernac información sobre el producto o servicio, y registrar la fecha de la infracción. Asimismo, se pregunta al consumidor si ha sufrido un daño patrimonial o no patrimonial, y cuál es la solución que quisiera obtener. El sitio web del Sernac indica que el trámite tiene una duración total de hasta dieciocho días hábiles²⁴.

El reclamo individual tiene alta incidencia e, incluso, cierta eficacia como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pese a que solo facilita la comunicación de los intervinientes: durante el año 2023 ingresaron al Sernac 593 744 reclamos, de los cuales un 51 % se resolvió a favor del consumidor. Con todo, un 45.4 % de los reclamos no fueron acogidos, o los proveedores derechamente no respondieron (Sernac, 2024, p. 8), debido a que la inacción no genera consecuencias negativas ni sanciones (Mombert *et al.*, 2025, p. 61).

Sobre los efectos del instrumento, si el consumidor y el proveedor llegan a un arreglo, este tiene la fuerza de un acuerdo extrajudicial que técnicamente es una transacción; por ende, el consumidor no puede emprender acciones judiciales por la misma causa al haberse producido el efecto de cosa juzgada *inter pares*, aunque el acuerdo no le otorga el derecho de ejecución. Por tanto, el consumidor tendrá que interponer acciones judiciales (declarativas) para obtener el cumplimiento forzado o la reparación, si el proveedor incumple el acuerdo.

IV. EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA LPDC

De acuerdo con el orden propuesto, corresponde a continuación llevar a cabo un análisis regulatorio del conjunto de instrumentos explicados en la sección precedente, conforme a la matriz de análisis regulatorio establecida en la sección II.3, de manera que sea posible afirmar o descartar su aptitud responsiva.

23 Más información en: <https://www.sernac.cl/app/consumidor/index.php?c=home&a=reclamo>

24 Más información en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-22029.html>

IV.1. Aplicación de la matriz responsiva al esquema de cumplimiento de la LPDC

IV.1.1. La existencia de sanciones poderosas capaces de motivar al regulado

El criterio de responsividad regulatoria radica en el poder disuasivo de las medidas de cumplimiento en la cúspide de la pirámide. En el caso de la LPDC, existen sanciones con topes altos cuando se han producido incumplimientos a la regulación del consumo que lesionan intereses supraindividuales. Con todo, sobre este punto se hace necesario efectuar tres precisiones. La primera de ellas es que el esquema sancionatorio del consumo en Chile no contempla una sanción de incapacitación del regulado. Esto obedece a que, sin perjuicio de las autorizaciones sectoriales a las que está sujeto un proveedor (sanitarias, municipales, etcétera), en el derecho chileno no se requiere un permiso específico para suscribir contratos de consumo, lo que contrasta con otras actividades reguladas en Chile que sí exigen un acto administrativo de autorización para su ejercicio, como ocurre en materia ambiental. En un régimen así, por lo mismo, puede revocarse la autorización (Ley N.º 20.417, 2010, art. 38, lit. d).

La segunda precisión sobre la aptitud disuasiva de las sanciones en la LPDC se conecta con la constatación anterior: como no es apropiada la inhabilitación del proveedor a través de la revocación de su autorización para operar, queda por resolver la cuestión de si existe una sanción que pueda servir como equivalente funcional a la incapacitación del regulado. Una medida sancionatoria de este tipo priva al proveedor de todo beneficio derivado de la infracción, pues solo de esta manera la multa es suficientemente disuasiva (OECD, 2014, p. 35). La LPDC no contiene una sanción como esa; en cambio, formula una relación débil entre el beneficio económico obtenido con la infracción y la sanción pecuniaria: por una parte, la utilidad obtenida por el proveedor con su inobservancia solo se toma en consideración «prudencialmente» en la determinación de la sanción (LPDC, 1997, art. 24, inc. 7); y, por otra parte, en el caso de las infracciones a los intereses supraindividuales, la multa contiene un tope que, a todo evento, no puede exceder las 45 000 UTA²⁵. En teoría, entonces, un proveedor que hubiese infringido la regulación, afectando el interés colectivo o difuso de los consumidores, puede haber obtenido un beneficio económico mayor a ese monto, mientras que la multa es incapaz de privarlo de él, por lo que se produce el incentivo de seguir incumpliendo la norma a cambio del beneficio (Macrory, 2014, p. 31).

249

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORESRESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

25 Véase *supra* III.1.2.

Una tercera precisión sobre el poder disuasivo de las sanciones dice relación con la autoridad que las impone. El modelo chileno de derecho sancionatorio del consumo otorga el monopolio para aplicar las multas a los jueces de policía local o civiles, dependiendo del tipo de acción que se presente. Este diseño trae consigo dificultades en los casos que afectan el interés individual del consumidor, como lo ha observado el mensaje presidencial en el proyecto de ley que modifica la LPDC, actualmente en trámite en el Congreso Nacional. Allí se describe un gran conjunto de situaciones reclamadas ante el Sernac no resueltas a favor del consumidor ni judicializadas. En Chile, «la mayoría de los casos individuales queda sin solución» (Presidente de la República, 2023, p. 4). Este diagnóstico institucional muestra la escasa aptitud disuasiva de las sanciones para las situaciones en las que se afecta el interés individual.

Desde el análisis responsivo, este panorama contiene una falla regulatoria importante. La responsividad exige que las sanciones tengan un rol prominente en el sistema de cumplimiento porque su sola existencia —y no necesariamente su imposición— sostiene la observancia de la regulación, siempre que ellas sean disuasivas. Por el contrario, si ellas no lo son, existe una alta probabilidad de que las infracciones continúen cometiéndose (OECD, 2014, p. 35).

IV.1.2. Variedad de instrumentos para obtener el cumplimiento

La LPDC contiene un instrumental múltiple para hacer cumplir la regulación, que incluye medidas no sancionatorias y sancionatorias. En cuanto a las primeras, la institucionalidad contempla acciones de distinto tipo, sin que todas ellas tengan por objetivo sancionar al proveedor que ha incumplido la regulación del consumo. Así, en lo que concierne a las acciones judiciales presentadas por el Sernac, por otros actores privados o por el consumidor individual, aquellas pueden tener por objeto que se declare una indemnización en favor de las personas consumidoras, se obtenga la nulidad de las cláusulas abusivas, se haga cesar la conducta infraccional o se consiga la prestación incumplida. Adicionalmente, la institucionalidad de cumplimiento posibilita el reclamo individual ante el Sernac, la mediación ante asociaciones de consumidores y otras medidas alternativas, como el sistema de resolución de controversias asociado a la mediación o el arbitraje de consumo.

Siguiendo con los instrumentos no sancionatorios, la LPDC contempla un PVC que deja sin sanción al proveedor que propone una solución frente a hechos que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores. Asimismo, la ley incluso permite el otorgamiento de un plazo admonitorio a las micro y pequeñas empresas para que retornen a la observancia regulatoria.

Por otro lado, y en lo que respecta a las medidas sancionatorias, existe un sistema estructurado sobre la base de la imposición judicial de multas,

que pueden solicitarse junto con el resto de las acciones a disposición del Sernac, de los consumidores individuales, de las asociaciones de consumidores y de los grupos determinados de personas consumidoras.

Para el análisis regulatorio responsivo de esta sección, es importante constatar que el legislador ha evitado una perspectiva exclusivamente punitivista para responder a las inobservancias a la regulación chilena del consumo y, en cambio, ha diseñado instrumentos destinados a obtener el cumplimiento regulatorio sin tener que aplicar sanciones.

IV.1.3. Diversidad de estrategias regulatorias

Otro parámetro para la evaluación responsiva se verifica cuando la institucionalidad permite sustentar distintas estrategias regulatorias para el cumplimiento, según distintas intensidades de intervención en la actividad del regulado. Normalmente, esas estrategias se ordenan piramidalmente y recorren una gradación que va desde la autorregulación hasta el castigo obligatorio de las infracciones.

Como cuestión general, es necesario señalar que en el derecho chileno del consumo no existe el *laissez faire*. Si bien la relación de consumo opera contractualmente entre proveedores y consumidores, existen importantes diferencias con el derecho común de los contratos en aspectos de transparencia, cláusulas abusivas y su nulidad (Baraona, 2014, pp. 384 y ss.). De esta manera, la actividad de consumo se desenvuelve mayormente en un entorno de autorregulación regulada a través de normas legales y administrativas.

En lo que se refiere específicamente al *enforcement*, la LPDC da lugar a un primer escalón en su base, correspondiente a una capa de autorregulación regulada, una de cuyas expresiones se encuentra en el reclamo individual ante el Sernac. Esto se deriva del carácter voluntario de la comparecencia ante el Servicio y la solución que pueda entregarse al consumidor sin que exista medida estatal alguna que las fuerce, aun cuando el procedimiento se encuentre regulado administrativamente.

También es representativa de la autorregulación regulada el acogimiento voluntario de los proveedores a los planes de cumplimiento que, según se dijo²⁶, solo tienen la aptitud de atenuar la sanción. Se trata de un caso de autorregulación regulada porque requiere la aprobación del Sernac. Aunque es una herramienta mixta, certificar su plan de cumplimiento es una decisión autónoma del proveedor. En la misma lógica se encuentran la sujeción del proveedor al sistema de resolución alternativa de conflictos, el sello Sernac y la mediación ante las asociaciones de consumidores, instrumentos voluntarios de cumplimiento sujetos a la regulación pública o creados por ella.

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

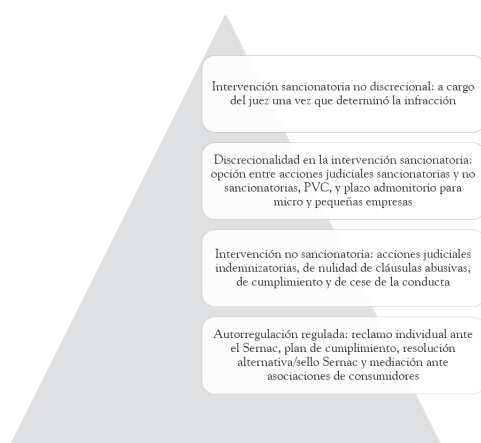
²⁶ Véase *supra* III.3.2.

El escalón siguiente en la pirámide de estrategias de cumplimiento contenidas en la LPDC es la intervención no sancionatoria que se ejerce mediante acciones judiciales civiles. Esas acciones no tienen por objeto el castigo del proveedor, sino la obtención de una indemnización, el cumplimiento de la prestación acordada en el contrato, la anulación de las cláusulas abusivas o el cese de la conducta infractora.

Ascendiendo en la pirámide de estrategias de cumplimiento de la LPDC, se encuentra un escalón de sanciones discrecionales concretado a través de dos figuras: primero, el PVC, cuya iniciación está sometida a la valoración del Sernac. Esta decisión del Servicio es fundamental porque, en caso de aprobarse el PVC, se ha interpretado doctrinariamente que no procede el ejercicio de la acción judicial para solicitar la aplicación de la sanción al proveedor. La discrecionalidad en la aplicación de sanciones se manifiesta, en segundo lugar, en el otorgamiento de un plazo admonitorio dentro del cual el proveedor, ya sea micro o pequeña empresa, debe ajustarse a la regulación que el Sernac considera incumplida.

La última grada de las estrategias para el cumplimiento regulatorio en la LPDC está compuesta por la intervención sancionatoria. Sobre este punto, es necesario señalar que no hay discrecionalidad en la imposición de la multa, una vez que se ha ejercido la acción infraccional, porque el juez queda sujeto a lo solicitado por las partes cuando la presentan y no puede producir unilateralmente acuerdos sobre la pretensión sancionatoria.

Figura 1. Pirámide de instrumentos y estrategias de cumplimiento según la LPDC



Fuente: elaboración propia.

IV.1.4. Posibilidad de optar entre las distintas estrategias y medidas

Las cuestiones revisadas hasta ahora nada indican acerca de la *dinámica* del modelo responsivo en la LPDC; a saber, no señalan si la institucionalidad de cumplimiento de esa ley contiene mecanismos que hagan posible optar entre las estrategias o las medidas explicadas. Una variable para este análisis se encuentra en la existencia de un espacio decisorio otorgado a los órganos estatales encargados del cumplimiento de la regulación: la responsividad «exige que el regulador disponga de un ámbito de decisión que se concreta atribuyéndole legislativamente discrecionalidad» (Soto, 2016, p. 202).

Tratándose del Sernac, generalmente, la discrecionalidad para optar entre medidas y estrategias sancionatorias y no sancionatorias no es expresa, aunque puede construirse, en primer lugar, desde el artículo 50 de la LPDC, que configura de manera independiente las acciones ante los incumplimientos de ese cuerpo legal (Cortez, 2013, p. 953). Así, ante la inobservancia regulatoria, es posible presentar acciones cuyo objetivo sea sancionar al proveedor con multas, pero también requerir la intervención de la judicatura con la finalidad de anular cláusulas abusivas, obtener una indemnización o hacer cesar la infracción a la LPDC.

La LPDC otorga, pues, un rango de maniobra —un espacio de decisión— al Sernac para accionar y optar entre esas acciones. Rigen a este efecto los principios administrativos de eficiencia y eficacia en el desempeño de la función pública, contenidos en el estatuto general aplicable a toda la Administración del Estado (Decreto con fuerza de ley N.º 1/19.653, 2001, art. 3), lo que exige una evaluación sobre la conveniencia de ejercer las acciones judiciales en cuanto a su finalidad y aptitud para hacer cumplir la regulación. Se trata, pues, de una discrecionalidad manifestada a través de una especie de principio de oportunidad (Gómez, 2021, p. 215). Nada novedoso hay en el planteamiento que se presenta porque hace diecisiete años la Contraloría General de la República dictaminó que el Sernac

está dotado de atribuciones para denunciar los posibles incumplimientos de las normas que protegen a los consumidores ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivas y de hacerse parte en las causas que estén afectando los intereses de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en leyes especiales, de lo cual se desprende que el SERNAC tiene la facultad discrecional, entendida ésta como la voluntad de elección de la administración, dentro del marco legal y en su ámbito de competencia, de llevar a cabo tales actuaciones cuando la situación lo amerite (Dictamen N.º 50.183, 2007).

Una vez presentada la acción infraccional, el Sernac deja de tener pleno control sobre la multa porque será el juez quien la aplique caso a caso. Así, comprobada la inobservancia en el proceso judicial, corresponde aplicar la sanción, como lo indica con claridad el artículo 24 de la LPDC al señalar que las infracciones «serán sancionadas» imperativamente. El juez, entonces, no tiene posibilidad alguna de optar por un mecanismo alternativo. No puede hacer política regulatoria con la sanción, sino que su margen de acción en este ámbito viene dado por los criterios que el recién citado artículo establece: la gravedad de la conducta, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor (Gatica & Morales, 2025, pp. 9-31), el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción —en caso de que lo hubiere—, la duración de la conducta y la capacidad económica del infractor.

En segundo término, el Sernac tiene discrecionalidad al dar inicio al PVC. A este respecto, la ley establece que el acto administrativo con el que comienza el procedimiento debe fundarse en antecedentes sobre a) la posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, y b) las normas potencialmente infringidas. La LPDC, sin embargo, no regula cómo se escogerán los casos que tendrán al PVC como vía idónea para su resolución (Schencke, 2024, p. 459). Tampoco lo ha hecho el reglamento y el Sernac solo ha señalado que su decisión se sujeta a una «evaluación interna» (Sernac, 2022, p. 8). Esto es un reconocimiento de la discrecionalidad de opción con la que cuenta cualquier servicio para la iniciación «de oficio» de un procedimiento administrativo, que incluso admite un periodo de información previa antes de su comienzo y la valoración de «la conveniencia o no de iniciar el procedimiento» (Ley N.º 19.880, 2003, art. 29). La misma discrecionalidad tiene el Servicio para «no perseverar en el procedimiento en cualquier momento, fundando su decisión» (LPDC, 1997, art. 54 K). Además, por determinación legal, el ejercicio de la discrecionalidad del Sernac, destinada a someter un caso al PVC, significa que el Servicio no puede interponer las acciones judiciales dirigidas a obtener el cumplimiento de la regulación (art. 54 H). Por ello, es un caso en que el Sernac opta entre una medida sancionatoria y una no sancionatoria para obtener el cumplimiento de la regulación.

En tercer término, es posible hacer referencia al plazo admonitorio como sustituto de la sanción tratándose de micro y pequeñas empresas en el contexto de la fiscalización. Esta constituye una habilitación para que el Sernac opte entre el ejercicio de la acción infraccional y la concesión de un plazo de diez días para que la micro o pequeña empresa retorne a la observancia de la regulación del consumo, siempre que no sea un

caso de reincidencia ni la infracción se haya cometido con agravantes (art. 58).

Este supuesto de responsividad regulatoria descrito en la ley fue extendido administrativamente por el Sernac a otros proveedores que no tuvieran la calidad de micro o pequeñas empresas, conforme a la primera versión de su política de fiscalización (Fernández, 2024, p. 771). Así, sin un sustento legal expreso, el Servicio comunicó que las empresas medianas y grandes accederían a un régimen similar, denominado «corrección temprana», lo que permitiría configurar una atenuante que el Sernac haría valer ante la judicatura, «solicitando una multa atenuada» sobre la base de la «cooperación» del infractor (Resolución Exenta N.º 370, 2020). En este caso, el Servicio creó un supuesto discrecional generalizado para no ejercer la acción sancionatoria cuando se obtuviera el cumplimiento de la regulación de parte de la empresa a la que se ha comunicado la detección de una infracción. Puede apreciarse, además, que el Sernac tiene capacidad de maniobra en cuanto a la solicitud de determinación de la multa que efectúa en el juicio respectivo, haciéndola depender de la cooperación del regulado configurada como corrección temprana.

Recientemente, sin embargo, se revocó la política de fiscalización del año 2020 y se la sustituyó por otra que omite la corrección temprana (Resolución Exenta N.º 351, 2025), aun cuando en otro documento vigente —previo, cabe advertir— del Sernac se indica que su departamento de fiscalización operativa tiene la función de analizar «los antecedentes de corrección temprana de conductas detectadas en labores de fiscalización» (Resolución Exenta N.º 357, 2023). Es incierto, pues, si el Sernac ha renunciado al empleo de la corrección temprana con respecto a empresas grandes y medianas, lo que es una debilidad institucional desde la perspectiva de la responsividad.

El análisis previo puede efectuarse parcialmente —y con adecuaciones— respecto de las asociaciones de consumidores, grupos de consumidores y consumidores individuales. Así, en los casos de interés colectivo o difuso, los dos primeros podrán optar entre iniciar un juicio colectivo o solicitar un PVC ante el Sernac. Técnicamente, además, tratándose del primer caso, es posible ejercer separadamente las acciones del artículo 50 de la LPDC y, por lo mismo, optar por requerir al juez entre acciones civiles no sancionatorias y la acción contravencional.

Por su parte, el consumidor individual puede optar por un reclamo ante el Sernac o por una mediación ante una asociación de consumidores —sin claridad sobre los efectos en este último caso—, en ambas hipótesis sin posibilidad real de que comparezca el proveedor, aspirando como máximo resultado a una transacción extrajudicial sin mérito ejecutivo. Asimismo, puede acudir al sistema de resolución alternativo

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

de conflictos, siempre que el proveedor disponga del mecanismo voluntariamente; y puede acudir a la jurisdicción con el objeto de ejercer las acciones infraccionales y civiles.

IV.1.5. Intensidad de la respuesta según las características, la actitud cooperativa y la motivación del regulado

El diseño de la LPDC regula de manera expresa solo algunos supuestos que permiten atender a las características del regulado. En el caso de las micro y pequeñas empresas, esto opera a propósito del plazo admonitorio para cumplir la regulación. También en un tratamiento más benigno de esos proveedores, a propósito del agravante de reincidencia para aplicar las multas, pues se considera como reincidentes a las micro y pequeñas empresas cuando han cometido la misma infracción durante los últimos doce meses. En cambio, para el resto de los proveedores rige un plazo de veinticuatro meses (LPDC, 1997, art. 24).

En la regulación explícita en la LPDC existen referencias a la cooperación del regulado. Así sucede a propósito de las atenuantes a la responsabilidad contravencional referidas a la adopción de medidas de mitigación sustantivas de la infracción, la autodenuncia y la colaboración sustancial a través de la figura del plan de cumplimiento. Estas atenuantes pueden ser solicitadas por el Sernac ante el juez.

Como se aprecia, la intensidad de la respuesta sancionatoria está reducida a la determinación del monto de la multa en sede judicial, lo que dependerá de la clase de empresa que representa el proveedor (micro o pequeña, mediana o grande) y de su cooperación. Fuera de los casos tasados, todas las otras posibilidades de reacción de la institucionalidad quedan sujetas a la interpretación que pueda construir el Sernac de su discrecionalidad para optar entre medidas y estrategias más o menos intensas, según la actitud cooperativa del proveedor. En este sentido, el PVC puede considerarse un reconocimiento a la colaboración del proveedor porque accede a compromisos y obligaciones dirigidos a remediar la desviación normativa. Fuera de estos casos, no es especialmente eficaz en Chile la recomendación de la regulación responsiva en orden a obtener primero la cooperación del regulado (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 21) para luego escalar hacia medidas de cumplimiento más abrasivas.

IV.1.6. Participación estatal y privada en el cumplimiento regulatorio

Una cuestión importante en el esquema chileno de cumplimiento regulatorio en materia de consumo se encuentra en la participación de los particulares en la iniciativa del cumplimiento regulatorio. De acuerdo con los postulados de la regulación responsiva, esto es especialmente necesario tratándose de países no desarrollados porque aumenta la capacidad institucional para conseguir el cumplimiento, en especial si el Estado no tiene los recursos humanos y materiales para hacerlo.

En ese sentido, si hay más actores, hay también más medios para el cumplimiento. De acuerdo con la clasificación empleada en este artículo, junto al *enforcement* público radicado en el Sernac y los tribunales de justicia, existe uno privado, impulsado por actores privados con poder para hacer cumplir la regulación: las asociaciones de consumidores, los grupos de consumidores y los consumidores individuales (Barroilhet & Barrientos, 2025).

El desafío en esta materia se encuentra, no obstante, en la coordinación entre los particulares y el Sernac, porque podría ser posible que mientras este último órgano actúe responsivamente, optando por medidas o estrategias menos intensas, los particulares decidan escalar el rigor de las medidas. Esto puede ocurrir, especialmente, a partir del ejercicio o no de acciones judiciales²⁷.

IV.2. Balance sistémico

Sobre la base de lo que se ha señalado en esta sección, es posible ya sintetizar la posición fijada en la introducción de este artículo; a saber, que la LPDC, como continente del esquema de cumplimiento regulatorio en el ámbito del consumo en Chile, tiene defectos que obligan a calificar la institucionalidad chilena en este ámbito como *limitadamente responsiva*. En efecto, la responsividad solo se manifiesta en la LPDC en aspectos bien acotados en los cuales el Sernac puede optar entre medidas sancionatorias y no sancionatorias, o morigerar las sanciones.

Los supuestos más prominentes de la responsividad en la institucionalidad de cumplimiento del consumo en Chile se encuentran en el inicio del PVC y en la independencia de las acciones judiciales. Ambas herramientas posibilitan que el Sernac utilice estrategias punitivas y no punitivas. En el caso del primero de los instrumentos, puede considerarse que existe un reconocimiento a la colaboración del proveedor que acuerda unos compromisos para remediar su inobservancia regulatoria. Para ambos mecanismos, sin embargo, no existen criterios claros que determinen su elección.

El sistema de cumplimiento de la LPDC no contempla la posibilidad de inhabilitar al proveedor y, por lo mismo, salvo en los supuestos de multas altas, las sanciones pueden no resultar lo suficientemente disuasivas como incentivo para el cumplimiento porque, en general, no tienen la aptitud de suprimir la ganancia obtenida con la infracción y los casos individuales quedan en su mayoría sin sancionar. En la arquitectura regulatoria tampoco existen mecanismos generales de corrección temprana ni de

27 En un sentido distinto, destacando la falta de coordinación entre mecanismos públicos y privados de cumplimiento, se ha indicado que, tratándose de acciones supraindividuales, el Sernac podría usar su poder discrecional para «secuestrar» los casos que los privados quieren litigar por su cuenta (Barroilhet, 2016, p. 363).

pedagogía o asistencia al regulado, y la cooperación de este último tiene alcances restringidos para estructurar la respuesta institucional, salvo por los incentivos dispuestos en el PVC. En este sentido, el Sernac no puede conducirse de modo generalmente responsivo y su capacidad estratégica queda entregada en no poca medida a una autoatribución de discrecionalidad.

Por su parte, los particulares que impulsan el cumplimiento de la regulación del consumo disponen de mecanismos para escalar la intervención, pero estos tienen defectos. Así, el consumidor individual puede interponer un reclamo ante el Sernac, que por diseño carece de eficacia; o puede acudir a la mediación ante las asociaciones de consumidores, pero sin regulación ni fuerza obligatoria; mientras que los mecanismos alternativos de resolución de controversia dependen de que el proveedor se adscriba voluntariamente a ellos. Queda, pues, disponible la presentación ante el juzgado de policía local para ejercer acciones civiles e infraccionales con las desventajas identificadas.

En cuanto a los grupos y asociaciones de consumidores, el escalamiento en su intervención transita entre la solicitud de iniciación del PVC —sujeto a la decisión del Sernac— y el ejercicio de acciones de interés colectivo y difuso, pudiendo optar por interponer la acción sancionatoria en conjunto con las civiles.

Como se ha podido apreciar, en la institucionalidad chilena existe un déficit de instrumentos que apunten al cumplimiento responsivo de la regulación del consumo. Esto es importante en un ordenamiento jurídico en el que los instrumentos regulatorios se configuran a través de la ley y no solo a partir de la interpretación administrativa, como lo ordena la Constitución cuando establece que las funciones y atribuciones de los órganos administrativos deben definirse por esa fuente y por iniciativa presidencial (Decreto N.º 100, 2005, arts. 63, núm. 14 y 65, inc. 4, núm. 2). Si no se delinear las herramientas legalmente, la responsividad regulatoria depende de que los órganos estatales construyan argumentativamente supuestos de discrecionalidad que les permitan utilizar esos espacios decisionales para optar o escalar entre medidas o estrategias. Esto, no obstante, es problemático, como lo muestra la reciente revocación de la anterior política de fiscalización del Sernac, que eliminó administrativamente la posibilidad de subsanar los incumplimientos allí donde no existe justificación en un precepto legal. De ahí que, como se ha dicho, el cumplimiento normativo se resienta cuando el derecho positivo omite las herramientas responsivas²⁸.

28 Véase *supra* II.1.

V. MEJORAS REGULATORIAS PARA INTRODUCIR RESPONSABILIDAD A LA LPDC

De acuerdo con el plan de este trabajo, en esta sección se formularán propuestas destinadas a mejorar la responsividad del esquema de cumplimiento de la LPDC.

V.1. Criterios de justificación de las propuestas regulatorias

Las propuestas regulatorias que se formulan en la sección siguiente no responden a una pretensión de rediseño integral ni a la introducción de un modelo ideal de regulación responsiva. Su alcance es deliberadamente acotado y se justifica a partir de los déficits estructurales identificados en la evaluación precedente del esquema de cumplimiento contenido en la LPDC.

En primer lugar, las propuestas se fundamentan en la existencia de un déficit de disuasión en el sistema chileno de cumplimiento del derecho del consumo. Como se ha mostrado, la arquitectura sancionatoria vigente no garantiza en todos los casos la privación efectiva del beneficio económico obtenido con la infracción ni asegura una probabilidad suficiente de detección y sanción, especialmente en los supuestos que afectan intereses individuales. Desde la perspectiva de la regulación responsiva, esta debilidad compromete el rol estructural que las sanciones deben cumplir en la cúspide de la pirámide de cumplimiento, no tanto por su aplicación efectiva, sino por su capacidad de sostener el cumplimiento voluntario en los niveles inferiores del sistema.

En segundo término, las propuestas se justifican por la insuficiente articulación entre los mecanismos públicos y privados de cumplimiento. El análisis realizado ha puesto de manifiesto que el diseño institucional vigente permite la concurrencia de múltiples actores (el Sernac, asociaciones de consumidores, grupos de consumidores y consumidores individuales) sin que existan reglas claras de coordinación estratégica entre ellos. Esta fragmentación debilita la eficacia del esquema de cumplimiento, pues puede generar superposiciones, respuestas incoherentes o escaladas no deseadas en la intensidad de la intervención. Desde un enfoque responsivo, la participación privada constituye una fortaleza institucional, pero solo en la medida en que se inserte en un marco normativo que favorezca la coherencia y la complementariedad de las distintas vías de cumplimiento.

En tercer lugar, las propuestas responden a asimetrías del sistema vigente. Estas asimetrías se manifiestan, entre otros aspectos, en la distinta capacidad de respuesta de micro y pequeñas empresas frente a proveedores de mayor tamaño, así como en la posición desventajosa

259

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

del consumidor individual para activar mecanismos efectivos de cumplimiento. Las medidas sugeridas buscan introducir ajustes funcionales que permitan que la intensidad de la respuesta institucional se adecue mejor a las características del regulado, a su actitud cooperativa y a la gravedad de la infracción sin alterar los equilibrios generales del sistema.

En conjunto, las propuestas regulatorias que se formulan a continuación se inscriben en una lógica de mejora del diseño institucional orientada a reforzar la aptitud responsiva del esquema de cumplimiento de la LPDC. Su justificación descansa así en la necesidad de corregir déficits puntuales detectados en el funcionamiento del sistema vigente con el objetivo de fortalecer su coherencia interna, su eficacia disuasiva y su capacidad de adaptación frente a distintos contextos de incumplimiento.

V.2. Propuestas regulatorias

Los defectos explicados fundamentan la necesidad de efectuar modificaciones a la LPDC para asegurar la responsividad en la institucionalidad del cumplimiento de la regulación del consumo. Por ello, en la LPDC deben introducirse:

1. Reglas precisas de coordinación entre el *enforcement* público y el *enforcement* privado, en términos tales que no se produzca la anulación recíproca de ambas clases de actores que persiguen el cumplimiento regulatorio.
2. Un esquema de potestad administrativa sancionadora, al menos en los juicios de alcance individual, con el objeto de que el sistema procese el desincentivo a la comparecencia judicial del consumidor. El impulso administrativo de la gestión sancionatoria acrecienta el poder disuasivo de la sanción en comparación con la situación actual, puesto que aumenta la probabilidad de que el proveedor sea detectado.
3. Un sistema de multas que priven al infractor del beneficio obtenido con la infracción, lo que puede efectuarse con un mecanismo de tope móvil. Así, si la sanción máxima es menor a la ganancia ilícita, debe corregirse la multa hacia el monto mayor. El objetivo, nuevamente, consiste en reforzar la aptitud disuasiva de las medidas pecuniarias con base en el incremento de la tarifa por el incumplimiento.
4. Una regulación específica de los planes de cumplimiento y claridad de sus efectos. A este respecto, corresponde analizar la pertinencia de emplear aquel instrumento como una defensa que permita eximir al proveedor cuando el plan sea adecuado para prevenir las infracciones (Hernández, 2018, pp. 429 y ss.).

5. Una regulación específica de la autodenuncia y claridad de sus efectos. En los mismos términos que el plan de cumplimiento, se hace necesario dotar de autonomía normativa a esta figura y evaluar si puede eximir de la sanción pecuniaria al infractor. En el derecho chileno no es desconocido este diseño, presente como mecanismo de incentivo al cumplimiento en materia ambiental (Ley N.º 20.417, 2010, art. 41).
6. Una regulación del reclamo individual ante el Sernac. Sobre el particular, es necesario dotar a este instrumento de una base legal inexistente hoy. Es recomendable, además, introducir reglas de procedimiento administrativo para gestionar el requerimiento y la comparecencia compulsiva del proveedor dentro de un plazo breve, así como respecto de los efectos del acuerdo.
7. Una regulación destinada a fortalecer la mediación individual ante las asociaciones de consumidores, regulando sus características procedimentales y alcances para otorgarle fuerza ejecutiva a los acuerdos que se obtengan en ese ámbito. De esta manera, un actor privado perteneciente a la sociedad civil asiste a la institucionalidad pública en el cumplimiento regulatorio, descomprimiendo al Sernac en la tramitación del reclamo individual.
8. La explicitación de los supuestos de corrección temprana. A este respecto, es necesario extender legalmente el plazo admonitorio a todos los proveedores e incorporar un instrumento de pedagogía regulatoria, como la asistencia al cumplimiento. Con todo, deben equilibrarse los beneficios públicos del pronto cumplimiento de la regulación para incumplimientos que no sean de mayor gravedad en el sistema de derecho del consumo; de lo contrario, se corre el riesgo de deslegitimar públicamente el sistema.

Algunas de estas recomendaciones se han incorporado en un proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso Nacional chileno (Presidente de la República, 2023). La iniciativa atribuye potestad sancionatoria administrativa al Sernac en casos de consumidores individuales, regula el reclamo individual ante el Servicio y perfecciona la mediación ante las asociaciones de consumidores. Si bien el proyecto apunta en la dirección correcta, lo cierto es que un esquema genuinamente responsivo requiere la incorporación de un arsenal más extenso de medidas, como el que se ha señalado en estas recomendaciones de mejora regulatoria.

VI. CONCLUSIONES

El análisis regulatorio llevado a cabo en este trabajo permite concluir que la LPDC se caracteriza por una arquitectura institucional compuesta

de varios mecanismos de cumplimiento. Si bien existen herramientas que permiten la diferenciación entre respuestas sancionatorias y no sancionatorias —como el PVC o el plazo admonitorio destinado a micro y pequeñas empresas—, estas herramientas no están diseñadas para promover consistentemente la responsividad.

La institucionalidad de cumplimiento contenida en la LPDC no regula sanciones que garanticen claramente la disuasión. La imposibilidad de privar al infractor del beneficio obtenido con la infracción, junto con la ausencia de potestad administrativa sancionadora radicada en el Sernac en casos individuales, debilita el efecto disuasivo de las multas. A esto se suman una regulación débil de los planes de cumplimiento, las mediaciones privadas o el reclamo individual, lo que restringe su potencial operativo.

El modelo de cumplimiento de la LPDC depende excesivamente de interpretaciones administrativas para activar una estrategia responsiva, lo que priva de certeza a su aplicación y condiciona su permanencia a la voluntad de quien dirija el Sernac.

Por lo anterior, se requiere introducir mejoras en la LPDC que institucionalicen la responsividad en el sistema de cumplimiento en materia de consumo, coordinando el *enforcement* público y el privado, fortaleciendo el poder disuasivo de las sanciones, regulando expresamente los instrumentos deficientes y dotando al Sernac de un margen claro de decisión que favorezca la adopción de medidas y estrategias conformes con el perfil del proveedor, su cooperación y la gravedad de su incumplimiento.

REFERENCIAS

Aguirrezabal, M. (2024a). Comentarios al artículo 50. En F Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 85-98). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Aguirrezabal, M. (2024b). Comentarios al artículo 51. En F Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 259-286). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Aracena, P. (2017). Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, (26), 96-144. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i26.46482>

Ayres, I. (2013). Responsive regulation: A co-author's appreciation. *Regulation & Governance*, 7(1), 145-151. <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01162.x>

Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780195070705.001.0001>

Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice* (2.ª ed.). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.002.0009>

Baraona, J. (2014). La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 381-408. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200002>

Barrientos, F., Godoy, P., & Schencke, F. (2025). La negociación extrajudicial de cláusulas potencialmente abusivas que realiza el SERNAC dentro de los procedimientos voluntarios colectivos. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 12, 1-39. <https://doi.org/10.19092/reed.v12.916>

Barroilhet, A. (2016). Self-interested gatekeeping? Clashes between public and private enforcers in two Chilean class actions. En D. Hensler, C. Hodges y I. Tzankova (eds.), *Class Action in Context. How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation* (pp. 523-541). Cheltenham y Northampton: Edwar Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781783470440.00027>

Barroilhet, A. (2023). El sello Sernac. En E. Isler y F. Fernández (dirs.), *GPS Consumo. Guía profesional* (pp. 523-541). Valencia: Tirant lo Blanch.

Barroilhet, A., & Barrientos, F. (2025). Conflicts Between Public and Private Enforcers in Class Actions: The Chilean Case. *Global Jurist*. <https://doi.org/10.1515/gj-2025-0060>

Braithwaite, J. (2006). Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, 34(5), 884-898. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2005.04.021>

Braithwaite, J. (2011). The essence of responsive regulation. *University of British Columbia Law Review*, 44(3), 475-520. http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/essence_responsive_regulation.pdf

Braithwaite, J. (2017). Types of responsiveness. En P. Drahos (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and applications* (pp. 117-132). Canberra: ANU Press. <https://doi.org/10.22459/rt.02.2017.07>

Camacho, G. (2024). Los programas de cumplimiento ambiental: un examen a su delineamiento responsivo. En K. Echevarría (coord.), *Tribunales ambientales en Chile. A más de 10 años de la Ley N° 20.600* (pp. 85-106). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Carrasco, J. (2024). Comentarios a artículo 50 H incisos primero, segundo, tercero y cuarto. En F. Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 179-217). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

Contardo, J. I. (2021). Naturaleza jurídica del acuerdo del procedimiento voluntario y su importancia para la extensión de los efectos. En I. de la Maza y J. I. Contardo (eds.), *Estudios de Derecho del Consumidor II* (pp. 289-296). Santiago de Chile: Rubicón.

Cortez, G. (2013). Artículo 50. En I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Barrientos (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 951-966). Santiago de Chile: Legal Publishing.

Cortez, G. (2024). Comentarios al artículo 50 C. En F. Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 139-151). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

De la Maza, I., & Ojeda, H. (2017). El interés general de los consumidores y su tutela en las decisiones de los tribunales superiores de justicia. *Revista de Derecho (Concepción)*, 85(242), 105-140. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2017000200105>

Del Villar, L. (2021). Principios que informan el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores de la Ley N° 19.496 y los desafíos legislativos que ellos presenta. En F. Barrientos y L. Del Villar (dirs.), *Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo* (pp. 193-280). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Farrán, A. (2022). El criterio aprobación “eficacia” del programa de cumplimiento como articulador de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente y la revisión de los Tribunales Ambientales. *Ius et Praxis*, 28(3), 248-256. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000300248>

Fernández, F. (2024). Comentarios al artículo 58 inciso segundo letra a) párrafo 7°. En F. Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 767-776). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Franck, J. U. (2019). Private Enforcement versus Public Enforcement. En F. Hofmann y F. Kurz (eds.), *Law of Remedies. A European Perspective* (pp. 107-131). Cambridge: Intersentia. <https://doi.org/10.1017/9781780689449.006>

Gatica, M. P., & Morales, M. E. (2025). El deber de profesionalidad del proveedor: contenido y parámetros objetivos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 38(1), 9-31. <https://revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/2071>

Gómez, R. (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Guerrero, J. (2024). Comentarios al artículo 24. En F. Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 670-693). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Guiloff, M., & Soto, P. (2015). Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva. En J. C. Ferrada, J. Bermúdez y F. Pinilla (coord.), *La nueva justicia ambiental* (pp. 101-124). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Gunningham, N. (2010). Enforcement and Compliance Strategies. En R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation* (pp. 121-145). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560219.003.0007>

Hara, K., & Reveco, E. (2023). Planes de cumplimiento en la ley de protección al consumidor. En E. Isler y F. Fernández (dirs.), *GPS Consumo. Guía profesional* (pp. 693-711). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Harlow, C., & Rawlings, R. (2022). *Law and Administration* (4.ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316576496>

Hernández, H. (2018). Procedencia de una «eximente o defensa de cumplimiento» de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 427-451. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000200427>

Hervé, D., & Plumer, M. C. (2019). Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del programa de cumplimiento. *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 87(245), 11-49. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100011>

Instituto Nacional de Jueces de Policía Local. (s.f.). *Juzgados de policía local: dependencia municipal*. https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmiID=971&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Komesar, N. (1994). *Imperfect Alternatives. Choosing institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press.

Lodge, M., & Wegrich, K. (2012). *Managing Regulation. Regulatory Analysis, Politics and Policy*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Macrory, R. (2013). Sanctions and Safeguards: The Brave New World of Regulatory Enforcement. *Current Legal Problems*, 66(1), 233-266. <https://doi.org/10.1093/clp/cut006>

Macrory, R. (2014). Regulatory Justice – Making Sanctions Effective (2006). En R. Macrory, *Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law* (2.ª ed., pp. 21-108). Oxford y Portland: Hart Publishing.

Méndez, P. (2024). El programa de cumplimiento ante la jurisprudencia: una década de funcionamiento. En J. C. Ferrada, S. Riestra y O. Urrutia (coords.), *Desafíos actuales de la jurisdicción ambiental. Actas de las IV jornadas de justicia ambiental* (pp. 123-145). Santiago de Chile: DER Ediciones.

Momberg, R. (2011). La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIV(2), 235-244. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200011>

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

Momberg, R., & Morales, M. E. (2022). *Procedimientos Voluntarios Colectivos en el Derecho del Consumo Chile*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Momberg, R., & Morales, M. E. (2025). Desempolvando el Código Civil. Acerca de la resolución exenta del SERNAC sobre la incorporación de fechas de entrega de proyectos inmobiliarios en comunicaciones previas a la firma de promesas de compraventa. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (45), 213-231. <https://doi.org/10.32995/S0718-807220251018>

Momberg, R., Morales, M. E., & Pino-Emhart, A. (2025). Consumer ADR in Chile. En E. Sahin-Sengül y S. Kaya (eds.), *Consumer alternative dispute resolution in emerging economies* (pp. 54-70). Oxon y Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781032689739-5>

Montt, S. (2010). *Autonomía y responsividad dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Santiago de Chile: Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Morales, M. E. (2018). *Control Preventivo de Cláusulas Abusivas*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

Morales, M. E. (2019). El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(154), 171-198. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14141>

Morales, M. E., & Walker, N. (2020). Resolución alternativa de conflictos ante el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC). *Vniversitas*, 69, 1-15. <https://doi.org/10.11144/JAVERIANA.VJ69.RACS>

Muñoz, D., & Muñoz, P. (2022). Una revisión de las principales estrategias regulatorias y su implementación en Chile. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, (10), 1-46. <https://doi.org/10.7764/rda.10.53591>

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2014). *Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264208117-en>

Parker, C., Scott, C., Lacey, N., & Braithwaite, J. (2004). Introduction. En C. Parker, C. Scott, N. Lacey y J. Braithwaite (ed.), *Regulating Law* (pp. 1-12). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199264070.003.0001>

Presidente de la República. (2023). *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley para mejorar la protección de los derechos de las personas consumidoras en el ámbito de sus intereses individuales fortaleciendo al Servicio Nacional del Consumidor, y establece otras modificaciones que indica* (N.º 159-371). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=16271-03

Presidente de la República. (2024). *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que fortalece y mejora la eficacia de la fiscalización y cumplimiento de la regulación ambiental, modificando el artículo segundo de la Ley 20.417, y regula otras materias que indica* (N.º 291-371). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=16553-12

Rojas, C., Ferrada, J. C., & Méndez, P. (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional *ius puniendi* único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (34), 97-130. <https://doi.org/10.7764/redae.34.4>

Romero, J. (2011). *Enforcement*, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *La libre competencia en el Chile del bicentenario* (pp. 503-537). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Rorie, M. (2012). Responsive Regulation. En *Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935383.013.109>

Schencke, F. (2024). Comentarios al artículo 54 H incisos segundo y tercero. En F. Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 457-471). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Senate Economics References Committee. (2014). *Performance of the Australian Securities and Investments Commission*. https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/ASIC/Final_Report/index

Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). (2022). *Guía operativa del procedimiento voluntario colectivo*. https://www.sernac.cl/portal/618/articles-55750_archivo_01.pdf

Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). (2024). *Cuenta pública participativa 2024. Informe final cuenta pública participativa gestión 2023*. https://www.sernac.cl/portal/604/articles-79349_archivo_16.pdf

Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). (2025). *Informe Final. Cuenta Pública Participativa. Gestión 2024*. https://www.sernac.cl/portal/604/articles-86457_archivo_01.pdf

Soto, P. (2016a). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22(2), 189-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>

Soto, P. (2016b). Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental. En J. Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público 2016* (pp. 374-407). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Soto, P. (2019). La potestad del Sernac para recibir reclamos y promover acuerdos individuales luego de ser eliminada por el Tribunal Constitucional. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(245), 201-234. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100201>

Soto, P., & Durán, C. (2019). El ámbito infraccional en el Derecho del consumo: práctica jurisdiccional y modificaciones introducidas por la Ley N° 21.081. En J. I. Contardo, F. Fernández y C. Fuentes (coords.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (pp. 241-282). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

Van der Hijden, J. (2020). *Responsive regulation in practice: a review of the international academic literature* [State of the Art in Regulatory Governance Research Paper - 2020.06]. <https://apo.org.au/node/307316>

Vargas Pavez, M. (2024). Comentarios al artículo 8º letra h). En F. Barrientos, I. de la Maza y C. Pizarro (dirs.), y F. Fernández (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (pp. 745-746). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Consumer Rights Act 2015 (Parlamento [Reino Unido], 26 de marzo de 2015).

Rol 4012-17-CPR, Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica ley N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al boletín N.º 9369-03 (Tribunal Constitucional [Chile], 18 de enero de 2018).

Decreto N.º 307, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.231, sobre organización y atribuciones de los juzgados de policía local, Ministerio de Justicia [Chile], 1978). *Diario Oficial de la República de Chile*, 23 de mayo de 1978.

Decreto N.º 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 2005). *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de septiembre de 2005.

Decreto N.º 56, que aprueba reglamento que establece el procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo [Chile], 2021). *Diario Oficial de la República de Chile*, 5 de febrero de 2021.

Decreto N.º 84, que aprueba reglamento que regula la mediación, conciliación y arbitraje en materias de consumo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo [Chile], 2022). *Diario Oficial de la República de Chile*, 13 de diciembre de 2022.

Decreto con fuerza de ley N.º 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N.º 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N.º 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N.º 16.618, Ley de menores, de la Ley N.º 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N.º 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones (Ministerio de Justicia [Chile], 2000). *Diario Oficial de la República de Chile*, 30 de mayo de 2000.

Decreto con fuerza de ley N.º 1/19.653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República [Chile], 2001). *Diario Oficial de la República de Chile*, 17 de noviembre de 2001.

Decreto con fuerza de ley N.º 3, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496, que establece normas sobre Protección de los Derechos del Consumidor (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de la República [Chile], 2021). *Diario Oficial de la República de Chile*, 31 de mayo de 2021.

Dictamen N.º 50.183 (Contraloría General de la República [Chile], 7 de noviembre de 2007).

Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024 (Parlamento [Reino Unido], 24 de mayo de 2024).

Ley N.º 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (Congreso Nacional de la República [Chile], 1997). *Diario Oficial de la República de Chile*, 7 de marzo de 1997.

Ley N.º 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (Congreso Nacional de la República [Chile], 2003). *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de marzo de 2003.

Ley N.º 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (Congreso Nacional de la República [Chile], 2010). *Diario Oficial de la República de Chile*, 26 de enero de 2010.

Ley N.º 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño (Congreso Nacional de la República [Chile], 2010). *Diario Oficial de la República de Chile*, 3 de febrero de 2010.

Ley N.º 21.081, que modifica la Ley N.º 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (Congreso Nacional de la República [Chile], 2018). *Diario Oficial de la República de Chile*, 13 de septiembre de 2018.

Ley N.º 21.398, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores (Congreso Nacional de la República [Chile], 2021). *Diario Oficial de la República de Chile*, 24 de diciembre de 2021.

Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (Parlamento [Reino Unido], 21 de julio de 2008).

Resolución Exenta N.º 932, aprueba circular interpretativa sobre el interés general de los consumidores y su ejercicio en sede judicial (Servicio Nacional del Consumidor [Chile], 22 de noviembre de 2019).

Resolución Exenta N.º 370, aprueba política de fiscalización del Servicio Nacional del Consumidor (Servicio Nacional del Consumidor [Chile], 23 de abril de 2020).

Resolución Exenta N.º 689, aprueba circular interpretativa sobre el alcance, contenido, procedimiento de aprobación y presentación de los planes de cumplimiento de los artículos 24 inciso cuarto, letra c) y 54 P de la Ley N.º 19.496 (Servicio Nacional del Consumidor [Chile], 10 de septiembre de 2021).

Resolución Exenta N.º 357, establece organización interna y determina las denominaciones y funciones de cada centro de responsabilidad del Servicio

EL CUMPLIMIENTO
RESPONSIVO EN LA
LEY CHILENA DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES

RESPONSIVE
ENFORCEMENT
UNDER THE CHILEAN
CONSUMER
PROTECTION ACT

270

Nacional del Consumidor (Servicio Nacional del Consumidor [Chile], 23 de mayo de 2023).

Resolución Exenta N.º 351, aprueba política de fiscalización del Servicio Nacional del Consumidor (Servicio Nacional del Consumidor [Chile], 27 de mayo de 2025).

Recibido: 06/09/2025
Aprobado: 30/01/2026

La construcción conceptual del acto administrativo en Bolivia: propuesta metodológica y análisis de sus deficiencias a nivel normativo y jurisprudencial

The Conceptual Construction of the Administrative Act in Bolivia: Methodological Proposal and Analysis of Normative and Jurisprudential Deficiencies

SERGIO RODRIGO ROJAS-BARRIENTOS**

Universidad Simón I. Patiño (Bolivia)

Resumen: Este trabajo pretende determinar si deficiencias en la construcción conceptual del acto administrativo, ya sea a nivel normativo o jurisprudencial, han influido en el tratamiento confuso que reciben los actos públicos de naturaleza administrativa en Bolivia. Para ello, se elaboró un instrumento de recogida de datos que permite registrar la demarcación conceptual atribuible a una fuente en función de las posturas que adopte en las cinco controversias que abarcan la variabilidad doctrinal alrededor del concepto de acto administrativo. Luego, se empleó este instrumento para inferir la demarcación conceptual atribuible al conjunto de fuentes normativas bolivianas que definen al acto administrativo. Después, se aplicó este mismo instrumento sobre una muestra representativa de resoluciones emitidas por los altos tribunales bolivianos, la cual se obtuvo gracias a una búsqueda sistemática, exhaustiva y replicable de sentencias relevantes. Se descubrió que la definición legal vinculante de acto administrativo excluye a un conjunto importante de actos públicos de alcance particular, efectos directos y naturaleza no jurisdiccional, lo cual ha causado un régimen de impugnación confuso. Por otro lado, se juzgó que la inclusión de los reglamentos resta utilidad práctica al acto administrativo como instituto jurídico, ya que estos actos están sometidos a proposiciones normativas generales diferentes de aquellas que regulan a los actos de alcance particular. También se descubrió que dos normas, una de rango legal y otra reglamentaria, adoptan posturas mutuamente excluyentes con respecto a la pertenencia de los actos con efectos indirectos dentro de la categoría de los actos administrativos. Esta contradicción ha generado

* Este trabajo forma parte de la tesis doctoral titulada «Vicios formales en los actos administrativos: análisis comparado entre los ordenamientos jurídicos boliviano y español», elaborada en el marco del Programa Oficial de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España).

Se agradecen las pertinentes sugerencias formuladas por los profesores Francisco Sanz Larruga, Álex Pantoja Montán y Jaroslava Zapotocka de Ballón al borrador de este trabajo. Se agradece, igualmente, a los pares evaluadores, cuyas pertinentes observaciones incrementaron notablemente la calidad del trabajo.

** Director del Observatorio de Justicia Administrativa y Tributaria de la Universidad Simón I. Patiño e investigador de la misma casa de estudios. Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano en la Universidad de La Coruña y magíster por la Universidad de Salamanca (España). Miembro de la Asociación Boliviana de Derecho Administrativo (Bolivia) y exbecario de la Fundación Simón I. Patiño (Suiza).

Código ORCID: 0000-0002-3735-6217. Correo electrónico: sergiorojas@usip.edu.bo

dos líneas jurisprudenciales contradictorias, lo cual, a su vez, ha ocasionado que los actos de mero trámite reciban un tratamiento que debería reservarse para los actos con efectos directos. Se espera que estos hallazgos orienten las prácticas legislativa y jurisdiccional en Bolivia y, además, que otros investigadores apliquen la metodología propuesta por este trabajo para revelar cómo se conceptualiza el acto administrativo en otros ordenamientos de la familia iberoamericana de sistemas normativos.

Palabras clave: Derecho administrativo, acto administrativo, actos de mero trámite, actos de trámite cualificados, revisión sistemática de jurisprudencia.

Abstract: This study aims to determine whether deficiencies in the conceptual construction of the administrative act—at both the normative and jurisprudential levels—have influenced in the confusing treatment afforded to public acts of an administrative nature in Bolivia. To this end, a data collection instrument was developed to record the conceptual demarcation attributable to a specific source based on its stance regarding the five controversies that encompass the doctrinal variability surrounding the concept of the administrative act. Subsequently, this instrument was used to infer the conceptual demarcation attributable to the set of Bolivian normative sources that define the administrative act. It was then applied to a representative sample of decisions issued by Bolivia's highest courts, obtained through a systematic, exhaustive and replicable search for relevant judgments. The findings reveal that the legally binding definition of the administrative act excludes a significant set of public acts of particular scope, direct effects, and non-jurisdictional nature, resulting in a confusing system of challenge. Moreover, it was determined that the inclusion of regulations diminishes the practical utility of the administrative act as a legal construct, since these acts are subject to general normative propositions different from those regulating acts of particular scope. It was also discovered that two norms—one legislative and one regulatory—adopt mutually exclusive positions regarding whether acts with indirect effects belong to the category of administrative acts. This contradiction has generated two conflicting lines of case law and this, in turn, has caused procedural acts to receive a treatment that should be reserved for acts with direct effects. It is expected that these findings will guide legislative and jurisdictional practices in Bolivia and, furthermore, that other researchers will apply the methodology employed in this work to reveal how the administrative act is conceptualized in other jurisdictions within the Ibero-American family of normative systems.

Keywords: Administrative law, administrative act, mere procedural acts, qualified procedural acts, systematic review of case law.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTROVERSIAS DOCTRINALES ALREDEDOR DEL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.- II.1. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE UN ACTO PÚBLICO.- II.1.1. CRITERIO SUBJETIVO.- II.1.2. CRITERIO OBJETIVO.- II.1.2.1. SEGÚN LA DETERMINABILIDAD DE LOS SUJETOS ALCANZADOS Y LA FINALIDAD DEL ACTO.- II.1.2.2. SEGÚN SU GRADO DE SUBORDINACIÓN.- II.1.3. CRITERIO MIXTO.- II.2. CONTENIDO DEL

ACTO ADMINISTRATIVO.- II.2.1. FORMAS DE MANIFESTAR EL CONTENIDO ADMISIBLE.- II.2.2. FÓRMULAS LINGÜÍSTICAS.- II.2.2.1. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS.- II.2.2.2. DECLARACIONES DE VOLUNTAD, JUICIO, CONOCIMIENTO O DESEO.- II.2.2.3. COBERTURA CONCEPTUAL DE LAS «DECLARACIONES DE VOLUNTAD, JUICIO, DESEO O CONOCIMIENTO».- II.2.3. CONTROVERSIAS DOCTRINALES SOBRE EL CONTENIDO CONSIDERADO ACEPTABLE PARA UN ACTO ADMINISTRATIVO.- II.2.3.1. EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS E INDIRECTOS.- II.2.3.2. NÚMERO DE VOLUNTADES.- II.2.3.3. PROYECCIÓN DEL CONTENIDO.- II.2.3.4. DETERMINABILIDAD DE LOS DESTINATARIOS.- II.3. INSTRUMENTO DE RECOGIDA DE DATOS.- III. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO EN LAS FUENTES NORMATIVAS BOLIVIANAS.- III.1. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE UN ACTO PÚBLICO.- III.2. CONTENIDOS ADMISIBLES PARA UN ACTO ADMINISTRATIVO.- III.2.1. EFECTO DIRECTO O INDIRECTO.- III.2.2. NÚMERO DE VOLUNTADES.- III.2.3. DETERMINABILIDAD DE LOS DESTINATARIOS.- III.3. DEMARCACIÓN CONCEPTUAL DE ACTO ADMINISTRATIVO INFERIBLE A PARTIR DE LAS NORMAS BOLIVIANAS.- IV. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA BOLIVIANA.- IV.1. SELECCIÓN DE LAS RESOLUCIONES OBSERVADAS.- IV.2. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE UN ACTO PÚBLICO.- IV.3. CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- IV.3.1. EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS E INDIRECTOS.- IV.3.2. NÚMERO DE VOLUNTADES.- IV.3.3. PROYECCIÓN DEL CONTENIDO.- IV.3.4. DETERMINABILIDAD DE LOS DESTINATARIOS.- IV.4. DISTRIBUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES OBSERVADAS EN EL ESPECTRO CONCEPTUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- V. CONSECUENCIAS DE LA DEMARCACIÓN CONCEPTUAL DE ACTO ADMINISTRATIVO OBSERVADA EN LAS FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES BOLIVIANAS.- V.1. INCLUSIÓN DE LOS REGLAMENTOS EN LA CATEGORÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- V.2. EXCLUSIÓN DE ACTOS EMANADOS POR LOS ÓRGANOS LEGISLATIVO, JUDICIAL Y ELECTORAL.- V.3. INVALIDACIÓN INDEPENDIENTE DE ACTOS DE MERO TRÁMITE.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las categorías jurídicas son provechosas en la medida en que agrupan actos que estén sometidos a las mismas proposiciones normativas generales (Kormann, 1910, citado en Garrido, 1994, p. 407). Por ese motivo, son útiles aquellas categorías que agrupan actos que están sometidos a las mismas reglas procedimentales y que, además, pueden impugnarse usando los mismos recursos. Lamentablemente, la categorización boliviana de los actos emitidos en ejercicio de una potestad administrativa no cumple con tal criterio.

Por un lado, existen múltiples actos que, a pesar de ser conceptualmente homogéneos, no son impugnables usando los mismos recursos. Dentro de este grupo pueden mencionarse las resoluciones disciplinarias del Consejo de la Magistratura (Ley del Órgano Judicial, 2010, art. 210), los

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

actos que rechazan una solicitud de inscripción al Registro Público de Derechos Reales (Decreto Supremo N.º 27957, 2004, art. 42) o los actos que inhabilitan a un candidato a un cargo electivo (Ley del Órgano Electoral, 2010, art. 26.2), que, a pesar de ser actos públicos, unilaterales, de alcance particular, que producen efectos jurídicos directos y que no son sentencias, no pueden impugnarse usando el mismo recurso que está disponible para la mayoría de los actos que tienen esas propiedades: la demanda contencioso-administrativa.

Por otro lado, existen actos que, siendo de géneros diferentes, son sometidos al mismo tratamiento. Por ejemplo, en Bolivia, los actos de mero trámite viciados de gravedad frecuentemente reciben un tratamiento que en otros ordenamientos se reserva para los actos que producen efectos jurídicos directos: la invalidación independiente¹.

Siendo este el estado de la categorización boliviana de los actos públicos, unilaterales, de alcance particular, que producen efectos directos y que no son jurisdiccionales, conviene analizar la categoría más prominente en este dominio, el acto administrativo, y determinar si deficiencias en su construcción conceptual, ya sea a nivel normativo o jurisprudencial, han influido en el tratamiento desigual y confuso que se da a estos actos en Bolivia.

Para cumplir con este objetivo, se desarrollaron las siguientes actividades:

- A partir de una revisión de literatura, se elaboró un instrumento de recogida de datos que permite registrar la demarcación conceptual atribuible a una fuente en función de las posturas que adopte en las cinco controversias que abarcan la variabilidad doctrinal alrededor del concepto de acto administrativo.
- Usando este instrumento, se infirió la demarcación conceptual atribuible al conjunto de normas bolivianas que definen al acto administrativo.
- Se aplicó el mismo instrumento sobre una muestra representativa de resoluciones relevantes emitidas por los altos tribunales bolivianos —Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante, TCP), Tribunal Supremo de Justicia (en adelante, TSJ) y Tribunal Agroambiental (en adelante, TA)—, la cual se obtuvo mediante una búsqueda exhaustiva, sistemática y replicable de sentencias.

¹ Conviene advertir que esta invalidación independiente no implica que los actos de mero trámite sean directamente impugnables en Bolivia. Lo que ocurre en la práctica es que el revisor que ha admitido un recurso en contra de un acto impugnado —resolución o acto de trámite cualificado— y encuentra en este un vicio procedimental severo no se limita a declarar la invalidez del acto impugnado, sino que excede su competencia declarando, además, la invalidez del acto de mero trámite vicioso, ordenando la retroacción del procedimiento hasta ese punto.

- Finalmente, se analizaron las consecuencias de la demarcación de acto administrativo que es legalmente vinculante y del modo que esta demarcación ha sido aplicada en la jurisprudencia boliviana.

Este manuscrito está estructurado siguiendo la progresión descrita anteriormente.

En el desarrollo del trabajo, se descubrió que las fuentes normativas bolivianas que definen al acto administrativo no expresan con claridad la demarcación conceptual pretendida por el legislador. Es más, se halló que dos de estas fuentes, una legislativa y otra reglamentaria, adoptan posturas mutuamente excluyentes con respecto a la pertenencia de los actos con efectos indirectos en el dominio de los actos administrativos. Esta contradicción ha provocado dos líneas jurisprudenciales en conflicto, lo cual, a su vez, ha causado que los actos de mero trámite, que son actos con efectos indirectos, sean invalidados directamente, a pesar de que tal tratamiento debería reservarse para los actos que producen efectos directos.

También se encontró que la demarcación legalmente vinculante es demasiado restrictiva en lo que respecta a los órganos que pueden emitir actos administrativos, ya que excluye los actos de naturaleza administrativa que emitan órganos ajenos a la Administración pública, lo cual provocó una categoría de actuaciones que, a pesar de ser conceptualmente homogénea, está sometida a un régimen de impugnación heterogéneo. Por otro lado, se encontró que esta demarcación es demasiado extensiva en lo que respecta a la determinabilidad de los sujetos alcanzados, pues incluye los actos reglamentarios, que están sometidos a proposiciones normativas generales distintas de las que regulan los actos de alcance particular, lo que supone dilatar el concepto de acto administrativo de un modo que disminuye su utilidad práctica como instituto legal.

II. CONTROVERSIAS DOCTRINALES ALREDEDOR DEL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

En este apartado se revisan las controversias doctrinales alrededor del concepto de acto administrativo. El objetivo de esta revisión es elaborar un instrumento de recogida de datos que permita registrar las posturas que ha adoptado una fuente para definir al acto administrativo.

Conviene advertir que el concepto analizado en este trabajo es tan contencioso que casi todas sus características definitorias están en debate. La única característica en la que todos los autores consultados coinciden es la naturaleza intelectual de la declaración pronunciada por la Administración pública al emitir un acto administrativo, lo cual excluye a «las actuaciones puramente materiales, reales o técnicas» (Parejo Alfonso, 2024, p. 734); es decir, aquellas que suponen «la

275

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

ejecución de tales declaraciones —que han sido consignadas en actos propiamente dichos—, o bien la simple realización de acciones materiales por parte de la Administración» (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2016, p. 510).

Además de ser una declaración intelectual emitida en ejercicio de una potestad pública, todas las demás características definitorias del acto administrativo son controvertidas y, en consecuencia, serán exploradas en los apartados que siguen.

II.1. Naturaleza administrativa de un acto público

La primera controversia tiene que ver con aquello que hace «administrativo» a un acto del Estado, en oposición a actos con naturalezas «legislativas» o «judiciales».

Se han propuesto dos criterios que pugnan por explicar esta distinción: por un lado, el criterio subjetivo distingue la naturaleza de una actuación pública por la condición subjetiva del órgano emisor, de tal modo que «las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales según estén atribuidas al Poder Legislativo, al Ejecutivo o al Judicial» (Fraga, 2000, p. 29); por otro lado, el criterio objetivo busca la naturaleza administrativa de una actuación en sus características intrínsecas, prescindiendo de la condición subjetiva del órgano emisor, es decir, considera que «la distinción entre potestades públicas no es orgánica, sino que se efectúa en razón de su respectiva naturaleza o finalidad» (Gamero Casado, 2021, p. 70).

II.1.1. Criterio subjetivo

Según Fernández Ruiz (1997):

Conforme al criterio orgánico, también llamado subjetivo o formal, acto administrativo es el que realizan los órganos administrativos del poder público y no otros. De acuerdo con este criterio, solo los órganos administrativos pueden producir actos administrativos; esto significaría que los órganos judiciales y los legislativos no podrían hacerlo, lo que es rechazado en la actualidad por la mayor parte de la doctrina (p. 126).

En efecto, aunque los autores consultados reconocen que el criterio subjetivo es una de las posturas alternativas en esta controversia, ninguno de ellos la defiende. Los que la mencionan, o bien se limitan a mencionarla, como ocurre con Fraga (2000, p. 29) o Dromi (2008, p. 32); o bien la rechazan expresamente, como ocurre con Brewer-Carías (1984), para quien «resulta imposible decir hoy que los actos de un órgano del Estado sólo están regidos por una específica rama del derecho» (p. 32).

Incluso Lares Martínez (1963), que considera «necesario que la manifestación de voluntad [de la que emerge el acto administrativo] la haga una autoridad administrativa» (p. 102), admite que «son también actos administrativos las manifestaciones de voluntad hechas excepcionalmente, en ejercicio de la función administrativa, por los órganos legislativos o judiciales» (p. 102).

II.1.2. Criterio objetivo

En este apartado se describirán las posturas de los autores que pretenden distinguir los actos administrativos de los actos legislativos y jurisdiccionales, prescindiendo de la pertenencia orgánica del emisor.

Estas posturas se dividen en dos grupos: a) los que distinguen las funciones públicas según la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto, y b) los que las distinguen según su grado de subordinación.

II.1.2.1. *Según la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto*

Este grupo distingue los actos administrativos de los legislativos por la determinabilidad de los sujetos alcanzados, siendo los legislativos aquellos que afectan a un conjunto indeterminable de sujetos —actos de alcance general— y los administrativos aquellos que afectan a una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables —actos de alcance particular— (Fraga, 2000, p. 61). Así, por ejemplo, los decretos reglamentarios serían actos objetivamente legislativos a pesar de emerger de una autoridad que pertenece al Poder Ejecutivo.

Los actos administrativos estarían circunscritos al dominio de los actos de alcance particular. De este modo, para establecer la demarcación conceptual que les corresponde, solo haría falta deslindarlos de la otra categoría de actos públicos que determinan situaciones jurídicas individuales: los actos jurisdiccionales. Es en esta escisión donde encontramos diferencias entre los miembros de este grupo.

Por un lado, según Fraga (2000),

Ha habido una parte de la doctrina que se ha inclinado a considerar que la función jurisdiccional no se distingue sustancialmente de la administrativa; que en realidad en el Estado hay sólo dos actividades diferentes: la de hacer leyes y la de ejecutarlas, sin que haya razón de fondo para distinguir la ejecución en casos de controversia y la ejecución en casos en que no hay conflicto (p. 49).

Por otro lado, se encuentran los autores que pretenden distinguir los actos administrativos de los jurisdiccionales por sus características intrínsecas.

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Jèze (1936), por ejemplo, intenta distinguir ambas funciones al observar únicamente sus características jurídicas, buscando entre el acto administrativo y el jurisdiccional alguna diferencia que sea apreciable en la estructura misma del acto. Esta estrategia descubrió un tipo de acto público enteramente circunscrito a las fronteras de la potestad administrativa. Se trata de los denominados «actos condición», que son actos mediante los cuales un individuo adquiere un estatus jurídico que lo hace sujeto a aquellas normas generales que son aplicables únicamente a los individuos con tal estatus (citado en Fraga, 2000, pp. 59-63). Así, por ejemplo, un acto de nombramiento confiere a un individuo la condición de servidor público y, en consecuencia, hace que le sean aplicables todas las normas generales destinadas a los servidores públicos.

Sin embargo, aunque los defensores de esta postura concuerdan en que no existen actos condición entre los actos jurisdiccionales, también admiten que la función administrativa no se agota con los actos condición. Entre los actos administrativos también hay «actos subjetivos», que son aquellos que crean situaciones jurídicas individuales. Por ejemplo, en el acto que determina una deuda tributaria, la Administración establece una situación jurídica individual para el sujeto pasivo sin conferirle ningún estatus jurídico nuevo.

Esto mismo ocurre con la función jurisdiccional, ya que la sentencia, el acto jurisdiccional por antonomasia, crea situaciones jurídicas individuales. Por ejemplo, cuando un juez condena a un deudor a resarcir los daños que ha causado al incumplir un contrato o cuando ordena a un empleador reincorporar a un trabajador que fue injustamente desvinculado de su fuente laboral.

No existe, entonces, un tipo de acto público bajo el monopolio exclusivo de la función jurisdiccional, ya que las funciones administrativa y jurisdiccional comparten dominio sobre los actos subjetivos. Esto implica que no es posible distinguir las funciones del Estado usando, como único criterio de escisión, las características jurídicas de los actos emitidos en ejercicio de cada una de ellas.

Por ese motivo, se complementa el criterio de determinabilidad con el criterio de finalidad. Por un lado, se acepta distinguir al acto legislativo por la indeterminación de los sujetos alcanzados, dejando de ese modo los actos de alcance particular bajo el dominio de las funciones administrativa y jurisdiccional. Por otro lado, para distinguir la función administrativa de la jurisdiccional, se recurre al criterio de finalidad. Aunque ambas funciones se ejercen mediante actos de alcance particular, la función jurisdiccional se distingue por tener como finalidad dirimir conflictos jurídicamente relevantes, mientras que la función administrativa tiene como finalidad satisfacer otros intereses públicos.

II.1.2.2. Según su grado de subordinación

Gamero Casado (2021) distingue las potestades legislativa, judicial y administrativa según las fuentes normativas a las que están subordinadas y los controles a los que deben someterse, de tal modo que

la potestad legislativa [...] sólo se encuentra subordinada a la Constitución (y al control correlativo que se encomienda al Tribunal Constitucional); la potestad judicial (jurisdicción no constitucional), que se encuentra sometida a la Constitución, a la ley y a control jurisdiccional constitucional; y la potestad administrativa (función ejecutiva), que se subordina a la Constitución, a la ley y a control jurisdiccional pleno (judicial y constitucional) (p. 81).

Según esta postura, las funciones administrativa y legislativa no se distinguen por la determinabilidad de los sujetos alcanzados por sus actos, sino por tener diferentes grados de subordinación. Así, por ejemplo, los decretos reglamentarios, a pesar de ser actos de alcance general, serían una manifestación de la función administrativa porque su validez depende de su compatibilidad con la Constitución y las leyes, y porque, además, son pasibles de control por parte de autoridades jurisdiccionales constitucionales y judiciales; mientras que una ley solo debe ser compatible con la Constitución y es pasible únicamente de control jurisdiccional constitucional.

De igual modo, la diferencia entre las funciones administrativa y judicial estaría en su grado de subordinación y no en sus finalidades. Así, por ejemplo, una resolución que decide un recurso jerárquico —conocido como «recurso de alzada» en la legislación española— sería una manifestación de la potestad administrativa porque, a pesar de ser un acto que dirime un conflicto jurídicamente relevante, está sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de los actos que agotan la vía judicial, que solo pueden ser sometidos al control constitucional.

II.1.3. Criterio mixto

Los autores que defienden esta postura suelen condicionar la naturaleza administrativa de un acto a que: a) provenga de la Administración pública —criterio subjetivo— y b) se emita en ejercicio de una potestad administrativa —criterio objetivo— (Abruña Puyol, 2016, p. 256; Huapaya Tapia, 2010, p. 123). El componente subjetivo de este criterio es fácil de interpretar, pues únicamente exige que el órgano emisor pertenezca a la Administración pública. En cambio, para comprender cuándo un acto satisface el componente objetivo es necesario explorar los significados posibles de potestad administrativa.

Gamero Casado (2021) define potestad como un «poder abstracto y unilateral susceptible de provocar efectos jurídicos, que se reconoce

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

expresamente por el ordenamiento para el cumplimiento de un fin que trasciende del propio de su titular, y cuyo ejercicio es obligado para quien lo ostenta» (pp. 64-65). Así, por ejemplo, la patria potestad no se agota con su ejercicio, sino que subsiste mientras los hijos no tengan capacidad de obrar —abstracta—; su eficacia no depende del consentimiento de los afectados —unilateral—; en virtud de ella, los titulares pueden obligar a sus hijos a adoptar ciertas conductas —capaz de producir efectos jurídicos—; debe ejercitarse en beneficio de los hijos y no de los padres —persigue un fin que trasciende el de los titulares—; y los titulares están obligados a ejercitarla si con ello resguardan el bienestar del hijo —el ejercicio es obligado para quien lo ostenta—.

Las potestades pueden clasificarse en privadas y públicas, siendo la patria potestad una de las potestades privadas. Según Gamero Casado (2021), lo que distingue ambas categorías es que la potestad «pública se reconoce en beneficio del interés general, y la privada, en beneficio de un interés particular» (p. 66). En efecto, la patria potestad se ejerce en beneficio del interés particular de los hijos; mientras que la potestad tributaria, por ejemplo, se ejerce en beneficio del interés general. Así, es posible caracterizar las potestades públicas como aquellas que se ejercen en beneficio del interés colectivo y cuya titularidad reside en el Estado. La potestad administrativa es una especie de potestad pública; el reto está en distinguirla de otras potestades públicas, como la legislativa o la jurisdiccional.

A primera vista, el término «potestad administrativa» podría interpretarse de dos maneras. Por un lado, podría referirse al poder público que ejerce la Administración, sin importar cuál sea su naturaleza o finalidad. Esta primera interpretación distingue las potestades públicas empleando el criterio subjetivo; es decir, entiende que una potestad es «administrativa» por el mero hecho de ser ejercida por un órgano que tenga la condición subjetiva de «Administración pública».

Por otro lado, podría referirse al poder público que ejerce cualquier órgano del Estado, siempre y cuando este tenga naturaleza administrativa. Esta interpretación distingue las potestades públicas entre sí empleando el criterio objetivo; es decir, encuentra la condición administrativa de un acto en su naturaleza o fines, prescindiendo de la pertenencia subjetiva del órgano emisor.

La primera interpretación debe descartarse cuando se analiza el componente objetivo del criterio mixto. Es así porque, si se definiera la potestad administrativa empleando el criterio subjetivo, bastaría con condicionar la naturaleza administrativa del acto a su emisión «en ejercicio de una potestad administrativa» para circunscribirlo a los emitidos por la Administración pública, haciendo redundante la porción

del criterio que restringe los actos administrativos a los que provengan de la «Administración pública».

Esto significa que, en las definiciones que se adhieren al criterio mixto, el término «potestad administrativa» siempre debe interpretarse empleando el criterio objetivo. Como se ha visto anteriormente, el criterio objetivo admite dos interpretaciones: a) la que considera que la potestad administrativa es aquella que, sin dirimir conflictos jurídicamente relevantes, se ejercita sobre una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables; y b) la que considera que es el poder público el que está subordinado a la Constitución y a las leyes, y que está sometido al control jurisdiccional constitucional y judicial.

Finalmente, conviene mencionar que existe un grupo minoritario entre los defensores del criterio mixto que, en lugar de condicionar la naturaleza administrativa del acto a que sea emitido «en ejercicio de una potestad administrativa», prefieren condicionarla a que esté «sometido al Derecho Administrativo» (García de Enterría & Fernández, 1988, p. 503). Esta no es una posición muy provechosa, ya que subordinar la naturaleza administrativa de un acto a su sometimiento al derecho administrativo es como definir la gripe como aquella enfermedad que se trata con un antigripal. Determinar si un acto debe someterse a las normas del derecho administrativo o de otra materia es, justamente, la razón por la que es necesario distinguir al acto administrativo de otros tipos de actos públicos. El sometimiento del acto a las normas del derecho administrativo debería ser el resultado de cumplir con una serie de características definitorias y no una característica definitoria en sí misma. Esta alternativa, sin embargo, ha encontrado alguna tracción en la jurisprudencia observada y, en consecuencia, figura como una de las alternativas del instrumento de recogida de datos con el que concluye esta sección.

II.2. Contenido del acto administrativo

El contenido u objeto de un acto administrativo es el resultado que el emisor se propone obtener como consecuencia de su declaración intelectual; es decir, su «efecto práctico» (Garrido Falla, 1955, pp. 38-39; Marienhoff, 1982, p. 94). Así, por ejemplo, el contenido de una resolución determinativa tributaria es la obligación que tiene el contribuyente de pagar la deuda que fue determinada. Igualmente, el contenido de un nombramiento es conferir a una persona natural la condición subjetiva de servidor público.

Aunque los doctrinarios coinciden al catalogar los dos ejemplos anteriores como contenidos válidos para una actuación merecedora del apelativo «acto administrativo», existen otros contenidos que están en debate. Por ejemplo, para autores como Dromi (2008, pp. 46-47) o

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Huapaya Tapia (2010, p. 124), el informe no vinculante no es un acto administrativo porque no crea, modifica o extingue una relación jurídica directamente, sino indirectamente. Por otro lado, autores como García de Enterría y Fernández (1988, p. 520) o Parejo Alfonso (2024, p. 737) admiten el informe dentro del concepto de acto administrativo, pues incluyen los efectos indirectos en el catálogo de contenidos aceptables para un acto administrativo de esta índole.

Igualmente, se debate sobre la conveniencia de expandir el acto administrativo a actuaciones que contengan efectos bilaterales, que afecten a un conjunto indeterminable de sujetos o que estén proyectados al interior de la Administración pública. Sería correcto afirmar que el contenido admisible que debe tener una actuación para merecer el apelativo de «acto administrativo» no está determinado por un factor, sino por varios. En este apartado se intentará establecer qué posturas alternativas han adoptado los doctrinarios para determinar el contenido admisible para un acto administrativo.

II.2.1. Formas de manifestar el contenido admisible

En las secciones que siguen, que analizan las fuentes normativas y jurisprudenciales, se observará que estas revelan el contenido que consideran admisible para un acto administrativo de dos maneras diferentes: en ocasiones, excluyen expresamente una categoría de actuaciones del dominio conceptual² del acto administrativo por deficiencias en su contenido, como ocurrió cuando el TSJ boliviano señaló que «un contrato administrativo [...] no es un acto administrativo» (Sentencia TSJ 138/2016, 2016, considerando II), sugiriendo así que los actos con efectos bilaterales quedan fuera de esta categoría jurídica; y, en otras ocasiones, manifiestan el contenido que consideran aceptable adoptando una fórmula lingüística típicamente asociada a un conjunto de efectos. Así, por ejemplo, cuando el TSJ afirmó que «el acto administrativo es una manifestación o declaración de voluntad» (Sentencia TCP 116/2020-S4, 2020, considerando III.5), quiso indicar que la categoría se circunscribe a aquellas actuaciones que producen efectos jurídicos directos y definitivos.

Por este motivo, este apartado no solo debe describir las controversias doctrinales sobre el rango de efectos que se considera admisible para el acto administrativo, sino también las diferentes maneras en las que una fuente puede comunicar el rango de efectos que es de su preferencia.

II.2.2. Fórmulas lingüísticas

A continuación, se describirán fórmulas lingüísticas que, a pesar de no asociar explícitamente el concepto de acto administrativo a un rango

2 En este trabajo se usa la expresión «dominio conceptual» para indicar el conjunto de actuaciones que pueden ser consideradas acto administrativo.

específico de efectos, se emplean para denotar adhesión a alguna de las posturas controvertidas.

II.2.2.1. *Declaración de voluntad que produce efectos jurídicos*

El término «declaración de voluntad» suele asociarse a

una decisión de la Administración en virtud de la cual se concreta para un supuesto específico la potestad conferida por la Ley; la conjunción de una y otra (la potestad y la decisión administrativa), surte el efecto de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas (Huapaya Tapia, 2010, p. 119).

De esta definición pueden extraerse dos características que distinguen a las declaraciones de voluntad de otros tipos de declaraciones intelectuales: en primer lugar, tienen carácter regulador —es decir, producen efectos jurídicos de forma directa—; y, en segundo lugar, son manifestaciones concretas de la potestad administrativa.

La necesaria producción de efectos jurídicos directos excluye a los actos de mero trámite del dominio de las declaraciones de voluntad. Igualmente, se excluyen los contratos administrativos, ya que la potestad administrativa, como cualquier otra potestad, se caracteriza por su capacidad de producir efectos jurídicos unilateralmente (Gamero Casado, 2021, p. 64). La pertenencia de los reglamentos dentro de este dominio dependerá de la acepción de «potestad administrativa» que sea adoptada. Si se prefiere la acepción que distingue las potestades públicas según la determinabilidad de los sujetos alcanzados, el reglamento quedaría excluido por alcanzar un conjunto indeterminado de sujetos (Fraga, 2000, p. 61; Huapaya Tapia, 2010, p. 120). Por otro lado, si se prefiere la acepción que distingue las potestades públicas según su grado de subordinación, el reglamento quedaría incluido porque, según esta alternativa, la «potestad administrativa incorpora en su espectro la potestad reglamentaria» (Gamero Casado, 2021, p. 81).

Además del reglamento, existen otros supuestos controvertidos: los informes vinculantes y las medidas provisionales. Para Dromi (2008), los informes vinculantes no son declaraciones de voluntad porque no producen efectos jurídicos por sí mismos (p. 46); en cambio, Huapaya Tapia (2010) reconoce en ellos un efecto propiamente regulador porque hacen «presumir la promesa de emisión de un acto administrativo en determinado sentido» (p. 122).

Igualmente, se debate sobre las medidas provisionales. Quienes abogan por incluirlas en el catálogo de declaraciones de voluntad entienden que la única condición para pertenecer a esta categoría es que la declaración tenga efecto regulador (Morón, 2001, pp. 248-249). Alternativamente, quienes abogan por excluirlas del catálogo de actos administrativos

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

condicionan esta categoría no solo a que la declaración tenga un efecto regulador, sino a que tal efecto sea definitivo (Dromi, 2008, p. 50; Sánchez & Valverde, 2019, pp. 89-90). La segunda postura se justifica en el hecho de que las medidas provisionales no son manifestaciones genuinas de la potestad administrativa, ya que no suponen la realización de la voluntad del legislador que estableció la potestad administrativa para un caso concreto. Por ejemplo, el legislador que ha establecido la potestad disciplinaria no pretende que el servidor que ha cometido cohecho sea suspendido temporalmente de sus funciones, que es lo que ocurre con la medida provisional de suspensión; sino que se le sancione con la remoción permanente de su condición de servidor público, que es lo que ocurre con la resolución sancionatoria con la que concluye el procedimiento disciplinario y que, por tal motivo, sería la única que manifiesta la voluntad del legislador.

Como puede inferirse a partir de estas controversias, la fórmula lingüística «declaración de voluntad que produce efectos jurídicos» no es idónea para demarcar con precisión los límites conceptuales del acto administrativo. A pesar de ello, los defensores de una concepción restringida suelen emplearla para definir el acto administrativo; en oposición a quienes, en defensa de una demarcación extensiva, adoptan la fórmula «declaración de voluntad, juicio, deseo o conocimiento», la cual será explorada en el siguiente apartado.

El problema de asociar la concepción restringida de acto administrativo a una fórmula lingüística tan imprecisa como «declaración de voluntad» es que la estrechez conceptual del acto administrativo no depende de la postura que se adopte en una controversia, sino en varias. Por ejemplo, aunque la mayoría de los defensores de la alternativa restringida aceptan constreñir el acto administrativo a las declaraciones con efecto regulador que afecten a una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables, Celis Vela (2024) se desvía de la opinión mayoritaria admitiendo actuaciones cuyos efectos reguladores provoquen «la modificación de situaciones jurídicas generales» (p. 19).

Esta fórmula también es criticable por no establecer una categoría de declaraciones intelectuales que sea mutuamente excluyente con las declaraciones que pretende expulsar del dominio conceptual del acto administrativo; vale decir, que excluya las declaraciones de juicio, conocimiento o deseo.

Si se entiende la voluntad como «el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo» (Santofimio, 1994, p. 60), difícilmente podría excluirse de tal ámbito a las propuestas, pues «son proyectos de resolución que un Órgano inferior o un Órgano consultivo elevan al Órgano con competencia decisoria» (Garrido Falla, 1994, p. 441); es decir, son actos de trámite

que, sin producir efectos jurídicos directamente, contienen el querer o la intención de un órgano de la Administración. A pesar de ello, las propuestas son clasificadas como declaraciones de deseo y no de voluntad (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2016, p. 507; García de Enterría & Fernández, 1988, p. 505; Huapaya Tapia, 2010, p. 119).

Además, el término «declaración de voluntad» es tan flexible que admite una acepción enteramente circunscrita dentro del ámbito de los actos con efecto regulador, como afirma Huapaya Tapia (2010) cuando distingue las declaraciones de voluntad porque «producen efectos jurídicos directos en la esfera de los derechos e intereses de los particulares, mientras que por regla general, el resto de las declaraciones [juicio, conocimiento o deseo] no son susceptibles de incidir en la esfera de sus destinatarios» (p. 119). Al mismo tiempo, este autor admite una acepción del término «declaración de voluntad» que comprende declaraciones sin contenido regulador, como puede evidenciarse cuando el propio Huapaya Tapia incluye, dentro del acto administrativo en sentido amplio, «a aquellas declaraciones de voluntad que carecen de carácter regulador» (p. 126).

Aunque, como se ha visto, el término «declaración de voluntad» no tiene una cobertura conceptual aceptada universalmente, la mayoría de sus usuarios la asocian a declaraciones intelectuales que provocan efectos jurídicos directos. En consecuencia, cuando se observó la expresión «declaración de voluntad» o «manifestación de voluntad» en alguna de las fuentes consultadas, se interpretó que tal expresión hacía referencia a las declaraciones intelectuales con efecto regulador.

11.2.2.2. Declaraciones de voluntad, juicio, conocimiento o deseo³

Como se comentó en el apartado anterior, una parte importante de la doctrina extiende la cobertura del acto administrativo más allá de las declaraciones de voluntad, incluyendo a las declaraciones de juicio, conocimiento o deseo.

Tal como se ha visto, «los deseos, los conocimientos y los juicios no crean derechos y obligaciones» (Boquera Oliver, 1982, p. 26); en otras palabras, se distinguen de las declaraciones de voluntad por no producir efectos jurídicos directos. Sin embargo, es necesario explorar el contenido específico que corresponde a la «declaración de juicio», a la «declaración de conocimiento» y a la «declaración de deseo» para

3 Esta fórmula lingüística fue empleada por el jurista italiano Zanolini (2020) en una obra originalmente publicada en 1939, en la que definió acto administrativo como «cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio realizada por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa» (p. 199). Esta forma de definir el acto administrativo tuvo gran influencia en la doctrina española, entre cuyos adeptos conviene destacar a los autores García de Enterría y Fernández (1988, p. 504) y García-Trevijano Fos (1986, p. 95).

comprender la verdadera amplitud de esta propuesta de demarcación conceptual.

1. *Declaración de juicio*: las declaraciones de juicio son aquellas en las que «la Administración manifiesta una opinión en relación a un hecho, acto o cualidad de una persona o una cosa» (Huapaya Tapia, 2010, p. 119). Por ejemplo, el informe que evalúa la aptitud de una persona para ejercer un cargo público es una declaración de juicio porque manifiesta la opinión de un órgano de la Administración sobre la idoneidad de un postulante en función de los criterios de selección establecidos por actos de alcance general.

Podría argumentarse que la mayoría de las llamadas «declaraciones de voluntad» también son «declaraciones de juicio», ya que las resoluciones que provocan efectos jurídicos directos se emiten porque la Administración juzga que un hecho, un acto o una persona cumple con los supuestos que condicionan el ejercicio de una potestad administrativa. Así, el acto que sanciona a un funcionario por cohecho se emite justamente porque la Administración juzga que el funcionario ha cometido cohecho. Al respecto, García de Enterría y Fernández (1988) advierten que «no se incluyen en este tipo de actos [declaraciones de juicio] aquellos que comportan esencialmente una estimación intelectual, pero en los que la misma es la base interna para una declaración de voluntad» (p. 505); vale decir, las declaraciones de juicio se restringen a aquellas que contengan una valoración sin producir efectos jurídicos directos.

Los autores consultados concuerdan en clasificar bajo esta categoría los dictámenes, los informes, las opiniones consultivas y las rendiciones de cuentas. Por otro lado, Gamero Casado y Fernández Ramos (2016) consideran que las resoluciones que resuelven recursos son declaraciones de juicio (p. 507), mientras que García de Enterría y Fernández (1988) consideran que ese tipo de resoluciones son declaraciones de voluntad (p. 505). Algo parecido ocurre con la propuesta, que normalmente es considerada una «declaración de deseo», pero que González (1966) considera una «declaración de juicio» (p. 16).

2. *Declaraciones de conocimiento*: por su parte, las declaraciones de conocimiento son aquellas «por medio de las que la Administración exterioriza datos o realidades que ha constatado previamente, verificando la existencia de un hecho, un acto, o una cualidad de una persona o cosa» (Morell Ocaña, 1998, pp. 198-199).

Se entiende que las declaraciones de juicio se distinguen de las declaraciones de conocimiento por contener una valoración, es decir, por inferir la existencia o inexistencia de un hecho a partir de la evidencia disponible; mientras que las declaraciones de conocimiento se limitan a reproducir datos tal como fueron aprehendidos por los sentidos de la autoridad emisora, sin que se infiera nada a partir de ellos.

Las certificaciones, las actas, los diligenciamientos, las anotaciones, las registraciones y los actos de información y comunicación suelen figurar en los listados de declaraciones de conocimiento.

Conviene señalar que Huapaya Tapia (2010), que normalmente constriñe el dominio de los actos administrativos en estricto sentido a las declaraciones de voluntad, admite en esa categoría a las declaraciones de conocimiento «cuando sirven de prueba para la existencia de un hecho, de un derecho o de una condición de un procedimiento administrativo futuro, esto es, cuando tienen efectos constitutivos» (p. 122). Esta excepción sirve a Abruña Puyol (2016) para criticar la demarcación restringida de Huapaya Tapia (2010), pues hace necesarias excepciones que «no serían necesarias si la teoría expresara correctamente la realidad» (p. 267).

- 3 *Declaraciones de deseo*: finalmente, las declaraciones de deseo son aquellas que manifiestan «una intención, sugerencia o propuesta, esto es una intención exteriorizada en determinado sentido» (Huapaya Tapia, 2010, p. 119). Se entiende que estas declaraciones se distinguen de las de juicio por ir un paso más allá de la valoración y proponer el efecto jurídico que consideran apropiado, dados los hechos inferidos. El ejemplo más común de una declaración de deseo es la propuesta (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2016, p. 507; García de Enterría & Fernández, 1988, pp. 505-506; Huapaya Tapia, 2010, p. 119); aunque, como ya se ha visto, hay quien la clasifica como una declaración de juicio (González, 1966, p. 16).

II.2.2.3. Cobertura conceptual de las «declaraciones de voluntad, juicio, deseo o conocimiento»

Como puede verse, no existen límites precisos que permitan distinguir las cuatro categorías de declaraciones que componen esta fórmula lingüística: voluntad, juicio, deseo y conocimiento. Igualmente, es común que los defensores de la concepción amplia del acto administrativo, que son quienes emplean esta fórmula lingüística, extiendan este concepto a supuestos que no encajan de forma cómoda dentro del significado

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

comúnmente aceptado de alguno de los cuatro tipos de declaraciones. Por ejemplo, ninguna de estas cuatro categorías de declaraciones anuncia si la cobertura conceptual del acto administrativo debería extenderse a actuaciones proyectadas al interior de la Administración o si los actos de alcance general caben bajo tal dominio. En otras palabras, el significado gramatical de esta fórmula no asigna un valor en la mayoría de las variables que determinan la verdadera amplitud conceptual del acto administrativo.

El significado que los autores atribuyen a esta fórmula puede evidenciarse en la siguiente definición de acto administrativo propuesta por Ballbé (1950): «cualquier acción, toda conducta, comportamiento o manifestación anónima de la Administración (es decir, manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio) regida por el Derecho Administrativo» (citado en Garrido Falla, 1994, p. 408). Como puede verse, este autor atribuye a la fórmula «declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo» dominio conceptual sobre cualquier declaración intelectual de la Administración.

En la práctica, esta fórmula ha sido empleada para señalar preferencia por una demarcación más extensiva de acto administrativo. Sin embargo, como se ha visto, existe más de una manera de ser extensivo o restrictivo en lo que respecta al contenido del acto administrativo. Por ejemplo, aunque García de Enterría y Fernández (1988) y Abruña Puyol (2016) prefieran una demarcación que extiende el concepto de acto administrativo a actuaciones que produzcan efectos jurídicos indirectamente, discrepan sobre la conveniencia de incluir a los reglamentos bajo tal dominio. Así, Abruña Puyol (2016, p. 260) prefiere incluirlos, mientras que García de Enterría y Fernández prefieren excluirlos (1988, p. 503).

La única diferencia consistente entre los usuarios de esta fórmula y aquellos que constriñen el concepto de acto administrativo a «declaraciones de voluntad» es la inclusión de actuaciones administrativas con efectos indirectos. Es por este motivo que, cuando se encontró alguna instancia de esta fórmula en las fuentes consultadas, se interpretó que el usuario pretendía incluir las actuaciones con efectos indirectos bajo el dominio conceptual del acto administrativo.

II.2.3. Controversias doctrinales sobre el contenido considerado aceptable para un acto administrativo

Como se ha visto en los apartados anteriores, la adopción de una fórmula lingüística apenas sirve para señalar predilección por una acepción bien extensiva o bien restrictiva de «acto administrativo», sin que ello permita demarcar con precisión el dominio conceptual de esta categoría jurídica. Por ese motivo, el mejor método de conceptualización es aquel que se adhiere explícitamente a alguna de las posturas doctrinales

controvertidas sobre el contenido aceptable para un acto administrativo. Estas posturas alternativas serán descritas en el siguiente apartado.

289

II.2.3.1. Efectos jurídicos directos e indirectos

La dicotomía analizada en esta sección opone a quienes consideran que el dominio conceptual del acto administrativo debe limitarse a las declaraciones que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas directamente, es decir, que no requieran la asistencia de un acto posterior para alterar una situación jurídica —actos regulatorios— (Bocanegra Sierra, 2012, pp. 30-31; Celis Vela, 2024, p. 9; Huapaya Tapia, 2010, p. 121); y quienes consideran aceptable incluir actuaciones no regulatorias (Abruña Puyol, 2016, p. 266; Cassagne, 2002, p. 514; Cueto, 1996, pp. 368-369; García de Enterría & Fernández, 1988, p. 520; González, 1966, p. 14; Navarro, 2020, p. 484; Parejo Alfonso, 2024, p. 737; Pérez, 1994, p. 361).

La principal implicación de optar por la alternativa extensiva es ampliar la cobertura del acto administrativo a los actos de mero trámite. En esta categoría se ubican actuaciones como los informes, dictámenes, propuestas e incoaciones, entre otros. Todas estas actuaciones, más allá de alterar una situación jurídica en el sentido tradicional, crean en los afectados la expectativa de una resolución favorable o la perspectiva de una resolución desfavorable (Brodermann Ferrer, 2006, p. 11); en otras palabras, constituyen actos en virtud de los cuales «se crea, modifica o extingue una situación jurídico-procesal» (Auto TSJ 4/2024, 2024, considerando II.1.2.2.1).

Por otro lado, si se opta por la alternativa restringida sin ninguna alteración, además de cubrir las resoluciones que deciden cuestiones de fondo y producen efectos regulatorios, se deberían incluir las medidas precautorias, pues estas también producen efectos jurídicos directos. Sin embargo, no se encontró ningún autor que acepte las medidas cautelares en la acepción restringida de acto administrativo (Aguado i Cudolà, 2009, p. 73; Morón, 2001, pp. 248-249; Ramos, 1996, p. 294; Sánchez & Valverde, 2019, pp. 89-90). Esto se debe a que los efectos producidos por una medida cautelar no son definitivos, sino provisionales, lo que sugiere que la verdadera dicotomía opone a quienes prefieren restringir el acto administrativo a declaraciones que produzcan efectos jurídicos directos y definitivos, y quienes abren el concepto a actuaciones con efectos indirectos o provisionales. Estas son las alternativas que fueron consideradas al construir el instrumento de recogida de datos con el que termina esta sección.

II.2.3.2. Número de voluntades

Esta controversia opone a quienes admiten en el dominio conceptual del acto administrativo a los actos cuya eficacia depende del consentimiento

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

de múltiples sujetos de derecho —actos multilaterales— (Chacolla Huanca, 2020, p. 161) con los que constriñen tal dominio a los actos cuya eficacia depende únicamente de la voluntad de la Administración pública —actos unilaterales—.

La principal implicación de optar por la variante restrictiva es la exclusión del contrato administrativo del concepto de acto administrativo (Celis Vela, 2024, pp. 8-9; Dromi, 2008, pp. 38-40; Gamero Casado & Fernández Ramos, 2016, p. 510; García de Enterría & Fernández, 1988, p. 503; Huapaya Tapia, 2010, p. 116; Martínez Bravo, 2018, p. 214; Pita Romero, 2023, p. 18). Existe, no obstante, una facción que admite la condición de acto administrativo del contrato administrativo a pesar de restringir la categoría a los actos unilaterales. Estos autores consideran que, aunque la relación jurídica que surge de un contrato es bilateral, el contrato administrativo es unilateral en lo que respecta a su régimen de producción (Abruña Puyol, 2016, p. 265; Parejo Alfonso, 2024, p. 742). Esto puede observarse en el proceso de licitación que conduce a la adjudicación de un contrato administrativo que, desde su convocatoria hasta su resolución, está compuesto por declaraciones unilaterales.

En síntesis, se han encontrado tres posturas alternativas que pugnan por resolver esta controversia: una postura extensiva que absorbe los actos multilaterales dentro del concepto de acto administrativo; una postura restringida que proscribe todos los actos multilaterales, incluyendo el contrato administrativo; y una postura restringida que incluye al contrato administrativo, a pesar de proscribir al resto de los actos multilaterales.

11.2.3.3. Proyección del contenido

Los doctrinarios también discrepan sobre la pertenencia de los actos que proyectan sus efectos al interior de la Administración dentro del dominio conceptual del acto administrativo. Se trata de actuaciones destinadas a los funcionarios que trabajan en el órgano emisor —circulares o instructivos— o dirigidas a otros organismos administrativos carentes de personalidad jurídica —actos interorgánicos—.

Algunos de los defensores de la posición restringida, aquella que limita el concepto de acto administrativo a las declaraciones que produzcan efectos externos, reservan un sitio dentro de los límites conceptuales del acto administrativo para aquellos actos internos que afecten al círculo de derechos y obligaciones personales del funcionario o autoridad (Bocanegra Sierra, 2012, p. 40), como ocurriría, por ejemplo, cuando «por aplicación de un reglamento interno, un funcionario o empleado de la Administración considerase vulnerados sus derechos, o, en general, cuando tal aplicación incidiera en el 'status' del administrado» (Marienhoff, 1982, p. 95). En otras palabras, admiten los actos internos que produzcan efectos jurídicos directos y definitivos.

En síntesis, se han encontrado tres posturas alternativas en esta controversia: aquella que restringe el acto administrativo a los actos que proyecten sus efectos al exterior de la Administración; aquella que lo extiende a actos proyectados al interior de la Administración; y, finalmente, aquella que, restringiendo el concepto a actos proyectados al exterior de la Administración, reserva un sitio dentro de esta categoría para los actos proyectados al interior de la Administración que produzcan efectos directos sobre un particular.

II.2.3.4. Determinabilidad de los destinatarios⁴

Otra controversia en la definición de acto administrativo estriba en si su ámbito se restringe a las declaraciones que afectan a una persona o a un conjunto de personas determinadas o determinables —actos de alcance particular—, o si tal ámbito se extiende a las actuaciones que afectan a conjuntos indeterminables de sujetos —actos de alcance general—.

La consecuencia más importante de restringir el concepto a los actos de alcance particular es excluir de tal cobertura al reglamento (Dromi, 2008, p. 14; Huapaya Tapia, 2010, p. 116). A primera vista, esta parece ser la postura adoptada por la influyente fórmula lingüística propuesta por el jurista italiano Zanobini (2020 [1958]), quien define acto administrativo como «la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria» (citado en García de Enterría & Fernández, 1988, p. 504). Sin embargo, a pesar de que esta fórmula excluye expresamente a los reglamentos, sus defensores no pueden excluir todos los actos de alcance general del dominio del acto administrativo, pues están obligados a incluir las convocatorias, que son actuaciones destinadas al conjunto indeterminable de sujetos que podrían estar interesados en participar en un procedimiento selectivo. Es así porque la convocatoria, como otros actos de mero trámite, está cubierta por la fórmula «declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo», y no es alcanzada por la exclusión que se hace a todas las manifestaciones de la potestad reglamentaria, pues no es un reglamento.

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

4 Aunque ya se abordó la determinabilidad de los sujetos alcanzados en el punto II.1.2.1., «Según la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto», en aquel apartado este fue considerado como un factor que determina la naturaleza administrativa de un acto público. En este apartado, en cambio, será considerado como un factor para determinar si un acto, cuya naturaleza administrativa ya se acepta, pertenece a la categoría de los actos administrativos. Un ejemplo que ayuda a ilustrar esta diferencia es el reglamento. Es posible que un autor distinga los actos públicos entre sí por su grado de subordinación, en cuyo caso acepta la naturaleza administrativa de los reglamentos a pesar de la indeterminabilidad de los sujetos alcanzados. No obstante, este mismo autor podría condicionar la pertenencia de una actuación a la categoría de los actos administrativos a que tenga como destinatarios a un conjunto determinado o determinable de sujetos, en cuyo caso el reglamento no pertenecería a la categoría de los actos administrativos a pesar de su naturaleza administrativa.

Se encontraron dos argumentos para justificar la demarcación conceptual propuesta por Zanobini: hay quienes arguyen que los actos de trámite de alcance general, como las convocatorias, se distinguen de los reglamentos por no tener una «vocación de permanencia» (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2016, p. 510), pues estos agotan «sus efectos en el supuesto concreto, sin insertarse de modo permanente en el ordenamiento jurídico, como es lo propio de las normas» (Parejo Alfonso, 2024, p. 744). Igualmente, se sostiene que, a diferencia del acto de trámite de alcance general, «el reglamento crea o innova el derecho objetivo» (García de Enterría & Fernández, 1988, p. 508). Esta parece ser la posición de la jurisprudencia contencioso-administrativa española, pues, según Parejo Alfonso (2024), esta «se atiene para la acotación de actos, al criterio ordinamental: los actos no innovan, sino que solo aplican el ordenamiento» (p. 736).

A la luz de estos argumentos puede deducirse que los defensores de la fórmula de Zanobini asignan el valor extensivo a esta variable, ya que admiten a la convocatoria en su catálogo de actos administrativos a pesar de su condición de acto de alcance general. Por otro lado, no excluyen al reglamento por estar destinado a un conjunto indeterminado de sujetos, sino por su capacidad de innovar el derecho objetivo y, en consecuencia, tener vocación de permanencia.

Finalmente, existe un grupo de autores que extiende el dominio del acto administrativo a todos los actos de alcance particular o general, independientemente de que innoven o no el ordenamiento jurídico. Se trata del único grupo que admite al reglamento bajo la cobertura del acto administrativo (Abruña Puyol, 2016, p. 260; Celis Vela, 2024, p. 17).

En síntesis, las tres posturas en pugna son: una alternativa que restringe el acto administrativo a las declaraciones de alcance particular; una alternativa extensiva que proscribe a las declaraciones de alcance general que innoven el derecho objetivo; y una alternativa extensiva que abarca cualquier tipo de declaración de alcance general, incluido el reglamento.

II.3. Instrumento de recogida de datos

El instrumento que se presenta a continuación sintetiza los hallazgos de la revisión de literatura desarrollada en los apartados anteriores. Cada fila representa una de las controversias doctrinales exploradas y está organizada de la siguiente manera: la celda izquierda describe la controversia y cada una de las celdas siguientes representa una de las posturas doctrinales que pugnan por resolverla.

Tabla 1. Instrumento de recogida de datos

Controversias		Posturas alternativas				
Factor que determina la naturaleza administrativa del acto		1. Criterio subjetivo	2. Criterio objetivo		3. Criterio mixto	
			2.1. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto	2.2. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por el grado de subordinación del acto	3.1. El componente objetivo se determina por la naturaleza administrativa de la potestad pública de la que emana el acto	
					3.1.1. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto	3.1.2. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por el grado de subordinación del acto
					3.2. El componente objetivo se determina por el sometimiento del acto a las normas del derecho administrativo	
Contenido del acto	Directo o indirecto	1. Se admiten declaraciones con efectos directos (provisionales o definitivos) o indirectos	2. Solo se admiten declaraciones con efectos directos y definitivos			
	Número de voluntades	1. Se admiten declaraciones unilaterales o multilaterales	2. Solo se admiten declaraciones unilaterales			
			2.1. Sin excepciones		2.2. Excepto el contrato administrativo	
	Proyección	1. Se admiten actos con efectos internos y externos	2. Solo se admiten actos con efectos externos, es decir, destinados a sujetos ajenos a la Administración pública			
			2.1. Excepto aquellos actos internos que afecten los derechos o intereses de los particulares		2.2. Todos los actos internos se consideran actos administrativos	
	Determinabilidad de los destinatarios	1. Solo se admiten actos de alcance particular, es decir, aquellos dirigidos a una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables	2. Se admiten actos de alcance particular y actos de alcance general, es decir, aquellos dirigidos a un conjunto de personas indeterminadas			
			2.1. Sin excepciones		2.2. Excepto aquellas que innoven el derecho objetivo (reglamentos)	

Fuente: elaboración propia.

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Este instrumento fue aplicado sobre las fuentes normativas y jurisprudenciales bolivianas que abordan el concepto de acto administrativo. Los resultados de este esfuerzo se presentan en las secciones que siguen.

III. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO EN LAS FUENTES NORMATIVAS BOLIVIANAS

Como puede apreciarse en el cuadro a continuación, existen dos normas bolivianas que conceptualizan el acto administrativo: una legislativa y otra reglamentaria.

Tabla 2. Normas bolivianas que conceptualizan el acto administrativo

Fuente	Jerarquía	Contenido
Ley de Procedimiento Administrativo de 2002 (en adelante, LPA)	Ley	Se considera acto administrativo toda declaración, disposición o decisión de la Administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo (art. 27)
Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo de 2003 (en adelante, RLPA)	Reglamento	El objeto del acto administrativo es la decisión, certificación o juicio de valor sobre la materia sujeta a conocimiento del órgano administrativo (art. 28)

Fuente: elaboración propia.

En las siguientes secciones de este apartado se inferirá qué posturas adopta cada una de estas normas en las cinco controversias conceptuales que han sido descritas en el instrumento de recogida de datos, se analiza si las posturas adoptadas son compatibles y se identifican aquellas controversias para las cuales no se adoptó ninguna postura a nivel normativo.

III.1. Naturaleza administrativa de un acto público

La LPA (2002) establece que un acto administrativo es una declaración «de la Administración pública [...] emitida en ejercicio de la potestad administrativa» (art. 27), de lo que se infiere que el legislador determina la naturaleza administrativa del acto empleando el criterio mixto; es decir, exigiendo el cumplimiento de un requerimiento subjetivo y de uno objetivo.

En lo que respecta al componente subjetivo, conviene destacar que la LPA circunscribe la «Administración pública» al «Poder Ejecutivo [...], los] Gobiernos Autónomos Municipales y [las] Universidades Públicas» (art. 2), lo cual implica que, a diferencia de lo que ocurre en Perú (Abruña Puyol, 2016, pp. 252-253), la legislación boliviana no extiende la condición subjetiva de «Administración pública» a los órganos legislativo o judicial, independientemente del tipo de acto que sea emitido.

Por otro lado, puede deducirse que el legislador determina el componente objetivo por el grado de subordinación del acto y no por la determinabilidad de los sujetos que este alcanza. Es así porque la LPA (2002) admite a los actos «de alcance general o particular» (art. 27) dentro del dominio de los actos administrativos y, como se ha visto, quienes determinan la naturaleza de un acto público por la determinabilidad de los sujetos alcanzados restringen el dominio del acto administrativo a los actos de alcance particular.

III.2. Contenidos admisibles para un acto administrativo

En este apartado se establece qué postura han adoptado las normas bolivianas para definir el contenido admisible de sus actos administrativos.

III.2.1. Efecto directo o indirecto

Como se ha visto anteriormente, la fórmula lingüística «declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo» se emplea para abrir el concepto de acto administrativo a actos con efectos tanto directos como indirectos.

Aunque el RLPA (2003) no adopta esta fórmula literalmente, la terminología que usa —«decisión, certificación o juicio de valor» (art. 28.I)— debe interpretarse como equivalente por los siguientes motivos: primero, porque los vocablos «decisión» y «voluntad» suelen emplearse indistintamente⁵; segundo, porque —como ya se analizó— la «certificación» es el ejemplo más ilustrativo de las declaraciones de conocimiento y debería entenderse que el emisor de este reglamento pretendía representar con ella a todas las declaraciones de conocimiento y no solo a las certificaciones, pues lo contrario supondría una configuración conceptual sin tradición doctrinal o beneficios aparentes; y, finalmente, porque el término «juicio de valor» debe interpretarse como comprensivo de las declaraciones de juicio y de deseo, ya que, como se expuso anteriormente, todas las declaraciones de deseo entrañan un juicio. Como consecuencia de esta equivalencia, se

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

5 El uso intercambiable de estos vocablos puede apreciarse en Celis Vela (2024, p. 7) y Huapaya Tapia (2010, p. 119).

entiende que el artículo 28 del RLPA (2003) extiende el concepto de acto administrativo a actuaciones con efectos directos e indirectos.

Por otro lado, la LPA (2002) caracteriza al acto administrativo como «obligatorio, exigible [...] ejecutable» (art. 27). Difícilmente podrían emplearse los adjetivos «obligatorio», «exigible» o «ejecutable» para describir un acto de mero trámite, que es un tipo de acto con efectos indirectos. Por ejemplo, un informe no vinculante no es «obligatorio», pues el decisor puede resolver algo contrario a él sin que ello implique la invalidez del acto. Incluso si el informe fuese vinculante, este no contendría en sí mismo un efecto que sea «exigible» o «ejecutable», ya que tales apelativos solo son aplicables a actos con efectos jurídicos directos.

Al incluir estos adjetivos en la parte final del artículo 27, la LPA (2002) excluye a las actuaciones con efectos indirectos del dominio de los actos administrativos; es decir, establece una cobertura conceptual incompatible con la demarcación propuesta en su decreto reglamentario (RLPA, 2003, art. 28.I). Esta contradicción puede resolverse empleando el criterio de jerarquía, ya que la norma que adopta la posición restrictiva tiene un rango mayor que aquella que adopta una posición extensiva.

III.2.2. Número de voluntades

Aunque ninguna de las fórmulas normativas bolivianas adopta expresamente una postura sobre el número máximo de voluntades que pueden participar en un acto para que sea considerado un acto administrativo, debe interpretarse que la LPA (2002), al restringir el concepto a las declaraciones emitidas «en ejercicio de una potestad administrativa» (art. 27), proscribe de este dominio a cualquier actuación que no sea unilateral. Es así porque, como ya se ha señalado, una potestad siempre es un «poder [...] unilateral» (Gamero Casado, 2021, p. 64).

III.2.3. Determinabilidad de los destinatarios

Al ampliar el concepto de acto administrativo a las declaraciones «de alcance general o particular» (LPA, 2002, art. 27), el legislador boliviano ha optado por la alternativa extensiva para resolver esta disyuntiva. Esta posición es refrendada por el RLPA (2003) cuando señala que «los actos administrativos de alcance general producirán sus efectos a partir del día hábil siguiente al de su publicación» (art. 33).

III.3. Demarcación conceptual de acto administrativo inferible a partir de las normas bolivianas

En el cuadro que se presenta a continuación se han remarcado las posturas cuya adopción puede inferirse a partir de las fórmulas normativas bolivianas. Todas las alternativas que pugnan por resolver la

controversia «proyección» se han dejado en blanco, ya que ninguna de las fórmulas normativas adopta una postura en un sentido u otro.

297

Tabla 3. Posturas sobre la demarcación conceptual de acto administrativo deducibles a partir de las fórmulas normativas bolivianas

Controversias		Posturas alternativas			
Factor que determina la naturaleza administrativa del acto	1. Criterio subjetivo	2. Criterio objetivo		3. Criterio mixto	
		2.1. La naturaleza administrativa se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto	2.2. La naturaleza administrativa se determina por el grado de subordinación del acto	3.1. El componente objetivo se determina por la naturaleza administrativa de la potestad pública de la que emana el acto	
				3.1.1. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto	3.1.2. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por el grado de subordinación del acto
				3.2. El componente objetivo se determina por el sometimiento del acto a las normas del derecho administrativo	
Contenido del acto	Directo o indirecto	1. Se admiten declaraciones con efectos directos (provisoriales o definitivos) o indirectos	2. Solo se admiten declaraciones con efectos directos y definitivos		
	Número de voluntades	1. Se admiten declaraciones unilaterales o multilaterales	2. Solo se admiten declaraciones unilaterales		
				2.1. Sin excepciones	2.2. Excepto el contrato administrativo
	Proyección	1. Se admiten actos con efectos internos y externos	2. Solo se admiten actos con efectos externos, es decir, destinados a sujetos ajenos a la Administración pública		
2.1. Excepto aquellos actos internos que afecten los derechos o intereses de los particulares			2.2. Todos los actos internos se consideran actos administrativos		

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Determinabilidad de los destinatarios	1. Solo se admiten actos de alcance particular, es decir, aquellos dirigidos a una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables	2. Se admiten actos de alcance particular y actos de alcance general, es decir, aquellos dirigidos a un conjunto de personas indeterminadas	
		2.1. Sin excepciones	2.2. Excepto aquellas que innoven el derecho objetivo (reglamentos)

Fuente: elaboración propia.

Interpretadas las normas bolivianas que definen al acto administrativo, puede concluirse que estas lo restringen a las declaraciones unilaterales de la Administración pública subordinadas a la Constitución y a las leyes, sometidas a control jurisdiccional constitucional y judicial, y que, con independencia de la determinabilidad de los sujetos alcanzados, producen efectos jurídicos directos.

IV. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA BOLIVIANA

En este apartado se describirá el método empleado para seleccionar las resoluciones jurisdiccionales que fueron observadas, se revelarán las posturas que estas resoluciones adoptan sobre la demarcación conceptual del acto administrativo, se analizará si tales posturas son compatibles con las fuentes normativas y se estudiará si estas se han adoptado uniformemente.

IV.1. Selección de las resoluciones observadas

Se procuró seleccionar una muestra representativa de resoluciones que revelen cómo se conceptualiza el acto administrativo en los tribunales bolivianos de mayor jerarquía —TCP, TSJ y TA—. Para ello, el día 22 de julio de 2025 se instruyó al agregador de fuentes normativas vLex arrojar todas las sentencias emitidas por los altos tribunales bolivianos que citen el artículo 27 de la LPA (2002), que es la norma que contiene la definición legal de acto administrativo⁶. En la tabla 4 se presentan los

6 Conviene mencionar que las resoluciones arrojadas por vLex fueron emitidas entre los años 2012 y 2024. En consecuencia, este trabajo no observa las resoluciones emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Constitución Política del Estado (2009), salvo por la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2003 (2003), que fue incluida manualmente debido a su gran influencia sobre las resoluciones emitidas dentro del rango temporal anteriormente mencionado.

criterios de inclusión y exclusión que se aplicaron sobre los resultados proporcionados por el buscador para seleccionar la muestra de resoluciones que fueron consultadas:

Tabla N. 4. Procedimiento de selección de la muestra de resoluciones consultada⁷

Resultados arrojados por el buscador		238
Criterios de inclusión	Toma una postura en alguna de las controversias	81
Criterios de exclusión	Se limita a mencionar o citar textualmente el artículo 27 de la LPA (2002) sin asignar un valor a alguna de las variables de modo independiente	157
	Ya fue consultada anteriormente, es decir, es una resolución con doble registro en la base de datos	6
	Resultado falso, pues no hace mención del artículo 27 de la LPA (2002)	4

Fuente: elaboración propia.

En total, se consultaron ochenta y un resoluciones para elaborar el presente trabajo. En cada una de ellas se buscaron fragmentos de texto que adopten una postura en alguna de las controversias analizadas. Luego, los fragmentos de texto fueron registrados en una base de datos que organiza sus elementos según la controversia conceptual explorada y la postura adoptada.

IV.2. Naturaleza administrativa de un acto público

La mayoría de las resoluciones consultadas está alineada con lo dispuesto por las fuentes normativas. Ello puede evidenciarse en los numerosos fallos que restringen el acto administrativo a manifestaciones que emerjan «de un órgano administrativo en ejercicio de potestades jurídico-administrativas» (Sentencia TCP 673/2016-S3, 2016, considerando III.1; Auto TSJ 362/2012, 2012, considerando III; Auto TSJ 279/2013, 2013, considerando III; Auto TSJ 378/2013, 2013, considerando III; Auto TSJ 376/2015, 2015, considerando III; Auto TSJ 884/2015, 2015, considerando III; Auto TSJ 206/2016, 2016, considerando III.1; Auto TSJ 731/2016, 2016, considerando IV; Auto TSJ 746/2016, 2016, considerando III.3; Auto TSJ 175/2017, 2017, considerando III.2; Auto TSJ 390/2017, 2017, considerando III; Auto TSJ 454/2017, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 506/2017, 2017, considerando III.2; Auto TSJ 860/2017, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 1222/2018, 2018, considerando III.2; Auto TSJ 1229/2018, 2018, considerando III.2;

7 En el Observatorio de Justicia Administrativa y Tributaria (2025) se ha registrado el procedimiento de selección de las resoluciones que fueron consultadas.

Auto TSJ 1287/2018, 2018, considerando III.1; Auto TSJ 335/2024, 2024, considerando III.2). Igualmente, aunque expresando su adhesión con otros términos, varias resoluciones se inclinan por esta versión del criterio mixto (Sentencia TCP 249/2012, 2012, considerando III.3.1; Sentencia TCP 1736/2012, 2012, considerando III.2; Sentencia TCP 2577/2012, 2012, considerando III.2; Auto TSJ 95L/2013, 2013, considerando II; Sentencia TSJ 577/2015, 2015, considerando III; Sentencia TSJ 139/2018, 2018, considerando VI; Sentencia TSJ 16/2023, 2023, considerando III.1).

En consecuencia, puede concluirse que la jurisprudencia boliviana aplica correctamente las fórmulas normativas en lo que respecta al factor que determina la naturaleza administrativa de un acto público. No obstante, también se han observado algunos fallos que se desvían de la postura dominante.

La revisión de jurisprudencia arrojó una resolución que afirma que «cualquier manifestación de la administración pública se considera acto administrativo» (Sentencia TCP 665/2020-S4, 2017, considerando III.1), sin restringir tal naturaleza al cumplimiento de alguna otra condición. Esta sentencia supone la única instancia de adhesión al criterio subjetivo en la muestra observada, lo cual es afortunado, ya que esta posición es incompatible con lo establecido por las fuentes normativas.

Por otro lado, se encontraron dos resoluciones bolivianas que coinciden en que «el acto [administrativo] puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa» (Sentencia TCP 1079/2017-S3, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 295/2013, 2013, notas finales 4), implicando así que la naturaleza administrativa de un acto público se determina empleando un criterio puramente objetivo. Estas fuentes también contradicen lo estipulado por el artículo 27 de la LPA (2002), ya que este restringe el acto administrativo a las declaraciones provenientes de «la Administración pública» que, como se manifestó anteriormente, no incluye a los órganos judicial, legislativo o electoral.

Finalmente, se encontró una resolución boliviana que se inclina a favor de la versión del criterio mixto que determina su componente objetivo por el sometimiento del acto a las normas del derecho administrativo, y lo hace indicando que el acto administrativo es un «acto jurídico realizado por la Administración con arreglo del Derecho Administrativo» (Sentencia TSJ 232/2014, 2014, considerando IV). Afortunadamente, esta interpretación no encontró réplicas en otras sentencias, ya que, como se ha visto, las fórmulas normativas bolivianas adoptan la versión del criterio mixto que determina su componente

objetivo por la naturaleza administrativa de la potestad de la que emana el acto público.

IV.3. Contenido del acto administrativo

En este apartado se describirán las diferentes posturas que la jurisprudencia boliviana ha adoptado para definir el contenido admisible de los actos administrativos.

IV.3.1. Efectos jurídicos directos e indirectos

Como se ha manifestado en la sección anterior, las dos normas que definen el acto administrativo en el ordenamiento boliviano establecen demarcaciones conceptuales incompatibles en lo que respecta a la inclusión de las actuaciones con efectos jurídicos indirectos en el dominio conceptual del acto administrativo. Una de ellas, el RLPA (2003), las incluye; mientras que la otra, la LPA (2002), las excluye. Esta ambigüedad a nivel normativo ha provocado la existencia paralela de dos líneas jurisprudenciales contradictorias en Bolivia.

Por un lado, están las resoluciones que reproducen literalmente el siguiente texto: «el acto administrativo es una declaración [...] que genera efectos o consecuencias jurídico administrativas directas e inmediatas» (Auto TSJ 362/2012, 2012, considerando III; Auto TSJ 279/2013, 2013, considerando III; Auto TSJ 378/2013, 2013, considerando III; Auto TSJ 376/2015, 2015, considerando III; Auto TSJ 884/2015, 2015, considerando III; Auto TSJ 206/2016, 2016, considerando III.1; Auto TSJ 731/2016, 2016, considerando IV; Auto TSJ 746/2016, 2016, considerando III.3; Auto TSJ 175/2017, 2017, considerando III.2; Auto TSJ 390/2017, 2017, considerando III; Auto TSJ 454/2017, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 506/2017, 2017, considerando III.2; Auto TSJ 860/2017, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 1222/2018, 2018, considerando III.2; Auto TSJ 1229/2018, 2018, considerando III.2; Auto TSJ 1287/2018, 2018, considerando III.1; Auto TSJ 335/2024, 2024, considerando III.2). Es claro que esta afirmación se inclina por excluir a las actuaciones con efectos jurídicos indirectos de la cobertura conceptual del acto administrativo. Curiosamente, todas las sentencias que replican esta posición provienen de la Sala Civil del TSJ y, fuera de ellas, no se encontraron manifestaciones de adhesión a la alternativa restringida en esta controversia en la muestra consultada.

Por otro lado, se encontraron varias resoluciones que revelan su adhesión a la alternativa extensiva, admitiendo actos de mero trámite o actos definitivos sin efectos regulatorios dentro del concepto de acto administrativo. A diferencia de lo que ocurre con las resoluciones que adoptan la opción restrictiva, las instancias de adhesión a la alternativa extensiva no se concentran en una sola sala, sino que provienen de una diversidad de fuentes, como la Sala Plena del TSJ (Sentencia

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

TSJ 200/2013, 2013, considerando V; Sentencia TSJ 267/2017, 2017, considerando IV; Sentencia TSJ 271/2017, 2017, considerando V.1); la Sala Social y Administrativa del TSJ (Sentencia 110/2016, 2016, considerando II.2); el TCP (Sentencia TCP 471/2019-S4, 2019, considerando III.6.3; Sentencia TCP 71/2021-S3, 2019, considerando III.4); y el TA (Sentencia TA 34/2017, 2017, considerando V; Sentencia TA 74/2017, 2017, considerando IV; Sentencia TA 33/2020, 2020, considerando III; Sentencia TA 27/2023, 2023, considerando I.1).

Finalmente, se debe reportar la desafortunada influencia de la Sentencia del TC 107/2003 (2003) que, a pesar de contradecirse internamente con la adopción simultánea de las alternativas restrictiva y extensiva, ha sido empleada para fundamentar múltiples resoluciones provenientes de una diversidad de autoridades jurisdiccionales, como la Sala Plena del TSJ (Sentencia 618/2015, 2015, considerando III); la Sala Civil Liquidadora del TSJ (Auto 95L/2013, 2013, considerando II); la Sala Social y Administrativa del TSJ (Sentencia 123/2017, 2017, considerando III.1; Sentencia 16/2023, 2023, considerando III.1); y el TCP (Sentencia 249/2012, 2012, considerando III.3.1; Sentencia 2577/2012, 2012, considerando III.2; Sentencia 60/2019-S2, 2019, considerando III.3; Sentencia 471/2019-S4, 2019, considerando III.2; Sentencia 1003/2019-S4, 2019, considerando III.1; Sentencia 116/2020-S4, 2020, considerando III.5).

Todas estas resoluciones, replicando lo dispuesto por la Sentencia 107/2003 (2003) del TC, admiten a la declaración cuyo contenido sea «de decisión, de conocimiento o de opinión» dentro del dominio conceptual de acto administrativo, sugiriendo de ese modo adhesión a la posición extensiva; y, al mismo tiempo, señalan a la «ejecutoriedad» entre los «caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo» (considerando III). Como se comentó anteriormente, la «ejecutoriedad», como adjetivo, solo puede aplicarse a los actos con contenido regulatorio y, en consecuencia, su inclusión en el catálogo de características definitorias del acto administrativo debe interpretarse como una adhesión a la postura restrictiva.

Considerando que la fuente normativa de mayor jerarquía, la LPA (2002), excluye del dominio conceptual de acto administrativo a las actuaciones con efectos jurídicos indirectos, debe preferirse la línea jurisprudencial que está alineada con esta postura.

IV.3.2. Número de voluntades

La gran mayoría de las resoluciones consultadas restringe el concepto de acto administrativo a las «declaraciones unilaterales», lo cual sugiere la exclusión de los contratos administrativos (Auto TSJ 362/2012, 2012, considerando III; Auto TSJ 279/2013, 2013, considerando III; Auto TSJ 378/2013, 2013, considerando III; Auto TSJ 376/2015, 2015,

considerando III; Auto TSJ 884/2015, 2015, considerando III; Auto TSJ 206/2016, 2016, considerando III.1; Auto TSJ 731/2016, 2016, considerando IV; Auto TSJ 746/2016, 2016, considerando III.3; Auto TSJ 175/2017, 2017, considerando III.2; Auto TSJ 390/2017, 2017, considerando III; Auto TSJ 454/2017, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 506/2017, 2017, considerando III.2; Auto TSJ 860/2017, 2017, considerando III.1; Auto TSJ 1222/2018, 2018, considerando III.2; Auto TSJ 1229/2018, 2018, considerando III.2; Auto TSJ 1287/2018, 2018, considerando III.1; Auto TSJ 335/2024, 2024, considerando III.2; Auto TSJ 40/2021, 2021, considerando 1.2; Sentencia TCP 249/2012, 2012, considerando III.3.1; Sentencia TCP 2577/2012, 2012, considerando III.2; Sentencia TCP 673/2016-S3, 2016, considerando III.1; Sentencia TCP 1003/2019-S4, 2019, considerando III.1; Sentencia TCP 116/2020-S4, 2020, considerando III.5; Sentencia TCP 665/2020-S4, 2017, considerando III.1; Sentencia TSJ 139/2018, 2018, considerando VI).

No obstante, también se encontraron resoluciones que consideran que el contrato administrativo es una especie de acto administrativo, sugiriendo que el concepto se extiende a actos multilaterales (Auto TSJ 281/2012, 2012, considerando III; Auto TSJ 286/2012, 2012, considerando III; Auto TSJ 269/2013, 2013, considerando III) e incluso una que, a pesar de reconocer que un acto administrativo es una «declaración unilateral», señala que «la excepción en este caso es precisamente el contrato administrativo» (Auto TSJ 40/2021, 2021, considerando 1.2).

A pesar de algunas inconsistencias jurisprudenciales, la opinión expresada en la mayoría de las sentencias es correcta porque, aunque las fórmulas normativas bolivianas no adoptan expresamente una postura en esta controversia, debe interpretarse que restringir el concepto de acto administrativo a las declaraciones emitidas «en ejercicio de una potestad administrativa» (LPA, 2002, art. 27) supone excluir del dominio del acto administrativo a cualquier actuación que no sea unilateral, pues de otro modo el efecto no surgiría de una potestad pública, sino de la autonomía de la voluntad de las partes.

IV.3.3. Proyección del contenido

La revisión jurisprudencial arrojó dos sentencias que se pronuncian sobre si un acto proyectado al interior de la Administración pública debe estar bajo la cobertura del acto administrativo.

La primera de ellas, en lugar de decidir si la «actuación administrativa interna» pertenece o no a la categoría analizada, se limita a indicar que esta no es impugnabile (Sentencia TSJ 185/2015, 2015, considerando III). Considerando la enorme cantidad de resoluciones que establecen que la «impugnabilidad» es uno de los «caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo» (Auto TSJ 95L/2013, 2013, considerando

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

II; Sentencia TCP 249/2012, 2012, considerando III.3.1; Sentencia TCP 2577/2012, 2012, considerando III.2; Sentencia TCP 60/2019-S2, 2019, considerando III.3; Sentencia TCP 471/2019-S4, 2019, considerando III.2; Sentencia TCP 1003/2019-S4, 2019, considerando III.1; Sentencia TCP 116/2020-S4, 2020, considerando III.5; Sentencia TSJ 618/2015, 2015, considerando III; Sentencia TCP 123/2017, 2017, considerando III.1; Sentencia TCP 16/2023, 2023, considerando III.1), podría concluirse que tal afirmación equivale a proscribir los actos internos del concepto de acto administrativo.

Por otro lado, la segunda sentencia deja sin efecto un acto proyectado al interior de la Administración emitido la Aduana Nacional, mediante el cual se ordena a los funcionarios impedir el ingreso de vehículos de la marca Toyota a todos los importadores que no tengan una licencia exclusiva de comercialización. En la práctica, esta circular impidió que un particular libere treinta vehículos de su propiedad que estaban emplazados en otro país. Si bien esta resolución jurisdiccional emerge de una acción tutelar, y no de una demanda contencioso-administrativa, y no establece expresamente si este tipo de circulares —aquellas que afectan directamente los derechos de los particulares— pertenecen a la categoría de los actos administrativos, puede interpretarse que sí lo hace implícitamente. Es así porque la misma resolución establece que el modo de actuar de la Aduana impidió al accionante «deducir ante los órganos jurisdiccionales las pretensiones necesarias para la defensa y protección de [sus] derechos e intereses legítimos» (Sentencia TCP 1232/2022-S4, 2022, considerando III), implicando así que las actuaciones internas de la Administración que afecten los derechos o intereses de los particulares deberían poder impugnarse ante los órganos jurisdiccionales empleando recursos ordinarios. Esto, a su vez, implica catalogar este tipo de actuaciones dentro de la categoría de los actos impugnables mediante demandas contencioso-administrativas, que es un recurso que se reserva para los actos administrativos.

Dado que las fórmulas normativas no se pronuncian sobre esta controversia, las posturas anteriormente descritas caben dentro del margen de interpretaciones gramaticalmente válidas.

Por otro lado, se concluye que las dos resoluciones son compatibles entre sí, ya que ambas proscriben del dominio de los actos administrativos a los actos que no sean impugnables, lo que normalmente supone excluir a los actos proyectados al interior de la Administración. La única diferencia es que la segunda resolución alcanza a establecer una excepción a la regla general, pues admite dentro de la categoría de los actos administrativos a los actos internos que afecten los derechos o intereses de los particulares.

IV.3.4. Determinabilidad de los destinatarios

Como se ha visto en la sección anterior, el legislador boliviano amplía el concepto de acto administrativo a declaraciones «de alcance general o particular» (LPA, 2002, art. 27), posición que ha sido refrendada por múltiples resoluciones jurisdiccionales que definen al acto administrativo como la «decisión general o especial», o «de alcance general o particular» (Sentencia TCP 1091/2013, 2013, considerando III.3; Sentencia TCP 471/2019-S4, 2019, considerando III.2; Sentencia TCP 1003/2019-S4, 2019, considerando III.1; Sentencia TCP 116/2020-S4, 2020, considerando III.5; Sentencia TSJ 618/2015, 2015, considerando III; Sentencia TSJ 268/2016, 2016, considerando V; Sentencia TSJ 123/2017, 2017, considerando II.1; Sentencia TSJ 16/2023, 2023, considerando III.1; Sentencia TA 58/2023, 2023, considerando II.7.1). Aunque estas resoluciones se inclinan a favor del valor extensivo, no manifiestan si la demarcación conceptual excluye o incluye a las declaraciones que innovan el derecho objetivo. Solo una de las resoluciones consultadas aclara la posición adoptada, y lo hace decantándose por la variedad más amplia de la opción extensiva; es decir, aquella que incluye a los reglamentos dentro del concepto de acto administrativo. Tal extremo puede inferirse porque aplica «el art. 27 de la LPA», que define acto administrativo, a una «Resolución Normativa de Directorio», que es una especie de reglamento (Auto TSJ 28/2015, 2015, considerando II).

Lamentablemente, muchas de las resoluciones que se manifiestan a favor del valor extensivo también afirman que la definición de acto administrativo establecida en la LPA (2002) —que, recuérdese, extiende el concepto a declaraciones «de alcance general o particular» (art. 27)— guarda «coherencia con la doctrina» del tratadista argentino Agustín Gordillo, quien entiende que el «acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad [...] que produce efectos individuales» (Sentencia TCP 1003/2019-S4, 2019, considerando III.1; Sentencia TCP 116/2020-S4, 2020, considerando III.5; Sentencia TCP 665/2020-S4, 2017, considerando III.1); en otras palabras, hace equivaler una fuente que adopta la postura extensiva para esta controversia con una fuente que adopta la alternativa restrictiva.

Estas sentencias, junto con aquellas que incluyen y excluyen simultáneamente a los actos con efectos indirectos del dominio conceptual del acto administrativo, demuestran que las autoridades jurisdiccionales bolivianas no comprenden adecuadamente al acto administrativo como instituto jurídico.

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

IV.4. Distribución de las resoluciones observadas en el espectro conceptual del acto administrativo

En la tabla que sigue se contabilizan las instancias en las que alguna de las resoluciones observadas se ha manifestado en favor de una de las posturas alternativas representadas en el instrumento de recogida de datos. Para ilustrar en qué medida las resoluciones observadas han coincidido con lo pretendido por el legislador, se ha conservado la coloración que señala las posturas que pueden inferirse a partir de las fórmulas normativas analizadas en la sección anterior de este trabajo. Asimismo, el número entre paréntesis ubicado en la parte superior de las celdas representa la cantidad de sentencias que se han pronunciado a favor de la postura.

Como se ha visto anteriormente, algunas de las posturas admiten alternativas subordinadas. Por ejemplo, la postura «2. Criterio objetivo» admite las alternativas «2.1. La naturaleza administrativa se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto» y «2.2. La naturaleza administrativa se determina por el grado de subordinación del acto». Siempre que se encontró una sentencia que exprese adhesión por alguna postura, se procuró atribuirle a la opción con el mayor grado de subordinación posible. Si lo expresado en una sentencia no permitía discernir entre las opciones subordinadas, se la atribuyó a la postura de la que derivan estas opciones. Por ejemplo, las dos sentencias que se pronuncian a favor de la postura «2. Criterio objetivo» no ofrecen datos que permitan atribuirles a alguna de sus opciones subordinadas; en consecuencia, esas dos sentencias fueron atribuidas a la postura matriz, es decir, a «2. Criterio objetivo».

Entre las resoluciones que abordan la inclusión o exclusión de actos con efectos indirectos en la categoría de los actos administrativos se han encontrado diez que adoptan simultáneamente ambas posturas, a pesar de que estas son mutuamente excluyentes. Estas diez sentencias fueron ubicadas en la celda que representa la controversia «directo o indirecto».

Tabla 5. Posturas sobre la demarcación conceptual de acto administrativo en las resoluciones observadas

Controversias		Posturas alternativas				
Factor que determina la naturaleza administrativa del acto		(1) 1. Criterio subjetivo	(2) 2. Criterio objetivo		3. Criterio mixto	
			2.1. La naturaleza administrativa se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto	2.2. La naturaleza administrativa se determina por el grado de subordinación del acto	3.1. El componente objetivo se determina por la naturaleza administrativa de la potestad pública de la que emana el acto	
					3.1.1. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por la determinabilidad de los sujetos alcanzados y la finalidad del acto	(25) 3.1.2. La naturaleza administrativa de la potestad se determina por el grado de subordinación del acto
				(1) 3.2. El componente objetivo se determina por el sometimiento del acto a las normas del derecho administrativo		
Contenido del acto	(10) Directo o indirecto	(10) 1. Se admiten declaraciones con efectos directos (provisionales o definitivos) o indirectos	(17) 2. Solo se admiten declaraciones con efectos directos y definitivos			
	Número de voluntades	(2) 1. Se admiten declaraciones unilaterales o multilaterales	2. Solo se admiten declaraciones unilaterales			
			(25) 2.1. Sin excepciones		(1) 2.2. Excepto el contrato administrativo	
	Proyección	1. Se admiten actos con efectos internos y externos	(1) 2. Solo se admiten actos con efectos externos, es decir, destinados a sujetos ajenos a la Administración pública			
			(1) 2.1. Excepto aquellos actos internos que afecten los derechos o intereses de los particulares		2.2. Sin excepciones	

307

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Deter- mina- bilidad de los desti- nata- rios	1. Solo se admiten actos de alcance particular, es decir, aquellos dirigidos a una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables	(9) 2. Se admiten actos de alcance particular y actos de alcance general, es decir, aquellos dirigidos a un conjunto de personas indeterminadas	
		(1) 2.1. Sin excepciones	2.2. Excepto aquellas que innoven el derecho objetivo (reglamentos)

Fuente: elaboración propia.

Como puede apreciarse, la mayoría de las resoluciones consultadas adopta la misma postura que puede deducirse de las fórmulas normativas bolivianas; sin embargo, también se observan varias sentencias que se desvían de la alternativa dominante. La controversia en la que se observa mayor variabilidad es aquella que opone a quienes restringen el concepto de acto administrativo a los actos con efectos directos y a quienes lo extienden a actos con efectos indirectos. En este aspecto, el volumen y continuidad de las resoluciones que adoptan cada una de las alternativas revela la existencia de dos líneas jurisprudenciales contradictorias, lo cual sugiere incomunicación interna entre los altos tribunales bolivianos.

Igualmente, se observa una mayor concentración de pronunciamientos alrededor de algunas controversias. Por ejemplo, se encontraron veintiocho resoluciones que adoptan alguna postura sobre el número máximo de voluntades que pueden participar en la formación de un acto administrativo, mientras que solo se encontraron dos que se pronuncian sobre la pertenencia de los actos que se proyectan al interior de la Administración. Esto revela que ciertos aspectos de la definición del acto administrativo tienen mayor presencia jurisprudencial que otros.

No es extraño encontrar un número importante de resoluciones que excluyen del concepto de acto administrativo a los actos con efectos indirectos, pues ello implica excluir a los actos de mero trámite del conjunto de actuaciones que pueden impugnarse mediante los recursos ordinarios. En ese sentido, la adopción de una postura dentro de esta controversia tiene implicaciones tangibles que justifican la frecuencia de los pronunciamientos jurisdiccionales. Algo parecido puede decirse de las resoluciones que excluyen a las declaraciones multilaterales de la categoría de los actos administrativos, pues ello implica excluir a los contratos administrativos de las actuaciones que pueden recurrirse mediante una demanda contencioso-administrativa. Recuérdese que en Bolivia los contratos administrativos deben recurrirse mediante una demanda contenciosa especial, la cual se sustancia mediante un

procedimiento diferente al que tienen las demandas contencioso-administrativas.

Es por este motivo que resulta curiosa la escasez de resoluciones que se pronuncien sobre la impugnabilidad de actos que, a pesar de estar proyectados al interior de la Administración, producen efectos jurídicos directos sobre algún particular. Como se ha visto en la única sentencia que aborda esta categoría de actos, existe la posibilidad de que la Administración encubra actos administrativos desfavorables detrás de formas jurídicas cuya impugnabilidad es incierta, como lo son los instructivos o las circulares.

Aunque la escasez de resoluciones que adopten una postura en esta controversia podría deberse a que los órganos administrativos no suelen emitir actos internos que afecten los derechos o intereses de los particulares, también podría deberse a la eficacia de esta táctica de encubrimiento. Es así porque, si un afectado no recurre un acto puesto que no existe una vía de impugnación clara, nunca existirá una resolución jurisdiccional que determine si tal acto es impugnable. Esta es una cuestión en la que sería conveniente que se hagan mayores investigaciones en el futuro.

En síntesis, la práctica jurisdiccional observada está alineada, en su mayor parte, con la intención del legislador. En ese sentido, no es una coincidencia que la controversia en la que se observó mayor variabilidad a nivel jurisprudencial sea la misma en la que se observó una contradicción normativa. Recuérdese que la LPA (2002) excluye a los actos con efectos indirectos de la categoría de los actos administrativos, mientras que su decreto reglamentario, el RLPA (2003), los incluye. Fuera de esa controversia, también se observaron algunas sentencias que se desvían de la intención del legislador. Aunque estas «sentencias rebeldes» suponen instancias de aplicación incorrecta del derecho, su influencia es limitada, ya que ninguna de ellas está acompañada de un número suficiente de pronunciamientos afines como para desafiar la preeminencia de la postura jurisprudencial dominante.

V. CONSECUENCIAS DE LA DEMARCACIÓN CONCEPTUAL DE ACTO ADMINISTRATIVO OBSERVADA EN LAS FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES BOLIVIANAS

En este apartado se evalúa la utilidad de la demarcación conceptual del acto administrativo que es legalmente vinculante en Bolivia. Igualmente, se exploran las consecuencias de la confusión jurisprudencial sobre la pertenencia de los actos con efectos indirectos dentro de la categoría de los actos administrativos.

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

V.1. Inclusión de los reglamentos en la categoría de los actos administrativos

Kormann (1910) afirma que «un concepto jurídico sólo tiene valor y significación práctica si todos los supuestos en él comprendidos están sometidos a las mismas proposiciones normativas generales» (citado en Garrido Falla, 1994, p. 407). En ese sentido, es criticable la inclusión de los reglamentos en la demarcación conceptual de acto administrativo observada en las fuentes normativas y jurisprudenciales bolivianas porque los reglamentos se forman siguiendo un procedimiento diferente de aquel que conduce a la emisión de actos de alcance particular. Además, los recursos de impugnación que un particular puede emplear para impugnar un reglamento no son los mismos que tiene a su disposición para recurrir un acto de alcance particular. Así, extender el acto administrativo a los reglamentos supone crear un conjunto con elementos heterogéneos y, en consecuencia, disminuir la utilidad práctica de esta categoría jurídica.

V.2. Exclusión de actos emanados por los órganos legislativo, judicial y electoral

La demarcación conceptual revelada en esta investigación restringe la categoría de los actos administrativos a las declaraciones que provengan de la Administración pública, la cual, conviene recordar, «se encuentra conformada por el Poder Ejecutivo, [...] Gobiernos Municipales y Universidades Públicas» (LPA, 2002, art. 2.I). Esto implica la exclusión de las declaraciones unilaterales que, a pesar de no provenir de la Administración pública, están subordinadas a la Constitución y a las leyes, están sometidas a control jurisdiccional constitucional y judicial —o deberían estarlo—, y producen efectos jurídicos directos sobre un sujeto o un conjunto de sujetos determinados o determinables. Es decir, los actos de esta naturaleza que provengan de los órganos legislativo, electoral y judicial quedan al margen de la demarcación de acto administrativo, lo que, como se verá a continuación, ha resultado en un régimen de impugnación desigual y confuso.

Existe una resolución del TCP que controla la constitucionalidad de un acto mediante el cual el órgano electoral destituye a uno de sus funcionarios. Al evaluar la procedencia del amparo constitucional que se interpuso en contra de ese acto, el TCP afirmó que «no es necesario interponer la demanda contencioso-administrativa a objeto de agotar la vía que posibilite la interposición de la referida acción constitucional, [...] siendo la impugnación judicial mediante el proceso contencioso una vía diferente y no un prerequisite» (Sentencia TCP 0009/2018-S4, 2018, considerando III.1). Esto implica que, a pesar de no haber sido la vía de impugnación elegida por el recurrente, este acto también era impugnabile mediante una demanda contencioso-administrativa.

Por otro lado, la Ley del Órgano Judicial (2010) establece que «las resoluciones del Consejo de la Magistratura en materia disciplinaria son definitivas y de cumplimiento obligatorio e inmediato. Solamente podrán ser revisadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional cuando afecten derechos y garantías reconocidas en la Constitución Política del Estado» (art. 210), lo cual supone excluir a estas resoluciones del conjunto de actos que son impugnables mediante una demanda contencioso-administrativa.

Aunque ambos ejemplos abordan actos públicos, unilaterales, de alcance particular, que producen efectos directos y de naturaleza no jurisdiccional, tienen mecanismos de impugnación diferentes por el mero hecho de provenir de órganos ajenos a la Administración pública. Lo mismo puede decirse de los actos mediante los cuales se rechaza la inscripción de un acto al Registro Público de Derechos Reales (Decreto Supremo N.º 27957, 2004, art. 42), que tampoco son impugnables mediante una demanda contencioso-administrativa. Esto ilustra cómo la estrechez del concepto de acto administrativo en una de sus características definitorias ha generado un vacío regulatorio que produce confusión sobre cuál es el mecanismo procedimental apropiado para recurrir actos que pertenecen a una misma categoría conceptual.

V.3. Invalidación independiente de actos de mero trámite

En Bolivia, las autoridades que determinan que un acto administrativo ha sido afectado por un vicio formal trascendente no se limitan a declarar la invalidez del acto impugnado, sino que declaran también la invalidez del acto de mero trámite cuyo vicio provocó la indefensión. Estas resoluciones también ordenan la repetición del trámite viciado y de todos los trámites subsecuentes⁸. Dicha práctica, que es denominada «nulidad procesal» en las resoluciones consultadas, es incorrecta por los siguientes motivos:

- Primero, porque la indefensión «es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto» (García de Enterría & Fernández, 1988, p. 594). Ello significa que un acto de mero trámite nunca podría ocasionar indefensión por sí mismo, ya que la indefensión no solo depende de que un acto de mero trámite esté gravemente viciado, sino también de que no exista otro trámite que subsane tal vicio dentro del mismo procedimiento.

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

8 Sentencia TSJ 177/2015 (2015, considerando IV), Sentencia TSJ 600/2015 (2015, considerando III), Sentencia TSJ 48/2016 (2016, considerando III.1), Sentencia TSJ 303/2016 (2016, considerando II) y Sentencia TSJ 239/2017 (2017, considerando III.2), entre otras.

- Segundo, porque declarar la invalidez de un acto de mero trámite excede el mandato de la autoridad revisora. Es así porque la competencia del revisor se limita a invalidar, convalidar o confirmar el acto administrativo impugnado y, siendo que los actos de mero trámite no son directamente impugnables (LPA, 2002, art. 57), estos nunca deberían ser invalidados de manera independiente por una autoridad revisora, quien está obligada a limitar su pronunciamiento a la pretensión del recurrente.

Se infiere que la aplicación incorrecta del derecho descrita en este apartado es causada por la confusión que existe, a nivel normativo y jurisprudencial, sobre la pertenencia de los actos con efectos indirectos a la categoría de los actos administrativos. Es lógico que las autoridades que adoptan la postura extensiva en esta controversia extiendan a los actos de mero trámite las mismas propiedades que atribuyen a los actos con efectos directos, entre ellas, la posibilidad de ser invalidados de manera independiente al final de un procedimiento impugnatorio.

García Luengo (2016) encontró instancias de esta misma práctica en la jurisprudencia española y la criticó diciendo que:

La victoria formal [que obtiene el recurrente en estos casos] se convierte, al no entrar el órgano jurisdiccional en el fondo del asunto y ordenar al mismo tiempo la continuación del procedimiento parcialmente anulado, no ya en una victoria pírrica sino en una mayor lesión porque al final la Administración «reconstruirá» su resolución inicial y pondrá al recurrente que supuestamente «venció» en el proceso en la necesidad de volver a iniciar todo el proceso para obtener una resolución en cuanto al fondo (pp. 205-206).

En efecto, la anulación directa de un acto de mero trámite no necesariamente supone que el emisor reconsidere su decisión original. Lo normal es que el emisor repita la actuación viciada y que, a pesar de ello, llegue a la misma decisión de fondo. Esto supone transgredir el carácter instrumental que la forma debería tener en el derecho administrativo, pues supondría «la repetición de trámites formales innecesarios para alcanzar el mismo resultado de fondo» (Picón Arranz, 2022, p. 314).

Estas opiniones tienen mayor entidad en el contexto boliviano, ya que la práctica descrita en este apartado es mucho más frecuente en Bolivia que en España. Esto se debe a que las autoridades españolas emplean una herramienta denominada «subsanción *a posteriori*», que les permite subsanar los vicios formales trascendentes que encuentren en los actos de mero trámite durante la sustanciación de recursos administrativos y jurisdiccionales. Según Cierco Seira (2019), esta herramienta es usada con tal fruición que «neutraliza virtualmente el vicio de indefensión y

lo relega a un espacio marginal» (p. 2). En cambio, en Bolivia, a pesar de que las autoridades administrativas están facultadas para subsanar *a posteriori* los vicios formales trascendentes, la herramienta ha quedado en completo desuso. Esto significa que cualquier acto administrativo afectado por un vicio formal trascendente que sea oportunamente impugnado en Bolivia será invalidado por la autoridad revisora, quien además ordenará la repetición de la actuación viciada y de todos los trámites subsecuentes.

VI. CONCLUSIONES

A la luz de los resultados reportados, puede concluirse que las causas principales de la confusión conceptual alrededor del acto administrativo en la práctica jurisdiccional boliviana son:

- Una definición legal de acto administrativo que no comunica con claridad la demarcación conceptual pretendida por el legislador.
- Una reglamentación que extiende el dominio del acto administrativo más allá de los límites establecidos por la ley reglamentada.
- Una práctica jurisdiccional internamente incomunicada, en la que es posible encontrar líneas jurisprudenciales que defienden definiciones contradictorias coexistiendo en paralelo.
- Una comprensión deficiente de las variables que determinan el dominio conceptual del acto administrativo a nivel legislativo, ejecutivo y judicial.

Algunas medidas que podrían ayudar a mitigar la confusión son:

- Que el TSJ emita una sentencia de unificación que aclare cuál es la demarcación conceptual de acto administrativo que puede deducirse a partir de las fuentes normativas vigentes; es decir, que restrinja el acto administrativo a las declaraciones unilaterales de la Administración pública subordinadas a la Constitución y a las leyes, sometidas a control jurisdiccional constitucional y judicial, y que, con independencia de la determinabilidad de los sujetos alcanzados, producen efectos jurídicos directos.
- Establecer una infraestructura doctrinal más robusta, de tal modo que la práctica jurisdiccional siempre esté sometida a la influencia correctiva de estudios rigurosos.
- Establecer procedimientos selectivos que garanticen la competencia técnica de las autoridades encargadas de aplicar las normas del derecho administrativo.

313

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Adicionalmente, se sugiere una reforma legislativa que modifique la demarcación conceptual de acto administrativo de las siguientes maneras:

- Primero, que amplíe su cobertura a los actos de naturaleza administrativa que sean emitidos por órganos además del Poder Ejecutivo, los gobiernos municipales y las universidades públicas, pues, como se ha visto, la estrechez del concepto de acto administrativo en este aspecto ha generado una categoría de actos que, a pesar de ser conceptualmente homogéneos, están sometidos a un régimen de impugnación desigual y confuso.
- Segundo, que excluya de su cobertura a los reglamentos, ya que, como también se ha visto, estos actos están sometidos a proposiciones normativas generales diferentes de aquellas que regulan los actos de alcance particular y, en consecuencia, su inclusión disminuye la utilidad práctica del acto administrativo como instituto legal.

En consecuencia, se propone que el acto administrativo sea definido legalmente como una declaración emitida en ejercicio de una potestad pública, subordinada a la Constitución y a las leyes, sometida a control jurisdiccional constitucional y judicial, y que produce efectos jurídicos directos y definitivos sobre una persona o un conjunto de personas determinadas o determinables.

Finalmente, se sugiere a la comunidad iberoamericana de investigadores aplicar la metodología propuesta por este trabajo para evaluar la corrección y consistencia de la demarcación conceptual de acto administrativo en las prácticas jurisdiccionales de sus propios países.

REFERENCIAS

Abruña Puyol, A. (2016). Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo. *Foro Jurídico*, 15(15), 250-271. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19851>

Aguado i Cudolà, V. (2009). El procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial: El debido equilibrio entre especialidades y garantías comunes. *Documentación Administrativa*, 284-285, 61-82. <https://doi.org/10.24965/da.v0i284-285.9652>

Ballbé, M. (1950). Acto Administrativo. En F. Seix (ed.), *Nueva enciclopedia jurídica* Seix (pp. 295-297). Barcelona: Francisco Seix.

Bocanegra Sierra, R. (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.

Boquera Oliver, J. A. (1982). *Estudios sobre el acto administrativo*. Madrid: Civitas.

Brewer-Carías, A. (1984). El problema de la definición de acto administrativo. En A. Brewer-Carías (ed.), *Libro homenaje al Manual de Derecho administrativo de Eloy Lares Martínez* (pp. 25-78). Universidad Central de Venezuela.

Brodermann Ferrer, L. A. (2006). Relación jurídica procesal. *Revista Alegatos*, (62), 7-34. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/507>

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (7.^a ed., t. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Celis Vela, D. A. (2024). Una revisión crítica del concepto estándar de acto administrativo: análisis de sus elementos definitorios. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 11(2). <https://www.redalyc.org/journal/6559/655979864028/html/>

Chacolla Huanca, F. (2020). *La justicia administrativa en Bolivia*. La Paz: Iustina.

Cierco Seira, C. (2019). Los avatares de la regla jurisprudencial sobre la subsanación del vicio de indefensión en vía de recurso administrativo y/o contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (202), 123-162. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7197150>

Cueto, M. (1996). Los derechos de los ciudadanos en el código de procedimiento administrativo portugués. *Revista de Administración pública*, (140), 357-377. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17319.pdf>

Dromi, R. (2008). *Acto administrativo* (4.^a ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Fernández Ruiz, J. (1997). *Panorama del Derecho Administrativo mexicano*. McGraw-Hill.

Fraga, G. (2000). *Derecho Administrativo* (40.^a ed.). México, D. F.: Porrúa.

Gamero Casado, E. (2021). El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo. En E. Gamero Casado (ed.), *La potestad administrativa* (pp. 49-151). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gamero Casado, E., & Fernández Ramos, S. (2016). *Manual básico de Derecho Administrativo* (13.^a ed.). Madrid: Tecnos.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (1988). *Curso de Derecho Administrativo* (4.^a ed., t. I). Madrid: Civitas.

García Luengo, J. (2016). *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*. Madrid: Iustel.

García-Trevijano Fos, J. A. (1986). *Los actos administrativos*. Fuenlabrada: Civitas.

Garrido Falla, F. (1955). Los motivos de impugnación del acto administrativo. *Revista de Administración pública*, (17), 11-87. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-17-mayoagosto-1955/los-motivos-de-impugnacion-del-acto-administrativo-3>

Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo* (12.^a ed., v. I). Madrid: Tecnos. <https://archive.org/details/tratadodederecho0000garr>

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

González, F. (1966). Los informes administrativos como actos de instrucción del procedimiento administrativo. *Documentación Administrativa*, (98), 11-40. <https://doi.org/10.24965/da.vi98.2715>

Huapaya Tapia, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 115-133. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709>

Jèze, G. (1936). *Les principes généraux du Droit Administratif* (3ª ed., t. III). París: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.

Kormann, K. (1910). *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*. Berlín: Springer.

Marienhoff, M. S. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo* (t. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Martínez Bravo, J. A. (2018). *Derecho Administrativo boliviano* (3.ª ed.). Santa Cruz: Imago Mundi.

Morell Ocaña, L. (1998). *Curso de Derecho Administrativo* (v. II). Navarra: Editorial Arazadi.

Morón, J. C. (2001). Los actos administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*, (17), 242-257. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/16889/17195>

Navarro, C. (2020). Principios que rigen el procedimiento en la Ley de Procedimiento Administrativo de El Salvador. En J. Rodríguez-Arana, C. Delpiazzo, H. Mejía y M. Rodríguez (eds.), *Foro Iberoamericano de derecho administrativo XIX* (pp. 467-504). San Salvador: Corte Suprema de Justicia, Departamento de Publicaciones.

Lares Martínez, E. (1963). *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Observatorio de Justicia Administrativa y Tributaria. (2025). *Procedimiento de selección de resoluciones bolivianas sobre el acto administrativo* [conjunto de datos]. <https://n9.cl/jre4q>

Parejo Alfonso, L. (2024). *Lecciones de Derecho Administrativo* (13.ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Pérez, M. (1994). La necesidad de leyes uniformes del procedimiento administrativo en México. *Alegatos*, (28), 359-372. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/1185>

Picón Arranz, A. (2022). *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Configuración Legal y aplicación práctica*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Pita Romero, S. (2023). *Control judicial de las decisiones administrativas*. Oruro: Olimpo.

Ramos, S. (1996). El procedimiento administrativo disciplinario de los funcionarios públicos. *Anales de la Universidad de Cadiz*, 11, 283-310. <https://rodin.uca.es/bitstream/handle/10498/11462/16057739.pdf>

Sánchez, L., & Valverde, G. (2019). Naturaleza jurídica, competencia administrativa e impugnación del acto de ampliación de la caducidad a partir de los preceptos contenidos en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En Cicaj-DAD (ed.), *Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019* (pp. 73-100). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169960>

Santofimio, J. (1994). *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez* (2.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado Colombia.

Zanobini, G. (2020 [1958]). *Curso de Derecho Administrativo. Parte general* (H. Masnatta, trad.). Santiago de Chile: Olejnik.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Auto 281/2012 (T-20-12-S) (TSJ [Bolivia], 21 de agosto de 2012).

Auto 286/2012 (O-16-12-S) (TSJ [Bolivia], 21 de agosto de 2012).

Auto 362/2012 (B-25-12-S) (TSJ [Bolivia], 25 de septiembre de 2012).

Auto 95L/2013 (B-7-08-S) (TSJ [Bolivia], 27 de marzo de 2013).

Auto 269/2013 (T-7-13-A) (TSJ [Bolivia], 24 de mayo de 2013).

Auto 279/2013 (B -11-13-S) (TSJ [Bolivia], 27 de mayo de 2013).

Auto 295/2013 (46/2013-A) (TSJ [Bolivia], 5 de junio de 2013).

Auto 378/2013 (B-15-13-S) (TSJ [Bolivia], 22 de julio de 2013).

Auto 28/2015 (SSAII-CBBA-408/2014) (TSJ [Bolivia], 2 de febrero de 2015).

Auto 376/2015 (SC-10-15-S) (TSJ [Bolivia], 2 de junio de 2015).

Auto 884/2015 (B -15-11-S) (TSJ [Bolivia], 2 de octubre de 2015).

Auto 206/2016 (LP-84-15-A) (TSJ [Bolivia], 11 de marzo de 2016).

Auto 731/2016 (T-24-15-S) (TSJ [Bolivia], 28 de junio de 2016).

Auto 746/2016 (T-23-15-S) (TSJ [Bolivia], 28 de junio de 2016).

Auto 175/2017 (CB-15-16-S) (TSJ [Bolivia], 22 de febrero de 2017).

Auto 390/2017 (SC-139-16-S) (TSJ [Bolivia], 12 de abril de 2017).

Auto 454/2017 (SC-72-16-S) (TSJ [Bolivia], 8 de mayo de 2017).

Auto 506/2017 (T-7-16-S) (TSJ [Bolivia], 16 de mayo de 2017).

Auto 860/2017 (CB-1-17-A) (TSJ [Bolivia], 21 de agosto de 2017).

Auto 1222/2018 (T-9-18-A) (TSJ [Bolivia], 11 de diciembre de 2018).

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

- Auto 1229/2018 (LP-28-18-S) (TSJ [Bolivia], 11 de diciembre de 2018).
- Auto 1287/2018 (CB-23-18-A) (TSJ [Bolivia], 20 de diciembre de 2018).
- Auto 40/2021 (SC-CA.SAIL-OR. 51/2021) (TSJ [Bolivia], 16 de marzo de 2021).
- Auto 4/2024 (663-2023) (TSJ [Bolivia], 12 de marzo de 2024).
- Auto 335/2024 (LP-45-24-A) (TSJ [Bolivia], 15 de abril de 2024).
- Constitución Política del Estado (Asamblea Constituyente [Bolivia], 7 de febrero de 2009).
- Decreto Supremo N.º 27113, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo (Presidencia de la República [Bolivia], 2003). *Gaceta Oficial de Bolivia*, (2506), 23 de julio de 2003.
- Decreto Supremo N.º 27957, Reglamento, modificación y actualización a la Ley de Inscripción de Derechos Reales (Presidencia de la República [Bolivia], 2004). *Gaceta Oficial de Bolivia*, (2705), 24 de diciembre de 2004.
- Ley N.º 2341, Ley de Procedimiento Administrativo (Congreso Nacional [Bolivia], 2002). *Gaceta Oficial de Bolivia*, (2390).
- Ley N.º 018, Ley del Órgano Electoral (Asamblea Legislativa Plurinacional [Bolivia], 2010). *Gaceta Oficial de Bolivia*, (142NEC).
- Ley N.º 025, Ley del Órgano Judicial (Asamblea Legislativa Plurinacional [Bolivia], 2010). *Gaceta Oficial de Bolivia*, (145NEC).
- Sentencia 107/2003-R (2003-07239-14-RDN) (TC [Bolivia], 10 de noviembre de 2003).
- Sentencia 249/2012 (00264-2012-01-AAC) (TCP [Bolivia], 29 de mayo de 2012).
- Sentencia 1736/2012 (2011-23219-47-AAC) (TCP [Bolivia], 1 de octubre de 2012).
- Sentencia 2577/2012 (01975-2012-04-AAC) (TCP [Bolivia], 21 de diciembre de 2012).
- Sentencia 1091/2013 (03120-2013-07-AAC) (TCP [Bolivia], 16 de julio de 2013).
- Sentencia 673/2016-S3 (14386-2016-29-AAC) (TCP [Bolivia], 14 de junio de 2016).
- Sentencia 1079/2017-S3 (20834-2017-42-AAC) (TCP [Bolivia], 18 de octubre de 2017).
- Sentencia 0009/2018-S4 (20163-2017-41-AAC) (TCP [Bolivia], 6 de febrero de 2018).
- Sentencia 60/2019-S2 (25161-2018-51-AAC) (TCP [Bolivia], 3 de abril de 2019).
- Sentencia 471/2019-S4 (27261-2019-55-AAC) (TCP [Bolivia], 12 de julio de 2019).

Sentencia 1003/2019-S4 (29811-2019-60-AAC) (TCP [Bolivia], 27 de noviembre de 2019).

Sentencia 116/2020-S4 (30338-2019-61-AAC) (TCP [Bolivia], 17 de julio de 2020).

Sentencia 665/2020-S4 (32724-2020-66-AAC) (TCP [Bolivia], 4 de noviembre de 2017).

Sentencia 71/2021-S3 (30323-2019-61-AAC) (TCP [Bolivia], 1 de abril de 2019).

Sentencia 1232/2022-S4 (37874-2021-76-AAC) (TCP [Bolivia], 21 de septiembre de 2022).

Sentencia 200/2013 (445/2006) (TSJ [Bolivia], 3 de junio de 2013).

Sentencia 76/2014 (515/2010) (TSJ [Bolivia], 14 de mayo de 2014).

Sentencia 133/2014 (374/2007) (TSJ [Bolivia], 8 de agosto de 2014).

Sentencia 174/2014 (376/2007) (TSJ [Bolivia], 8 de agosto de 2014).

Sentencia 232/2014 (465/2007) (TSJ [Bolivia], 15 de septiembre de 2014).

Sentencia 61/2015 (454/2008) (TSJ [Bolivia], 10 de marzo de 2015).

Sentencia 177/2015 (311/2009) (TSJ [Bolivia], 19 de mayo de 2015).

Sentencia 185/2015 (197/2009) (TSJ [Bolivia], 19 de mayo de 2015).

Sentencia 22/2015 (143/2015-CA) (TSJ [Bolivia], 18 de diciembre de 2015).

Sentencia 577/2015 (102/2011) (TSJ [Bolivia], 7 de diciembre de 2015).

Sentencia 600/2015 (319/2011) (TSJ [Bolivia], 10 de diciembre de 2015).

Sentencia 618/2015 (309/2011) (TSJ [Bolivia], 10 de diciembre de 2015).

Sentencia 268/2016 (402/2009) (TSJ [Bolivia], 14 de junio de 2016).

Sentencia 303/2016 (373/2013) (TSJ [Bolivia], 13 de julio de 2016).

Sentencia 48/2016 (112/2015) (TSJ [Bolivia], 1 de diciembre de 2016).

Sentencia 110/2016 (023/2016-CA) (TSJ [Bolivia], 5 de diciembre de 2016).

Sentencia 138/2016 (039/2015) (TSJ [Bolivia], 5 de diciembre de 2016).

Sentencia 239/2017 (1196/2013) (TSJ [Bolivia], 18 de abril de 2017).

Sentencia 267/2017 (1155/2013) (TSJ [Bolivia], 18 de abril de 2017).

Sentencia 271/2017 (1073/2013) (TSJ [Bolivia], 18 de abril de 2017).

Sentencia 123/2017 (199/2016-CA) (TSJ [Bolivia], 3 de octubre de 2017).

Sentencia 139/2018 (1009/2014) (TSJ [Bolivia], 21 de marzo de 2018).

Sentencia 16/2023 (35/2022) (TSJ [Bolivia], 14 de febrero de 2023).

LA CONSTRUCCIÓN
CONCEPTUAL
DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN
BOLIVIA: PROPUESTA
METODOLÓGICA
Y ANÁLISIS DE SUS
DEFICIENCIAS A
NIVEL NORMATIVO Y
JURISPRUDENCIAL

THE CONCEPTUAL
CONSTRUCTION OF
THE ADMINISTRATIVE
ACT IN BOLIVIA:
METHODOLOGICAL
PROPOSAL AND
ANALYSIS OF
NORMATIVE AND
JURISPRUDENTIAL
DEFICIENCIES

Sentencia 34/2017 (2038-DCA-2016) (TA [Bolivia], 7 de marzo de 2017).

Sentencia 74/2017 (2182-DCA-2017) (TA [Bolivia], 12 de julio de 2017).

Sentencia 33/2020 (2637-DCA-2017) (TA [Bolivia], 6 de octubre de 2020).

Sentencia 27/2023 (4304/DCA/2021) (TA [Bolivia], 20 de julio de 2023).

Sentencia 58/2023 (5063-DCA-2023) (TA [Bolivia], 30 de octubre de 2023).

Recibido: 31/10/2025

Aprobado: 16/04/2026

The Public and the Private in Dispute Resolution. Reflections for a Comparative Dialogue on the “Public Values” of Adjudication*

Lo público y lo privado en la resolución de controversias.
Reflexiones para un diálogo comparado sobre los «valores públicos» del proceso civil

CARLO VITTORIO GIABARDO**

Università degli Studi di Torino (Italy)

Abstract: The purpose of this article is to analyze what is at stake when debating “the private” and “the public” in civil litigation. It does so by presenting, for an English-speaking audience, the Wach/Klein debate, which took place in Europe between the nineteenth and twentieth centuries and centers on the so-called “social function” (*Sozialfunktion*) of adjudication, and briefly comparing it with contemporary discussions, especially in the U.S. Indeed, surprisingly, that debate has received minimal attention in the common law academic community. Nonetheless this article argues for, and seeks to show, the common ground of the political and theoretical issues raised.

The article is divided into two parts. The first part (paras. 1-4) establishes the theoretical coordinates, referring especially to current U.S. discussions. The second part (paras. 5-9) delves into the historical contrast between the procedural philosophy advanced by A. Wach, that is procedural liberalism, and F. Klein’s advocacy of the “social function” of civil legal processes, linking these ideologies to those outlined in the first part.

Overall, this contribution seeks to trace an arc across two distant legal traditions and epochs, uncovering some unexpected parallelisms between past and current civil procedural scholars, and connecting historical considerations with modern discourses on civil justice policies.

* This article was originally based on a paper I presented at the Work-in-Progress Conference of the Annual Meeting of the American Society of Comparative Law, “Comparative and International Dispute Resolution,” hosted by the Center for the Study of Dispute Resolution, Missouri Law School, Columbia (Missouri, United States), 17-19 November 2019. Subsequently, I also presented these ideas at the University of Leicester Law School (England), in a meeting of the “Dispute Resolution Cluster” (3 February 2020). This article received funding from the Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) of the Academic Department of Law of the Pontificia Universidad Católica del Perú during its preparation (2022-2023).

** PhD. Senior Assistant Professor of Law (Civil Procedure) in the Law Department of Università degli Studi di Torino (Italy). Former Tenure-Track Professor of Law in Pontificia Universidad Católica del Perú, at Lima (2022-2024), and Visiting Professor (2022) and Visiting Researcher (2024) in the same university. Member of the research group PRODEJUS (PUCP), of the International Association of Procedural Law, the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, the Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile and one of the founding members of the Associazione Italiana Studiosi della Prova (2024). He is also affiliated as an external researcher to the Cátedra de Cultura Jurídica of the University of Girona (Italia).

Código ORCID: 0000-0002-7993-6762. E-mail: carlovittorio.giabardo@unito.it

Keywords: Civil Procedure, Theory of Adjudication, Legal History, Comparative Law, Litigation.

Resumen: El propósito de este artículo es analizar qué está en juego cuando se debate acerca de «lo privado» y «lo público» en la resolución de controversias. A este fin, se presenta —pensando en una audiencia angloparlante— el debate Wach/Klein, desarrollado en Europa durante los siglos XIX y XX, y centrado en la denominada «función social» (*Sozialfunktion*) del proceso civil, comparándolo brevemente con algunas discusiones contemporáneas en los Estados Unidos. En efecto, de manera sorprendente, dicho debate ha recibido muy escasa atención dentro de la comunidad académica del common law. Este artículo sostiene y procura demostrar la existencia de un terreno común en relación con los problemas políticos y teóricos planteados.

El artículo se divide en dos partes. La primera (secciones 1-4) establece las coordenadas teóricas, con referencia a los debates actuales en los Estados Unidos. La segunda (secciones 5-9) profundiza en el contraste histórico entre la filosofía procesal desarrollada por A. Wach —esto es, el liberalismo procesal— y la defensa por parte de F. Klein de la «función social» del proceso civil, vinculando dichas ideologías con aquellas delineadas en la primera parte.

En conjunto, esta contribución busca trazar un arco entre dos tradiciones jurídicas y épocas distantes, revelando ciertos paralelismos inesperados entre estudiosos del proceso civil del pasado y del presente, y conectando consideraciones históricas con discursos modernos sobre políticas de justicia civil.

Palabras clave: Proceso civil, teoría general del proceso, historia del derecho, derecho comparado, litigación.

CONTENT: I. FIRST PART.- I.1. INTRODUCTION: TWO WAYS OF UNDERSTANDING THE PUBLIC NATURE OF DISPUTES AND THEIR RESOLUTION.- I.2. "WHOSE DISPUTE IS IT?":- I.3. SOME NORMATIVE IMPLICATIONS OUTSIDE AND WITHIN ADJUDICATION.- I.4. FROM MIRJAN DAMAŠKA'S RECONSTRUCTION BACK TO THE WACH-KLEIN DEBATE.- II. SECOND PART.- II.1. A TAXONOMY OF THE "SOCIAL FUNCTION" OF ADJUDICATION.- II.2. ADOLF WACH AND "PROCEDURAL LIBERALISM":- II.3. THE "SOCIAL FUNCTION" OF ADJUDICATION IN FRANZ KLEIN'S LEGAL THOUGHT.- II.4. SOME PARALLELISMS ON THE PUBLIC FUNCTION OF ADJUDICATION BETWEEN COMMON LAW AND CIVIL LAW.- III. CONCLUSION.-

I. FIRST PART

I.1. INTRODUCTION: TWO WAYS OF UNDERSTANDING THE PUBLIC NATURE OF DISPUTES AND THEIR RESOLUTION

This article methodologically assumes that the ways in which legal disputes are resolved are closely connected to the ways in which they

are originally understood and conceived. Indeed, historically and across legal systems, civil conflicts oscillate along a sort of continuum, ranging from being seen as purely private matters to being regarded as issues of public importance. Correspondingly, the legal procedures employed to resolve them also shift from being considered mechanisms tailored to private interests to being conceived as addressing broader public concerns. There are, basically, two models—in the sense of “abstract theorizations”—of civil processes.

To better understand this assumption, it is useful to take a step back.

As a matter of general fact, civil controversies (at least some of them) possess a disruptive potential. If left unresolved, they can damage relationships, opening the door to revenge, violence and economic instability. Both the dispute itself and the manner in which it is addressed are, therefore, a matter of concern that potentially affects the community as a whole. This awareness is widely shared and transcends legal cultures. At their core, legal systems exist precisely for this reason: to prevent conflicts in the first place, and to provide an institutionalized way to manage and end them once they have occurred. In this respect, and in a very initial sense (a “weak” one), conflict resolution procedures always fulfill a public function. In modern legal orders, States offer a public forum (adjudication) and a final, binding solution (*res judicata*) to a dispute, not only for the benefit of the disputing parties, but also in order to avoid the potential escalation of violence and the disruption of the orderly development of affairs—and thus for the benefit of society at large. Under this first conceptualization, social peace is considered as the primary purpose of procedures. Or, differently stated, the public interest lies not in the specific manner of resolution, but rather in the fact that the dispute is conclusively (and possibly rapidly) resolved.

This is just one very general way to talk about the “publicness” of dispute resolution procedures. However, there is another sense in which one may speak of this publicness in a narrower—and indeed, stronger—way. This second perspective recognizes that, sometimes, private conflicts may implicate some public interests beyond the mere cessation of the controversy. For instance, we may not wish for a contractual conflict between a large corporation and its consumers, or even between two giant companies, to be resolved in just *any* manner, but rather in accordance with the law, for the broader social or economic or political consequences it may have. Similarly, we would not want a mass tort controversy, such as one involving a pharmaceutical product, to be decided through procedures that reflect the imbalances of power at play, but instead through those capable of achieving a correct result, both procedurally and substantially. The matter discussed in those lawsuits might be said to be of public importance. Such cases are numerous in

THE PUBLIC AND THE
PRIVATE IN DISPUTE
RESOLUTION.
REFLECTIONS FOR
A COMPARATIVE
DIALOGUE ON THE
“PUBLIC VALUES” OF
ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO
PRIVADO EN LA
RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
REFLEXIONES
PARA UN DIÁLOGO
COMPARADO SOBRE
LOS «VALORES
PÚBLICOS» DEL
PROCESO CIVIL

today's world: from civil rights or constitutional disputes to consumer and mass-tort class actions, from financial to investment conflicts, from labor to bankruptcy cases, from environmental damages to the emerging global phenomenon of Climate Change Litigation.¹ The same may be said whenever a non-disposable right is at stake, as in family law when a minor is involved, *etc.* In all such scenarios, the public interest extends to the outcomes, too, namely to the fact that the law (even when it is *private law*) is duly applied and actually enforced in each case. In this view, conflict becomes an occasion for the "reassertion" of legal norms within the community.²

This perspective underscores that the manner in which disputes are publicly resolved is of paramount importance as the procedures employed must be structured to achieve a substantially correct result in accordance with the law. Consequently, the design of procedural mechanisms must be instrumental in, and functional to, achieving a legally just final resolution.³

1.2. "WHOSE DISPUTE IS IT?"

As we have seen, the question is first and foremost about the nature of the conflict itself. In the common law (and particularly U.S.) literature, this has received the most extensive reflection. This is due, if we may say so, to a "political theory" reason, namely that in American common law, more than elsewhere, private litigation has played a "bottom-up" regulatory function, *vis-à-vis* other forms of regulation (for example, public, "top-down" ones, more typical of the Continental tradition, such as legislation or administrative-bureaucratic regulation).⁴ However, the following way of approaching it can and should be generalized.

To address this issue, I will draw on the work of one of the most important U.S. procedural law theorists, Carrie Menkel-Meadow. In a path-breaking article dedicated to dispute resolution theory, she provocatively asked "*whose dispute is it?*" (Menkel-Meadow, 1995). When, within a

1 For an example of this dualism, between the private and the public, in this field, e.g., Kysar (2018), and Rossi and Ruhl (2023).

2 In this sense, all law would ultimately assume a public character. The broader question concerns the public function of private law, as it may be argued that private law contributes, as much as public law, to shape the structure of social life according with a particular vision. The discussion transcends the object of this paper. However, see Lucy and Williams (2013) at 52: "Think, again, of contract and tort, equity and trusts, personal and real property. While these areas of law surely protect various 'private' interests individuals have, and allow individuals to achieve various goals, is it not equally true that all members of the community have an interest in these areas of law functioning in those ways? If so, then private law, no less than public law, is a matter of public concern, an interest of, and of relevance to, each and every member of the community in which it exists. And, if all of a community's law is of interest and relevance to all members of that community, then all law is in one sense public (law)." *Cf.* also Papayannis (2016); and Correa-Robles and Pereira-Fredes (2022).

3 On what makes a legal decision "just" (i.e., "correct"), Taruffo (2020).

4 This is, notoriously, a distinct feature of American civil litigation and society. See Kagan (2002) and Viscusi (2002).

society, a legal conflict arises, who does it “belong to”? In her essay, the dispute is treated as a kind of property, an object that, like a physical item, can be possessed and managed by its “owners.” This metaphor is a powerful one. It introduced a novel methodology that permits us to look under a genuinely political light at the problem of the private/public distinction in dispute resolution. The fundamental question it raises is: does a dispute belong solely to the parties actually involved (or all those who might be affected by its effects) or does it belong to society at large? And what determines the answer?

Here is how Carrie Menkel-Meadow (1995) frames the problem:

For those [...] who see adjudication as our public discourse, a case, once filed, becomes the property of the polity and is the *matériel* out of which we fashion our social, legal, political, and maybe even moral contracts. For those who regard our legal system as a public service for private dispute resolution, or as a “democratic and participatory” party-initiated system, the dispute and its resolution remain the property of the parties and can be removed from the system in any way, as long as the parties consent. In a sense we could ask: “Whose Dispute Is It, Anyway?” To whom does a dispute belong when it enters the legal system? Whose “property” is a particular dispute, and who should decide how it should be treated? (pp. 2679-2680).

By posing these questions, Menkel-Meadow had in mind defending private ADR, that is out-of-court means of solving disputes (and mediation in particular), against its critics—such as, as she explicitly states, the legal philosopher David Luban—who opposed the privatization of civil justice, i.e., the tendency of taking dispute resolution away from public fora and outsourcing it to private entities (Luban, 1995). Her aim was to highlight the existence of two distinct concepts of justice: one that is public, achieved according to established laws (“formal justice”) and the other, by no means less worthy, that is private, based on parties’ compromise and achieved through settlement (“substantive” or “informal” justice). In the context of a “process pluralism,” which posits that “each dispute has its own best way to be resolved,” her argument is that if we consider that a certain dispute belongs to the parties, then they alone should have the right to judge its resolution, and no one else (nor the State or the society) (Menkel-Meadow, 2024). “Our dispute” would mean “our justice” (Menkel-Meadow, 1997).

In contrast, adopting the opposite stance—namely that controversies, once they have occurred, belong to the public sphere—leads to the conclusion that they should be solved publicly and justly according to the law. Under this public view—commonly associated, in the United States, with the works of Owen Fiss (1984), Judith Resnik (1994,

THE PUBLIC AND THE PRIVATE IN DISPUTE RESOLUTION. REFLECTIONS FOR A COMPARATIVE DIALOGUE ON THE “PUBLIC VALUES” OF ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFLEXIONES PARA UN DIÁLOGO COMPARADO SOBRE LOS «VALORES PÚBLICOS» DEL PROCESO CIVIL

2003, 2014), David Luban (1995) and more recently Alexandra Lahav (2015, 2016, 2017),⁵ among others, and, in England and Wales, with the ideas of Hazel Genn (2009, 2013)⁶—controversies are primarily seen as occasions for courts to articulate, apply, and enforce the law. When judges publicly determine rights and obligations, they do more than put an end to a conflict: they re-affirm the law’s authority and its significance to the community. The specific conflict serves therefore as a representative instance for future adjudications. The specific legal judgment radiates its effects beyond the immediate dispute. It might potentially enunciate a new law or develop a new doctrine, clarify the meaning of an existing rule or offer a new interpretation of it, or simply reinforce its validity—all of which are public functions. Cases produce precedents. And precedents, in their capacity as public goods, certainly transcend private interests and are not something that can be “owned” and managed by individuals.⁷

Today, globally, these two perspectives seem to coexist at once, giving rise to a situation of “process pluralism.” On the one hand, virtually all judicial systems now encourage, or somehow even force, out-of-court mechanisms to solve small claims or claims lacking particular legal or social resonance. On the other, it is my view, ordinary courts are assuming a growing “global governance” role in sensitive matters that have wide reach. It might be argued that court adjudication is slowly transforming into a venue where social fractures are politically mediated, due to the gaps in political authority in particularly sensitive areas. This trend is particularly evident, e.g., in Climate Change Litigation, which exemplifies how courts are taking on responsibilities that extend beyond conflict resolution or the strict application and enforcement of existing laws (especially tort law) and are attempting to implement new policies (strategic litigation) (Giabardo, 2021). It may be therefore argued that there is a global, *de facto* tendency to entrust civil courts with concentrating on socially or politically sensitive, or legally important, questions, while relegating to private and confidential means the solution of day-to-day controversies.

1.3. SOME NORMATIVE IMPLICATIONS OUTSIDE AND WITHIN ADJUDICATION

Those two theoretical approaches about the nature of controversies carry multiple practical consequences for the methods used to resolve them, outside and within the realm of formal, public adjudication.

5 This contribution was translated into Spanish in 2024. On this, see Giabardo and Tarifa Dianderas (2023).

6 See also Mulcahy (2013).

7 I have explored these public functions in Giabardo (2023). See also, Giabardo and Tarifa Dianderas (2023).

On the one hand, outside adjudication, the public vision entails that arbitration, mediation, conciliation, and other extrajudicial mechanisms are understood as means that might, in the long run, deprive legal systems of the material on which they are built (i.e., courts' decisions) and are therefore something that should be at least looked at with skepticism, if not openly opposed. The opposite is true for those who endorse a more private posture: mediation and all the variety of extrajudicial means should be encouraged, normatively supported and praised for their empowering and democratic potential.

On the other hand, within the realm of civil procedure itself, these competing visions have many practical effects, too, on the ways judicial processes are designed, arranged, and structured.⁸

Indeed, almost every feature of procedural law is influenced by these opposing philosophies: the powers of judges and the scope of judicial case management, the duties imposed on the parties (e.g., the duty to tell the truth, the duty to cooperate with the court and with each other, etc.), the regulation of evidence, the "flexibilization" and contractualization of the rules of litigation by parties' agreement, the structure of appellate review, the access to supreme courts, and so on.⁹ For example, the ongoing global discussion on procedural agreements reflects these tensions.¹⁰ Should litigants have the autonomy to shape aspects of "their own" process in courts as they please? Could established civil procedural rules be altered and arranged differently by parties' mutual consent? And if so, with what limitations, if any? These questions have received different responses in different jurisdictions, and I will not address them here specifically. However, to me, the issue could be reduced to its simplest dimension in this way: if disputes are considered merely private affairs the issue could be reduced to its simplest dimension in this way: if disputes are considered merely private affairs (i.e., if neither the State nor the community has an interest in the way litigation is conducted, not even in the content of the final decision), then there should be few, if any, restrictions on the ability of parties to modify procedural rules. "Our dispute" would mean not only "our justice," but also "our rules" for achieving a resolution.

On the contrary, if the solution to a controversy is considered as something that concerns society at large (because it has an interest that the law is correctly applied to accurately established facts, or that

THE PUBLIC AND THE
PRIVATE IN DISPUTE
RESOLUTION.
REFLECTIONS FOR
A COMPARATIVE
DIALOGUE ON THE
"PUBLIC VALUES" OF
ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO
PRIVADO EN LA
RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
REFLEXIONES
PARA UN DIÁLOGO
COMPARADO SOBRE
LOS «VALORES
PÚBLICOS» DEL
PROCESO CIVIL

8 This is the perspective most relevant here, since the Wach/Klein debate presented in the second part was entirely about the structures and functions of State adjudication. Their disagreements were not about the advantages or the drawbacks of public adjudication *vis-à-vis* alternative means, but rather about models of arranging civil processes. Their perspectives were both rigidly state-centered. On this debate, Pérez Ragone (2014).

9 Cavani and Castillo (2021).

10 For a recent comparative overview on this issue, Schumann Barragán (2022), and P. Fonseca (2017). In the United States legal scholarship, critically, Davis & Hershkoff (2011), and Efron (2018).

the precedents set are fair), then the rules that govern public processes should be generally considered as mandatory and not subjected to party negotiations. With, of course, all the nuances that lie between these two extremes.

I.4. FROM MIRJAN DAMAŠKA'S RECONSTRUCTION BACK TO THE WACH-KLEIN DEBATE

Any analysis of the distinction between “the public” and “the private” in dispute resolution must address the dichotomy between two types of legal processes, that is either “conflict-solving” or “policy-implementing.” This dichotomy is in its essence political, as it is influenced by the varying tasks assigned, from time to time, to state power within a given society.

This terminology and complex interplays have been notoriously introduced and thoroughly investigated by Mirjan R. Damaška in his seminal book *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process* (Damaška, 1986). To summarize: in his comparative inquiry, Damaška elegantly binds together political ideologies, legal sociology, and comparative institutional practices of judicial administration, in order to make intelligible the variety of the procedural models existing globally. He argues that contrasting views about the duties of States and governments (i.e., political ideologies) entail contrasting ideas about the role of law and conflicts in societies (i.e., legal sociology), which in turn implicate divergent structures and rules governing the administration of justice, either criminal or civil (i.e., comparative institutional policies).

More specifically, Damaška famously argued that reactive or minimalist governments¹¹—exemplified by the United States—are traditionally associated with conflict-solving procedures, mostly characterized by adversarial litigation and not concerned with the content of the final decision. In contrast, more active governments¹²—such as, emblematically, dictatorships—are commonly associated with policy-implementing procedures, whose first and foremost goal is, indeed, to translate into practice the content of the nation's policies. Between these two ideal types, there exists a spectrum of infinite variations.

This is of course an oversimplification of a much more intricate and detailed reconstruction—that also includes, for example, the role of different types of “attitudes” towards authority (whether hierarchical or coordinate [Damaška, 1986, part VI, p. 181]). However, even from

¹¹ That is, governments whose disposition is merely “to provide a framework for social interaction” (Damaška, 1986, c. III, p. 71). Consequently, this State “does only two things: it protects order, and it provides a forum for the resolution of those disputes that cannot be settled by citizens themselves” (p. 73).

¹² That is, governments whose disposition is “to manage society” and to transform and change it from the top-down (Damaška, 1986, p. 71).

this brief description it is possible to grasp the intimate link existing between political climates and the different forms of thinking about conflicts and their resolution. The message of the book is that conflict resolution problems are political, rather than merely technical and value neutral. Procedural choices are often influenced, perhaps unconsciously, by political ideologies, understood as a broad set of attitudes and beliefs about society.

It is in such a theoretical framework that the late nineteenth century European debate between Adolf Wach and Franz Klein should be contextualized and understood. Just like in Damaška's reconstruction, that doctrinal battle exemplifies the opposition between a legal process focused on dispute resolution, largely left to the parties' autonomy (championed by Adolf Wach), and the other one (advocated by Franz Klein), oriented towards the enforcement and thus the practical realization of "abstract will of the law" (as Giuseppe Chiovenda used to say).

That discourse emerged against the backdrop of two major political doctrines: European liberalism, on one side, and European, welfare-state ideology, on the other. In this respect, this debate adds an important element to the understanding that conflict resolution is intrinsically political.

The Wach/Klein debate has been important at least for two reasons.

- a. The first is historical. Indeed, it is mainly with Klein's opposition to Wach's individualistic views that the awareness that adjudication carries out also social functions gained full theoretical recognition and visibility within the civil law tradition.
- b. The second is comparative. The ideas discussed in that debate have had a tremendous influence over current codifications of civil procedural laws throughout Europe (not only in Germany and Austria, which were, respectively, the places where Wach and Klein worked, but also in France, Spain and Italy) as well as in Latin America. Their theoretical models have circulated and have been transplanted into the whole civil law tradition. Yet, despite the undoubted global importance for civil justice and the theoretical similarities between the problems addressed and the conceptual tools employed, this debate has received surprisingly little attention in the Anglophone legal literature.¹³ The aim of Part II is to

THE PUBLIC AND THE PRIVATE IN DISPUTE RESOLUTION. REFLECTIONS FOR A COMPARATIVE DIALOGUE ON THE "PUBLIC VALUES" OF ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFLEXIONES PARA UN DIÁLOGO COMPARADO SOBRE LOS «VALORES PÚBLICOS» DEL PROCESO CIVIL

¹³ See, however, the insights provided by Garth (1999), Frodl (2012), Koller (2014), Uzelac (2025), and Van Rhee (2012, 2025). For a concrete application of these doctrine, Števček and Gábris (2020).

begin filling this gap, by offering a preliminary exploration and highlighting the underlying political connections.

II. SECOND PART

II.1.A TAXONOMY OF THE “SOCIAL FUNCTION” OF ADJUDICATION

Before entering into the debate, it is important to offer an overview of how the phrase “social function of adjudication” is used. For this purpose, I will refer to and build on Antonio Carratta’s taxonomy, as outlined in a comprehensive article on this topic (Carratta, 2017, 2019).

In that work, three distinct meanings attributed to the expression “social function of adjudication” in the legal scholarship are identified.

- a. The first one arose in Europe from the end of the nineteenth century to the mid-twentieth. The socio-political environment of that time was still dominated by liberal-individualistic ideas, but social views about society and law began gradually to become more and more popular. In that legal climate, when scholars employed the expression “social function of adjudication,” they did so in a generic fashion, simply to oppose the new conception of civil procedure to the previous, liberal one. There, the word “social” simply equated with “public” or “collective.” In this very first sense, the phrase simply meant that civil adjudication was viewed as a phenomenon that has a relevance for the whole community and not only for the individuals involved, as it is of interest for the entire society that, through the activity of courts, a just, efficient and effective enforcement of legal rights be reached (Carratta, 2017, p. 87). This might be called a “weak version” of the social function, to distinguish it from the second, and it is the version this article will focus on.
- b. The second sense in which the expression “social function of adjudication” may be used refers to the necessity and capacity of procedural designs to represent an instrument of social promotion for lower social classes (Carratta, 2017, p. 88). Here the expression possesses a more distinctive, more precise and stronger meaning: adjudication is (i.e., should be) social as long as it fosters social justice and realizes social equality. Issues such as the costs of litigation, access to justice and legal aid for the underprivileged, as well as the enforcement of collective or diffuse interests through class actions, became principal concerns. “Accessibility” and “fairness” of court

procedures emerged as the guiding principles for the reforms enacted in that period across many Western jurisdictions.¹⁴ This second notion was preponderant in the second half of the twentieth century and it was influenced by legal socialism, the jurisprudential doctrine dominant at that time, which sought, by and large, to promote equality and reduce structural disparities. This meaning gained full recognition with the global human rights movements that considered the principles of equality in a substantial (and not only formal) sense in many constitutions and supranational charters (leading to the “constitutionalization of civil justice”). This ideology lasted approximately until the crisis of the Welfare State, roughly until the end of the 1980s.

- c. The third and last way of understanding the social function of adjudication considers civil procedure in the main as a means of supporting economic activity and the functioning of markets more generally (Carratta, 2017, pp. 89 ss. and 134 ss.). In this sense, the function of adjudication is evaluated primarily in terms of economic efficiency for citizens-as-customers, businesses, and international investments. If—politically speaking—the first notion was linked to the beginning of “The Social” period (in the sense used by Du. Kennedy [2006]) and the second one was preponderant in its most mature phase, this third notion is arguably linked to the rise of Neoliberalism.¹⁵ This last version occupies a central place in current debates concerning the role of courts in today’s societies and the justificatory narratives of the current waves of procedural law reforms. It is expressly embraced by various supranational organizations and institutions, such as the European Union, the former Doing Business Reports of the World Bank, and the World Justice Project—Rule of Law Index, when measuring the efficiency of the administration of justice of different legal systems.

II.2. ADOLF WACH AND “PROCEDURAL LIBERALISM”

Let us now turn, albeit briefly, to the two historical doctrines themselves.

The liberal conception dominated ideologically the studies in civil procedure in Europe in the nineteenth century. The best way to

THE PUBLIC AND THE PRIVATE IN DISPUTE RESOLUTION. REFLECTIONS FOR A COMPARATIVE DIALOGUE ON THE “PUBLIC VALUES” OF ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFLEXIONES PARA UN DIÁLOGO COMPARADO SOBRE LOS «VALORES PÚBLICOS» DEL PROCESO CIVIL

14 See, e.g., Cappelletti (1971), Cappelletti and Garth (1978), and Chiarloni (1972).

15 As is known, Duncan Kennedy has proposed a periodization of legal thought and its “globalizations” divided into three phases. The period of Classical Legal Thought, characteristic of the second half of the nineteenth century, is followed by the social period (“The Social”), which in turn gives way to the current phase, whose defining features remain more uncertain and contested. For an emphasis on neoliberal politics as the distinctive mark of contemporary legal thought, see Tomlins (2015).

understand that view is to conceive it as the “procedural law side” of political liberalism, economic *laissez-faire* and individualism that marked so profoundly the epoch that goes roughly from the beginning to the mid-to-late nineteenth century.

This is not the place to deepen the wider significance of Liberalism. Suffice it to note that it developed as a political doctrine that affirms, at its core, the pre-eminence of individual rights over state power and, consequently, endorses a purely negative function of the latter.¹⁶ By and large, that political and societal environment was marked by a primacy of the private over the public, of the individual over the community, the person over the group, the self over the social, competition over collaboration, and of single parts over the totality.

This political ideology had an impact on almost every domain of public life, and the administration of justice was no exception. The dominant principles of civil procedure were therefore consistent with the assumptions of general political life of that day. Just as in government action there was a preeminence of individual liberties over the prerogatives of public powers, likewise the litigation process was characterized by a preeminence of the parties’ rights and by a minimal intervention of the judge. Just like the minimal State, whose objective was merely to enable individuals to freely act, without intervening, the objective of civil procedural rules was merely to oversee parties’ free interplay. Civil process was considered to have the sole function of solving private disputes, without any further goals. For this reason, it should be treated as a private matter in the hands of the parties at dispute. Trial was a *Sache der Parteien* (literally, a “thing of the parties”), a phrase that has enjoyed lasting success.

In Europe, one of the most prominent advocates of this procedural ideology was the German jurist Adolf Wach (1843-1926), *Privatdozent* of Civil Procedure in many law schools across Germany (Königsberg, Tübingen, Bonn, Leipzig) and one of the first scholars to advance scientifically the doctrinal study of civil procedure.¹⁷

Wach’s theory of controversy was truly liberal: controversies between individuals are, and should remain, extraneous to the State or society. Recalling Menkel Meadow’s metaphor introduced at the beginnings (“whose dispute is it?”), the dispute “belongs” to the parties, and so does the process of adjudication—it is “their” process. The State has no

16 The political philosopher Robert Nozick (1974) famously called it the “night watchman State” or “minimal State.”

17 On Adolf Wach’s legal thought see Chiovenda (1993 [1926]). In Spanish, see the translation of Wach (2018 [1879]).

interest in the way disputes are solved, but just in the fact that they are solved (Wach, 1896, p. 52).¹⁸

At a technical level, procedural liberalism entailed two fundamental and distinct principles that are still in force today in many civil law codifications: the *Dispositionsmaxime* and the *Verhandlungsmaxime*. The first one roughly translates as the concept of “free disposability of the object of litigation” and the second one translates as the notion of “free disposability of means of proof” or “party control over allegations and proof” (jointly, *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*). How to frame the factual and legal questions and to determine the object of litigation, what piece of evidence to present and what not to present, what to hide and what to reveal and, more generally, how to conduct the process until its end should be in principle left to parties’ free interplays and tactical decisions. The role of procedural legislation was merely that of providing a general normative framework within which parties could freely regulate their own conduct and, thus, that of recognizing their full autonomy.

It followed that the judge should be nothing more than a passive umpire. The conception of justice implicitly endorsed therefore was very similar, if not identical, to the “sporting theory of justice,” attacked by Roscoe Pound in the United States (Pound, 1906, p. 738). Adjudication, it was said, is like a competition, or a game, in which the winner is decided not according to an external criterion, but by the parties’ abilities and tactical skills. “May the best win” is the guiding formula. As James Goldschmidt (1874-1940)—a German civil justice scholar who strongly endorsed procedural liberalism—noted concerning this point, Wach’s procedural law ideas represented the faithful transposition in judicial administration of the ideology of liberalism in politics: like in the political arena—he writes—the just and best legal solution should be considered as the one that automatically stems from the free competition of the parties (Goldschmidt, 1925).¹⁹

Since the State does not, and should not, have an interest in the way in which parties conduct “their own” process, it does not have an interest in the correctness of the final decision either. It followed that discovering the factual truth should not be a legitimate or deliberate aim of adjudication, but, at best, an *unexpected result* of it (Wach, 1896, p. 199).²⁰ There was no obligation for the parties to tell the truth. Civil

THE PUBLIC AND THE PRIVATE IN DISPUTE RESOLUTION. REFLECTIONS FOR A COMPARATIVE DIALOGUE ON THE “PUBLIC VALUES” OF ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFLEXIONES PARA UN DIÁLOGO COMPARADO SOBRE LOS «VALORES PÚBLICOS» DEL PROCESO CIVIL

18 “der Civilprocess ist staatliche Privatrechtspflege, die Gewährung des Rechtsschutzes für Mein und Dein. Die Streitsache ist ein dem Staate fremdes, individuelles Interesse” (“Civil procedure is the administration of private law by the State, the granting of legal protection of what is mine and what is yours. The object at dispute is an individual interest, foreign to the State” [my translation]), reported by Carratta (2017, p. 91).

19 On Goldschmidt as a procedural liberal, see Calamandrei (1951).

20 “die Feststellung der Wahrheit ist [...] nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat” (to ascertain the truth is [...] not the aim of the

procedure was conceived as a morally neutral battleground. According to a famous maxim of procedural liberalism, a party in a civil lawsuit stands as one does in politics or in wars: no moral judgments are permitted (Goldschmidt, 1925, p. 292).²¹ And similarly, as reported, the French jurist Raymond Bordeaux, writing in the mid-nineteenth century in his *Philosophie de la procédure civile*, understood litigation as a private war («une guerre privée») (Bordeaux, 1857, p. 15).²²

The liberal view of adjudication informed most European procedural codes of that age. The first was the Napoleonic French Code of 1806 (inspired by liberalism, although drafted under Napoleon's dictatorship, antecedent to Wach's ideas), and then the Italian Code of 1865, the German *Zivilprozessordnung* of 1877 (which retained many features of the Napoleonic model and stood in clear continuity with it) and the Austrian one of 1872.

Liberal ideas are far from being dead in today's discussions. They especially regained popularity, in the late twentieth century, in the Ibero-American context. Civil procedure scholars such as Juan Montero Aroca in Spain (2004), Adolfo Alvarado Velloso in Argentina (2003), Eugenia Ariano Deho in Peru (2006), and in Italy Franco Cipriani²³ (1994, 1995, 2002, 2003a), among others, all based their scholarship on procedural liberalism, in its version known as “*garantismo*” (“guarantism”) (Cipriani, 1994).

II.3. THE “SOCIAL FUNCTION” OF ADJUDICATION IN FRANZ KLEIN’S LEGAL THOUGHT

At the outset of the twentieth century, a completely opposite view of adjudication started to emerge. Not surprisingly, this change of perspective in the judicial administration was triggered by a radically new understanding of society and thus of the State's tasks.

Historically, towards the end of the nineteenth century, society grew in size and complexity. The modern industrial revolution was under way in Europe. Different domains of public life that were previously considered as isolated from one another started then to look like they were interconnected. Both old problems and new solutions assumed a collective dimension. Law itself became more complex, pervasive, ubiquitous. Legal rules began to increasingly occupy and regulate domains that were previously untouched by the law (Teubner [ed.], 1988). Slowly, the State ceased to be considered as “minimal”, and

civil process, neither it should be. It is a desirable result, but not a result that is guaranteed” [my translation]), quoted by Carratta (2017, p. 105).

²¹ “*Es ist im Prozess wie im Krieg und der Politik*” (“It's in the process like in war and politics” [my translation]), quoted by Carratta (2014, p. 53, footnote 15).

²² The phrase is reported and quoted by Panzarola (2021; 2023, p. 391).

²³ In Spanish, selected and translated by Eugenia Ariano, see Cipriani (2003b).

therefore indifferent to individuals' demands, and started to be seen as an active promoter of the concrete well-being of citizens. In this scenario, law played a crucial role. As a public tool, it was meant to trigger legal change, promote equality, and foster social justice, and the State was supposed to be the guardian and supervisor of the "just" application of the law for all its citizens.

Consequently, private conflicts were viewed as opportunities to realize the proper application of the law, and to provoke the transformation of society accordingly. Civil adjudication began to be understood as having the purpose of re-affirming in outer reality the legality that has been breached. In the Continental terminology: through the protection of individual "subjective rights" court adjudication was said to have the (public) function of re-stating and concretely translating the "objective law" ("the law as it is" or "the law in its entirety").

The major advocate of the social task (*soziale Aufgabe*) of adjudication was the Austrian jurist Franz Klein (1854-1926).²⁴ Franz Klein was initially a pupil of Anton Menger (1841-1906), who was a Professor of Law at Vienna University and the major exponent of legal socialism (*soziale Rechtslehre*), a movement loosely inspired by Marxist views. However, although quite radical in his ideas, Menger had no revolutionary goals. Rather, he considered traditional bourgeois institutions, such as legislation and courts, as leading instruments of reform and potential engines of progress towards the achievement of social justice.

Although Franz Klein, for his moderate ideals, should not be considered a legal socialist, he was deeply influenced by Menger's opinions on the transformative role of courts. In Klein's thought, the expression *Sozialfunktion* does not carry a "socialist" connotation (as it would later acquire, when adjudication came to be conceived as a tool to promote social justice) but simply denotes the public character of courts' institutional tasks. Klein's main interests were civil procedure and, later in life, legal sociology. He was a proponent, during his career, of progressive laws on housing policies, public health, company and labor law. He was *Privatdozent* of Civil Procedure and Roman Law and later served as a *Ministerialsekretär* in the Austrian Ministry of Justice (1906-1908, and then, briefly, in 1916). He is remembered as one of the drafters—and the true intellectual father—of the Austrian Code of Civil Procedure (1895), a code that made history of civil procedure and represents a landmark in the development of civil justice theories.

Franz Klein published in 1891, in Leipzig, his major work, titled *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich*

THE PUBLIC AND THE
PRIVATE IN DISPUTE
RESOLUTION.
REFLECTIONS FOR
A COMPARATIVE
DIALOGUE ON THE
"PUBLIC VALUES" OF
ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO
PRIVADO EN LA
RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
REFLEXIONES
PARA UN DIÁLOGO
COMPARADO SOBRE
LOS «VALORES
PÚBLICOS» DEL
PROCESO CIVIL

²⁴ On Klein's procedural thought in the Italian scholarship, see Calamandrei (1925), Cipriani (1995), Chizzini (2011), Marinelli (2011), Trocker (2012) and Picardi (2012).

(“Towards the Future: Discussions on the Problems of the Reform of Civil Procedure in Austria”), a collection of previous essays written by him, which had earlier appeared in the law journal “*Juristische Blätter*” (Klein, 1891). In this work, he delineated his ideas on civil justice and civil procedural institutions, in opposition to those of Liberalism. His view of civil procedure is indeed characterized by a more active role for the judge, most notably with regard to the exercise of fact-finding powers (*iudex potest supplere in facto*), acting as a “director in the substantive sense” of the proceeding, that is, with respect to the powers to determine the object of the dispute (*materielle Prozessleitung*) and not merely over the formal management of the procedural steps; by an obligation for the parties to cooperate actively with each other and with the judge in order to achieve a just resolution of the controversy (*Kooperationsmaxime*); and by a duty to tell the truth (*Wahrheitspflicht*) (Carratta, 2017).

These are principles that have shaped many contemporary codifications and inspire today the functioning of numerous legal systems, both in the civil law tradition and—albeit without direct derivation from Klein’s thought—in common law systems as well. It would therefore not be wrong to speak of a partial convergence of contemporary procedural legislation in this respect.

II.4. SOME PARALLELISMS ON THE PUBLIC FUNCTION OF ADJUDICATION BETWEEN COMMON LAW AND CIVIL LAW

Starting from the analysis that has been carried out, in this section I will seek to demonstrate, although very briefly, some commonalities of concerns between the continental scholars of the past century who reflected on the “social function” of adjudication, and certain representatives of contemporary U.S. scholarship who valorize the public value of litigation (in particular, Owen Fiss, David Luban, and Alexandra Lahav), thus attempting to trace a sort of intergenerational and intercultural dialogue. I therefore wish to report some passages that, given their significance, serve this dialogue particularly well.

The first point of convergence concerns Klein’s conception of civil controversies. He had the merit of looking for the first time at the lawsuit (*Rechtsstreit*) as a “social problem” (*soziale Übel*) (Carratta, 2017, p. 97; Klein, 1891, p. 39). Conflicts damage social cohesion, divert their resources away from far more productive uses, and hinder the correct and smooth functioning of the economy. Society, therefore, needs to resolve them correctly, as quickly as possible, without wasting public money and resources. Civil adjudication needs to be both effective and efficient. Effective, in the sense that the final judicial decisions must correctly apply the relevant (substantive) legal rule to the properly established

facts of the case; and efficient in the sense that it must do so with the least expenditure of (public and private) resources and in the shortest period of time. Thinking of a controversy as a social problem means that it concerns the entire social body. A legal dispute is like a wound; even if only an organ is damaged, it is the entire organism that suffers. This metaphor illuminates a first parallel with Alexandra Lahav's analysis on the importance of civil trials for American public life and democracy. When in her book, significantly entitled *In Praise of Litigation*, she writes as an opening line that "A lawsuit is the result of a tear in the fabric of society," she is adopting, so to say *unwittingly*, a Kleinian perspective (Lahav, 2017, p. 1). For her, enforcing the law (and not just solving the conflict) is one of the social goods adjudication produces. Indeed, as she puts it, litigation is itself a "social good" (Lahav, 2017, p. 148). This, despite all differences, resembles the posture of Klein who conceived adjudication as an institution aimed at the well-being of society (what he called a *staatlicher Wohlfahrtseinrichtung*).

Let us proceed further. Private conflict, in the public view, is a signal of deviation that should be fixed. Litigation is the means to correct it. Civil processes are therefore instrumental for the realization, in the outer world, of the will of the State (or of the will of the people), as embodied in legal texts. The law, when violated, needs to be re-stated and interpreted in those specific circumstances. This need, i.e., that adjudication should correct what has unfolded wrongly, is expressed in the United States by Owen Fiss, in his well-known article *Against Settlement*. Referring to courts as "reactive institutions"—that is, institutions that act only when called upon—he writes that civil adjudication is an "institutional arrangement" that uses state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals (Fiss, 1984, 1086). What emerges clearly here is that the parties' initiative is placed in the service of a public good: the re-establishment of the law's values.

A comparable approach can be found among the Italian scholars who followed Klein's legal thinking. For example, the Italian jurist Emilio Betti (1890-1968), an admirer of the social function of adjudication, wrote that

parties' interest is nothing but a means, through which the purpose of adjudication is achieved; the conflicting private interests are exploited as propulsive devices in order to satisfy the public interest toward the realization of the law for the resolution of the conflict. Giving the victory to the party that is right is not a private interest for the litigants, but a public interest of the entire society (Betti, 1936, pp. 4-5; Carratta, 2017, p. 124).²⁵

25 "L'interesse delle parti non è che un mezzo, mercé il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l'interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare

THE PUBLIC AND THE
PRIVATE IN DISPUTE
RESOLUTION.
REFLECTIONS FOR
A COMPARATIVE
DIALOGUE ON THE
"PUBLIC VALUES" OF
ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO
PRIVADO EN LA
RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
REFLEXIONES
PARA UN DIÁLOGO
COMPARADO SOBRE
LOS «VALORES
PÚBLICOS» DEL
PROCESO CIVIL

And similarly, Francesco Carnelutti (1879-1965), one of the most influential Italian legal scholars of the last century, in his monumental *Sistema di diritto processuale civile* wrote: “The adjudication is not carried out in the interest of the parties, as the interest of the parties at dispute is a means by which the public scope of adjudication is realized” (Carnelutti, 1936, p. 216).²⁶ And in his *Lezioni di diritto processuale civile* he made an assertion that may appear quite radical: “It is not adjudication that serves litigants, but rather litigants serve adjudication” (Carnelutti, 1920, II, p. 142).²⁷

All these statements, at least in spirit, do not seem far from what the legal philosopher David Luban expressed in his article *Settlement and the Erosion of the Public Realm* (1995) which highlights this function of adjudication in identifying social needs and giving them form, through and following the initiative of the parties:

Instead of treating adjudication as a social service that the state provides disputing parties to keep the peace, the public life conception [...] treats disputing parties as... an occasion for the law to work itself pure [...] the litigants serve as nerve endings registering the aches and pains of the body politic, which the court attempts to treat by refining the law. Using litigants as stimuli for refining the law is a legitimate public interest in the literal sense [...] The law is a self-portrait of our politics, and adjudication is at once the interpretation and the refinement of the portrait (Luban, 1995, p. 2638).

III. CONCLUSION

This article began with an observation: while I was studying the debate on the public function of litigation in the common law context (in particular, within the framework of a critique of the privatization of dispute resolution), I encountered a series of arguments that, despite the profound institutional, cultural, political, and legal differences, felt *familiar*. To me, they were similar to a European debate—presented here, inevitably, in a broad and certainly insufficient way—that dates back to the late nineteenth century, extends throughout the twentieth, and has had a tremendous influence both on the methodology of civil procedural scholarship and on the procedural codes currently in force across the civil law world. Nonetheless, it is almost entirely unknown to common law scholars. It was for this reason that I first sought to introduce these discussions to an Anglophone audience, using common

l'interesse pubblico all'attuazione della legge per la composizione del conflitto. Il dare ragione a chi ce l'ha, dal punto di vista sostanziale, non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico della società intera.” On Betti’s procedural thinking, see Carratta (2022).

26 “Il processo civile non si fa mai nell’interesse delle parti, in quanto l’interesse delle parti è un mezzo per il quale lo scopo pubblico del processo si attua.”

27 “Non il processo serve ai litiganti, ma i litiganti servono al processo.”

law categories, initially in 2019, at the Center for the Study of Dispute Resolution of the Missouri Law School, as part of the Annual Meeting of the American Society of Comparative Law, and finally set down in this article.

My primary aim was, and is, to bring civil and common law authors into dialogue. A dialogue that is both challenging and possible. Challenging from a comparative law viewpoint, given the “exceptionalisms” of the American legal context that must be carefully taken into account. Possible—as I have sought to show, briefly, in Par. VIII—as it demonstrates that certain theoretical concerns transcend jurisdictional boundaries and political sensibilities. The private/public continuum in dispute resolution is, in the end, a question of general legal theory. And that, ultimately, is what this inquiry has been about.

BIBLIOGRAPHY

Alvarado Velloso, A. (2003). *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Zeus.

Ariano Deho, E. (2006). En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario. In J. Montero Aroca (Ed.) *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 357-ss.), Valencia: Tirant lo Blanch.

Betti, E. (1936). *Diritto processuale civile italiano* (2nd ed.). Roma: Foro Italiano.

Bordeaux, R. (1857). *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*. Evreux: Hérissey.

Calamandrei, P. (1925). L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco. *Rivista di diritto processuale civile*, I, 80-ss.

Calamandrei, P. (1951). Un Maestro di liberalismo processuale. *Rivista di diritto processuale*, 4(1), 1-ss.

Cappelletti, M. (1971). Social and Political Aspects of Civil Procedure. Reforms and Trends in Western and Eastern Europe. *Michigan Law Review*, 69(5), 847-ss.

Cappelletti, M., & Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), 181-ss.

Carnelutti, F. (1920). *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (vol. II). Padova: Cedam.

Carnelutti, F. (1936). *Sistema di Diritto Processuale Civile* (vol. I). Padova: Cedam.

Carratta, A. (2014). Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXVIII(1), 47-ss.

Carratta, A. (2017). La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo. In F. Macario and M. N. Miletto (Eds.), *La funzione sociale nel diritto privato tra il XX e il XXI secolo* (pp. 87-ss.). Roma: Tre Press.

THE PUBLIC AND THE
PRIVATE IN DISPUTE
RESOLUTION.
REFLECTIONS FOR
A COMPARATIVE
DIALOGUE ON THE
“PUBLIC VALUES” OF
ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO
PRIVADO EN LA
RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
REFLEXIONES
PARA UN DIÁLOGO
COMPARADO SOBRE
LOS «VALORES
PÚBLICOS» DEL
PROCESO CIVIL

Carratta, A. (2019). La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 19(1), 11-ss.

Carratta, A. (2022). L'eredità bettiana nel diritto processuale civile. In A. Carratta, L. Loschiavo and M.U. Sperandio, *Emilio Betti e il Processo Civile* (pp. 237-ss.). Roma Tre Press.

Cavani, R., & Castillo, A. (2021). Garantismo y publicismo en el proceso civil: un enfoque analítico. *Derecho PUCP*, (87), 433-ss. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.013>

Chiarloni, S. (1972). Diritto processuale civile e società di classi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 27(1), 733-ss.

Chiovenda, G. (1993 [1926]). Adolf Wach. In *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)* (vol. I, pp. 263-ss.). Milano: Giuffrè.

Chizzini, A. (2011). Franz Klein e i patres della procedura civile. *Il giusto processo civile*, (3), 739-ss.

Cipriani, F. (1994). Autoritarismo e garantismo nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (1), 24-61.

Cipriani, F. (1995). Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 50(4), 967-1004.

Cipriani, F. (2002). Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (4), 1243-1262.

Cipriani, F. (2003a). Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (2), 455-ss.

Cipriani, F. (2003b). *Batallas por la justicia civil. Ensayos*. Lima: Cultural Cuzco.

Correa-Robles, C., & Pereira-Fredes, E. (2022). Derecho privado y proceso civil: más allá del interés individual. *Revista chilena de derecho privado*, (38), 173-ss. <https://doi.org/10.32995/S0718-80722022645>

Damaška, M.R. (1986). *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven and London: Yale University Press.

Davis, K.E., & Hershkoff, H. (2011). Contracting for Procedure. *William & Mary Law Review*, 53(2), 507-565.

Effron, R. (2018). Ousted: The New Dynamics of Privatized Procedure and Judicial Discretion. *Boston University Law Review*, 98(1), 127-186.

Fiss, O. (1984). Against Settlement. *Yale Law Journal*, 93(5), 1073-1090. <https://doi.org/10.2307/796205>

Fonseca, J.P. (2017). The Changing Role of Courts Between the Privatization of Adjudication and the Privatization of Procedure. In L. Cadiet, B. Hess, M. Requejo Isidro (eds), *Approaches to Procedural Law: The Pluralism of Methods, Study of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European*

and Regulatory Procedural Law (vol. 9, pp. 147-ss.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Frodl, S. (2012). The Heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895 – 1896. *Civil Justice Quarterly*, 31(1), 43-ss.

Garth, B. (1999). Franz Klein, Mauro Cappelletti, and the Mission of Comparative Procedural Scholars: opening lecture for International Association of Procedural Law. *Derecho PUCP*, (52), 555-563. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6416/6472>

Genn, H. (2009). *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139192378>

Genn, H. (2013). What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24, 397-417.

Giabardo, C.V. (2021). Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime: Towards a “Judicial Governance” of Climate Change? In B. Pozzo and V. Jacometti, *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective* (pp. 393-ss.). London: Intersentia.

Giabardo, C.V. (2023). Valores públicos y proceso civil en el derecho comparado (Algunas reflexiones a partir de la obra de Eugenia Ariano). *Revista de Processo*, 343, 427-450.

Giabardo, C.V., & Tarifa Dianderas, C.L. (2023). Una defensa de las funciones públicas del proceso. Una discusión a propósito de Alexandra Lahav, In Praise of Litigation (2017). *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (26), 77-96. <http://www.rtfed.es/numero26/03-26.pdf>

Goldschmidt, J. (1925, [1962]). *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin: Scientia.

Kagan, A. (2002). *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Harvard University Press.

Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. In D.M. Trubek, A. Santos (Eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (pp. 19-ss.), Cambridge: Cambridge University Press.

Klein, F. (1891). *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprocessreform in Österreich*. Wien-Leipzig: Deuticke.

Koller, C. (2014). Civil Justice in Austro-German Tradition. The Franz Klein Heritage and Beyond. In A. Uzelac (Ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems* (pp. 35-ss.). London: Intersentia.

Kysar, D.A. (2018). The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk-Regulation Mechanism. *European Journal of Risk Regulation*, 9(1), 48-ss.

Lahav, A. (2015). Participation and Procedure. *DePaul Law Review*, 64(2), 513-537.

Lahav, A. (2016). The Roles of Litigation in American Democracy. *Emory Law Review*, 65(6), 1657-1704.

THE PUBLIC AND THE
PRIVATE IN DISPUTE
RESOLUTION.
REFLECTIONS FOR
A COMPARATIVE
DIALOGUE ON THE
“PUBLIC VALUES” OF
ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO
PRIVADO EN LA
RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
REFLEXIONES
PARA UN DIÁLOGO
COMPARADO SOBRE
LOS «VALORES
PÚBLICOS» DEL
PROCESO CIVIL

- Lahav, A. (2017). *In Praise of Litigation*. Oxford: Oxford University Press.
- Lahav, A. (2024). *En defensa de la litigación. Estudio sobre el valor democrático del proceso civil* [C. Tarifa, Spanish transl.]. Lima: Palestra Editores.
- Luban, D. (1995). Settlement and the Erosion of the Public Realm. *Georgetown Law Journal*, 83(7), 2619-ss.
- Lucy, W., & Williams, A. (2013). Public and Private. Neither Deep nor Meaningful? In K. Barker, and D. Jensen (Eds.), *Private Law. Key Encounters with Public Law* (pp. 45-ss.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Marinelli, M. (2011). La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle. *Il giusto processo civile*, (3), 771-ss.
- Menkel-Meadow, C. (1995). Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases). *Georgetown Law Journal*, 83, 2663-2696.
- Menkel-Meadow, C. (1997). When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: Conflicts Among Dispute Professionals. *University of California Los Angeles Law Review*, 44, 1871-1933.
- Menkel-Meadow, C. (2024). Dispute Resolution as Civil Justice: The Evolution of Process Pluralism. In A. Bloom, D. Engel and R. Jolly (Eds.), *Research Handbook on Civil Justice* (pp. 113-ss.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Montero Aroca, J. (2004). El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 6, 15-ss.
- Mulcahy, L. (2013). The Collective Interest in Private Dispute Resolution. *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(1), 59-80.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: HarperCollins Publishers.
- Panzarola, A. (2021). Considerazioni sul c.d. processo politico. *Judicium*, (March).
- Panzarola, A. (2023). “Proceso e democrazia”: il garantismo processuale nelle lezioni messicane del 1952 di Piero Calamandrei. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 39(1), 369-ss.
- Papayannis, D. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Ragone, Á. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42(1), 523-551.
- Picardi, N. (2012). Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et Ius*, (1). <https://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/picardi.pdf>
- Pound, R. (1906). The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. *American Law Review*, 40, 729-ss.

Resnik, J. (1994). Whose Judgment? Vacating Judgments, Preferences for Settlement, and the Role of Adjudication at the Close of the Twentieth Century. *UCLA Law Review*, 41, 1471-ss.

Resnik, J. (2003). For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *University of Miami Law Review*, 58(1), 173-ss.

Resnik, J. (2014). The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75. *University of Pennsylvania Law Review*, 162(7), 1793-1838.

Rossi, J., & Ruhl, J.B. (2023). Adapting Private Law for Climate Change Adaptation. *Vanderbilt Law Review*, 76(3), 827-ss.

Schumann Barragán, G. (2022). *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*. Madrid: Marcial Pons.

Števček, M., & Gábriš T. (2020). The recast civil procedure and legacy of Franz Klein in the Slovak republic. *EJTS, European Journal of Transformation Studies*, 8(2), 106-133.

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Lima: Zela.

Teubner, G. (ed.). (1988). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: De Gruyter.

Tomlins, C. (2015). The Presence and Absence of Legal Mind: A Comment on Duncan Kennedy's Three Globalizations. *Law & Contemporary Problems*, 78(1), 1-17.

Trocker, N. (2012). La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo. *Il giusto processo civile*, 1, 31-78.

Uzelac, A. (2025). Comparative Studies of Civil Procedure. In M. Wo and C. van Rhee (Eds.), *Comparative Civil Procedure*. Cheltenham and Northampton: Elgar Pub.

Van Rhee, C.H. (2012). Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective. In X. Kramer and C. H. van Rhee (Eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*. Berlin: Springer.

Van Rhee, C.H. (2025). History of Civil Procedure. In M. Wo and C. van Rhee (Eds.), *Comparative Civil Procedure*. Cheltenham and Northampton: Elgar Pub.

Viscusi, W.K. (2002). *Regulation Through Litigation*. Brookings Institution Press.

Wach, A. (1896). *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung: gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879* (2nd ed.). Bonn: Adolf Marcus Verlag.

Wach, A. (2018 [1879]). *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Santiago de Chile: Olejnik.

THE PUBLIC AND THE PRIVATE IN DISPUTE RESOLUTION. REFLECTIONS FOR A COMPARATIVE DIALOGUE ON THE "PUBLIC VALUES" OF ADJUDICATION

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. REFLEXIONES PARA UN DIÁLOGO COMPARADO SOBRE LOS «VALORES PÚBLICOS» DEL PROCESO CIVIL

Recibido: 31/10/2025
Aprobado: 15/05/2026

INTERDISCIPLINARIA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Fiscalidad del comercio de productos de segunda mano a través de plataformas *online*: comparación entre países europeos y propuesta de mejora^{*}

Taxation of Re-commerce Through Online Platforms:
Cross Comparison Between Selected European Countries
and Proposal for Improvement

SERGIO LUIS NÁÑEZ ALONSO^{**}

Universidad Católica de Ávila (España)

JAROSŁAW KACZMAREK^{***}

Cracow University of Economics (Polonia)

SUSANA ALDEIA^{****}

Universidade Portucalense Infante D. Henrique (Portugal)

Resumen: La compraventa de bienes usados entre particulares ha dado un salto exponencial con plataformas como Ebay, Wallapop o Vinted, lo que ha desbordado un esquema tributario diseñado para mercadillos físicos. El estudio parte de esa realidad: garantizar que quienes venden declaren sus ingresos y, a la vez, no sofocar con trámites a quien solo se desprende ocasionalmente de objetos domésticos. Se ha revisado la Ley General Tributaria, el IRPF, el IVA y el ITP españoles, así como la transposición de la Directiva 2021/514 o DAC7. A su vez, se hace una comparativa entre varios países europeos: España, Francia, Alemania, Portugal, Italia y Polonia. La DAC7 obliga desde 2024 a que las plataformas reporten a Hacienda cuando un usuario supera treinta operaciones o 2000 € en un año, dotando a la Administración de la trazabilidad que faltaba, pero sin uniformar la forma en que cada país grava esas ventas. España destaca por mantener el Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITP) sobre bienes muebles, un tributo residual que apenas se liquida, lo que evidencia una necesidad de simplificación fiscal y de convergencia europea. Como conclusiones se propone: primero, fijar un umbral único que distinga al vendedor ocasional del profesional y evite la elusión, aprovechando diferencias nacionales; segundo, concentrar la imposición en

* Sergio Luis Nández Alonso ha desarrollado esta investigación como parte del proyecto financiado por la European Commission-Horizon Europe Framework Program under Grant 101159060AIdesignTEX. El apoyo de la Comisión Europea a este proyecto no implica la aprobación de su contenido, que refleja únicamente las opiniones de los autores.

** Doctor y profesor titular en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Ávila. Miembro del Grupo de Investigación DEKIS.

Código ORCID: 0000-0001-5353-2017. Correo electrónico: sergio.nanez@ucavila.es

*** Doctor habilitado y profesor de la Cracow University of Economics.

Código ORCID: 0000-0002-2554-814X. Correo electrónico: kaczmaj@uek.krakow.pl

**** Doctora y profesora asociada de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique (Portugal), vinculada al Research on Economics, Management and Information Technologies (Remit), y al Instituto Jurídico Portucalense (IJP).

Código ORCID: 0000-0002-2611-7683. Correo electrónico: saldeia@upt.pt

el IRPF y el IVA, además de eliminar gravámenes ineficaces como el ITP, o al menos eximir las microoperaciones; tercero, introducir incentivos verdes (tipos reducidos de IVA y créditos fiscales por reparación o reventa) para que la fiscalidad se alinee con los objetivos de economía circular; y, por último, reforzar la cooperación digital con registros estandarizados y límites claros al uso y la conservación de los datos, de modo que la transparencia no afecte a la privacidad ciudadana.

Palabras clave: Re-commerce, fiscalidad digital, economía circular, IRPF, IVA, plataformas C2C, DAC7.

Abstract: The sale of second-hand products between individuals has grown exponentially with platforms such as Ebay, Wallapop and Vinted, overwhelming a tax system designed for physical markets. The study is based on this reality: ensuring that sellers declare their income while not burdening those who only occasionally sell household items with red tape. The Spanish General Tax Law, personal income tax, VAT, and property transfer tax have been reviewed, as well as the transposition of the Directive 2021/514 or DAC7. In turn, a comparison is made between several European countries: Spain, France, Germany, Portugal, Italy, and Poland. From 2024, DAC7 will require platforms to report to the tax authorities when a user exceeds thirty transactions or 2000 € in a year, providing the Administration with the traceability it lacked, but without standardizing the way in which each country taxes these sales. Spain stands out for maintaining the ITP on movable property, a residual tax that is rarely paid, highlighting a need for tax simplification and European convergence. The conclusions proposed are as follows: first, to set a single threshold to distinguish between occasional sellers and professionals and prevent tax avoidance by exploiting national differences; second, to concentrate taxation on personal income tax and VAT and eliminate ineffective taxes such as the ITP, or at least exempt micro-transactions; third, introduce green incentives (reduced VAT rates and tax credits for repair or resale) to bring taxation into line with circular economy objectives; and, finally, strengthen digital cooperation with standardized registers and clear limits on the use and storage of data, so that transparency does not affect citizens' privacy.

Keywords: Re-commerce, digital taxation, circular economy, personal income tax, VAT, C2C platforms, DAC7.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO CONCEPTUAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN.- III. NORMATIVA FISCAL APLICABLE EN ESPAÑA.- III.1. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS (IRPF): GANANCIAS Y PÉRDIDAS.- III.2. TRATAMIENTO FISCAL EN EL ITP DE VENTAS C2C DE BIENES USADOS EN PLATAFORMAS DIGITALES.- III.3. TRATAMIENTO FISCAL EN EL IVA EN OPERACIONES C2C MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.- IV. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES C2C BAJO LA DAC7.- V. PERSPECTIVA COMPARADA INTERNACIONAL.- VI. PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA EN EL COMERCIO DIGITAL DE SEGUNDA MANO (*RE-COMMERCE*) VÍA PLATAFORMAS C2C.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década el mercado de segunda mano ha experimentado un salto cualitativo (Madrigal Moreno *et al.*, 2023; Zhigui Jiménez *et al.*, 2024). Así, de los mercadillos callejeros tradicionales, como El Rastro (Madrid) o Els Encants (Barcelona), se ha dado el salto a plataformas *online* como eBay, Wallapop y Vinted, que eliminan barreras geográficas y permiten transacciones 24/7 entre particulares. Este *re-commerce* responde simultáneamente a varias motivaciones. En primer lugar, a motivaciones económicas. Más allá del incentivo directo de «precio de entrada» inferior, los mercados de segunda mano permiten a los consumidores *monetizar* activos infrautilizados (un teléfono, una prenda de lujo o un mueble *vintage*) y financiar así nuevas compras (Tangri & Yu, 2023). Además, cuando las plataformas aportan señales creíbles sobre la autenticidad y el estado del producto (certificados, fotografías 360°, reputación del vendedor), se reduce la asimetría de información y la incertidumbre percibida, lo que libera nueva demanda y eleva el valor de reventa de los bienes de gama alta (Pandey *et al.*, 2024).

En segundo lugar, a motivaciones ambientales. Alargando la vida útil de los productos y evitando la fabricación de un artículo nuevo, cada operación de *re-commerce* ahorra materias primas vírgenes y emisiones de CO₂, contribuyendo a los objetivos de neutralidad climática de la Unión Europea. Los trabajos de Arman y Mark-Herbert (2021) demuestran que la reutilización *entre pares* puede reducir hasta un 33 % la huella de carbono asociada al ciclo de vida de bienes de consumo duradero.

En tercer lugar, a motivaciones sociales y tecnológicas. El ecosistema de *re-commerce* está evolucionando desde simples plataformas de clasificados hacia redes sociodigitales donde las comunidades negocian, reparan y recombinan valor. Los grupos de Facebook, WhatsApp o Telegram analizados por Xien *et al.* (2025) funcionan como *nodos logísticos comunitarios* que acortan las distancias entre oferta y demanda local, aumentan la confianza y aceleran la rotación de inventario, especialmente —tal y como indica el estudio de Madrigal Moreno *et al.* (2023)— entre usuarios jóvenes de la generación Z. En paralelo, los *retailers* de moda implantan «operaciones de *re-commerce* de marca» (*branded resale*) apoyadas en proveedores *back-end* que gestionan autenticación, reacondicionado y *fulfillment* a escala industrial (Herman & Kim, 2024). Según recogen Herman y Kim (2024), se trata de un sector que genera 36 000 millones de dólares y que se duplicó en 2025. Desde la perspectiva tributaria, la economía de plataforma asociada a este *re-commerce* ha dado lugar a un nuevo perfil de contribuyente: pequeños perceptores de rentas derivados del autoempleo y de la explotación de activos infrautilizados, cuyo cumplimiento fiscal se ve dificultado por los esquemas tradicionales de gestión tributaria (Calderón Corredor, 2020).

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

Por tanto, el crecimiento de estas transacciones genera un doble desafío fiscal. En primer lugar, está el de asegurar que los ingresos se declaren correctamente. En segundo lugar, comprobar que las figuras tributarias tradicionales (ITP, IRPF, IVA)¹ que gravan intercambios entre consumidores digitalizados (en adelante, C2C) no desincentivan los anteriores. En España, esta falta de adaptación no es solo normativa, sino también sociológica. Como recuerda Lucas Durán (2018), la tradicional imposibilidad administrativa de conocer transmisiones gravadas por el ITP y AJD² entre particulares ha generado «una suerte de conciencia colectiva de que no había de tributarse por tales compraventas» cuando, en realidad, se trataba de «una economía sumergida que impedía su fiscalización pública» (pp. 131 y 139). Al mismo tiempo, en la era digital «la fiscalización de las operaciones es mucho más sencilla, donde su trazabilidad se eleva a extremos muy relevantes» (pp. 131 y 139).

A consecuencia de la situación anterior, la Unión Europea ha reaccionado a través de la Directiva 2021/514 (2021) (en adelante, DAC7). Esta directiva, está vigente en España desde el 1 de enero de 2024 y obliga a las plataformas a compartir información fiscal de los vendedores con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT). A su vez, el Real Decreto 117/2024 (2024) transpone la DAC7, y ha fijado umbrales de treinta operaciones o 2000 € anuales para que la comunicación de la plataforma a la AEAT sea obligatoria.

Partiendo del contexto previamente descrito, el artículo persigue: en primer lugar, describir el régimen tributario aplicable a la compraventa *online* de bienes usados en España. En segundo lugar, realizar una comparativa de la fiscalidad de estas operaciones entre varios países europeos seleccionados, a saber: Alemania, España, Francia, Italia, Portugal y Polonia. En tercer lugar, proponer mejoras que equilibren recaudación y fomento de la economía circular. El estudio emplea un análisis doctrinal-normativo de la Ley General Tributaria (2003), la Ley 35/2006 (2006) (en adelante, LIRPF), la Ley 37/1992 (1992) (en adelante, LIVA), el Real Decreto Legislativo 1/1993 o TRLITP-AJD (1993) y el Real Decreto 117/2024 (2024). Ello se complementa con la doctrina administrativa emanada del Tribunal Económico Administrativo Central y de la Dirección General de Tributos (en adelante, TEAC/DGT), así como con la revisión normativa de los países anteriormente referenciados.

El artículo se encuentra estructurado como sigue. En la introducción, se explica qué es la economía colaborativa, su auge, la metodología y los objetivos. A continuación, se examina el marco español, analizando

1 ITP: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

2 AJD: Actos Jurídicos Documentados.

cómo IRPF, ITP e IVA, junto con las obligaciones formales, gravan las ventas entre particulares. En el siguiente apartado, son analizadas las propias plataformas bajo la normativa DAC7, además de los posibles deberes de retención y las cláusulas contractuales *tax-compliant* que ya incorporan algunas empresas como Wallapop o Vinted. A continuación, son objeto de análisis los usuarios (vendedor ocasional frente a habitual) y se indican los umbrales que marcan las obligaciones fiscales. Posteriormente, se compara la situación de tributación en España con los casos de Alemania, Francia, Italia, Portugal y Polonia. Luego, se ofrece una serie de propuestas de mejora normativa. El trabajo concluye resumiendo los hallazgos, señalando sus implicaciones para legisladores y plataformas, y apuntando futuras líneas de investigación.

II. MARCO CONCEPTUAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

La denominada economía colaborativa describe un ecosistema en el que particulares intercambian bienes o servicios a través de infraestructuras digitales que reducen los costes de transacción y favorecen el acceso frente a la propiedad (Hernández Carrión, 2022; Sastre-Centeno & Inglada Galiana, 2019). Las plataformas pioneras como eBay en 2002, seguida posteriormente de Wallapop, Milanuncios o Vinted, han impulsado «una nueva forma de consumo apoyada en la economía colaborativa, la cual impulsa la venta de bienes mediante el intercambio y la utilización de bienes y servicios entre iguales» (Chivite Cebolla *et al.*, 2021). Este fenómeno se ha visto potenciado por la digitalización, pues las aplicaciones móviles permiten operaciones inmediatas, sortear la distancia geográfica y ofrecer medios de pago seguros que incrementan la confianza de los usuarios (Merino-Saum *et al.*, 2023; Rühl & Palomo Zurdo, 2019). Dentro de este marco surge el *re-commerce* (comercio de bienes usados mediado por tecnología), cuyo núcleo son los mercados C2C. Aunque la compraventa de segunda mano existe desde hace décadas (mercadillos como El Rastro o Els Encants), la digitalización ha «revolucionado la forma de comercializar, eliminando barreras geográficas y facilitando las transacciones» (Merino-Saum *et al.*, 2023).

La expansión del *re-commerce* obedece a la suma de motivaciones económicas, sociales y medioambientales que se han ido superponiendo a lo largo del tiempo. Desde la vertiente económica, la situación económica que siguió a la crisis financiera de 2008 llevó a numerosas familias a liquidar parte de su patrimonio doméstico en los circuitos de segunda mano a fin de compensar la pérdida de renta real; al mismo tiempo, los hogares compradores se decantaron por artículos usados debido a su precio comparativamente menor (James *et al.*, 2010). Hoy, en un entorno marcado por la inflación, la venta en línea se ha convertido en una fuente de ingresos complementarios (particularmente relevante

349

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

para jóvenes y estudiantes); mientras que la compra de segunda mano se consolida como una estrategia de consumo austero (Herjanto *et al.*, 2023; Mobarak *et al.*, 2025).

En el plano macroeconómico, la transición hacia una economía circular que impulsa la Unión Europea supone el poder crear en el sector en torno a 700 000 empleos netos antes de 2030 (Cambridge Econometrics *et al.*, 2018). Hay que sumar a ello la posible generación de un beneficio anual estimado de 1.8 billones de euros si se implantan plenamente los principios de circularidad (McKinsey Center for Business and Environment, 2015). A aquello se añade el hecho de que otorgar «una segunda vida» a los productos puede reducir hasta un 42 % las emisiones de CO₂ y la huella hídrica asociadas a cada uso frente a la compra de artículos nuevos (Klooster *et al.*, 2024). Por último, las motivaciones del consumidor han evolucionado hasta situar a la sostenibilidad (junto con el precio y la posibilidad de encontrar artículos descatalogados) entre las tres razones principales para recurrir al mercado de segunda mano. Los primeros trabajos identificaron estos motivos en factores económicos, críticos y recreativos (Guiot & Roux, 2010), y los estudios más recientes confirman que la sostenibilidad se ha convertido ya en una palanca decisiva de la elección de compra (Gilal *et al.*, 2024).

«Bien usado» y «compraventa entre particulares» no son meros conceptos descriptivos, pues vienen a determinar la frontera entre la imposición directa e indirecta. Además, condicionan las obligaciones formales de los usuarios de plataformas digitales de compraventa *online*. En el derecho español, el punto de partida lo ofrece el artículo 1.445 del Código Civil (1889), que concibe la compraventa como el contrato por el cual «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto». La naturaleza del objeto (ya sea nuevo o usado) no altera la esencia del contrato; pero, no obstante lo anterior, sí condiciona el régimen jurídico y, en particular, el tratamiento fiscal de la operación.

La noción de «bien usado» aparece en el artículo 135 de la LIVA (1992), que regula el Régimen Especial de Bienes Usados (en adelante, REBU), como aquel producto «utilizado previamente por un tercero y que es objeto de una venta por un revendedor». Este régimen es aplicable cuando el transmitente actúa como revendedor profesional. En cualquier caso, el bien debe haber experimentado un uso real que lo distinga de un *stock* nuevo y conservar aptitud funcional para su destino ordinario.

El carácter «civil» o «mercantil» de la venta depende de la condición de las partes y de la finalidad perseguida. Los artículos 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (2007) o TRLGDCU definen, respectivamente, al

consumidor como «quien actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial» y al empresario como «quien opera en el marco de esta». Complementariamente, el artículo 326 del Código de Comercio (1885) excluye de la compraventa mercantil la reventa puntual realizada por una persona no comerciante. Cuando ambas partes son consumidores y la transmisión carece de habitualidad o ánimo de lucro, entonces la operación se rige por el Código Civil y se califica como compraventa entre particulares.

Esta distinción es trascendental desde la perspectiva tributaria por lo siguiente:

1. Si el vendedor no es empresario ni profesional, la entrega queda fuera del ámbito del IVA y, por exclusión, puede quedar sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITP) en la modalidad TPO.
2. En cambio, si el transmitente actúa con habitualidad o ánimo de lucro, la operación se integra en el IVA (bajo el REBU) y queda entonces exento del ITP, con la consiguiente obligación de repercutir el impuesto o declarar las operaciones bajo DAC7.

Desde el punto de vista del vendedor particular, solo se genera obligación en el IRPF cuando la diferencia entre valor de transmisión y de adquisición produce una ganancia patrimonial.

III. NORMATIVA FISCAL APLICABLE EN ESPAÑA

Como se ha indicado previamente, la expansión de los mercados C2C genera retos fiscales, como garantizar la correcta declaración de los ingresos y adaptar figuras tradicionales (IRPF, IVA e ITP) a los intercambios digitales entre consumidores.

III.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF): ganancias y pérdidas

La DAC7 (2021) —transpuesta en España mediante la Ley 13/2023 (2023) y el Real Decreto 117/2024 (2024)— impone a las plataformas la obligación de reportar a la Agencia Tributaria los vendedores que superen treinta operaciones y 2000 € anuales. A efectos del IRPF en España, la Ley 35/2006 (2006) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas define las ganancias y pérdidas patrimoniales como «las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel» (art. 33.1).

El cálculo se basa en la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición (art. 34.1.a). No se computarán como pérdidas las

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

debidas al consumo o desgaste normal de los bienes de uso personal (art. 33.5.b), por lo que vender por debajo del coste no genera pérdida deducible. Cuando el precio de venta supera al de compra, aparece una ganancia patrimonial que debe integrarse en la base del ahorro del IRPF del ejercicio en que se produce la venta. Los tipos vigentes en 2025 oscilan entre el 19 % y el 28 %, según el importe acumulado. El valor de adquisición incluye el precio efectivo más gastos vinculados (impuestos pagados, mejoras, comisiones de compra), mientras que el valor de transmisión es el precio cobrado menos los gastos asumidos por el vendedor (comisiones de la plataforma, envíos) (Ley 35/2006, 2006, art. 35). Por tanto, la correcta documentación de ambos valores resulta esencial pues, en ausencia de prueba, la Administración puede estimarlos —incluso fijar el valor de adquisición en cero—, incrementando la cuota a ingresar. La DGT ha confirmado la tributación de plusvalías en consultas como la Consulta Vinculante V2696-20 (2020) —ganancia en la venta de un vehículo de 6000 €— y ha negado la deducibilidad de pérdidas en la Consulta Vinculante V1761-18 (2018). Este criterio se ha reiterado en otras consultas vinculantes relativas a la venta de bienes del patrimonio personal, como la Consulta Vinculante V0011-22 (2022) (cartas coleccionables de un juego de rol) y la Consulta Vinculante V0372-21 (2021) (venta de joyas). En ambas, la DGT insiste en que la transmisión genera, en su caso, una ganancia patrimonial integrada en la base del ahorro y en que no son deducibles las pérdidas derivadas del consumo o desgaste normal del bien.

La venta esporádica de efectos personales por parte de un particular queda fuera del ámbito del IVA y sujeta, para el comprador, al ITP (Consulta Vinculante V3107-17, 2017). Si el contribuyente actúa con habitualidad y ánimo de lucro —compra bienes para revenderlos sistemáticamente—, la Administración puede recalificar la operación como actividad económica, en cuyo caso el vendedor debería darse de alta en el censo, repercutir IVA y computar los beneficios como rendimientos de actividad empresarial (Consulta Vinculante V1761-18, 2018). Este enfoque coincide con el seguido por la DGT en consultas más recientes sobre comercio en línea de bienes usados, como la Consulta Vinculante V2934-18 (2018) (tienda *online* de juguetes de segunda mano adquiridos a particulares), donde se recalca que las ventas realizadas mediante plataformas digitales constituyen actividad económica cuando existe organización de medios y ánimo de lucro. La jurisprudencia exige valorar la frecuencia, el volumen y la organización de medios para apreciar habitualidad (Sentencia N.º 941/2025, 2025; Sentencia N.º 50/2025, 2025); por tanto, toda alteración onerosa no exenta se integra en la base imponible del ahorro.

III.2.Tratamiento fiscal en el ITP de ventas C2C de bienes usados en plataformas digitales

El ITP (modalidad TPO) grava las ventas de bienes entre particulares cuando la operación no está sujeta al IVA. El Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, 1993) define el hecho imponible como las «transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos» (art. 7.1.A). En la compraventa de un bien usado mediante plataformas digitales (Wallapop, Vinted, eBay, etc.), un particular transmite un bien de su patrimonio a otro particular a título oneroso, configurándose así el hecho imponible del ITP, tal como confirma la DGT en las consultas V2170-17 (2017) y V3107-17 (2017).

El sujeto pasivo del impuesto es el adquirente del bien: «estará obligado al pago del impuesto [...] el que adquiere» (Real Decreto Legislativo 1/1993, 1993, art. 8). Por tanto, en la compraventa C2C el comprador debe autoliquidar y pagar el impuesto ante la Hacienda autonómica, presentando el modelo 600 (o el documento equivalente) dentro de los treinta días hábiles siguientes a la compraventa. La plataforma digital no actúa como retenedora ni declarante; la responsabilidad recae íntegramente en el comprador. El ITP es un tributo cedido a las comunidades autónomas, que pueden fijar sus tipos dentro de ciertos límites. Para bienes muebles usados, la mayoría de las autonomías mantiene un tipo general del 4 %. Algunas introducen bonificaciones o reducciones, tal y como muestra la tabla 1. En particular, la Comunidad de Madrid ha establecido una bonificación del 100 % de la cuota para transmisiones de bienes muebles de hasta 500 €, lo que en la práctica opera como un mínimo exento autonómico para las microoperaciones típicas del *re-commerce*.

Tabla 1. Tipo general en el ITP para bienes muebles y bonificaciones según comunidad autónoma

Comunidad autónoma	Tipo general bienes muebles	Bonificaciones destacadas
Andalucía	4 %	Exención operaciones < 400 €
Castilla y León	5 %	Reducción al 2 % para bienes culturales
Galicia	8 %	Tarifa reducida 4 % vehículos > 15 años

353

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

Madrid	4 %	Bonificación 100 % transmisiones ≤ 500 €

Fuente: elaboración propia.

ITP e IVA son incompatibles. Las entregas de bienes realizadas por empresarios o profesionales tributan por IVA (Ley 37/1992, 1992, art. 4), mientras que las realizadas por particulares no están sujetas a dicho impuesto y, por exclusión, se gravan por ITP (Real Decreto Legislativo 1/1993, 1993, art. 7.5). Las consultas de la DGT V2170-17 (2017) y V3107-17 (2017) confirman que las ventas C2C a través de plataformas, al no intervenir un empresario, quedan fuera del ámbito del IVA y deben satisfacerse por ITP. Por tanto, la adquisición de bienes usados a particulares por comerciantes está sujeta igualmente a ITP, reforzando la primacía del carácter del transmitente para determinar el impuesto aplicable.

III.3.Tratamiento fiscal en el IVA en operaciones C2C mediante plataformas digitales

La Ley 37/1992 (1992) del IVA establece que solo están sujetas a este impuesto las entregas de bienes o servicios realizadas por empresarios o profesionales (art. 4). A su vez, su artículo 5 define quiénes se consideran empresarios o profesionales. Destaca el artículo 5.1.c, que incluye a quienes explotan bienes con la finalidad de obtener ingresos continuados. Asimismo, el artículo 5.2 indica que la actividad se inicia cuando se adquieren bienes o servicios con intención objetiva de destinarlos a la actividad económica. La habitualidad se presume en actos de comercio (art. 5.3). La doctrina administrativa emanada de la DGT viene a reafirmar que las operaciones de particulares ajenos a actividades empresariales no se gravan con IVA. Las ventas efectuadas por particulares quedan fuera de su ámbito y tributan, en su caso, por el ITP. La DGT confirma que la compraventa de objetos usados entre particulares a través de plataformas digitales no está sujeta a IVA y debe gravarse mediante el ITP³.

En 2022, el TEAC determinó que las compras de bienes usados a particulares por empresarios revendedores pueden quedar al margen del IVA y el ITP si se aplica el Régimen Especial de Bienes Usados. El criterio administrativo reciente considera indicio de actividad económica superar el Salario Mínimo Interprofesional en ingresos anuales. Cuando un particular alcanza la condición de empresario debe: a) darse de alta en el Censo de Empresarios (modelo 036/037), b) inscribirse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, c) repercutir IVA y emitir factura

3 Véanse las consultas V2170-17 y V3107-17, ambas de 2017.

conforme al Real Decreto 1619/2012 (2012), d) presentar liquidaciones periódicas de IVA (modelo 303) y resumen anual (modelo 390), y e) declarar los rendimientos de la actividad en IRPF (pagos fraccionados, modelo 130). El incumplimiento puede conllevar liquidaciones de IVA no ingresado, sanciones tributarias y reclamaciones de cuotas a la Seguridad Social (AEAT, 2023).

IV. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES C2C BAJO LA DAC7

La DAC7 (2021) incorpora la figura del «operador de plataforma obligado a comunicar información», que engloba a las plataformas que facilitan la venta de bienes entre particulares (venta C2C). Las plataformas C2C más relevantes en España (Wallapop, Vinted y Milanuncios) no están establecidas en territorios considerados «intermediarios cualificados» exentos, sino que operan dentro de la Unión Europea (en adelante, UE) y, por tanto, son sujetos plenamente obligados (Ley 13/2023, 2023, disp. adic. 25; Real Decreto 117/2024, 2024). Deben inscribirse en el Registro de operadores de plataforma vía modelo 040 y, en su caso, designar un representante fiscal en España (Orden HAC/72/2024, 2024).

Cada operador presenta una declaración informativa anual (modelo 238) en enero del año siguiente con los datos de los vendedores que superan treinta transacciones o 2000 € de ingresos anuales (DAC7, 2021, art. 13 g *quinquies*; Real Decreto 117/2024, 2024, art. 4). La AEAT redistribuye esos datos a los Estados de residencia de los vendedores y, recíprocamente, recibe de otros países la información relativa a contribuyentes españoles. De este modo, la AEAT dispone de la cifra total ingresada por cada usuario activo en Wallapop, Vinted o Milanuncios, pudiendo contrastarla con su declaración de IRPF o IVA (AEAT, 2023).

Para cumplir con la DAC7, las plataformas de compraventa entre particulares deben superar un exigente itinerario de control fiscal. Todo empieza con su inscripción en el Registro de operadores de plataforma, trámite que se formaliza mediante el modelo 040 antes de iniciar cualquier actividad (Orden HAC/72/2024, 2024). A partir de ahí, la norma las obliga a desplegar un proceso de diligencia debida: deben identificar a cada vendedor y recoger su nombre completo, NIF, fecha de nacimiento, IBAN y país de residencia; verificar la veracidad de estos datos; y conservar la documentación durante un lustro (Real Decreto 117/2024, 2024, art. 5). Solo cuando un usuario supera los treinta contratos de compraventa o rebasa los 2000 € de ingresos en el ejercicio —umbral fijado en el anexo V de la DAC7—, la plataforma está facultada (y obligada) a incluirlo en su declaración informativa anual. Esa declaración, que se presenta en enero a través del modelo 238,

355

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

detalla el número de ventas de cada vendedor, las contraprestaciones brutas cobradas y las comisiones retenidas.

El legislador ha previsto resortes para asegurar la colaboración del usuario y de la propia plataforma. Si el vendedor ignora las peticiones de información y no aporta sus datos fiscales en un plazo máximo de sesenta días, la plataforma debe bloquearle la cuenta o inmovilizarle los fondos hasta que regularice la situación (Ley 13/2023, 2027, art. 206 *terdecies*). En paralelo, la empresa se expone a multas de 200 € por cada vendedor mal clasificado o no comunicado, y a sanciones hasta tres veces más altas si ni siquiera se ha registrado como operador.

Las principales plataformas españolas ya han interiorizado estas reglas. Wallapop (2025) ha modificado sus condiciones de uso para citar expresamente la DAC7 y advertir de la suspensión de cuenta en caso de falta de identificación, mientras que su centro de ayuda explica los umbrales (treinta ventas o 2000 €) y confirma que remitirá los datos a la AEAT. Vinted ha publicado la guía *¿Qué es la DAC7?* (2023), donde avisa que solicitará un formulario con NIF e IBAN a quienes alcancen los límites y que congelará el saldo si no lo reciben. Milanuncios, por su parte, ha creado una FAQ sobre la directiva que informa de los requisitos, precisa que solo reportará las operaciones realizadas a través de Milanuncios Express (las únicas cuyo importe conoce con seguridad) y anuncia que contactará al usuario antes de transferir la información.

Cada compañía exhibe un grado distinto de transparencia contractual: Wallapop lo plasma en el contrato, Vinted en su centro de ayuda y Milanuncios mediante preguntas frecuentes, pero las tres coinciden en la práctica: han incorporado el estándar *tax compliant*, colaboran activamente con la AEAT y se han convertido en engranajes esenciales del control tributario dentro de la economía digital de segunda mano.

Cada operador presenta una declaración informativa anual (modelo 238) en enero del año siguiente, con los datos de los vendedores que superan treinta transacciones o 2000 € de ingresos anuales (DAC7, 2021, art. 13g *quinquies*; Real Decreto 117/2024, 2024, art. 4). La AEAT redistribuye esos datos a los Estados de residencia de los vendedores y, recíprocamente, recibe de otros países la información relativa a contribuyentes españoles. De este modo, la AEAT dispone de la cifra total ingresada por cada usuario activo en Wallapop, Vinted o Milanuncios, pudiendo contrastarla con su declaración de IRPF o IVA (AEAT, 2023).

V. PERSPECTIVA COMPARADA INTERNACIONAL

Como ya se ha analizado previamente, en España las ventas de bienes de segunda mano entre particulares deben declararse en el IRPF únicamente

cuando generan una ganancia patrimonial para el vendedor. Si la venta origina una plusvalía, la diferencia tributa en la base del ahorro del IRPF (con tipos de gravamen que oscilan entre 19 % y el 23 %). Por su parte, las pérdidas patrimoniales no son deducibles al tratarse de un consumo propio; por el contrario, si no existe ganancia, no hay obligación de declarar. Respecto al IVA, las ventas ocasionales entre particulares están fuera del ámbito de este impuesto cuando el transmitente no actúa como empresario o profesional. No obstante, si el vendedor compra bienes para revenderlos con ánimo de lucro, debe considerarse sujeto pasivo de IVA y cumplir las obligaciones correspondientes. Finalmente, en el ITP, al no estar sujetas a IVA, las transmisiones entre particulares quedan gravadas por el ITP-TPO. El comprador debe autoliquidar el impuesto, generalmente al 4 % del valor real del bien, aunque el cumplimiento efectivo es escaso en las microoperaciones. Ahora bien, la DAC7 (2021) obliga desde 2023 a las plataformas digitales a reportar a las autoridades fiscales los ingresos generados por sus usuarios. Deben presentar un informe anual con datos del vendedor, importe agregado y número de operaciones cuando superan treinta ventas o 2000 € al año. España transpuso la norma mediante la Ley 13/2023 (2023) y el Real Decreto 117/2024 (2024), que establecen el modelo 238 y sanciones de hasta 200 € por vendedor no verificado.

Por lo que respecta a Francia, las ventas esporádicas de bienes muebles pertenecientes al patrimonio privado no tributan en el Impôt sur le Revenu (en adelante, IR). Esta exención deriva del artículo 150 UA del Code général des impôts (en adelante, CGI), que excluye las plusvalías sobre muebles de uso doméstico y, en general, cualquier transmisión cuyo precio de venta no supere los 5000 €. Así, la venta ocasional de ropa, mobiliario o dispositivos electrónicos usados queda fuera del IR (Ministère de l'Économie et des Finances, 2023). Únicamente el CGI prevé regímenes específicos para determinados bienes: a) metales preciosos: artículo 150 VI CGI, gravamen del 11 % (+0.5 % CRDS); b) joyas y objetos de arte o colección: 6 % (+0.5 % CRDS) si el precio supera 5000 €; y c) otros bienes > 5000 €: plusvalía sujeta al IR al 19 % + *prélèvements sociaux* 17.2 %, con deducción del 5 % anual desde el tercer año y exención total tras veintidós años (Direction générale des finances publiques, 2020). Por otro lado, cuando la actividad de venta es habitual y con ánimo de lucro, los ingresos se califican en Francia como «bénéfices industriels et commerciaux» (BIC), según el Conseil d'État (2018). El régimen «micro-BIC» se aplica si la facturación anual no supera 188 700 € (límite en 2025). Bajo este régimen, el beneficio objeto de gravamen se determina aplicando una deducción fija del 71 % a la cifra de negocios, con un mínimo exento de 305 €. Si se rebasa el umbral dos años seguidos, se pasa al régimen general. El artículo 256 A del CGI francés define al sujeto pasivo de TVA como aquel

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

que ejerce actividades económicas de forma habitual. Un vendedor ocasional no repercute TVA. El *micro-entrepreneur* puede beneficiarse de la franquicia en base de TVA (CGI, 1950, art. 293 B) mientras su facturación anual no exceda 85 000 € (umbral en 2025, con tolerancia hasta 93 500 €). Al superar el límite, debe facturar IVA y presentar declaraciones periódicas. Por tanto, en Francia las ventas esporádicas de objetos personales están exentas de IR y fuera del ámbito de la TVA; sin embargo, la venta de metales preciosos, joyas o cualquier bien por encima de 5000 € sí trae consigo obligación de tributación en el IR. La actividad regular de reventa obliga a registrarse como *micro-entrepreneur*: los ingresos tributan bajo micro-BIC y, si se exceden los umbrales, se devenga el TVA. Las plataformas deben, además, reportar las transacciones a la Hacienda francesa, al igual que en España.

En Alemania, a efectos del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuer*), las ganancias obtenidas por la venta de bienes muebles pertenecientes al patrimonio privado tributan únicamente cuando la transmisión se produce dentro de los doce meses siguientes a la adquisición. Así lo establece el artículo 23, apartado 1, 2° 2 de la *Einkommensteuergesetz* (en adelante, EStG) de 2009. Además, transcurrido un año, la plusvalía deja de considerarse *privates Veräußerungsgeschäft* y queda exenta. Incluso si se vende dentro de ese año, el legislador concede un *Freibetrag* anual de 1000 €, conforme al artículo 23, apartado 3, frase 5 EStG (importe que fue elevado desde 600 € por la *Jahressteuergesetz* en 2022). En consecuencia, las ganancias totales procedentes de todas las ventas privadas del ejercicio fiscal no tributan si no superan dicha cuantía. Cuando el beneficio total en el ejercicio excede los 1000 €, entonces sí se grava íntegramente (sin aplicar la parte que quede por debajo del umbral). Además, el artículo 23.2 de EStG excluye expresamente de imposición los *Gegenstände des täglichen Gebrauchs* («objetos de uso cotidiano»), aun cuando se vendan con beneficio dentro del año (Bundesministerium der Finanzen, 2022).

Ahora bien, si el contribuyente alemán pasa de la enajenación ocasional a una «actividad de reventa habitual y con ánimo de lucro», los ingresos son calificados como rendimientos de actividad empresarial (*Einkünfte aus Gewerbebetrieb*), según el artículo 15 del EStG. Para ello resulta determinante la frecuencia de ventas, la intención continuada de obtener beneficios y la organización de medios, según la Sentencia VIII R 17/16 del Bundesfinanzhof de 2017 (*Power-Seller de eBay*). Así, quien inicie tal actividad debe: a) inscribirse como comerciante (*Gewerbe*) ante la autoridad municipal competente, según recoge el artículo 14 de la *Gewerbeordnung*; b) llevar una contabilidad simplificada o completa, según el volumen de operaciones; y c) declarar el beneficio empresarial en la declaración anual de renta. Una vez considerado empresario, el vendedor es sujeto pasivo de *Umsatzsteuer* (en adelante,

USt); no obstante, puede acogerse al régimen de pequeño empresario (*Kleinunternehmerregelung*), tal y como indica el artículo 19 UStG, si la facturación del año natural anterior no supera 22 000 € y la prevista para el ejercicio en curso no excede de los 50 000 €. Bajo este régimen no se repercute IVA al cliente ni se deduce el soportado, y debe incluirse en la factura la mención «Gemäß § 19 UStG wird keine Umsatzsteuer berechnet». Si se rebasan los 22 000 € (o el contribuyente renuncia voluntariamente a la exención), pasará al régimen general de tributación, donde deberá aplicar el tipo del 19 % (o 7 % para bienes concretos), presentar declaraciones periódicas y llevar libros registro de IVA.

Por su parte, Portugal aplica un régimen relativamente ligero a las ventas ocasionales de bienes para uso personal; sin embargo, desde la transposición de la DAC7 mediante el Decreto-lei N.º 82/2023 (2023), las plataformas digitales están sujetas a nuevas y estrictas obligaciones de información frente a la Autoridade Tributária e Aduaneira (en lo sucesivo, AT) (Ordem dos Contabilistas Certificados, 2021, 2024).

En Portugal, la venta en línea de bienes de segunda mano por parte de particulares que no ejercen actividades profesionales no está sujeta al impuesto sobre la renta ni al IVA. Este es el caso, por ejemplo, de la venta de libros o ropa en plataformas como Vinted u OLX (Cana & Lima, 2025). Sin embargo, como consecuencia de los recientes cambios, ahora se distingue entre los vendedores que intentan vender artículos que ya no utilizan (vendedores ocasionales) y los vendedores profesionales. En consecuencia, el vendedor no tiene que declarar estas ventas en su declaración anual del impuesto sobre la renta, ya que no representan una actividad económica regular (Romeiro, 2021; Roriz, 2025).

Por otro lado, cuando la reventa de bienes es habitual y con ánimo de lucro, el particular debe registrarse como empresario individual y declarar los ingresos en la categoría B (rendimientos de actividades económicas) (Teixeira, 2024). En esta situación, en Portugal se puede optar por el régimen simplificado (micro-BIC) si el volumen de negocios anual no supera los 200 000 € (Código del IRS [CIRS], 1988, art. 28.2). En lo que respecta al IVA, el artículo 53 del Código del IVA portugués (Lei N.º 394-B/84, 2008) permite la exención para los pequeños comerciantes, siempre que el volumen de negocios anual no supere los 12 500 € (elevado a 15 000 € desde 2024) (Tavares *et al.*, 2025). Una vez superado este umbral, el vendedor pasa a ser sujeto pasivo del IVA y debe repercutir el impuesto.

El Decreto-Lei N.º 36/2023 (2023), que transpone la DAC7 en Portugal, obliga a las plataformas en línea en las que se revenden productos a comunicar a la Autoridad Tributaria y Aduanera (AT) los ingresos de los vendedores que realicen treinta o más transacciones, o superen los 2000 € al año. A su vez, deben aplicar procedimientos de diligencia debida

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:

COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

para verificar la identidad, el NIF y la residencia fiscal de los usuarios, y conservar estos datos durante cinco años. El incumplimiento puede dar lugar a multas de hasta 25 000 € (art. 12) y la plataforma puede bloquear la cuenta del usuario hasta que se facilite la información requerida. Esto es similar a lo que ocurre en España.

A diferencia de España, Portugal no tiene un impuesto de transmisiones patrimoniales aplicable a los bienes muebles. En dicho país el comprador no soporta ningún impuesto indirecto, siempre que el vendedor no sea un profesional; es decir, que no ejerza habitualmente una actividad profesional. Por lo tanto, en Portugal las ventas aisladas de bienes para uso personal prácticamente no están gravadas (con excepciones para el arte, las joyas o los metales preciosos, y siempre que hay una ganancia imponible) y el comprador no paga impuestos indirectos. Sin embargo, la AT dispone ahora de un sistema de información reforzado que le permite verificar los datos facilitados por las plataformas. Cuando la actividad de reventa es habitual, el vendedor debe registrarse como empresario, declarar sus ingresos y, una vez superados los límites del régimen de exención, aplicar el IVA a sus operaciones. Así, para Portugal se sugiere elevar los umbrales del CAD7 para no sobrecargar un mercado que promueve la sostenibilidad del consumo y permitir la compensación de pérdidas cuando las ventas responden a objetivos de economía circular (De Almeida, 2025).

En Italia, a efectos del *Imposte sui Redditi*, se recoge la exclusión de las ventas de bienes de uso personal de la tributación en el IRPF italiano. Esto se vincula al Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) de 1986, en particular a los artículos 67 y 68. Además, solo la habitualidad convierte al vendedor en sujeto empresarial a efectos del IVA, puesto que el artículo 4 del Decreto del Presidente della Repubblica N.º 633 (1972) define el ejercicio de empresa como el ejercicio habitual, aunque no exclusivo, de actividades comerciales o agrícolas. Para comerciantes profesionales de artículos usados, Italia articula su regulación en torno al *regime del margine* a través del Decreto-Legge N.º 41, del 23 de febrero de 1995, especialmente en sus artículos 36 a 40. En materia de IVA y armonización de los intercambios entre Estados miembros, también resulta relevante el Decreto Legislativo N.º 192, del 5 de noviembre de 2021. Asimismo, las obligaciones de diligencia debida y reporte para plataformas digitales en el marco DAC7 derivan del Decreto Legislativo N.º 32, del 1 de marzo de 2023 (Latini, 2023). Las plataformas que operan en Italia (por ejemplo, eBay, Catawiki o Wallapop) y que intermedian ventas de arte deben identificar vendedores italianos y, si se supera el umbral DAC7 (≥ 30 operaciones o > 2000 €), reportar operaciones a la Agenzia delle Entrate italiana, lo que facilita la detección de plusvalías imponibles. El informe *Economic Instruments for the Circular Economy in Italy 2024* (OCDE, 2024) señala que «un crédito fiscal del 10 % sobre el

precio de reventa (hasta 1000 € anuales)» reduciría en 8 % la demanda de productos nuevos y reforzaría la economía circular. De hecho, autores como Cascavilla *et al.* (2025) o Meneghin (2025) ya hablan de un renacimiento de la economía circular italiana gracias a los bienes de segunda mano y su crecimiento.

Entre particulares (por ejemplo, Allegro, OLX o Vinted) están obligadas a comunicar información a la Administración Tributaria polaca, tras la transposición de la DAC7 mediante la Ustawa o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (2024). En lo que respecta a la tributación de las ventas a través de plataformas digitales, existen tres soluciones posibles. La primera es la denominada «venta ocasional». En lo que respecta a las personas físicas polacas que realizan operaciones de reventa en plataformas en línea, el artículo 10 ust. 1 pkt 8 lit. d Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (1991) establece que la venta de bienes domésticos no constituye una fuente de ingresos cuando el periodo de tenencia supera los seis meses (contados a partir del final del mes de adquisición). Durante el año no se pagan anticipos del impuesto sobre la renta y, una vez finalizado el ejercicio fiscal, estas transacciones no se incluyen en la declaración anual PIT-36. Sin embargo, si la propiedad se transfiere antes de ese periodo y genera un beneficio, se incluye en la base imponible del PIT y se grava con tipos progresivos del 12 % o del 32 %. Solo se grava la ganancia; es decir, los ingresos (el importe de la venta) menos los gastos (el gasto de adquisición, la publicidad en internet). En caso de pérdida, no hay que pagar ningún impuesto, pero las transacciones deben figurar en la declaración anual. Las pérdidas derivadas de estas ventas no son deducibles de otros ingresos. Por otro lado, las ventas ocasionales no están sujetas al IVA por los mismos motivos que en el IRPF Ustawa o podatku od towarów i usług (2004, art. 15, ust. 2).

La segunda solución es la actividad no registrada. Se trata de una actividad lucrativa menor de particulares, realizada de forma regular, continua y organizada, que no requiere registro; es decir, inscripción en el Registro Central y de Información sobre la Actividad Empresarial (CEIDG). La condición para que no se considere actividad empresarial es que los ingresos de cualquier mes no superen el 75 % del salario mínimo en Polonia (3499,50 PLN u 819,55 € al tipo de cambio de enero de 2026), según Prawo przedsiębiorców (2018, art. 5). La segunda condición es que no se haya realizado ninguna actividad empresarial clásica en los últimos sesenta meses (cinco años). El vendedor está exento del IVA (hasta un importe de 200 000 PLN de ingresos anuales), puede estar exento de la obligación de disponer de una caja registradora fiscal, pero debe llevar registros (con los datos del comprador) y aceptar el pago por transferencia bancaria. Durante el año, no tiene que presentar una

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

declaración preliminar del IRPE, pero al final del ejercicio fiscal declara los ingresos y los gastos incurridos en su declaración anual PIT-36.

La tercera solución se da cuando las ventas se vuelven regulares y se consideran una actividad comercial, pero no cumplen las condiciones de actividad no registrada, en cuyo caso el vendedor debe registrarse como empresario en el CEIDG y, en principio, cobrar el IVA. Sin embargo, es posible acogerse al régimen de «pequeño empresario» (Ustawa o podatku od towarów i usług, 2004, art. 113) y quedar exento del impuesto, siempre que el volumen de negocios anual no supere los 200 000 PLN (unos 46 838 € al tipo de cambio). El impuesto sobre la renta de las personas físicas (PIT) se calcula en términos generales, con declaraciones mensuales y anticipos, y se presenta con la declaración anual PIT-36. Se puede elegir entre tres formas de tributación de los ingresos de la actividad empresarial: a) en términos generales, según la escala impositiva (tipo impositivo del 12 % o del 32 %); b) según el tipo fijo (19 %); y c) con una suma global sobre los ingresos registrados, sin tener en cuenta los costes (tipo del 2 % al 17 %; y para las ventas por internet, normalmente del 3 %), siempre que los ingresos del ejercicio fiscal anterior no superen los dos millones de euros (convertidos a *złotys* polacos).

En cuanto a las obligaciones de información, tras la transposición de la DAC7 por la Ustawa o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (2024), el operador de la plataforma digital debe identificar a sus vendedores, verificar el NIF (NIP en Polonia) y la residencia, e informar anualmente a la Administración fiscal de los usuarios que superen las treinta transacciones o los 2000 € de ingresos (convertidos a *złotys* polacos). Sin embargo, la obligación de informar no se aplica, entre otros, a los agentes inmobiliarios que hayan superado las dos mil transacciones de alquiler de inmuebles en el periodo de referencia especificado. El incumplimiento puede dar lugar a una multa de hasta un millón de PLN (234.192 € al tipo de cambio) para el operador de la plataforma digital y a la suspensión de la cuenta del usuario. Lo mismo ocurre en otros países ya analizados, como España o Portugal.

Las nuevas normas de la DAC7 no limitan en modo alguno la posibilidad de las llamadas ventas ocasionales. Una persona que subasta objetos en internet no figurará en los registros gestionados por las oficinas fiscales. Sigue siendo posible vender objetos de propiedad privada de forma legal y sin PIT ni IVA, siempre que no se incumplan las condiciones de la venta ocasional. La Directiva DAC7 tampoco cambia nada para las ventas en el contexto de actividades no registradas, por supuesto sin exceder sus restricciones. Se puede seguir vendiendo legalmente sin PIT y disfrutar de la exención del IVA (hasta el límite). Para ello, el vendedor debe

llevar registros simplificados de las ventas y vigilar el límite aplicable. Cuando lo supere, deberá registrar su actividad comercial en el CEIDG en un plazo de siete días.

Los contratos de venta celebrados por no profesionales (particulares) están sujetos en Polonia al impuesto sobre las transacciones civiles o PCC Ustawa o podatku od czynności cywilnoprawnych (2000, N.º 86, punto 959), en su versión modificada; sin embargo, la obligación de pagar este impuesto recae en el comprador. También se aplica a los contratos de venta celebrados por internet; no obstante, el impuesto PCC no se aplica a las operaciones de venta realizadas como actividad empresarial sujeta al IVA. El tipo del impuesto PCC para los bienes muebles es del 2 % y del 1 % para los derechos de propiedad. La venta de bienes muebles por un valor inferior a 1000 PLN (234.19 € al tipo de cambio) está exenta del impuesto PCC. A efectos de liquidación, debe presentarse una declaración PCC-3.

La retención en origen (WHT) consiste en la tributación de las contrapartes extranjeras como no residentes por las adquisiciones realizadas en Polonia en relación con diversos tipos de beneficios intangibles a contrapartes polacas. Se aplica a los pagos transfronterizos y abarca seis grupos de ingresos de no residentes. No se ha introducido la retención en origen para las ventas ocasionales, ni para las actividades comerciales no registradas y clásicas que utilizan plataformas de venta en línea.

Por lo tanto, en Polonia, las ventas ocasionales de bienes para uso personal están prácticamente exentas si se mantienen durante más de seis meses y el comprador no paga ningún impuesto indirecto (IVA) ni impuesto sobre la renta (PIT), aunque las plataformas digitales están sujetas a estrictas obligaciones de información en virtud de la DAC7, transpuesta por la Ustawa o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (2024). No obstante, las nuevas obligaciones de información no dan lugar a la imposición de nuevos impuestos a los vendedores ni modifican las normas del impuesto sobre la renta. Las ventas regulares que no cumplen las condiciones de las ventas ocasionales y las actividades no registradas requieren el registro como empresario y, en función del volumen, el cobro del IVA y el PIT.

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

Tabla 2. Cuadro comparativo de obligaciones fiscales en la venta C2C de bienes usados en España, Francia, Alemania, Italia, Portugal y Polonia

País	Impuesto sobre la renta (ventas ocasionales)	IVA/sales tax	ITP o equivalente	Informes/retenciones de plataforma	Criterios de habitualidad
España	Tributa solo si hay ganancia patrimonial (19-23 %); pérdidas no deducibles.	Exento, salvo que el vendedor actúe como empresario.	Gravado por ITP-TPO (4 %) si no hay IVA; a cargo del comprador.	DAC7 > 30 ventas /2000 €; modelo 238; sanción hasta 200 €.	Sin umbral legal; se valora frecuencia, volumen y medios.
Francia	Exento si el bien personal ≤ 5000 €; metales preciosos tributan 11 % + 0.5 % CRDS; arte/joyas tributan 6 % + 0.5 % CRDS; otros bienes > 5000 € tributan 19 % + 17.2 % <i>prélèvements sociaux</i> .	TVA exenta; <i>micro-entrepreneur</i> tributa si factura > 85 000 € (tolerancia 93 500 €).	Sin ITP o equivalente.	DAC7 30/2000 €; obligación art. 242 bis CGI.	Alta micro-BIC cuando la reventa es habitual.
Alemania	Exento si tenencia > 1 año; franquicia 1000 € ganancias.	<i>Umsatzsteuer</i> exenta; régimen <i>Kleinunternehmer</i> ≤ 22 000 €.	Sin ITP o equivalente.	DAC7 30/2000 €; reporte <i>Steuer-ID</i> .	Registro <i>Gewerbe</i> si el ánimo de lucro es continuado.
Portugal	Exento para bienes de uso personal.	Sin IVA para ventas C2C; exención para pequeños comerciantes ≤ 15 000 €.	Sin ITP o equivalente.	DAC7 (DL 82/2023); multa de 25 000 €; bloqueo de cuenta > 30/2000 €.	Registro como empresario individual; régimen simplificado categoría B cuando es habitual.
Italia	IRPEF exento, salvo por arte/colección > 30 000 € anuales.	<i>Marketplace</i> recauda IVA (cedente presunto) o régimen del margen.	Sin ITP o equivalente.	DAC7 + normas de comercio electrónico; reporte ≥ 30/2000 €.	Régimen del margen; habitualidad comercial.
Polonia	PIT exento si tenencia > 6 meses; si no, 12 % o 32 %.	Sin VAT particular; exención ≤ PLN 200 000 comerciantes.	2 % PCC a cargo del comprador; exento si < PLN 1000.	DAC7; obligación de declarar > 30 transacciones y/o 2000 € ingresos.	Registro empresario si hay ingresos > 3499.50 PLN/mes o actividad continua.

Fuente: elaboración propia.

365

El examen comparado de los seis ordenamientos jurídicos previos (España, Alemania, Francia, Portugal, Italia y Polonia) revela un paisaje fiscal heterogéneo. Ello, pese a la armonización formal auspiciada por la DAC7, sigue ofreciendo respuestas nacionales muy distintas a un mismo fenómeno: la reventa digital entre particulares.

En el caso del impuesto sobre la renta se observan tres modelos. Por un lado, España y Portugal siguen la idea de la «plusvalía pura», donde la operación solo tributa si aflora una ganancia real, mientras las pérdidas (por considerarse consumo) no son deducibles. Por otro lado, Francia e Italia protegen al vendedor ocasional con umbrales de precio: 5000 € de exención en Francia (con tasas *a forfait* para artículos de lujo), y 30 000 € anuales para arte y antigüedades en Italia. Alemania y Polonia, en cambio, se inclinan por el criterio temporal, según el cual la ganancia queda exenta cuando el bien ha permanecido en el patrimonio más de doce meses (Alemania) o seis meses (Polonia), combinada en este último país con un inminente mecanismo de retención del 1 % sobre ingresos elevados que aún no se ha introducido. Tales diferencias sugieren que la noción de «capacidad económica» se materializa de forma plástica: unas veces, como ganancia contable; otras, como señal de especulación a corto plazo; y, en los regímenes latinos, como lujo que debe de tributar. La habitualidad, criterio que transforma una ganancia patrimonial en renta empresarial, sigue siendo el gran punto ciego. Allí donde no existe umbral monetario expreso (España y Francia), la calificación descansa en un aparato casuístico: frecuencia, medios, ánimo de lucro. Alemania aporta seguridad jurídica con un límite de 22 000 € para el régimen *Kleinunternehmer*, mientras que Polonia usa el tope mensual del 75 % del salario mínimo (3499.50 PLN) para distinguir la actividad no registrada de la empresarial, a costa de cierta rigidez. El resultado práctico es un mosaico normativo que invita al arbitraje tanto de vendedores como de plataformas multinacionales.

A efectos del IVA, se confirma que el vendedor estrictamente ocasional no es sujeto pasivo en ningún país; no obstante, el salto a la categoría de pequeño empresario se produce de forma muy dispar, yendo desde la regulación francesa con 85 000 € hasta los 22 000 € de Alemania o los 15 000 € de Portugal. Italia opta por un modelo singular: la plataforma puede convertirse en «cedente presunto» y recaudar el impuesto por el particular, trasladando la carga administrativa al *marketplace*. Otra gran diferencia se observa en los impuestos indirectos «residuales». El ITP español (4 %) sobre bienes muebles es hoy una rareza continental, pues Francia, Alemania, Portugal, Polonia e Italia carecen de tributo semejante. Además, se caracteriza por una baja eficacia recaudatoria en microoperaciones. Esto sugiere la necesidad de repensarlo a la luz de una economía digital sin fronteras físicas, y máxime cuando se quiere potenciar el consumo responsable, sostenible, etc.

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

El elemento común en todos estos países es la transparencia digital. Todos los Estados han traspuesto la DAC7, obligando a Allegro, Wallapop, Vinted o Milanuncios a reportar datos de vendedores que superen treinta transacciones o 2000 € anuales; sin embargo, la intensidad del control diverge. España y Francia imponen sanciones administrativas moderadas, con 200 € por vendedor no verificado; mientras Portugal eleva la multa a 25 000 € e Italia experimenta con la figura del *marketplace facilitator* para hacer recaer la recaudación del IVA sobre la propia plataforma. Polonia, a su vez, planteó un modelo (aun no implementado) de retención en origen que podría marcar la pauta de futuras reformas. Por tanto, la armonización lograda por la DAC7 en materia de información no se ha traducido (todavía) en convergencia material de los gravámenes.

Finalmente, la dimensión medioambiental apenas asoma. Solo Italia baraja un crédito fiscal del 10 % para incentivar la reventa sostenible, a la par que Portugal debate la posibilidad de compensar pérdidas ligadas a objetivos de economía circular. Son manifestaciones tímidas que contrastan con el discurso público sobre la urgencia climática y revelan que la fiscalidad de la segunda mano continúa pensada más para recaudar y controlar que para fomentar la prolongación del ciclo de vida de los productos. El reto europeo pasa por diseñar un marco que combine sencillez administrativa, neutralidad competitiva y estímulo a la reutilización, evitando que el régimen fiscal sea, paradójicamente, el principal obstáculo al desarrollo de la economía circular que las propias directivas comunitarias pretenden alentar.

III. PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA EN EL COMERCIO DIGITAL DE SEGUNDA MANO (*RE-COMMERCE*) VÍA PLATAFORMAS C2C

El auge del comercio digital de segunda mano (*re-commerce*) en plataformas C2C (consumidor a consumidor) plantea nuevos desafíos fiscales. Este fenómeno contribuye a la economía circular y al consumo responsable, pero también supone operaciones difíciles de rastrear para las Haciendas públicas. Como destaca la literatura internacional sobre IVA, el auge del comercio electrónico global ha tensionado la aplicación de las reglas tradicionales, especialmente en ventas B2C y C2C en las que muchos vendedores particulares desconocen sus obligaciones y se hace necesario implicar a las plataformas en la recaudación del impuesto (Abramova *et al.*, 2021; Scarcella, 2020; Zieliński & Sroka, 2024). El reto normativo es equilibrar cuatro objetivos: a) garantizar la recaudación y el control fiscal efectivo, b) respetar el principio de capacidad económica en la imposición (que los tributos graven según las posibilidades reales de los contribuyentes), c) fomentar el comercio

digital de segunda mano en beneficio de la economía circular, y d) promover un consumo responsable y sostenible.

A continuación, se analizan las carencias del marco actual y se proponen mejoras técnico-jurídicas y de política pública apoyadas en experiencias de diversos ordenamientos, diferenciando entre medidas que exigirían actuación en el plano de la UE (principalmente en el ámbito del IVA y de la cooperación administrativa) y aquellas que pueden adoptarse en el plano interno de los Estados miembros, en particular en tributos no armonizados como el IRPF o el ITP-AJD. Así, las propuestas que siguen se agrupan en dos bloques. Por un lado, los apartados dedicados a los incentivos fiscales a la economía circular, a los mecanismos de control digital y a la armonización del IVA formulan opciones de reforma del marco comunitario o de su desarrollo reglamentario. En cambio, las propuestas relativas a la revisión del ITP-AJD sobre bienes muebles y a la introducción de deducciones o créditos fiscales en el IRPF, o en el Impuesto sobre Sociedades, se sitúan en la esfera de decisión de los Estados miembros.

Tradicionalmente, las transacciones entre particulares han estado fuera del alcance de la fiscalización ordinaria (Alm, 2021) al realizarse en la esfera privada y por importes reducidos o sin ánimo de lucro. Sin embargo, la masificación de plataformas en línea ha multiplicado el volumen de ventas C2C, generando riesgo de evitación fiscal (ventas habituales no declaradas) y distorsiones competitivas con el comercio formal. Antes de las reformas recientes, muchos países carecían de mecanismos para monitorizar estos intercambios sin incurrir en altos costes administrativos o invadir la privacidad. Por ejemplo, en España la ley exigía que el comprador de un bien usado entre particulares pagase el ITP (4% en bienes muebles), pero en la práctica este tributo era ampliamente ignorado en ventas informales por su baja operatividad. Esta situación evidencia la necesidad de simplificar la tributación de la segunda mano, evitando gravámenes nominales que apenas se recaudan y pueden desincentivar la reutilización de bienes. Al mismo tiempo, vacíos normativos permitieron que vendedores semiprofesionales usaran plataformas C2C para eludir impuestos (por ejemplo, no cobrando IVA o no declarando beneficios), lo cual exigió una respuesta coordinada a nivel de la UE.

A continuación, se plantean algunas propuestas legislativas y administrativas para la UE. Estas atienden a los principios tributarios de equidad y eficiencia, promueven la sostenibilidad y están orientadas a mejorar la fiscalidad de las ventas C2C en plataformas digitales:

- 1 *Incentivos fiscales a la economía circular y el re-commerce que permitan el crecimiento de estos negocios* (Aldeia et al., 2023): para fomentar el comercio de segunda mano y el consumo sostenible,

367

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

la fiscalidad debe pasar de ser un obstáculo a ser un aliado. En el Nuevo Plan de acción para la economía circular de la Comisión Europea (2020), la UE ya permite a los Estados usar el IVA con fines ecológicos; por ejemplo, aplicando tipos reducidos a servicios de reparación (Vence & López Pérez, 2021). Siguiendo esa línea, se propone autorizar e incentivar tipos de IVA reducidos o nulos para actividades vinculadas a la reutilización: reparaciones, reacondicionamiento (*refurbishment*) y venta de bienes usados. La evidencia muestra que rebajar el IVA a estos servicios abarata su precio relativo y desplaza la demanda hacia la prolongación de la vida útil de los productos (Vence & López Pérez, 2022). Algunos países ya avanzan en esa dirección. Francia ha anunciado que en 2025 el IVA sobre la reparación de calzado, textil y bicicletas bajará del 20 % al 5.5 %, aunque autores como Trescher (2025) indican que la fiscalidad francesa está aún poco adaptada a la economía circular. Bélgica aplica un tipo reducido similar para la reparación de bicicletas y ropa, además de la creación de un régimen especial de bienes usados más generoso. En ese sentido, por ejemplo, ampliar el margen exento o eximir de IVA determinadas ventas *peer-to-peer* certificadas permitiría evitar la doble imposición sobre artículos que ya tributaron en su primera venta (Merkx, 2021).

Otra idea consiste en crear deducciones o créditos fiscales por participar en la economía circular para que los contribuyentes puedan desgravar en IRPF una parte del gasto en productos de segunda mano o en servicios de reparación, hasta cierto límite. Sin embargo, la viabilidad práctica de esta medida depende de que la Administración pueda comprobar con facilidad que el gasto cumple efectivamente esos requisitos. En la práctica, ello exigiría vincular la deducción a operaciones que dejen un rastro fiscal claro; por ejemplo, compras canalizadas a través de plataformas que actúen como sustitutas del contribuyente en tributos como el ITP-AJD o el IVA, y que emitan un justificante estandarizado del impuesto ingresado; o por medio de proveedores adheridos a sistemas de facturación electrónica verificable. Sin ese tipo de trazabilidad, el coste de controlar multitud de pequeñas deducciones individuales podría superar el beneficio ambiental y recaudatorio esperado. Igualmente, se sugiere introducir incentivos en el impuesto de sociedades para empresas que faciliten el *re-commerce*, como plataformas que reinviertan en trazabilidad y calidad de productos usados, o tiendas que ofrezcan programas de *trade-in* de productos antiguos. Estas medidas fiscales, alineadas con el principio de fiscalidad ecológica, recompensarían comportamientos sostenibles y compensarían la

posible pérdida de recaudación por menor venta de productos nuevos. Según la experiencia, la elasticidad de la demanda de segunda mano es alta: pequeños alivios fiscales pueden traducirse en mayor volumen de reutilización, con beneficios ambientales y sociales significativos (Milios, 2021). Desde la perspectiva competencial, estas medidas son jurídicamente viables: en el plano de la UE, la Directiva del IVA ya permite a los Estados miembros aplicar tipos reducidos por motivos medioambientales, por lo que bastaría con explicitar la reparación y la reventa en ese elenco; mientras que en el plano interno, se aplican las deducciones en el IRPF y en el Impuesto sobre Sociedades. Asimismo, al recaer sobre tributos no armonizados, pueden ser configuradas por el legislador nacional con carácter limitado o temporal para contener su impacto presupuestario.

- 2 *Mecanismos de control digital eficientes y respetuosos con la privacidad*: es esencial fortalecer la cooperación digital tributaria sin menoscabar derechos fundamentales. La DAC7 ha sido un gran paso al proporcionar a las Haciendas datos estandarizados de las plataformas, y la propuesta es consolidar y mejorar este sistema en varios aspectos. En primer lugar, dotarla de una infraestructura europea común para el intercambio seguro de información; es decir, una plataforma tecnológica donde las empresas de la economía digital reporten los datos cifrados para que luego se distribuyan a las autoridades nacionales correspondientes. Diversos estudios subrayan que un portal único, seguro y cifrado (donde las plataformas presenten una sola declaración válida para toda la UE) reduciría costes administrativos y permitiría aplicar estándares uniformes de ciberseguridad y gobernanza de datos (Owens *et al.*, 2021). En segundo lugar, implementar el enfoque de «solo usar cuando sea necesario». La información debería emplearse exclusivamente con fines tributarios, y solo debería levantarse el anonimato de los datos cuando se superen ciertos umbrales de riesgo, garantizando así proporcionalidad y alineamiento con el RGPD (Scarcella, 2019). En tercer lugar, fomentar la identificación digital de vendedores de forma proporcionada. La DAC7 ya exige a las plataformas verificar la identidad fiscal de los usuarios activos (por ejemplo, mediante el NIF). Así, la UE podría desarrollar un estándar KYC (*Know Your Customer*) paneuropeo específico para plataformas que facilite comprobar la residencia y situación fiscal de los vendedores con un intercambio mínimo de datos personales (Weitzenboeck *et al.*, 2022). Esto agilizaría el cumplimiento tanto para empresas como para usuarios y evitaría la retención excesiva de documentos personales en múltiples plataformas. Finalmente, es clave

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

establecer límites claros a la conservación de datos: los informes DAC7 deberían eliminarse tras un periodo (por ejemplo, cinco años) si no dieron lugar a ninguna actuación para no crear bases de datos históricos innecesarias sobre la vida económica privada de los ciudadanos. En suma, se trata de aprovechar la vigilancia digital inteligente (como cruzando datos de plataformas, cuentas bancarias y otras fuentes) para detectar actividad económica encubierta, pero con controles democráticos que impidan un perfilado masivo de los usuarios que solo realizan ventas esporádicas lícitas.

3. *Armonización del IVA y facilidades para pequeños vendedores C2C*: en el terreno del IVA, aunque las ventas estrictamente C2C no están sujetas, existen situaciones fronterizas que requieren armonización para evitar distorsiones en el Mercado Único Digital. Se propone que la UE clarifique, mediante una Directiva o Reglamento, la situación de los pequeños emprendedores ocasionales que venden bienes usados. Por ejemplo, podría explorarse, a medio plazo, la creación de un régimen especial de franquicia de IVA más armonizado: un umbral de facturación anual de referencia para toda la UE (del orden de 10 000 € en actividades de reventa no habitual) por debajo del cual un vendedor, aun teniendo la obligación de registrarse como empresario, quedaría exento de recaudar IVA en sus ventas intracomunitarias. Esto extendería el concepto de «pequeño empresario» de forma homogénea, evitando que un vendedor particular deba darse de alta en IVA en distintos países con reglas dispares si realiza envíos transfronterizos de baja escala. Ahora bien, esta propuesta no está exenta de dificultades. El régimen de franquicia en el IVA previsto en la Directiva 2006/112/CE (2006) tiene carácter facultativo para los Estados miembros y no todos lo aplican en la práctica. España, por ejemplo, no ha optado por un régimen general de franquicia. Imponer un umbral armonizado y de aplicación general exigiría modificar la Directiva por unanimidad en el seno del Consejo, lo que previsiblemente encontraría resistencias por parte de aquellos países que hoy han diseñado su sistema sin este instrumento. Además, un umbral único para los veintisiete podría considerarse poco sensible a las diferencias de tamaño, estructura y nivel de precios de sus economías. Por ello, la propuesta debe entenderse como un horizonte de armonización a medio plazo: una opción más realista sería fijar un umbral mínimo común o un rango armonizado de franquicia dentro del cual cada Estado miembro pudiera modular su régimen interno, combinando simplicidad para las microoperaciones transfronterizas con cierto margen

de flexibilidad nacional. Diversos estudios demuestran que los costes administrativos de incluir a los microvendedores superan con creces la recaudación obtenida, de ahí que los estudios sobre modelos óptimos recomienden umbrales «relativamente altos» y uniformes para toda la UE (Brashares *et al.*, 2014; Satterthwaite, 2018; Turunen & Gossen, 2024). Adicionalmente, habría que simplificar el régimen de segunda mano (margen de beneficio) para que más sujetos puedan aplicarlo. Actualmente, solo los revendedores profesionales pueden usar la tributación por margen (pagando IVA solo sobre la ganancia en bienes usados adquiridos sin derecho a deducción) (Negruțiu & Calotă, 2013; Turunen & Gossen, 2024). Podría evaluarse permitir, con controles, que ciertos vendedores particulares frecuentes opten por este régimen simplificado, en lugar del régimen general, durante una fase de transición hacia la formalización de su actividad. Por otra parte, resulta crucial evitar la doble imposición cuando un bien usado circula entre países de la UE, pues aunque no haya IVA, a veces se aplican tasas o impuestos locales (como el ITP o equivalentes derechos de timbre). Una solución sería un acuerdo de reconocimiento mutuo en el que si un bien ha tributado un impuesto de transmisiones en un Estado miembro, esté exento en el otro si se revende allí para no encarecer artificialmente la movilidad de objetos de segunda mano dentro de Europa.

Asimismo, la venta de bienes usados donados o reacondicionados por entidades sociales merece una consideración especial: la Directiva de IVA podría incluir una exención o tipo superreducido para ventas realizadas por ONG o empresas de inserción de artículos usados (similar a como algunos países eximen a organizaciones benéficas del IVA en tiendas de segunda mano) (Gryziak, 2022). Esto reforzaría el triple objetivo de apoyar la economía social, la reutilización y aliviar a consumidores de rentas bajas. En definitiva, la armonización en IVA debe procurar que ningún bien de segunda mano sufra un trato fiscal gravoso por atravesar fronteras internas o por cambiar de manos, al tiempo que se cierra la puerta a la elusión mediante falsos particulares.

4. *Supresión o reforma de tributos nacionales poco operativos*: en el plano interno, Lucas Durán (2018, 2019) propone dos vías para mejorar la recaudación del ITP y AJD en ventas C2C: imponer obligaciones específicas de información a las plataformas o configurarlas como «sustitutos del contribuyente» en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. El propio autor considera «más idónea» esta segunda opción, en la medida en que simplifica las obligaciones de los contribuyentes y permite automatizar el cobro y el ingreso del impuesto a través de la

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

plataforma (Lucas Durán, 2018, pp. 140-141). A nivel de Estados miembros, y sin perjuicio de su autonomía fiscal en materia de tributos no armonizados, la UE puede promover la revisión de impuestos obsoletos que dificultan el *re-commerce* sin aportar una recaudación significativa. En la práctica, esa promoción pasaría por instrumentos de *soft law*: recomendaciones específicas por país en el marco del Semestre Europeo, comunicaciones y directrices de la Comisión sobre fiscalidad de la economía de plataformas y de la economía circular, o conclusiones del Consejo que animen a los Estados a suprimir o atenuar gravámenes de baja recaudación sobre microtransacciones C2C. Un caso paradigmático es el mencionado ITP sobre bienes muebles en España, similar al impuesto de Actos Jurídicos Documentados en otros países, o al PCC en Polonia. La Comisión de Expertos del *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria* (2022) ya calificó al ITP-AJD sobre bienes muebles como un impuesto «obsoleto en la era digital», subrayando que su peso recaudatorio es marginal y su coste de cumplimiento, elevado para los particulares. En la misma línea, los análisis del Parlamento Europeo advierten que mantener gravámenes heterogéneos sobre transacciones de bajo valor crea obstáculos y costes de cumplimiento que distorsionan el Mercado Único Digital, recomendando su «eliminación coordinada o, al menos, una armonización negativa» (Heckemeyer, 2022). La recaudación perdida sería marginal (por ejemplo, España recauda ITP mayormente por inmuebles y vehículos, no por enseres domésticos), mientras que el beneficio en términos de facilitar la compraventa de segunda mano sería notable. De hecho, la experiencia de la Comunidad de Madrid (que bonifica al 100 % las transmisiones de bienes muebles de hasta 500 €) muestra que liberar de gravamen las microoperaciones no ha mermado de forma apreciable la recaudación global del impuesto. Por tanto, la medida propuesta no implica dejar sin tributación las transmisiones de bienes muebles de elevado valor (como las obras de arte, joyas u objetos de colección, cuya venta puede generar una recaudación apreciable), que en otros ordenamientos analizados en este trabajo (Francia, Italia o Portugal) siguen sometidos a gravámenes específicos o a regímenes de plusvalías con umbrales propios. Nuestra propuesta se centra, ante todo, en reducir la carga sobre las microoperaciones de *re-commerce* de bajo importe y sobre los enseres domésticos de rotación frecuente, no en desproteger fiscalmente el segmento de lujo. Desde el prisma doctrinal, las propuestas de reforma del ITP apuntan a su regresividad y falta de conexión con la capacidad económica real del vendedor ocasional, abogando por elevar al máximo los mínimos exentos o suprimir la modalidad de bienes muebles

entre particulares (Adame Martínez, 2013). En Polonia, autores como Gajewski (2021), así como Levytska y Demianiuk (2023), advierten que el PCC implica en la práctica una doble imposición frente al IVA y sugieren ampliaciones del umbral exento (hoy 1000 zł) para equiparlo a países que ya no gravan estas ventas presenciales u *online* de bajo importe. Coherentemente con un enfoque de proporcionalidad administrativa, Lucas Durán (2018, p. 148; 2019) sugiere, además, «declarar con carácter genérico una exención» para las operaciones de escaso importe, ello con el objetivo de evitar el control de cuantías mínimas que apenas generan recaudación. Esta idea concuerda directamente con nuestra propuesta de concentrar la imposición en el IRPF y el IVA, y limitar el ITP —en su caso— a operaciones de importe significativo. Se trata, además, de una reforma plenamente realizable desde el punto de vista jurídico, pues el ITP-AJD sobre bienes muebles queda al margen de la armonización comunitaria del IVA, y su supresión o exención amplia podría articularse mediante la modificación del Real Decreto Legislativo 1/1993 (1993) y de la normativa autonómica sobre tipos y bonificaciones, con un impacto recaudatorio muy limitado frente a la simplificación que aportaría para millones de microoperaciones C2C. Ahora bien, una medida en este sentido debería coordinarse con la UE para asegurar que no se generen tratamientos desiguales. Así, en particular si un país mantiene un impuesto sobre ventas C2C y otro no, puede haber incentivos a canalizar transacciones vía el país más benigno.

Por ello, en este trabajo empleamos la expresión «armonización negativa» en el sentido de eliminación de trabas fiscales mediante la supresión de tributos disfuncionales y no en el sentido, también habitual en el derecho de la UE, de coordinación de los sistemas tributarios a través de la jurisprudencia del TJUE o de la disciplina de las ayudas de Estado. En esa línea, la armonización negativa es tan importante como la positiva, pues suprimir tributos disfuncionales permitiría concentrar los esfuerzos recaudatorios en las figuras principales (IVA e IRPF), donde realmente hay capacidad contributiva, y simplificaría el cumplimiento para millones de ciudadanos que venden en internet esporádicamente, eliminando el temor a «sorpresas fiscales» por vender un móvil usado o una bicicleta antigua.

IV. CONCLUSIONES

Para adaptar la fiscalidad a la era del *re-commerce* es preciso un enfoque europeo integral que combine equidad tributaria, eficiencia recaudatoria y objetivos de sostenibilidad. Las propuestas aquí esbozadas —armonizar umbrales, incentivar la economía circular mediante IVA y

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

deducciones, mejorar la trazabilidad digital con respeto a la privacidad, unificar criterios de IVA para bienes usados y eliminar impuestos anacrónicos— buscan lograr un marco en el que: a) las Haciendas públicas puedan controlar y gravar las ventas en plataformas cuando adquieran verdadera dimensión empresarial o lucrativa, evitando bolsas de fraude; b) los pequeños usuarios particulares no se vean abrumados por obligaciones fiscales desproporcionadas ni tributación por ingresos insignificantes o inexistentes (honrando la capacidad económica); c) el comercio secundario de bienes se vea estimulado al eliminar cargas y otorgar incentivos que hagan atractivo optar por lo usado sobre lo nuevo; y d) la política fiscal se alinee con los compromisos ambientales de la UE, premiando la prolongación de la vida útil de los productos y reduciendo residuos. Lograr este equilibrio implicará un diálogo continuo entre legisladores, Administraciones tributarias, plataformas digitales y sociedad civil. La DAC7 ha demostrado el valor de la cooperación europea en esta materia y constituye solo el primer paso. Con ajustes normativos inteligentes y coordinación, la UE puede convertir la fiscalidad de las plataformas C2C en una herramienta para la justicia fiscal y el desarrollo sostenible, convirtiendo el floreciente mercado de segunda mano en un aliado (y no un enemigo) tanto del erario público como del planeta.

REFERENCIAS

Abramova, A., Shaposhnykov, K., Zhavoronok, A., Liutikov, P., Skvirskiy, I., & Lukashev, O. (2021). The ecosystem of VAT administration in e-commerce: Case of the eastern europe countries. *Studies of Applied Economics*, 39(5). <https://doi.org/10.25115/eea.v39i5.4909>

Adame Martínez, F. D. (2013). Los impuestos sobre transmisiones patrimoniales, operaciones societarias y actos jurídicos documentados: aspectos problemáticos de su régimen actual y propuestas de reforma. En A. Cubero Truyo (dir.), *Evaluación del sistema tributario vigente: propuestas de mejora en la regulación de los distintos impuestos* (pp. 637-672). Thomson Reuters Aranzadi.

Agencia Estatal de Administración Tributaria. (2023a). *Guía sobre la DAC7 y el modelo 238*. https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/todas-gestiones/impuestos-tasas/declaraciones-informativas/modelo-238-decl____informacion-parte-operadores-plataformas/preguntas-frecuentes/obligados-presentar-modelo-238.html

Agencia Estatal de Administración Tributaria. (2023b). *Preguntas frecuentes – DAC7: Información para los vendedores*. https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/todas-gestiones/impuestos-tasas/declaraciones-informativas/modelo-238-decl____informacion-parte-operadores-plataformas/preguntas-frecuentes/dac-7-informacion-vendedores.html

Agencia Tributaria. (2024). *Manual práctico de Renta 2024*. <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/manual-practico-renta-2024.html>

Aldeia, S., Jayantilal, S., & Nanez, S. (2023). System of tax incentives in research and business development: An analysis of the recent case law of Portuguese tax arbitration. *European Conference on Innovation and Entrepreneurship*, 18(1), 14-18. <https://doi.org/10.34190/ecie.18.1.1872>

Alm, J. (2021). Tax evasion, technology, and inequality. *Economics of Governance*, 22(4), 321-343. <https://doi.org/10.1007/s10101-021-00247-w>

Arman, S. M., & Mark-Herbert, C. (2021). Re-Commerce to Ensure Circular Economy from Consumer Perspective. *Sustainability*, 13(18). <https://doi.org/10.3390/su131810242>

Brashares, E., Knittel, M. J., Silverstein, G., & Yuskavage, A. (2014). Calculating the optimal small business exemption threshold for a U.S. VAT. *National Tax Journal*, 67(2), 283-320. <https://doi.org/10.17310/ntj.2014.2.01>

Calderón Corredor, Z. (2020). Economía de plataforma y fiscalidad: Estrategias para un cumplimiento tributario sostenible. *Ius et Praxis*, 26(3), 1-22. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122020000300001>

Cambridge Econometrics, Trinomics, & ICF (2018). *Impacts of circular economy policies on the labour market: Final report*. European Commission. <https://trinomics.eu/wp-content/uploads/2018/07/Impacts-of-circular-economy-on-policies-on-the-labour-market.pdf>

Cana, M., & Lima, S. (2025). *Vendas em segunda mão têm de ser declaradas no IRS? Deco Proteste*. <https://www.deco.proteste.pt/dinheiro/impostos/dicas/vendas-segunda-mao-tem-ser-declaradas-irs>

Cascavilla, A., D'Adamo, I., Desideri, S., & Iannilli, M. (2025). Environmental taxes and subsidies for sustainability: Experimental evidence on consumer preferences for business strategy. *Business Strategy and the Environment*, 35(3), 3357-3369. <https://doi.org/10.1002/bse.70338>

Chivite Cebolla, M. P., Jorge Vázquez, J., & Chivite Cebolla, C. M. (2021). Collaborative economy, a society service? Involvement with ethics and the common good. *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, 30(4), 657-674. <https://doi.org/10.1111/beer.12339>

De Almeida, M. G. (2025). *The circular economy in fashion: understanding consumers intentions to buy second-hand apparel via C2C platforms*. ISEG Lisbon School of Economics and Management.

Gajewski, P. (2021). Selected aspects of the generation of tax liability in the field of maritime activities of taxable persons. *Financial Law Review*, 23(3), 47-62. <https://doi.org/10.4467/22996834flr.21.020.14440>

Gilal, F. G., Shaikh, A. R., Yang, Z., & Gilal, R. G. (2024). Secondhand consumption: A systematic literature review and future research agenda.

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

International Journal of Consumer Studies, 48(3), 742-771. <https://doi.org/10.1111/ijcs.13059>

Gryziak, B. (2022). Consistent inconsistency: Charitable donations and EU VAT – Review and analysis. *International VAT Monitor*, 33(1), 18-26. <https://doi.org/10.59403/1yspqfw>

Guiot, D., & Roux, D. (2010). A second-hand shoppers' motivation scale: Antecedents, consequences, and implications for retailers. *Journal of Retailing*, 86(4), 355-371. <https://doi.org/10.1016/j.jretai.2010.08.002>

Heckemeyer, J. H. (2022). *Removal of taxation-based obstacles and distortions in the Single Market in order to encourage cross-border investment* (PE 733.964). Parlamento Europeo, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies.

Herjanto, H., Amin, M., Purinton, E., & Lindle II, E. L. (2023). Secondhand clothing purchase intentions: Generation Z's perspective. *Journal of Global Responsibility*, 15(1), 53-72. <https://doi.org/10.1108/JGR-08-2022-0077>

Herman, J., & Kim, J. (2024). A State of Fashion Re-commerce: From Operational Perspectives. *International Textile and Apparel Association Annual Conference Proceedings*, 80(1). <https://doi.org/10.31274/itaa.17166>

Hernández Carrión, J. R. (2022). Deconstruyendo la “peer-to-peer sharing economy”: El desafío de la “economía colaborativa” a las cooperativas de plataforma en la era del pos-trabajo del siglo XXI. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (105), 177-204. <https://doi.org/10.7203/ciriec-e.105.17784>

Instituto de Estudios Fiscales. (2022). *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria: Un sistema fiscal para el siglo XXI*. España: Ministerio de Hacienda y Función Pública. <https://share.google/PJkOTxl8GNp1fh5Uo>

James, S., Brown, R. B., Goodsell, T. L., Stovall, J., & Flaherty, J. (2010). Adapting to hard times: Family participation patterns in local thrift economies. *Family Relations*, 59(4), 383-395. <https://doi.org/10.1111/j.1741-3729.2010.00610.x>

Klooster, A., Bellostas, B. C., Henry, M., & Shen, L. (2024). Do we save the environment by buying second-hand clothes? The environmental impacts of second-hand textile fashion and the influence of consumer choices. *Journal of Circular Economy*, 2(3). <https://doi.org/10.55845/ZZUG7076>

Latini, S. (2023, 5 de diciembre). *Obligation for online platforms to exchange data with Italian tax authorities kicks off*. FiscoOggi. <https://www.fiscooggi.it/portale/tax-pills>

Levytska, S., & Demianiuk, R. (2023). E-COMMERCE IN POLAND AND UKRAINE: DEVELOPMENT AND CHALLENGES. *Zeszyty Naukowe UPH Seria Administracja i Zarządzanie*, 60(133). <https://doi.org/10.34739/zn.2023.60.06>

Lucas Durán, M. (2018). Ventas entre particulares a través de plataformas de internet: Su fiscalidad. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, (419), 125-148. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2018.4149>

Lucas Durán, M. J. (2019). Fiscalidad de las ventas entre particulares de bienes de segunda mano a través de plataformas de internet. En *Retos y oportunidades de la administración tributaria en la era digital* (pp. 345-372). Thomson Reuters Aranzadi. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7502908>

Madrigal Moreno, F., Villa Hernández, Y. A., & Madrigal Moreno, S. (2023). El impacto del marketing sustentable y la moda de ropa vintage o segunda mano en la generación Z. *FACE: Revista de La Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 23(3), 56-65. <https://doi.org/10.24054/face.v23i3.2616>

McKinsey Center for Business and Environment. (2015). *Europe's circular-economy opportunity* (Growth Within report). McKinsey & Company. <https://www.mckinsey.com/~ /media/McKinsey/Business%20Functions/Sustainability/Our%20Insights/Europes%20circular%20economy%20opportunity/Europes%20circulareconomy%20opportunity.ashx>

Meneghin, A. (2025). Circular economy in renaissance italy. En *Circular Economy in Renaissance Italy*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780367347093-rerw229-1>

Merino-Saum, A., Ribera Jemio, P. A., Hansmann, R., & Binder, C. R. (2023). Drivers and barriers to participation in the sharing economy: Does the environment really matter? A systematic review of 175 scientific articles. *Resources, Conservation and Recycling*, 198. <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2023.107121>

Merkx, M. (2021). A new (circular) economy: A new special arrangement for second-hand goods! *EC Tax Review*, 30(2), 64-69. <https://doi.org/10.54648/ecta2021008>

Milanuncios. (2023). *Ayuda – Directiva fiscal DAC7*. <https://ayuda.milanuncios.com/hc/es/articles/10610294471826-Directiva-fiscal-DAC7>

Milios, L. (2021). Towards a circular economy taxation framework: Expectations and challenges of implementation. *Circular Economy and Sustainability*, 1(3), 477-498. <https://doi.org/10.1007/s43615-020-00002-z>

Ministério das Finanças. (2024). *Perguntas frequentes: Venda de bens por internet e obrigações fiscais*: FAQ 5335 y 5357. Autoridade Tributária e Aduaneira. https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/questoes_frequentes/Pages/faqs-00455.aspx#collapse31

Ministerstwo Finansów. (2024). *FAQ: Sprzedaż przedmiotów używanych online a obowiązki podatkowe*. <https://podatki-arch.mf.gov.pl/podatkowa-wspolpracamiedzynarodowa/dpi-digital-platform-information/pytania-i-odpowiedzi-dla-sprzedawcow/>

Mobarak, N. A., Amin, N. A., Abdel-Mohssen, A., Sharif, A., & Halim, Y. T. (2025). Second glance: Exploring consumer shifts to thrift shopping and perception of second-hand fashion. *Future Business Journal*, 11, 88. <https://doi.org/10.1186/s43093-025-00481-2>

Negruti, M., & Calotă, T.-O. (2013). *Study on the accounting and tax scheme of second-hand goods such as cars*. Journal of Knowledge Management, Economics

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

and Information Technology, 3(6), 1-20. <https://ideas.repec.org/a/spp/jkmeit/spi13-20.html>

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2024). *Economic Instruments for the Circular Economy in Italy*. https://www.oecd.org/en/publications/economic-instruments-for-the-circular-economy-in-italy_33e11c28-en.html

Owens, J., Lazarov, I., & Oliveira Costa, N. (2021). *Exploring the opportunities and challenges of new technologies for EU tax administration and policy* (PE 695.458). European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)695458](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)695458)

Pandey, S., Mittal, S., & Chawla, D. (2024). *Tackling consumer information asymmetry and perceived uncertainty for luxury re-commerce through seller signals*. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 79. <https://doi.org/10.1016/j.jretconser.2024.103736>

Romeiro, R. A. V. (2021). *A tributação das Plataformas Colaborativas em sede de IVA: enquadramento e critérios norteadores*. <http://hdl.handle.net/10400.14/36296>

Roriz, F. (2025). *Atualização fiscal em IVA - aspetos práticos*. Ordem dos Contabilistas Certificados: Lisboa.

Rühl, A., & Palomo Zurdo, R. (2019). Does technology contribute to financial democratization? The collaborative economy and fintechs as catalysts for change. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 133. <https://doi.org/10.5209/reve.65486>

Sastre-Centeno, J. M., & Inglada Galiana, E. (2019). La economía colaborativa: Un nuevo modelo económico. *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (94), 219-250. <https://doi.org/10.7203/ciriec-e.94.12109>

Satterthwaite, E. A. (2018). On the threshold: Smallness and the value-added tax. *Columbia Journal of Tax Law*, 9(2), 177-226. <https://doi.org/10.7916/cjtl.v9i2.2862>

Scarcella, L. (2019). Tax compliance and privacy rights in profiling and automated decision making. *Internet Policy Review*, 8(4). <https://doi.org/10.14763/2019.4.1422>

Scarcella, L. (2020). E-commerce and effective VAT/GST enforcement: Can online platforms play a valuable role? *Computer Law & Security Review*, 36, 105371. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105371>

Tavares, T. C., Nogueira, J. F. P., Alves, F. C., & Vicente, M. (2025). *Direito Fiscal*. UCP Editora.

Tangri, K., & Yu, H. (2023). Why buy used? Motivators and barriers for re-commerce luxury fashion. *International Journal of Retail & Distribution Management*, 51(9-10), 1095-1114. <https://doi.org/10.1108/IJRDM-10-2022-0417>

Teixeira, G. (2014). *IRS. Perguntas & respostas*. D'Ideias: Coimbra.

Trescher, B. (2025). Una fiscalidad francesa poco adaptada a la economía circular. *Revista CENTRA de Ciencias Sociales*, 4(2), 175-188. <https://doi.org/10.54790/rccs.144>

Turunen, L. L. M., & Gossen, M. (2024). From preloved to reloved: How second-hand clothing companies facilitate the transaction of used garments. *Journal of Sustainability Research*, 6(1). <https://doi.org/10.20900/jsr20240002>

Vence, X., & López Pérez, S. de J. (2021). Taxation for a circular economy: New instruments, reforms, and architectural changes in the fiscal system. *Sustainability*, 13(8). <https://doi.org/10.3390/su13084581>

Vence, X., & López Pérez, S. de J. (2022). Reformar el IVA para impulsar los servicios de reparación y la economía circular. *Contaduría y Administración*, 67(2), 304-329. <https://doi.org/10.22201/fca.24488410e.2022.3233>

Vinted. (2023). *¿Qué es la DAC7?* <https://www.vinted.es/dac7>

Wallapop. (2025). *Centro de ayuda - Normativa DAC7*. <https://ayuda.wallapop.com/hc/es-es/articles/19093732048785--Qu%C3%A9-es-DAC7-y-a-que-vendedores-de-Wallapop-les-afecta>

Weitzenboeck, E. M., Lison, P., Cyndecka, M., & Langford, M. (2022). The GDPR and unstructured data: Is anonymization possible? *International Data Privacy Law*, 12(3), 184-204. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipac008>

Xie, Y., Arman, S. M., & Su, C. (2025). Circular economy in post-consumption network: The role of re-commerce groups in social media platforms. *Electronic Commerce Research and Applications*, 70, 101489. <https://doi.org/10.1016/j.elerap.2025.101489>

Zhigui Jiménez, J. del C., Samaniego Arias, M. A., & Usiña Báscones, G. G. (2024). Sostenibilidad en la Moda: El Papel del Marketing Sostenible en la Promoción de Ropa de Segunda Mano a través de Redes Sociales y Tiendas Físicas. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 8(6), 4651-4675. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i6.15190

Zieliński, R., & Sroka, E. T. (2024). Growing impact of third-parties in VAT taxation - insights from digital platforms. *Studia Prawnicze KUL*, 4, 161-173. <https://doi.org/10.31743/sp.17346>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Arrêt N.º 417809 (Conseil d'État [Francia], 26 de abril de 2018). <https://conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2018-04-26/417809>

BOFiP-Impôts BOI-RPPM-PVBMC-10-10 (Direction générale des Finances publiques [Francia], 30 de septiembre de 2020). <https://bofip.impots.gouv.fr/>

Code général des impôts (art. 150 UA, 150 VI, 256 A, 293 B) [versión consolidada al 1 de enero de 2025] (Président de la République [Francia], 1950). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/2026-04-09

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva (COM(2020) 98 final) (Comisión Europea, 11 de marzo de 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0098>

Consulta Vinculante V2170-17 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 22 de agosto de 2017). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2170-17

Consulta Vinculante V3107-17 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 30 de noviembre de 2017). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3107-17

Consulta Vinculante V1761-18 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 18 de junio de 2018). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V1761-18

Consulta Vinculante V2934-18 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 14 de noviembre de 2018). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2934-18

Consulta Vinculante V2696-20 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 24 de septiembre de 2020). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2696-20

Consulta Vinculante V0372-21 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 25 de febrero de 2021). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0372-21

Consulta Vinculante V0011-22 (DGT del Ministerio de Hacienda y Función Pública [España], 4 de enero de 2022). https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0011-22

Council Directive (EU) 2021/514 of 22 March 2021 amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation (DAC7) (Consejo de la Unión Europea, 22 de marzo de 2021). *Official Journal of the European Union*, L 104, 1-26. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021L0514>

Decreto del Presidente della Repubblica N.º 633: Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto (Presidente della Repubblica [Italia], 26 de octubre de 1972). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (292), 11 de noviembre de 1972. <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.codiceRedazionale=072U0633&atto.dataPubblicazioneGazzetta=1972-11-11&utm>

Decreto del Presidente della Repubblica N.º 917, Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) (Presidente della Repubblica [Italia], 22 de diciembre de 1986). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (302), 31 diciembre de 1986. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:presidente.repubblica:decreto:1986-12-22;917>

Decreto-Legge N.º 41, Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e per l'occupazione (Presidente della Repubblica [Italia], 23 de febrero de 1995). *Gazzetta Ufficiale*, (45). <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:1995-02-23;41>

Decreto Legislativo N.º 192, Attuazione de la direttiva (UE) 2018/1910 del Consiglio, del 4 diciembre 2018, che modifica la direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda l'armonizzazione e la simplificazione de talune norme nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto per la tassazione degli scambi tra Stati membri (Presidente della Repubblica [Italia], 5 de noviembre de 2021). *Gazzetta Ufficiale*, (285). <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2021-11-05;192>

Decreto Legislativo N.º 32, Attuazione della direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021, recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale (Presidente della Repubblica [Italia], 1 de marzo de 2023). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (72), 25 marzo de 2023. <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.codiceRedazionale=23G00040&atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-03-25>

Decreto Legislativo 1/2009, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos [texto consolidado a 2023: tipos del 4 % y 8 %] (Junta de Andalucía [España], 1 de septiembre de 2009). *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, (172), 3 de septiembre de 2009. https://ws040.juntadeandalucia.es/sedeboja/web/textos-consolidados/resumen-ficha?p_p_id=resumenrecursolegal_WAR_sedeboja_textoconsolidadoportlet&p_p_lifecycle=0&resumenrecursolegal_WAR_sedebojatextoconsolidadoportlet_recursoLegalAbstractoId=21331

Decreto-Lei N.º 102/2008, Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (CIVA), art. 53. (Presidente da República [Portugal], 20 de junio de 2008). *Diário da República*, 1.ª serie, 2008. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/102-2008-449902>

Einkommensteuergesetz (EStG), §§ 15 y 23 [versión consolidada al 1 de enero de 2025] (Bundespräsident [Alemania], 8 de octubre de 2009). *Bundesgesetzblatt*, I, 3366. <https://www.gesetze-im-internet.de/estg/>

Gesetz zur temporären Anpassung steuerlicher Vorschriften (Jahressteuergesetz 2022) (Bundespräsident [Alemania], 16 de diciembre de 2022). *Bundesgesetzblatt*, I, 2730. <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2022/09/2022-09-14-vereinfachungen-des-steuerrechts-und-weitere-entlastungen.html>

Gewerbeordnung (GewO), § 14 [versión consolidada al 1 de enero de 2025] (Bundespräsident [Alemania], 21 de junio de 1869). *Reichsgesetzblatt*, 245. <https://www.gesetze-im-internet.de/gewo/>

IVA - vendas à distancia (Ordem dos Contabilistas Certificados [Portugal], 2024). <https://www.occ.pt/pt-pt/noticias/iva-vendas-distancia-1>

Lei N.º 82-E/2014, Altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) (Presidente da República [Portugal], 31 de diciembre de

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:

COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

2014). *Diário da República*, 1.ª serie, (252), 2014, <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/82-e-2014-66022085>

Lei N.º 36/2023, que transpõe a Diretiva (UE) 2021/514 relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (DAC7). (Presidente da República [Portugal], 26 de julio de 2023). *Diário da República*, 1.ª serie, (144), 2023. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/36-2023-216188321>

Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido (Jefatura del Estado [España], 28 de diciembre de 1992). BOE, (312), 29 de diciembre de 1992. <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/12/28/37>

Ley 58/2003, General Tributaria (Jefatura del Estado [España], 17 de diciembre de 2003). BOE, (302), 18 de diciembre de 2003. <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58>

Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de otras leyes tributarias (Jefatura del Estado [España], 28 de noviembre de 2006). BOE, (285), 29 de noviembre de 2006. <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35>

Ley 6/2018, de 19 de diciembre, de Medidas Fiscales de la Comunidad de Madrid, por la que se modifica el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre. Bonificación en bienes muebles inferiores a 500 €, art. 30 ter (Comunidad de Madrid [España], 28 de diciembre de 2018). *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, (309), 28 de diciembre de 2018. <https://www.boe.es/eli/es-md/l/2018/12/19/6>

Ley 13/2023, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para transponer la Directiva (UE) 2021/514 en materia de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (Jefatura del Estado [España], 24 de mayo de 2023). BOE, (124), 25 de mayo de 2023. <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/05/24/13>

Orden HAC/72/2024, por la que se aprueba el modelo 238 de declaración informativa de los operadores de plataformas y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación (Ministerio de Hacienda [España], 1 de febrero de 2024). BOE, (29), 2 de febrero de 2024. <https://www.boe.es/eli/es/o/2024/02/01/hac72>

Real Decreto por el que se publica el Código de Comercio (Jefatura del Estado [España], 22 de agosto de 1885). *Gaceta de Madrid*, (289), 16 de octubre de 1885. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22>

Real Decreto por el que se publica el Código Civil (Jefatura del Estado [España], 24 de julio de 1889). *Gaceta de Madrid*, (206), 25 de julio de 1889. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24>

Real Decreto 1619/2012, por el que se aprueba el Reglamento de facturación (Jefatura del Estado [España], 30 de noviembre de 2012). BOE, (289), 1 de diciembre de 2012. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/11/30/1619>

Real Decreto 117/2024, por el que se desarrollan las normas y los procedimientos de diligencia debida en el ámbito del intercambio automático obligatorio de información comunicada por los operadores de plataformas, y se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (Jefatura del Estado [España], 30 de enero de 2024). BOE, (27), 31 de enero.

Real Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Jefatura del Estado [España], 24 de septiembre de 1993). BOE, (251), 20 de octubre de 1993. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1993/09/24/1>

Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Jefatura del Estado [España], 16 de noviembre de 2007). BOE, (287), 30 de noviembre de 2007. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1>

Resolución sobre unificación de criterio en el régimen especial de bienes usados (REBU) (RG 00/01911/2022/00/00) (Tribunal Económico-Administrativo Central [España], 2022).

Schreiben zur Anwendung des § 23 EStG tras la reforma de 2023 (IV C 1 - S 2256/19/10003 : 009) (Bundesministerium der Finanzen [Alemania], 18 de noviembre de 2022). <https://esth.bundesfinanzministerium.de/esth/2022/C-Anhaenge/Anhang-26/inhalt.html>

Sentencia VIII R 17/16 (*Power-Seller de eBay*) (Bundesfinanzhof [Alemania], 20 de noviembre de 2017). *Bundessteuerblatt*, II, 2018, Anschluss an BFH-Urteil vom 20. Dezember 2017 III R 23/15, BFHE 260, 271. <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201910076/>

Sentencia N.º 50/2025, Rendimientos de actividades económicas, habitualidad. Rec. N.º 78/2024 (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León [España], 3 de marzo de 2025).

Sentencia N.º 941/2025, Condición de habitualidad en el ejercicio de la actividad económica o profesional, así como la existencia de una retribución mínima, a efectos del alta en el RETA. Rec. N.º 3013/2022 (Tribunal Supremo [España], 10 de julio de 2025).

Umsatzsteuergesetz (UStG), § 19 - Kleinunternehmerregelung [versión consolidada al 1 de enero de 2025] (Bundespräsident [Alemania], 1 de enero de 1967) *Bundesgesetzblatt*, I, 1201. https://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych [art. 10 ust. 1 pkt 8] (SEJM [Polonia], 26 de julio de 1991). *Dz.U.*, nr 80, poz. 350, 10 de septiembre de 1991. <https://eli.gov.pl/eli/DU/1991/350/ogl>

Ustawa budżetowa na rok 2025 z dnia 9 stycznia 2025 r. (SEJM [Polonia], 9 de enero de 2025). *Dz.U.*, poz. 63, 20 de enero de 2025. <https://eli.gov.pl/eli/DU/2025/63/ogl>

FISCALIDAD DEL
COMERCIO DE
PRODUCTOS DE
SEGUNDA MANO
A TRAVÉS DE
PLATAFORMAS
ONLINE:
COMPARACIÓN
ENTRE PAÍSES
EUROPEOS Y
PROPUESTA DE
MEJORA

TAXATION OF
RE-COMMERCE
THROUGH ONLINE
PLATFORMS:
CROSS
COMPARISON
BETWEEN
SELECTED
EUROPEAN
COUNTRIES AND
PROPOSAL FOR
IMPROVEMENT

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług [art. 113] (SEJM [Polonia], 11 de marzo de 2004). *Dz.U.*, nr 54, poz. 535, 5 de abril de 2004. <https://eli.gov.pl/eli/DU/2004/535/ogl>

Ustawa z dnia 23 maja 2024 r. o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (SEJM [Polonia], 23 de mayo de 2024). *Dz.U.*, poz. 879, 17 de junio de 2024. <https://eli.gov.pl/eli/DU/2024/879/ogl>

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (SEJM [Polonia], 29 de agosto de 1997). *Dz.U.*, nr 137, poz. 926, 13 de noviembre de 1997. <https://eli.gov.pl/eli/DU/1997/926/ogl>

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (SEJM [Polonia], 29 de agosto de 1997). *Dz.U.*, nr 137, poz. 926, 13 de noviembre de 1997. <https://eli.gov.pl/eli/DU/1997/926/ogl>

Vendas à distancia (Ordem dos Contabilistas Certificados [Portugal], 2021). <https://www.occ.pt/pt-pt/noticias/vendas-distancia-1>

Vente de biens personnels : faut-il déclarer ces revenus ? (Ministère de l'Économie et des Finances [France], 20 de abril de 2023). <https://www.economie.gouv.fr/particuliers/impots-et-fiscalite/gerer-mon-impot-sur-le-revenu/vente-de-biens-personnels-faut-il-declarer-ces-revenus>

Recibido: 28/05/2025

Aprobado: 13/01/2026

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹

Eméritos

Avendaño Valdez, Juan Luis
Blancas Bustamante, Carlos Luis
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
Fernández Arce, César Ernesto
Llerena Quevedo, José Rogelio
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Revoredo Marsano, Delia
Rubio Correa, Marcial Antonio
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
Zusman Tinman, Shoschana

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Abugattas Giadallah, Gattas Elías
Albán Peralta, Walter Jorge
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arce Ortiz, Elmer Guillermo
Avendaño Arana, Francisco Javier
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cabello Matamala, Carmen Julia
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordoñez, Jorge Elías
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de mayo de 2026.

Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor
Forno Florez, Hugo Alfieri
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Landa Arroyo, César Rodrigo
León Hilario, Leysser Luggi
Lovatón Palacios, Miguel David
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Luna, Félix Francisco
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Sánchez, John Iván
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl
Ruda Santolaria, Juan José
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Siles Vallejos, Abraham Santiago
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Urteaga Crovetto, Patricia
Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Asociados

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
Alfaro Valverde, Luis Genaro
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Barletta Villarán, María Consuelo
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairo Roldán, José Omar
Campos Bernal, Heber Joel
Canelo Rabanal, Raúl Bladimiro
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Cavani Brain, Renzo Ivo
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Díaz Castillo, Ingrid Romina
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
Gamio Aita, Pedro Fernando
Hernández Gazzo, Juan Luis

389

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Vásquez, Jorge Luis
Luna-Victoria León, César Alfonso
Mantilla Falcón, Julissa
Matheus López, Carlos Alberto
Mendoza del Maestro, Gilberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Morales Hervias, Rómulo Martín
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Revilla Vergara, Ana Teresa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Soria Luján, Daniel
Tabra Ochoa, Edison Paul
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Valencia Vargas, Areli Seraya
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Villagra Cayamana, Renée Antonieta
Villegas Vega, Paul Nicolás
Vinatea Recoba, Luis Manuel
Zambrano Chávez, Gustavo Arturo

Auxiliares

Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
Apolín Meza, Dante Ludwig
Arribas Irazola, Guillermo José
Barboza Beraun, Eduardo
Bazán Seminario, César

Benavides Torres, Eduardo Armando
Bermúdez Valdivia, Violeta
Blanco Vizarréta, Cristina María del Carmen
Campos García, Héctor Augusto
Candela Sánchez, César Lincoln
Castro Otero, José Ignacio
Chanjan Documet, Rafael Hernando
Constantino Caycho, Renato Antonio
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Angel Guillermo
Espinoza Goyena, Julio César
Fernández Salas, José Carlos
Gago Prialé, Horacio
Garcés Peralta, Patricia Carolina Rosa
García Chávarri, Magno Abraham
García Landaburu, María Katia
García-Cobán Castro, Erika
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guimaray Mori, Erick Vladimir
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Liendo Tagle, Fernando Manuel
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Mendoza Legoas, Luis Erwin
Montoya Stahl, Alfonso
Morón Urbina, Juan Carlos

391

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Núñez del Prado Chaves, Fabio
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Peña Alegría, Pablo Guillermo
Pérez Ragone, Alvaro Javier Domingo
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Rejanovinschi Talledo, Moisés Arturo
Reyes Milk, Michelle Elisa
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Sánchez-Málaga Carrillo, Armando
Sasaki Otani, María Angela
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Sotomayor Trelles, José Enrique
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Vásquez Rebaza, Walter Humberto
Verona Badajoz, Ricardo Aaron
Villa García Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia
Zas-Friz Burga, Jhonny

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO: en el idioma del artículo y en inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESUMEN (*abstract*): texto breve en el idioma del artículo y en inglés, en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre 200 y 400 palabras).

- CONTENIDO: se consignará en el idioma del artículo y en inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE (*keywords*): en el idioma del artículo y en inglés (mínimo 5 palabras, máximo, 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las notas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben estar actualizadas, ser relevantes y elaborarse con la información necesaria. No deben omitirse referencias importantes para el estudio y se debe cumplir estrictamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la séptima edición del *Manual de Publicaciones APA*.

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor o institución, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s); por ejemplo: (Rubio, 1999, p. 120).

También deben citarse en el cuerpo del texto las normas jurídicas, las resoluciones de toda clase de organización y las sentencias judiciales, colocando entre paréntesis las referencias correspondientes del modo en que se indica más abajo. Las referencias parentéticas en el cuerpo del texto deben remitir a la lista de referencias situada al final del documento. En dicha lista deberá aparecer la información completa de cada fuente citada.

Para mayor información, pueden revisarse las normas para autores a través del siguiente enlace: www.pucp.edu.pe/EduKtv

GUIDELINES TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR *DERECHO PUCP*

I. Aim and policy of *Derecho PUCP*

Derecho PUCP publishes legal or interdisciplinary unpublished and original research articles, which are revised by external peers who have previously published similar researches. The evaluations are made anonymously and are about the quality and the validity of the arguments showed on the articles.

II. Ethics publication

In case of being detected a fault against the ethics academic publication during or after the process of revision of the publication of the article, the journal will behave according to the correspondent ethics publication international regulations and will take the corresponding legal action to penalize the author of the fraud.

III. Form and Preparation of the articles

III.1. General regulations

All the articles given to *Derecho PUCP* have to be about legal or interdisciplinary subjects. They have to be unpublished and original. The journal has the following categories or usual sections:

- Main subject (or specialized subject)
- Miscellaneous
- Interdisciplinary

The three sections are under double-blind peer review.

III.2. Necessary documents

- Affidavit of authorship and authorization for publication. It must be signed by all the authors and sent with the applicant article.

III.3. Characteristics of the articles

III.3.1. First page

It has to include:

- TITLE: in the original language of the article and in English, a short title no more than 60 characters.
- AUTHOR'S NAME (or authors): On a footnote has to be included the institutional affiliation, the city and the country, the profession and the academic degree, and also the e-mail, and the ORCID code.
- ABSTRACT: short text in the original language of the article and in English where are showed the most important research ideas (among 200 and 400 words).

- **CONTENT:** It is recorded in the original language of the article and in English. The summary of the chapters and sub-chapters that are part of the article.
- **KEYWORDS:** in the original language of the article and in English (minimum 5 words, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes in size 12, Arial; double-spaced lines.
- Use Word program to write the texts.
- Graphics and tables can be used.
- The bibliographic references will only be those mentioned in the text and will be correlatively organized in order of appearance.

III.3.3. Bibliographic references

The bibliographic references have to be updated, important, elaborated with the necessary information, without omitting any relevant reference to the study and fulfilling all the regulations of the academic ethics.

These references must be according to the APA Style (The American Psychological Association) gathered on the 7th edition of the *APA Publication Manual*.

That's why the bibliographic references have to be made in the text, indicating between parentheses the author's last name, or institution, the year of publication, and the corresponding page(es); for example: (Rubio, 1999, p. 120).

And also it has to be quoted in the body text the legal regulations, the resolutions of all kind of organizations and the legal sentences, putting in parentheses the corresponding references as it is indicated below. The parenthetical references on the body text have to send us to the list of references located at the end of the document. In that list has to appear the complete information of each source quoted.

To have more information, you can visit the author's guidelines link: www.pucp.edu.pe/EduKtv