

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



ISSN 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXII - N° 1 • Junio 2019

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

La Revista de Derecho
de la
Universidad Austral de Chile, también *Revista de Derecho (Valdivia)*
es una revista de estudios generales de Derecho que
se publica en los meses de junio y diciembre de cada año.

Toda solicitud de colaboración, canje, suscripción o compra
debe dirigirse al Director de la Revista,
casilla 567, Valdivia, Chile, o a revider@uach.cl
www.revistaderechovaldivia.cl

Directorios y catálogos

Scopus
SCIELO
Redalyc
Latindex
DOAJ
Microjuris

ISSN N° 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

OSCAR GALINDO VILLARROEL

DIRECTORA

SUSAN TURNER SAEELZER

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN,
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,
Directora Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA,
Director de la Escuela de Graduados

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA (*U. Católica de Valparaíso, Chile*)
JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)

LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

José Luis Cea Egaña (*U. Católica de Chile*)

Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)

Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)

Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)

Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)

Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)

Michele Taruffo (*U. de Pavía, Italia*)

ÍNDICE

Volumen XXXII - Nº 1 (Junio 2019)

INVESTIGACIONES

Contrahere obligationem en el derecho romano clásico, Adolfo Wegmann Stockebrand	9
<i>¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas</i> , Salvador Millaleo Hernández	29
<i>Límites, alienación y cláusula de no competencia postcontractual. Cuestiones desde las nociones de subordinación y dependencia</i> , Sebastián Andrés Pizarro Contreras	51
<i>La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por Técnicas de reproducción humana asistida</i> , Adriana Krasnow	71
<i>La política de habitualidad y su efecto en la regulación de las operaciones con partes relacionadas</i> , Gonzalo Islas Rojas, Osvaldo Lagos Villarreal	95
<i>Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile</i> , Fabiola Lathrop Gómez	117
<i>Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014: análisis crítico</i> , Patricia Toledo Zúñiga, Francisca Rifo Aguilar, Pablo Torres Pedreros	139
<i>La posible aplicación del principio sic utere tuo ut alienum non laedas para abordar el daño ambiental transfronterizo en el ordenamiento jurídico hondureño</i> , Claudia María Castro Valle	157
<i>Validez del voto en blanco en Chile: un análisis crítico</i> , Viviana Ponce de León Solís	171
<i>Desalojos forzosos en Chile con miras al Derecho Internacional de Derechos Humanos</i> , Tatiana Torres Montenegro	193
<i>La armonización normativa de los impuestos indirectos en la comunidad andina</i> , Juan Pablo Gonzáles Bustos	217
<i>El rol del juez laboral en la admisibilidad del procedimiento monitorio</i> , Jordi Delgado Castro, Diego Palomo Vélez	237
<i>Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia</i> , José Alberto Allende Pérez de Arce	255
<i>Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores</i> , Carlos Cabezas Cabezas	275

El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno,
Luis Emilio Rojas Aguirre 295

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Intervención en “razón de su cargo” del empleado público en el fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y Corte de Apelaciones de Valparaíso). Comentario de Jorge Toro Muñoz 313

La declaración de extemporaneidad de la acción de reclamación ambiental en la sentencia definitiva (Corte Suprema). Comentario de Carlos Ellenberg Oyarce 323

RECENSIONES

Paul De Grauwe, The Limits of the Markets. The Pendulum Between Government and Market.
Recensión de Pablo Méndez Ortiz 337

Samuel Moyn, Not Enough. Human Rights in an Unequal World. Recensión de Paula Ahumada Franco 340

INVESTIGACIONES

Contrahere obligationem en el derecho romano clásico

*Adolfo Wegmann Stockebrand**

RESUMEN

*Este artículo intenta mostrar el error que radica en la equiparación entre el sintagma latino *contrahere obligationem* y la moderna idea de perfeccionar un contrato, fenómeno que trae consigo la formación de un constructo retrospectivo falso en virtud de la aplicación anacrónica de un concepto dogmático moderno a la experiencia jurídica romana. En el derecho romano clásico, la expresión *contrahere obligationem* hacía alusión a la actividad lícita concreta desplegada por un agente en orden a engendrar una obligación, es decir, a su causa, la *causa obligationum*.*

Contrahere obligationem – obligaciones contractuales – causa de la obligación

Contrahere obligationem in classical roman law

ABSTRACT

*This paper intends to demonstrate that it is a mistake to equate the Latin syntagm *contrahere obligationem* to the modern idea of concluding a contract, phenomenon that entails the formation of a false retrospective construction due to the anachronistic use of a modern dogmatic concept applied to the Roman legal experience. In classical Roman law, the phrase *contrahere obligationem* referred to the lawful and specific activity carried out by an agent in order to give rise to an obligation, meaning, regarding him, the *causa obligationum*.*

Contrahere obligationem – contractual obligations – cause of the obligation

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Romano y Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl.

Este trabajo se elaboró en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1170316 “The Systematisation of Roman Law”, en el que el autor es coinvestigador.

Artículo recibido el 30 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

INTRODUCCIÓN

El sistema de las *Pandectas* o *Digesto*, la antología de jurisprudencia clásica promulgada por el emperador bizantino Justiniano el año 529 d.C. como parte principal del *Corpus Iuris (Civilis)*, no es el sistema de la ciencia pandectística¹. Si bien los textos jurisprudenciales recopilados en el Digesto constituyen la piedra angular de la tradición jurídica europea-continental² y, por tanto, del derecho civil chileno, no ocurre lo mismo respecto de su orden de materias³, muy lejano de los criterios sistemáticos de la ciencia jurídica moderna. Lo anterior trae consigo la exigencia metodológica de tomar consciencia de que la atribución de nuestros propios conceptos dogmáticos a la experiencia jurídica romana puede conducir a la formación de constructos retrospectivos falsos, de anacronismos que en nada ayudan a una más profunda comprensión histórica del derecho vigente⁴, que es uno de los objetivos del así llamado comparativismo histórico, esto es, la comparación diacrónica y no solo sincrónica del fenómeno jurídico⁵.

En el presente artículo pretendemos abordar un típico caso de confusión conceptual y consiguiente anacronismo, como es la atribución al sintagma latino *contrahere obligationem* de un campo semántico equivalente al de celebrar o perfeccionar un contrato, expresión propia de la dogmática moderna y que supone –consciente o inconscientemente– una noción particular de contrato que poco tiene que ver con las *obligationes contractae* de los antiguos romanos. Nuestro plan de trabajo exige, pues, referirse primeramente a los distintos usos del verbo *contrahere* en la jurisprudencia romana (I), para luego abordar el problema de la clasificación de las causas de obligación (*causae obligationum*) en las *Institutiones de Gayo* y la noción de *contrahere obligationem* que de ella se desprende (II). Lo anterior nos permitirá contrastar dicha noción con nuestra idea de celebrar o perfeccionar un contrato (III) y extraer de ello conclusiones respecto del derecho contractual romano y su distinción del moderno, así como perspectivas de investigación (IV).

¹ Acerca de esta problemática, la que no puede ser tratada en detalle en esta sede, véase especialmente BRUTTI, 1979, pp. 317 ss.; BREONE, 1982, p. IX; CUENA BOY, 1998, pp. 16 ss.; VACCA, 2006, p. 30. De la formación del sistema pandectístico, ver por todos SCHWARZ, 1921, pp. 578 ss.

² De referencia obligada es la obra de WIEACKER, 1967. Una buena y apretada síntesis en lengua española del desarrollo histórico de esta tradición la ofrece CASINOS MORA, 2002, pp. 351 ss.

³ Según el propio Justiniano (*Const. Deo auctore* § 5; *Const. Tantaldedooen* § 14), el orden de materias del *Digesto* habría seguido aquel del edicto del pretor urbano, centrado en instrumentos procesales (acciones, excepciones, interdictos, etc.), más que en figuras (por ejemplo, contractuales) desde una perspectiva material. Es importante recordar que la experiencia jurídica romana no conoció la moderna distinción entre derecho material o sustancial y derecho formal. En detalle acerca del desarrollo histórico de esta estructura sistemática KOLLMANN, 1996, pp. 27 ss.

⁴ En relación con el peligro de las construcciones anacrónicas en la investigación histórico-jurídica, en particular respecto de las fuentes romanas, véase especialmente HOETINK, 1955, pp. 39 ss.; NÖRR, 1994, pp. 67 ss.; CRIFÒ, 1995, pp. 37 ss.; AVENARIUS, 2008, pp. 9 ss.

⁵ Pertinente a la naturaleza del comparativismo histórico como método ver en especial WATSON, 1974. Véase también el mismo, 1991, pp. 97 ss.; GORDLEY, 2006, pp. 754 ss.; LÖHNIG, 2014, pp. 113 ss.

I. HORIZONTE SEMÁNTICO DEL VERBO *CONTRAHERE* EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

El primer problema que plantea un estudio del sintagma latino *contrahere obligationem* en el derecho romano clásico es la circunstancia de que el verbo en cuestión no presenta en nuestras fuentes un sentido unívoco. El verbo latino *contrahere* es polisémico, esto es, carece de un significado unitario específico, lo que vale no solo para textos literarios⁶, sino que también para aquellos de contenido técnico-jurídico⁷. De ahí que el análisis de su empleo siempre deba ser contextual. En efecto, el vocablo aparece en algunos fragmentos jurisprudenciales referido a situaciones tan lejanas a la idea moderna de “contraer” o “contratar” como pueden ser la destinación de cierta cantidad de grano a un fin determinado⁸, congregarse una turba⁹ o reunir cierta cantidad de dinero¹⁰. Como se puede apreciar, en todos estos casos se trata de un sentido primario de *cum-trahere* (de donde deriva nuestro verbo), esto es, reunir o aglutinar dos o más cosas¹¹.

Incluso podemos encontrar textos en los que *contrahere* es aplicado a una situación que representa más bien el contrario de contraer o contratar, como es la comisión de un delito. Como se verá más adelante¹², Gayo presenta en sus *Institutiones* una clasificación de las obligaciones entre aquellas que nacen de un contrato (*obligationes ex contractu*) y las que emanan de un delito (*obligationes ex delicto*)¹³, lo que significa que para el jurista forma parte del primer grupo (*contractus*) todo acto lícito que genere obligaciones, sin más, ya que solo se le contrapone el hecho ilícito (*delictum*). Pero ello no impide que el mismo Gayo enseñe, a propósito de su distinción sistemático-didáctica entre cosas corporales e incorpóreas, que entre estas últimas se encuentran las obligaciones “contraídas” de cualquier manera (*obligationes quoquo modo contractae*)¹⁴, y una de sus especies consiste, precisamente, en las obligaciones delictuales, como él mismo expone en Gai. 3,88. Igualmente, el *Digesto* da cuenta del uso del verbo *contrahere* para describir, por

⁶ El análisis de los distintos usos del verbo *contrahere* en textos extrajurídicos escapa del objetivo del presente trabajo, por lo que nos remitimos sin más al ya clásico estudio de WUNNER, 1964, pp. 10 ss.

⁷ Al respecto ver por todos HEUMANN y SECKEL, 1926, p. 105. Para la literatura más reciente nos remitimos principalmente a MELILLO, 1994, pp. 125 ss.; GUZMÁN BRITO, 2005, pp. 33 ss. Véase también (para la bibliografía más antigua) BETTI, 1912, pp. 65 ss.; el mismo, 1915, pp. 10 ss.; DE FRANCISCI, 1916, pp. 213 ss.; RICCOBONO, 1930, pp. 123 ss.; LAURIA, 1938, pp. 165 ss.; VOCI, 1946, pp. 11 ss.; GROSSO, 1963, pp. 29 ss.; WUNNER, 1964, pp. 4 ss.; WOŁODKIEWICZ, 1978, pp. 295 ss.

⁸ D. 49,5,7pr. (Paul. l.s. de appell.).

⁹ D. 47,8,4,6 (Ulp. 56 ad ed.).

¹⁰ D. 30,96pr. (Iul. 39 dig.).

¹¹ HEUMANN y SECKEL, 1926, p. 105.

¹² *Infra*, II.

¹³ Gai. 3,88: (...) *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

¹⁴ Gai. 2,14: *Incorporeales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae* (...). Evidentemente, cuando Gayo incluye las obligaciones entre las cosas incorpóreas, está pensando en el aspecto activo de la relación jurídica, vale decir, en lo que nosotros llamaríamos derecho personal o crédito. Véase GIUFFRÈ, 2016, pp. 108 ss.

ejemplo, la comisión de delitos en general¹⁵, de un crimen¹⁶, de estupro¹⁷, fraude¹⁸, o la provocación de un daño¹⁹. Asimismo, en una constitución imperial de Antonino Caracalla (211-217) se utiliza la formulación contraer un hurto, ciertamente en el sentido de cometer dicho delito²⁰. Resulta, pues, evidente, que en las fuentes jurídicas romanas no se encuentra una identificación necesaria entre *contrabere* y “celebrar un contrato”.

Mucho más abundantes son, sin embargo, los casos en los que los juristas romanos emplean el verbo *contrabere* para aludir a la constitución de una relación jurídica obligatoria a partir de un acto lícito, normalmente –pero debemos recalcar: no exclusivamente– con estructura bilateral, lo que supondría un acuerdo de voluntades²¹. Así encontramos, por ejemplo, los sintagmas *contrabere negotium* (contraer un negocio)²², *contrabere stipulationem* (contraer una estipulación)²³, *contrabere hypothecam* (contraer una hipoteca)²⁴, *nomina contrabere* (adquirir créditos)²⁵, o incluso *contrabere servitatem* para la constitución de una servidumbre²⁶. En cambio, la aplicación de este verbo se encuentra excluida del ámbito del derecho de testar (donde reina la unilateralidad)²⁷, aunque no por completo del derecho sucesorio²⁸.

¹⁵ D. 1,3,1 (Pap. 1 def.).

¹⁶ D. 12,5,2,2 (Ulp. 26 ad ed.).

¹⁷ D. 34,9,16,1 (Pap. 8 resp.).

¹⁸ D. 39,4,8pr. (Pap. 3 resp.).

¹⁹ D. 26,7,57pr. (Scaev. 10 dig.).

²⁰ C. 7,26,1pr. (Anton., a. 213).

²¹ Cf. GUZMÁN BRITO, 2005, p. 34.

²² Véase por ejemplo Gai. 3,90; D. 44,7,2,2 (= Gai. 3,136); D. 44,7,16 (Iul. 13 dig.); D. 45,1,5pr. (Pomp. 26 ad Sab.).

²³ Por ejemplo D. 40,13,4 (Paul. 12 quaest.).

²⁴ Por ejemplo D. 20,1,4 (Gai. l.s. form. hyp.).

²⁵ Por ejemplo D. 3,5,36,1 (Paul. 1 sent.).

²⁶ D. 8,3,13pr. (Iav. 10 ex Cass.).

²⁷ Así lo afirma Ulpiano en D. 50,16,20 (Ulp. 12 ad ed.): *Verba ‘contraxerunt’, ‘gesserunt’ non pertinent ad testandi ius.*

²⁸ Véase D. 42,4,3,3 (Ulp. 59 ad ed.), fragmento en donde pareciera que un pupilo contrae al aceptar una herencia. Matiza esta interpretación de la fuente GUZMÁN BRITO, 2005, p. 35 (n. 40), para quien el uso del verbo *contrabere* en este caso no se refiere a la aceptación de la herencia considerada en sí misma, sino que al hecho que mediante este acto se contraen créditos, deudas, etc. Sin embargo, debemos tener presente que hay textos de los que se extrae que Ulpiano habría aplicado en ciertos casos, al igual que Gayo (Gai. 3,88), una bipartición de las fuentes de las obligaciones, esto es, que todas las obligaciones nacerían de un contrato o de un delito o, lo que es lo mismo, que toda causa de obligación lícita puede ser considerada como *contractus*. En este sentido D. 5,1,57 (Ulp. 41 ad Sab.): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio (...)*. Así ocurre también en D. 13,5,1,6 (Ulp. 27 ad ed.) y D. 50,17,23 (Ulp. 29 ad Sab.) en materia de tutela, en D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 ad ed.) respecto de la constitución de la dote (que puede tener lugar por medio de una promesa unilateral: *uno loquente, nulla praecedente interrogatione*, como enseña Gayo en Gai. 3,95a), o nuevamente en D. 50,17,23 (Ulp. 29 ad Sab.) para la gestión de negocios ajenos. En este orden de cosas, bien podría afirmarse que Ulpiano califica la aceptación de la herencia propiamente tal como contrato, en la medida que, evidentemente, no se trata de un hecho ilícito.

De esta guisa, en el lenguaje jurídico el verbo *contrahere* suele ser utilizado en un sentido más bien restringido, identificable con la constitución de una relación obligatoria por medio de un acto lícito, en muchos casos (no necesariamente) de estructura bilateral (basada en una convención), aunque ello no siempre sea así, como demuestran los ejemplos recién enunciados de uso del vocablo para aludir a la comisión de hechos ilícitos, los que mal podrían suponer un acuerdo entre su autor y la víctima de los mismos. Con todo, a la luz de los testimonios conservados en las fuentes, la vinculación entre *contrahere* y *delictum* es claramente excepcional; la etimología *cum-trahere* no tiene tanto el sentido de traer o producir conjuntamente, sino más bien el de generar, en una relación con otro sujeto y, por tanto, dentro de los márgenes de la licitud, determinados efectos, los que pueden ser tanto queridos por las personas implicadas como no deseados; vale decir, sin que se requiera necesariamente una convención²⁹.

En síntesis, *contrahere* aparece en las fuentes jurídicas romanas más bien con el sentido de la creación de una relación jurídica obligacional entre dos o más personas por medio de un acto lícito³⁰, lo que supone, en definitiva, un vínculo objetivo entre distintos patrimonios³¹. Como señala Guzmán Brito, "(...) el verbo *contrahere* prácticamente carece de todo tecnicismo específico y que en general es utilizable para describir cualquier actuación bilateral para indicar bien la celebración del acto, bien su resultado, es decir, la relación generada misma"³². Dicho en otros términos: el sentido jurídico del verbo *contrahere* consiste esencialmente en dar nacimiento a una relación jurídica mediante un acto conforme a derecho.

Ahora bien, de todas las aplicaciones del sintagma latino *contrahere obligationem*, la que sin duda tuvo mayor relevancia en el derecho romano clásico y ha tenido mayor influencia en el desarrollo de la tradición jurídica de los siglos posteriores, es aquella relativa a la clasificación de las relaciones de naturaleza contractual (vale decir: lícitas) en cuatro categorías, a saber, obligaciones contraídas por medio de una cosa, de las palabras, de la escritura o del consenso: *obligationes re, verbis, litteris y consensu contractae*, como se expresa en Gai. 3,89³³. Es, precisamente, una —a nuestro juicio— anacrónica comprensión de este fragmento, lo que ha llevado a los intérpretes a ver aquí una asimilación entre contraer una obligación en su sentido genuinamente romano, y perfeccionar un contrato, así como se entiende esta expresión en la dogmática moderna.

²⁹ Cf. MELILLO, 1994, p. 127.

³⁰ El *contractus* de Gai. 3,88, contrapuesto solo al *delictum*.

³¹ En este sentido ya BETTI, 1912, p. 68 (n. 3), hablaba en general de un "rapporto di obbligazione"; el mismo, 1915, p. 62, se expresaba en términos de una "relazione obbiettiva di due individualità patrimoniali distinte". Véase también LAURIA, 1938, p. 172, 179 ss.; SCHIAVONE, 1971, p. 160; WOŁODKIEWICZ, 1978, p. 298; COMA FORT, 1996, p. 147 (n. 350); JÖRS, KUNKEL, y WENGER, 1949, p. 187 (n. 1). En este contexto, MELILLO, 1994, cit., p. 130, se refiere al *negotium contractum* como un "affare portato a compimento insieme", un "fenomeno di cooperazione attiva".

³² GUZMÁN BRITO, 2005, p. 35.

³³ Gai. 3,89: (...) *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Sobre la fuente vid. *infra*, II.

Es, pues, en este contexto donde se presenta el problema del auténtico significado del sintagma *contrahere obligationem* en derecho romano clásico.

II. CONTRAHERE OBLIGATIONEM Y CAUSAE OBLIGATIONUM EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO

Dos textos permiten ilustrar adecuadamente el significado del sintagma *contrahere obligationem* en el pensamiento de Gayo y, consecuentemente, de la cuatripartición de las obligaciones contractuales (*obligationes contractae*) en reales (*re*), verbales (*verbis*), literales (*litteris*) y consensuales (*consensu*). La primera de ellas contiene la –ya mencionada– célebre bipartición de las obligaciones en contractuales y delictuales, en los siguientes términos:

Gai. 3,88: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* [“Pasemos ahora a las obligaciones, cuya suprema división establece dos especies: toda obligación nace de un contrato o de un delito”]³⁴.

Como se puede apreciar de la lectura del texto transcrito, Gayo presenta aquí la que, a su juicio, es la clasificación de las obligaciones más amplia de todas: su *summa divisio*. En efecto, para él no hay más especies de obligación que aquellas nacidas de contrato o de delito, excluyendo toda otra posibilidad, lo que se deduce con claridad del uso de la expresión “toda obligación”³⁵. No hay, pues, un *tertium quid* entre una y otra causa de obligación. Consecuentemente, el jurista aplica la misma *divisio* a las *actiones in personam*, lo que no debe extrañar, si se tiene presente que *obligatio* y *actio* no son sino dos caras de la misma moneda: acción personal es aquella con la que litigamos con alguien que está obligado respecto de nosotros en virtud de contrato o de delito³⁶.

Por consiguiente, y dejando al margen la cuestión muy debatida –pero que no corresponde tratar en esta sede– acerca de qué causa de obligación es más antigua, si el contrato o el delito³⁷, lo cierto es que en Gai. 3,88 y 4,2 se expone una noción amplísima de contrato, elaborada única y exclusivamente sobre la base de su contraposición al delito (lo que no implica necesariamente que este sea más antiguo que aquel), lo que significa que toda causa de obligación que no sea constitutiva de un hecho ilícito

³⁴ Cf. Gai. 4,112-113, donde vuelve a presentarse la bipartición entre acciones *ex maleficio* (4,112) y *ex contractu* (4,113). *Maleficium* es, en el lenguaje gayano, sinónimo de *delictum*.

³⁵ En este sentido ya PERNICE, 1888, pp. 196 ss. Véase también SEGRÈ, 1952, pp. 433 ss.; LAURIA, 1938, pp. 163 ss., 172; SCHULZ, 1951, pp. 466 ss.; GROSSO, 1963, pp. 3 ss.; WUNNER, 1964, pp. 42 ss. Para la bibliografía más reciente ver por ejemplo PARICIO, 1994, pp. 49 ss.; el mismo, 1997, pp. 151 ss., 153; el mismo, 2008, pp. 28 ss.; CANNATA, 2008, pp. 82 ss.

³⁶ Gai. 4,2: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est* (...). Cf. D. 44,7,25,1 (Ulp. l.s. reg.).

³⁷ Para el debate científico respecto de esta cuestión véase por ejemplo TALAMANCA, 1979, pp. 2 ss.; BETTI, 1955, pp. 97 ss., 102 ss.; KASER, 1949, pp. 188 ss.; DE VISSCHER, 1931, pp. 342 ss.

(*delictum*), representa un *contractus*. En otros términos: la idea de contrato contenida en las *Instituciones de Gayo* se identifica con todo hecho lícito del que nacen obligaciones³⁸. Tal noción de contrato la podemos encontrar también en fragmentos de la jurisprudencia tardoclásica, específicamente de Ulpiano³⁹ y Paulo⁴⁰.

Inmediatamente después de presentar su dicotomía *obligationes ex contractu-obligationes ex delicto*, Gayo clasifica las primeras en cuatro géneros, como sigue:

Gai. 3,89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* [“Y veamos primero acerca de las <obligaciones> que nacen de un contrato. De estas hay cuatro géneros: se contrae una obligación por la cosa, por palabras, por la escritura o por consenso”]⁴¹.

La fuente citada constituye la base de la tradicional clasificación de las *obligationes contractae* romanas en cuatro categorías. Específicamente, Gayo plantea que las obligaciones *ex contractu* (no los contratos; nótese la diferencia) pueden nacer (se contraen) en virtud de la transferencia del dominio de una cosa (*re contrahere*)⁴², de una promesa formal verbal (*verbis contrahere*)⁴³, de la anotación de un traspaso ficticio de dinero en el libro de cuentas del acreedor (*codex accepti et expensi*) con la aprobación del deudor (*litteris contrahere*)⁴⁴ o del acuerdo de voluntades entre las partes (*consensu contrahere*)⁴⁵. Se suele afirmar que el criterio empleado por Gayo para clasificarlas de esta forma habría sido el modo de perfeccionamiento de cada figura. Así, por ejemplo, la transferencia del dominio sobre una cosa (*datio rei*, de donde deriva la aplicación en la especie del

³⁸ Así ya SCHULZ, 1951, p. 466: “Obviously this is a classification of all possible obligations; consequently *contractus* must need embrace any legal act from which obligations resulted, delicts alone being excluded”. En el mismo sentido, más recientemente PARICIO, 2008, p. 34: “Así pues, aunque Gayo no incluya una definición de contrato, parece claro que tiende a configurarlo como una categoría donde se engloban todos los actos lícitos reconocidos por el *ius civile*, convencionales o no convencionales, destinados a crear un vínculo obligatorio, al margen del cual, y como contrapuesto a él, queda el ámbito de los delitos”. Cf. también, sobre la noción gayana de contrato, no fundada en el *consensus*, el mismo, 1997, pp. 151 ss.; SARGENTI, 1988, pp. 24 ss., 56; MARTINI, 1991, pp. 97 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND, 2017b, pp. 333 ss.

³⁹ Por ejemplo en D. 5,1,57 (Ulp. 41 ad Sab.): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio (...)*, y los demás textos citados en n. 28.

⁴⁰ Por ejemplo en D. 5,3,14 (Paul. 20 ad ed.): *Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert (...)*.

⁴¹ Véase también Gai. 3,119a, donde el jurista reitera que las obligaciones pueden contraerse *re, verbis, litteris* o *consensu*, a propósito de las relaciones obligatorias que pueden garantizarse por medio de la *fideiussio* (fianza): *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest (...)*.

⁴² Específicamente la *mutui datio*; Gai. 3,90. En detalle sobre la limitación del *re contrahere* a la *mutui datio* en el derecho romano clásico WEGMANN STOCKEBRAND, 2017a, pp. 115 ss.

⁴³ Esto es, la *sponsio/stipulatio* y la *dotis dictio*; Gai. 3,92 ss.

⁴⁴ Se trata de la *expensilatio* o *nomen transcripticium*; Gai. 3,128 ss.

⁴⁵ En concreto, la compraventa (*emptio venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*), la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*); Gai. 3,135 ss. A ello se puede agregar la hipoteca (*conventio pignoris*), como aparece, por ejemplo, en D. 22,4,4 (Gai. l.s. form. hyp.).

ablativo *re*) constituiría el modo de perfeccionar la *obligatio re contracta* y, por tanto, el “contrato real”.

Discrepamos de esta opinión. Si como hemos visto, *contrahere* no expresa necesariamente –como el jurista formado en la dogmática moderna tendería a creer casi espontáneamente– el perfeccionamiento o la celebración de un contrato, sino que aparece en las fuentes jurídicas romanas en un sentido más amplio, identificable más bien –dejando de lado por un momento su excepcional empleo respecto de la comisión de hechos ilícitos– con la constitución de una relación obligatoria por medio de un acto lícito, lo dicho trae consigo una consecuencia de capital importancia para nuestra comprensión del sentido que Gayo quiso darle al sintagma *contrahere obligationem* en sus cuatro géneros arriba enunciados.

A nuestro entender, la estructura dialéctica de la clasificación de las *obligationes* en general y de las *obligationes contractae* en especial, contenida las *Institutiones de Gayo*, obedece a un criterio causal: Gayo distingue entre *obligationes re, verbis, litteris* y *consensu contractae* no en consideración al modo como se perfeccionaría un supuesto contrato real, verbal, literal o consensual (terminología que se aleja muchísimo de la utilizada por el maestro de época antonina), sino que al fundamento, la causa de la que procede, respectivamente, cada género de obligación contractual. En sus *Institutiones*, Gayo recurre al empleo de la partícula *ex* en la *summa divisio* de las obligaciones entre contractuales y delictuales (*ex contractu-ex delicto*; Gai. 3,88), o bien, la forma ablativa, sin preposición, para la consiguiente cuatripartición de las primeras (*re, verbis, litteris* und *consensu contrahere*; Gai. 3,89). Se trata de dos modos de expresar lo mismo en una lengua que, usada elegantemente, es más amiga de las declinaciones que de las preposiciones. Así, la variación morfológica de los sustantivos *res* (cosa), *verbum* (palabra), *littera* (letra) y *consensus* (consentimiento), de su forma en nominativo a, respectivamente, *re* (por medio, a través, por causa de una cosa), *verbis* (por medio, a través, por causa de las palabras), *litteris* (por medio, a través, por causa de las letras/de la escritura) y *consensu* (por medio, a través, por causa del consentimiento) expresa gramaticalmente sin lugar a dudas un vínculo causal entre estos elementos y la obligación que nace: esta es constituida por medio, a través o por causa de una cosa, de las palabras, de la escritura o del consentimiento: *re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*⁴⁶.

Cuando se analizan los pasajes de las *Institutiones de Gayo* en donde se recurre al sintagma *contrahere obligationem*, se obtiene como resultado que en estos siempre se hace alusión a los comportamientos concretos, las acciones materiales que traen consigo el nacimiento de una relación obligatoria, no al “perfeccionamiento” de un contrato⁴⁷. Un claro ejemplo de lo dicho es el siguiente:

⁴⁶ Véase también *Gai.* 2,81; 2,82; 3,96; 3,124; 3,136; 3,138; 3,155; 3,157.

⁴⁷ Cf. FALCONE, 2011, pp. 17 ss.

Gai. 2,81: *Ideoque si quando mulier mutuum pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec Mancipi sit, contrahit obligationem.* [“Por eso, si una mujer prestare alguna vez dinero a alguien sin la autorización de su tutor, como hace que dicho dinero pase a ser propiedad de quien lo recibe, este contrae una obligación, puesto que el dinero es una cosa no mancipable”].

El texto citado trata de un préstamo de dinero efectuado por una mujer sin la autorización de su tutor, en virtud de ello el adquirente del mismo –dice el jurista– contrae una obligación (*contrahit obligationem*) de restitución⁴⁸. El trasfondo del fragmento es, ciertamente, el problema de la posición jurídica de la mujer en Roma, en particular, su capacidad para transferir el dominio de ciertos bienes o para celebrar actos y contratos. En lo que importa para efectos de comprender el contexto sociocultural de esta fuente, baste decir que la mujer *sui iuris*, esto es, no sometida a la *patria potestas* de su padre ni a la *manus* (potestad marital) de su marido y, por tanto, en principio plenamente capaz, quedaba sujeta –salvo contadas excepciones– a tutela por toda la vida⁴⁹.

En este orden de cosas, las mujeres requerían la autorización de su tutor para enajenar los así llamados bienes mancipables (*res Mancipi*), que constituían un catálogo breve y cerrado de cosas de especial valor (*res pretiosiores*)⁵⁰ para la economía romana más arcaica, esencialmente agropecuaria: fundos itálicos, servidumbres rústicas, esclavos y animales de tiro y carga que se doman por el cuello o el lomo (en concreto: caballos, mulas, asnos y bueyes)⁵¹. Asimismo, dicha enajenación solo podía tener lugar por medio de dos modos solemnísimos para adquirir el dominio. Uno era la *Mancipatio* (de donde deriva la denominación de estas cosas), negocio abstracto cuya estructura exigía la participación de nada menos que ocho personas: la parte que transfiere el dominio (*Mancipio dans*), quien lo adquiere (*Mancipio accipiens*), un *libripens* (encargado de la balanza con la que, simbólicamente, se pesaba el dinero con el que el adquirente pagaba el valor de la cosa objeto del negocio) y cinco testigos púberes y ciudadanos romanos. El otro, más bien excepcional, era la *in iure cessio*, que consistía esencialmente en un juicio de vindicación simulado ante el magistrado⁵². En cambio, para la transferencia de la propiedad sobre cualquier otro bien no mancipable (*res nec Mancipi*), la mujer *sui iuris* no requería la autorización de su tutor, por lo que podía actuar válidamente por sí sola⁵³.

A esta última clase de cosas pertenece, precisamente, el dinero (*pecunia*). El fragmento se refiere, pues, al fundamento de la obligación de restitución del adquirente de una determinada cantidad de dinero recibida en préstamo de parte de una mujer que

⁴⁸ Cf. ZANNINI, 1976, p. 83.

⁴⁹ *Gai.* 1,144 *in fine*.

⁵⁰ Literalmente, las cosas más preciosas, como se lee en *Gai.* 1,192.

⁵¹ *Gai.* 2,14a.

⁵² *Gai.* 2,22.

⁵³ Este principio se encuentra recogido en términos explícitos en *Gai.* 2,80: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.*

ha obrado *sine tutoris auctoritate*. En la especie, el dinero ha sido dado en mutuo, esto es, *credendi causa*, a título de crédito⁵⁴. A esto alude Gayo cuando emplea los términos *mutuam pecuniam...dederit*: la mujer ha efectuado una *datio rei*, concretamente una *mutui datio*, y esta ha hecho al adquirente dueño de la cantidad de dinero recibida (*quia facit eam accipientis*), quien a su vez ha contraído la obligación de restituirla en un momento posterior (*contrahit obligationem*). Gayo en ningún momento se refiere directamente a la celebración o perfeccionamiento de un contrato de mutuo; el jurista se refiere a la dación mutuaría (*datio mutui*) desde una perspectiva, por así decirlo, material, en el sentido de la actividad concreta desplegada por la mujer, más que a la celebración de un contrato de mutuo. Nótese que, en efecto, en el texto se recurre al verbo *contrahere* no en relación con el contrato mismo, sino que específicamente a la obligación a la que se encuentra sujeto el adquirente. El fundamento, la causa de la obligación de restitución “contraída” por el *accipiens* radica en que este se ha convertido en propietario del dinero recibido de parte de la mujer (*quia facit eam accipientis*), la que no se ha limitado a entregar una cierta cantidad de dinero, sino que ha transferido el dominio sobre él, y la razón de ello estriba en que, como se ha dicho, la *pecunia* constituye una *res nec mancipi*, que en cuanto tal puede ser transferida por una mujer *sine tutoris auctoritate*.

En el texto comentado, el perfeccionamiento de un contrato de mutuo no desempeña ningún papel relevante para efectos de determinar que se ha contraído una obligación. De hecho, en el así llamado *Ulpiani Epitome* (11,27), una obra pseudoulpiana que depende en gran medida de las *Instituciones de Gayo*, o bien, de una tradición escolar común a Gayo, se formula la regla consistente en que las mujeres requieren la autorización de su tutor tanto para concluir un negocio jurídico como para enajenar cosas mancipables⁵⁵. Si se analiza este último texto en relación con Gai. 2,81, bien puede concluirse que en un caso como el expuesto por Gayo, el contrato de mutuo habría sido inválido; no obstante ello, y esto es lo que nos interesa, el *accipiens* ha “contraído” la obligación de restituir el dinero recibido *credendi causa*, a título de crédito, porque la mujer estaba facultada para transferir el dominio del mismo en cuanto *res nec mancipi*. Dicho en otros términos: Si bien la suscripción de un contrato de mutuo por una mujer sin la autorización de su tutor no es válida, de todos modos el adquirente del dinero contrae una obligación, ya que esta no encuentra su causa en el perfeccionamiento del contrato, lo que sería una abstracción muy poco romana, sino que directamente en la *datio rei*, la transferencia del dominio. De lo anterior se colige, pues, que el sintagma *contrahere obligationem* presente en este fragmento se refiere de una manera muy concreta a la actividad desplegada por la mujer que hace nacer la obligación de restitución del *accipiens*, esto es, a la *datio*, mas

⁵⁴ D. 12,1,2,1 (Paul. 28 ad ed.): *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire (...)*. Cf. D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.), donde Ulpiano expone la noción de causa crediticia contenida en el edicto del pretor: (...) *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur (...)*.

⁵⁵ UE 11,27: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus (...)* si civile negotium gerant (...) si rem mancipi alienent (...). Cf. UE 11,18. A este respecto véase AVENARIUS, 2005, pp. 311 ss.; para la *mutui datio* GRÖSCHLER, 1997, pp. 194 ss.

no en términos abstractos a la celebración de un contrato, cuestión respecto de la que Gayo nada dice.

En términos similares expone el jurista el caso del pupilo que, sin la autorización de su tutor, entrega una cierta cantidad de dinero a título de crédito.

Gai. 2,82: *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate pecuniam, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extant, id est eos petere suos ex iure Quiritium esse [...vv. 5....].* [“Pero si un pupilo hiciera lo mismo, puesto que sin la autorización de su tutor no hace que el dinero pase a ser propiedad de quien lo recibe, este no contrae ninguna obligación; de ahí que el pupilo pueda ciertamente vindicar sus propias monedas, donde quiera que permanezcan, esto es, considerarlas como suyas por derecho de los Quirites (...)]⁵⁶.

En la antigua Roma, los impúberes (niños mayores de catorce años, niñas mayores de doce) *sui iuris*, vale decir, no sometidos a *patria potestas* (generalmente debido a la muerte de su padre), quedaban sujetos a tutela. En lo que respecta a su capacidad para transferir el dominio, nuestras fuentes son muy claras: el *pupillus* no puede transferir sin autorización de su tutor ninguna clase de bienes, sin importar si estos son *mancipi* o *nec mancipi*⁵⁷. Como expresa lacónicamente Gayo en su comentario al edicto del pretor provincial: *nullum dominium transferre potest*⁵⁸. En cambio, sí se encuentra facultado para adquirir la propiedad por sí mismo, en virtud del principio de que incluso *sine tutoris auctoritate* puede mejorar su situación jurídica (*melioem condicionem suam facere*), al igual que la mujer⁵⁹. Pues bien, a causa de que el pupilo no puede transferir la propiedad en absoluto sin *interpositio auctoritatis*, no le es posible constituir una obligación real (*obligatio re contracta*), ya que esta supone necesariamente una *datio rei*. Es por ello que, para este caso, Gayo enseña que la cantidad de dinero entregada por el pupilo a un tercero en préstamo no implica que este último “contraiga” una obligación restitutoria *credendi causa* (*nullam contrahit obligationem*), toda vez que no se ha hecho dueño del dinero (*quia non facit accipientis suam pecuniam*)⁶⁰. Consecuencialmente, a juicio del jurista, el pupilo carece de legitimación activa para ejercer la *condictio* (acción personal restitutoria), ya que esta supone una *datio rei*, no quedándole otra alternativa más que vindicar la *pecunia*, porque sigue siendo dueño y el tercero adquirente es, en realidad, solo un poseedor. Como puede apreciarse, aquí Gayo, al igual que en el fragmento anterior, se concentra en

⁵⁶ El fragmento citado solo se ha conservado parcialmente, no siendo posible una reconstrucción segura del mismo a continuación de *id est*. Para los distintos intentos de reconstrucción de la parte faltante del texto véase por todos DAVID y NELSON, 1954, pp. 294 ss.

⁵⁷ *Gai.* 2,80; 2,84; UE 11,27; I. 2,8,2. Véase también 12,1,19,1 (Iul. 10 dig.); D. 14,6,3,2 (Ulp. 29 ad ed.); D. 46,3,14,8 (Ulp. 30 ad Sab.). Cf. LABRUNA, 1962, pp. 90 ss.; KASER, 1961, pp. 208 ss.

⁵⁸ D. 26,8,9,2 (Gai. 12 ad ed. prov.).

⁵⁹ *Gai.* 2,83: *Et ex contrario omnes res tam mancipi quam nec mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt, quoniam melioem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est.*

⁶⁰ Cf. D. 12,1,2,2 (Paul. 28 ad ed.): *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio.*

la actividad desplegada por el pupilo, que puede o no ser la causa de que el adquirente “contraiga” una obligación, mas no en el supuesto perfeccionamiento de un contrato, el que igualmente debiera ser considerado inválido⁶¹.

A partir de lo anterior podemos extraer la siguiente conclusión: respecto de la clasificación de las obligaciones *ex contractu*, la transferencia del dominio de una cosa (*re contrahere*), la promesa formal verbal (*verbis contrahere*), la anotación en el libro de cuentas del acreedor con la aprobación del deudor (*litteris contrahere*) y el acuerdo de voluntades entre las partes (*consensu contrahere*), constituyen las posibles “causas” lícitas de obligación en un sentido muy concreto, vale decir, la actividad desplegada por un agente que provoca que otra persona quede obligada respecto de ella, no en abstracto como los modos en los que se perfeccionaría una determinada figura contractual⁶². Como acertadamente expresa Falcone, no debe sorprendernos que Gayo, en vez de describir en términos abstractos en qué consiste una obligación contractual, haya abordado directamente la cuestión de las causas que dan lugar a una relación obligatoria, entendidas estas como los comportamientos concretos de un sujeto de los que puede nacer una *obligatio*⁶³. De ahí que planteemos la tesis de que, si queremos ser fieles al testimonio de nuestras fuentes, en el pensamiento gayano el sintagma *contrahere obligationem* no debe ser identificado con el perfeccionamiento de un contrato, sino con el nacimiento, la causación de una obligación mediante un acto lícito, cuya tipología puede ser resumida en cuatro “causas”: *res (datio rei)*, *verba*, *litterae* y *consensus*.

III. CAUSA OBLIGATIONUM VERSUS PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Ciertamente, lo que decimos dista mucho de representar la opinión mayoritaria. En doctrina tiende a primar una idea de la *obligatio contracta* romana que, consciente o inconscientemente, está notoriamente influenciada por la moderna noción del contrato como convención, que tiene sus antecedentes más remotos en algunas fuentes antiguas⁶⁴ y, especialmente, en la *Paráfrasis de Teófilo* a las *Instituciones de Justiniano* (esto es, en el

⁶¹ Véase LONGO, 1933, pp. 26 ss.; VIARD, 1939, pp. 52 ss.; KASER, 1961, pp. 211 ss.; LABRUNA, 1962, pp. 90 ss.; ZANNINI, 1976, pp. 82 ss.

⁶² Lo dicho encuentra sustento también en otros fragmentos gayanos. Así, por ejemplo, se habla en términos explícitos de causa de obligación en *Gai.* 3,96. Por su parte, en *Gai.* 3,124, el *obligationem contrahere* se refiere específicamente a una *datio pecuniae* (como en *Gai.* 2,81), no a la celebración de un contrato de mutuo.

⁶³ FALCONE, 2011, p. 30: “(...) non sorprende che Gaio, anziché indugiare su un enunciato che descriva in termini astratti cosa è un *obligatio*, abbia direttamente affrontato, sul piano dei concreti comportamenti dei soggetti agenti, le causae che danno vita ad un’*obligatio*”. Cf. PERNICE, 1888, p. 222; PEROZZI, 1898, pp. 163 ss.; BRASIELLO, 1930, pp. 541 ss.; el mismo, 1944, pp. 101 ss.; VOCI, 1946, p. 70; KASER, 1971, p. 522; DALLA MASSARA, 2004, pp. 351 ss. para la *obligatio re contracta*.

⁶⁴ Fundamentalmente D. 2,14,1,3 (Ulp. 4 ad ed.): “(...) *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* (...). Acerca de la fuente véase por todos GAROFALO, 2006, pp. 337 ss.

derecho bizantino)⁶⁵, pero que jamás llegó a consolidarse como doctrina indiscutida en la jurisprudencia clásica⁶⁶. Esta perspectiva parte del supuesto de que todo contrato sería esencialmente una convención (*conventio*) y que el consentimiento de las partes se manifestaría de distintas maneras, lo que sería la raíz de la cuatripartición. Vale decir, el consentimiento se expresaría, según el caso, mediante la transferencia del dominio de una cosa (*re*), de una promesa formal verbal (*verbis*), de la anotación en el *codex accepti et expensi* del acreedor con la aprobación del deudor (*litteris*), o bien, del simple acuerdo de voluntades entre las partes exento de formalidades (*consensu*).

La distinción que hacemos podrá parecer a alguien una mera sutileza lingüística, pero lejos de aquello, es de gran relevancia histórico-dogmática. La atribución al *re, verbis* y *litteris contrahere* del carácter de modos especiales de manifestación de la voluntad trae consigo que sean considerados como una suerte de complementos del consenso, en el sentido que todo contrato constituiría básicamente un acuerdo de voluntades que, en ciertos casos, el ordenamiento jurídico exigiría que se exprese bajo formas determinadas, en orden a que el contrato en cuestión sea concluido (perfeccionado) válidamente. Dicho en otros términos: todo contrato es una convención, pero no siempre será suficiente el “mero consenso” para perfeccionarlo⁶⁷. Así, por ejemplo, el contrato real, para ser perfecto, requerirá, además del mero consentimiento, la entrega de la cosa. Esta es, de hecho, la idea que subyace al artículo 1.443 de nuestro Código Civil⁶⁸. Bajo esta premisa, muy lejana al pensamiento gayano, es posible construir “categorías contractuales” tal y como las entiende la dogmática moderna, esto es, en función del modo como se perfeccionan los distintos tipos contractuales, todos estos presentan un elemento unificador, a saber, la convención⁶⁹. El criterio ordenador de las *obligationes ex contractu* en la jurisprudencia clásica, en cambio, era otro: el comportamiento concreto desplegado por un sujeto en orden a engendrar una obligación, sin que se presente un elemento unificador más allá de la mera licitud de la *causa obligationis*, que permite distinguir la *obligatio ex contractu* de la *ex delicto* (Gai. 3,88).

En síntesis: para el derecho romano clásico, el *re, verbis, litteris* y *consensu contrahere* constituían las actividades lícitas, independientes entre sí, que el ordenamiento jurídico romano reconocía como habilitadas para dar nacimiento a una *obligatio ex contractu* y, consecuentemente, a una *actio* típica (Gai. 4,2). Nada, pues, de modos especiales de

⁶⁵ PT 3,13,2. La identificación bizantina entre contrato y convención deriva de la noción de pacto contenida en D. 2,14,1,2 (Ulp. 4 ad ed.): *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*.

⁶⁶ A juicio de SARGENTI, 1988, p. 73, ni siquiera en época justiniana.

⁶⁷ Cf. HARKE, 2016, p. 44.

⁶⁸ “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”. Más explícito aún era el artículo 6° de la parte del Proyecto de Código Civil correspondiente al Libro de los contratos y obligaciones convencionales; título I (definiciones): “El contrato es real cuando, además del consentimiento, se exige, para que sea perfecto, la tradición de la cosa a que se refiere el contrato; i consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

⁶⁹ Cf. ORESTANO, 1959, pp. 455 ss., respecto de la estructura *genus-species* de Gai. 3,88 ss.

manifestar la voluntad o casos particulares de perfeccionamiento de figuras contractuales, que no eran algo que interesara mayormente a los clásicos. Como acertadamente afirma Brasiello, basar la cuatripartición de las obligaciones contractuales en un elemento perfeccionador no se condice con los criterios clasificatorios empleados por la jurisprudencia clásica, mientras que sí servía a los fines sistemático-didácticos de los juristas bizantinos, quienes, considerando todos los contratos como esencialmente consensuales, querían de todos modos encuadrarlos en los esquemas clásicos precedentes⁷⁰.

Una vez más, el esquema dialéctico empleado por Gayo da pistas de lo dicho. En efecto, como hemos visto, el maestro antonino clasifica las obligaciones *ex contractu* en cuatro géneros (*quattuor genera sunt*), reiterando la misma idea luego, en Gai. 3,182 (*in IIII genera diducantur*). En cambio, y he aquí la clave, los delitos no se clasificarían en géneros, ya que todos forman parte del mismo (*quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio*)⁷¹. No bastando con eso, Gayo vuelve a explicitar esta diferencia en sus *res cottidianae*⁷². Es admisible destacar que el jurista se esmera en resaltar esta diferencia, afirmando que a diferencia (*alioquin*) de las obligaciones contractuales, que se subdividen en géneros, todos los delitos constituyen un solo género. De acuerdo con este esquema, las *obligationes ex contractu* se caracterizan por presentar cuatro posibles causas que son esencialmente distintas e incompatibles entre sí, de modo que no se encuentra en los distintos contratos un fundamento unificador más allá de la licitud del acto que lo hizo nacer. Esta es la consecuencia de calificar a las *obligationes re, verbis, litteris* y *consensu contractae* como “géneros”. De esta guisa, los así llamados contratos reales, verbales, literales y consensuales de los antiguos romanos no son los elementos de un, por así decirlo, sistema contractual romano unificado, sino más bien fenómenos esencialmente distintos los unos de los otros. Así, siguiendo a Harke, incluso podría llegar a sostenerse la existencia de distintos “sistemas contractuales” en el derecho romano clásico, uno para cada género de *obligatio ex contractu*⁷³.

Será tarea de los juristas de época justiniana, quienes identificaban al contrato con la convención sin más (PT 3,13,2), buscar la manera de encuadrar el esquema dialéctico clásico con su nueva teoría contractual; y la fórmula que encontrarán será convertir los *quattuor genera* gayanos en las *quattuor species* de las Instituciones de Justiniano⁷⁴. Esto es,

⁷⁰ BRASIELLO, 1944, pp. 103: “Il fondare infatti la partizione sull'elemento perfezionatore, come apparirà anche in questo studio, non può essere frutto che di uno sforzo che i giuristi classici non avrebbero motivo di fare, mentre si impone —e, come vedremo, nemmeno sempre— ai compilatori, i quali, pure considerando tutti i contratti come consensuali, volevano ancora inquadrali negli schemi classici”.

⁷¹ Gai. 3,182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

⁷² D. 44,7,4 (Gai. 3 res cott.): *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.*

⁷³ HARKE, 2013, p. 38.

⁷⁴ I. 3,13,2: (...) *Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.*

si antes las *obligationes re, verbis, litteris y consensu contractae* eran fenómenos esencialmente distintos (géneros), de ahora en adelante serán especies de un mismo género, especies del contrato-convención. De esta manera, lo que para los clásicos fueron las distintas hipótesis de *causae obligationum*, de causas de obligación, cada cual distinta e independiente, para los bizantinos ya no serán más que las formas en las que puede manifestarse el *consensus* que está a la base de todo contrato, vale decir, el modo de perfeccionarlo. La tradición romanística de los siglos posteriores y, por cierto, nuestro Código Civil, son tributarios de esta corriente doctrinaria que, hoy, es indiscutida⁷⁵. Pero esta es ya otra historia.

IV. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

Al comienzo decíamos que el sistema de las *Pandectas* no es el sistema de la ciencia pandectística. Ahora podemos añadir: la estructura del derecho contractual romano no es la nuestra, y no tendría por qué serlo. El sintagma latino *contrahere obligationem*, según su uso por parte de la jurisprudencia clásica romana, atestiguado principalmente en las *Instituciones de Gayo*, no equivale a la moderna idea de perfeccionar un contrato. Los clásicos razonaban sobre la base de las causas de las obligaciones (*causae obligationum*), no de los modos de perfeccionar un tipo contractual, como sí lo hará la tradición jurídica posterior, incluyendo entre sus frutos nuestro propio Código Civil.

Con el presente trabajo no pretendemos poner en entredicho la doctrina del contrato desarrollada durante siglos por la tradición jurídica europea-continental, ni mucho menos las bases del sistema contractual chileno. Nuestro objetivo es más modesto, pero no por ello inútil: llamar la atención respecto de posibles interpretaciones descontextualizadas de las fuentes histórico-jurídicas, que conducen de una u otra manera a construcciones anacrónicas de la experiencia jurídica romana y, a la larga, a una falsa representación del desarrollo histórico de nuestro derecho privado. Y es que siguiendo la exhortación de Wieacker, la dignidad de la tarea cognoscitiva del historiador del derecho no radica tanto en fundamentar reglas o principios jurídicos vigentes ni, por tanto, en ser útil para el presente, sino más bien en la intrínseca historicidad de nuestra propia existencia⁷⁶. Pero además, un comparativismo histórico o, si se quiere, una historia jurídica comparada consciente de sus límites, pero también de sus potencialidades, nos ayuda a comprender más adecuadamente los contextos que han dado lugar a distintas experiencias jurídicas y, con ello, el sistema dentro del que operamos, con mayor profundidad y espíritu crítico⁷⁷. En definitiva, y aunque parezca un juego de palabras, el estudio de los dogmas jurídicos, la historia dogmática (la *Dogmengeschichte*), puede llegar a ser nuestra principal

⁷⁵ Para el desarrollo de la moderna noción de contrato-convención, véase por ejemplo NANZ, 1985, pp. 5 ss.; ZIMMERMANN, 1996, pp. 546 ss.; KEGEL, 2002, pp. 3 ss.; para sus raíces filosóficas GORDLEY, 1991, pp. 10 ss. Para la asimilación entre contrato y convención en el derecho chileno véase CARVAJAL, 2007, pp. 289 ss.

⁷⁶ WIEACKER, 1967, p. 15. En el mismo sentido CARONI, 2014, p. 74 (n. 52).

⁷⁷ Al respecto, véase PIHLAJAMÄKI, 2014, pp. 121 ss.

defensa contra eventuales dogmatismos, con el fin de no violentar el genuino sentido de las fuentes que inspiraron la formación del derecho vigente. El estudio del significado del sintagma *contrahere obligationem* en el derecho romano clásico es un ejemplo de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- AVENARIUS, Martin, 2005: *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, Wallstein.
- AVENARIUS, Martin, 2008: "Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen", en el mismo (editor), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, pp. 9-29.
- BETTI, Emilio, 1912: "Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non-classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'", *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, volumen XXV, pp. 65-88.
- BETTI, Emilio, 1915: "Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani", *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, volumen XXVIII, pp. 3-96.
- BETTI, Emilio, 1955: *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi* (2ª edición), Milano, Giuffrè.
- BRASIELLO, Ugo, 1930: "Obligatio re contracta", en *Studi in onore di Pietro Bonfante II*, Milano, Giuffrè, pp. 539-587.
- BRASIELLO, Ugo, 1944: "In tema di categorie contrattuali", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, volumen X, pp. 101-149.
- BRETONE, Mario, 1982: *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (2ª edición), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- BRUTTI, Massimo, 1979: "Storiografia e critica del sistema pandettistico", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, volumen VIII, pp. 317-360.
- CANNATA, Carlo Augusto, 2008: *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino, Giappichelli.
- CARONI, Pio, 2014: *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente* (trad. de Mora Cañada, A., y Martínez Neira, M.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- CARVAJAL, Patricio Ignacio, 2007: "Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. 'Contrato' y 'convencción' como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXXIV, Nº 2, pp. 289-302.
- CASINOS MORA, Francisco Javier, 2002: "Nueve siglos de romanismo jurídico", *Rivista di Diritto Romano*, volumen II, pp. 351-399.
- COMA FORT, José María, 1996: *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez.
- CRIFÒ, Giuliano, 1995: "Some Reflections on History and Dogma as Jurists' Tools", en Cairns y Robinson (editores), *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History. Essays in Honour of Alan Watson*, Oxford/Portland, Hart, pp. 37-44.
- CUENA BOY, Francisco, 1998: *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, Universidad de Cantabria.
- DALLA MASSARA, Tommaso, 2004: *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, Cedam.

- DAVID, Martin y NELSON, H.L.W., 1954: *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar*, Leiden, Brill.
- DE FRANCISCI, Pietro, 1916: *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II*, Pavia, Mattei.
- DE VISSCHER, Fernand, 1931: "Les origines de l'obligation 'ex delicto'", en *Études de droit romain*, Paris, Sirey, pp. 336-386.
- FALCONE, Giuseppe, 2011: "Sistematiche gaiane e definizione di obligatio", en Capogrossi-Colognesi y Cursi (editores), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)*, Napoli, Jovene, pp. 17-51.
- GAROFALO, Luigi, 2006: "Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio", en Burdese (editor), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, Cedam, pp. 337-378.
- GIUFFRÈ, Vincenzo, 2016: "La definizione di 'obligatio' nelle 'Gai Institutiones'. Un'isola che non c'è?", *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, volumen LXIV, pp. 101-126.
- GORDLEY, James, 1991: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Oxford University Press.
- GORDLEY, James, 2006: "Comparative Law and Legal History", en Reimann y Zimmermann (editores), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 753-773.
- GROSSO, Giuseppe, 1963: *Il sistema romano dei contratti* (3ª edición), Torino, Giappichelli.
- GRÖSCHLER, Peter, 1997: *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, Duncker & Humblot.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 2005: *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor, Aranzadi.
- HARKE, Jan Dirk, 2013: *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot.
- HARKE, Jan Dirk, 2016: *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen* (2ª edición), München, C.H. Beck.
- HEUMANN, Hermann Gottlieb y SECKEL, Emil, 1926: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (9ª edición), Jena, Verlag von Gustav Fischer.
- HOETINK, Hendrik Richard, 1955: "Über anachronistische Begriffsbildung in der Rechtsgeschichte", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, volumen LXXII, pp. 39-53.
- JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang y WENGER, Leopold, 1949: *Römisches Recht* (3ª edición), Berlin/Heidelberg, Springer.
- KASER, Max, 1949: *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- KASER, Max, 1961: "Das Geld im römischen Sachenrecht", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, volumen XXIX, pp. 169-229.
- KASER, Max, 1971: *Das Römische Privatrecht I* (2ª edición), München, C.H. Beck.
- KEGEL, Gerhard, 2002: *Vertrag und Delikt*, München, Heymanns.
- KOLLMANN, Andreas, 1996: *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot.
- LABRUNA, Luigi, 1962: *Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli, Jovene.
- LAURIA, Mario, 1938: "Contractus, delictum, obligatio (a proposito di recenti studi)", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, volumen IV, pp. 163-192.
- LONGO, Carlo, 1933: *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano, Giuffrè.
- LÖHNIG, Martin, 2014: "Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History", en Adams y Heirbaut (editores), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford/Portland, Hart, pp. 113-120.

- MARTINI, Remo, 1991: "Il mito del consenso nella dottrina del contratto", *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, volumen XLII, pp. 97-109.
- MELILLO, Generoso, 1994: *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, Liguori.
- NANZ, Klaus Peter, 1985: *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, Schweitzer.
- NÖRR, Knut Wolfgang, 1994: "Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, volumen II, pp. 67-76.
- ORESTANO, Riccardo, 1959: "Obligaciones e dialettica", en *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Brubl*, Paris, Sirey, pp. 445-458.
- PARICIO, Javier, 1994: "Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana", en el mismo (editor), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 49-61.
- PARICIO, Javier, 1997: "Sull'idea di contratto in Gaio", en Vacca (editora), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, pp. 151-160.
- PARICIO, Javier, 2008: *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, Civitas, 2008.
- PERNICE, Alfred, 1888: "Paregia III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, volumen IX, pp. 195-260.
- PEROZZI, Silvio, 1898: "Il contratto consensuale classico", en Nani, Pampaloni y Fusinato (editores), *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer del XXXV anno del suo insegnamento*, Roma, Bretschneider, pp. 163-199.
- PIHLAJAMÄKI, Heikki, 2014: "Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?", en Adams y Heirbaut (editores), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford/Portland, Hart, pp. 121-132.
- RICCOBONO, Salvatore, 1930: "La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica", en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento I*, Milano, Giuffrè, pp. 123-173.
- SARGENTI, Manlio, 1988: "Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano", *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, volumen XXXIX, pp. 24-74.
- SCHIAVONE, Aldo, 1971: *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, Jovene.
- SCHULZ, Fritz, 1951: *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHWARZ, Andreas, 1921: "Zur Entstehung des modernen Pandektensystems", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, volumen XLII, pp. 578-610.
- SEGRÈ, Gino, 1952: "Sulla classificazione delle cause delle obligaciones nelle Istituzioni di Gaio", en *Scritti vari di diritto romano*, Torino, Giappichelli, pp. 433-442.
- TALAMANCA, Mario, 1979: "Obbligazioni (diritto romano)", *Enciclopedia del Diritto*, volumen XXIX, pp. 1-78.
- VACCA, Letizia, 2006: *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, Cedam.
- VIARD, Paul-Émile, 1939: *La 'mutui datio'. Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie*, Paris, Sirey.
- VOCI, Pasquale, 1946: *La dottrina romana del contratto*, Milano, Giuffrè.
- WATSON, Alan, 1974: *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press.
- WATSON, Alan, 1991: *Roman Law and Comparative Law*, Athens, The University of Georgia Press.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, 2017a: *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck.

- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, 2017b: “En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen XLIV, N° 2, pp. 323-346.
- WIEACKER, Franz, 1967: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- WOŁODKIEWICZ, Witold, 1978: “Contrahere–contractum–contractus dans le droit romain classique”, en Kupiszewski y el mismo (editores), *Le droit romain et sa réception en Europe*, Warszawa, Fac. de Droit et d’Administration, pp. 295-308.
- WUNNER, Sven Erik, 1964: *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln/Graz, Böhlau.
- ZANNINI, Pierluigi, 1976: *Studi sulla tutela mulierum I. Profili funzionali*, Torino, Giappichelli.
- ZIMMERMANN, Reinhard, 1996: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Oxford University Press, 1992, reimp. Oxford, 1996.

¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas

*Salvador Millaleo Hernández**

RESUMEN

La sociología se pregunta cómo funcionan las Constituciones en la sociedad. Niklas Luhmann ha señalado que una de las funciones más relevantes de la Constitución es posibilitar la inclusión de los sujetos en la vida política, mediante la organización pública del poder político, la democracia y los derechos fundamentales. En la dimensión simbólica, el constitucionalismo expande con un discurso de inclusión constitucional esos logros. Sin embargo, estas perspectivas chocan con la subinclusión de los pueblos indígenas en los órdenes constitucionales y revelan las promesas del constitucionalismo como un simbolismo negativo y encubridor. La evolución del derecho constitucional, junto con el derecho internacional, han traído nuevas formas de inclusión mediante derechos colectivos para los pueblos indígenas. Estos dispositivos pueden correr los mismos riesgos del simbolismo negativo de una inclusión simbólica.

Sociología constitucional – inclusión constitucional – pueblos indígenas

What is a Constitution good for? Reflections on the constitutional inclusion of indigenous peoples

ABSTRACT

Sociology asks how constitutions work in society. Niklas Luhmann has pointed out that one of the most important functions of constitution is to enable the inclusion of subjects in political life, through the public organization of political power, democracy and fundamental rights. In the symbolic dimension, as indicated by Smend and Brunkhorst, constitutionalism expands those achievements with a discourse of constitutional inclusion. However, these perspectives clash with the sub-inclusion of indigenous peoples in constitutional orders and reveal the promises of constitutionalism as negative and concealing symbolism. The evolution of constitutional law, together with international law, has brought new forms of inclusion through collective rights for indigenous peoples. These devices can run the same risks, of negative symbolism of symbolic inclusion.

Constitutional sociology – constitutional inclusion – indigenous peoples

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Dr. Phil., Universidad de Bielefeld, Alemania. Profesor de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: millaleosalvador@gmail.com.

Artículo recibido el 30 de enero de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

Este artículo indagará desde el punto de vista teórico de la sociología jurídica acerca de cómo pueden funcionar las Constituciones como conjuntos de dispositivos de inclusión en la sociedad, en específico en relación con los pueblos indígenas, sujetos tradicionalmente ajenos a la vida política de los estados constitucionales de los que forman parte. Esto requiere preguntarse por los roles o funciones que cumplen las constituciones para la vida social, más allá de la normatividad de sus efectos. En este sentido, revisaremos el papel que juegan los derechos colectivos como dispositivos de acomodación que favorece la inclusión constitucional de los pueblos indígenas.

La perspectiva con que reflexionaremos será una teoría social de la Constitución, sin referirnos a un ordenamiento constitucional en particular. En esta reflexión nos serviremos de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, la que concibe a la Constitución como un logro evolutivo que persigue la inclusión, por medio de conseguir la interdependencia de las autonomías de la política y del derecho, y de la creación de dispositivos específicos de inclusión constitucional, la democracia y los derechos fundamentales. Esta visión será complementada con las perspectivas de Rudolf Smend acerca de las dimensiones simbólicas de la Constitución como forma de integración de la sociedad, y de Hauke Brunkhorst acerca de la mentalidad inclusiva del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, un enorme contraste con las pretensiones inclusivas de los órdenes constitucionales es la persistente subinclusión de los pueblos indígenas. Esta realidad social se ha buscado modificar en las décadas recientes mediante arreglos constitucionales que desarrollan mecanismos de acomodo constitucional para las diferencias étnico-culturales.

Aquí no haremos una descripción específica de las diversas instituciones normativas de dichos mecanismos de acomodo constitucional, ni tampoco realizaremos un análisis comparativo de ellos –aspectos ya bien desarrollados en otros estudios–, sino que nos plantearemos cómo ellos están mudando las estructuras de inclusión y la mentalidad del constitucionalismo.

I. LA INCLUSIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS FUNCIONES SOCIALES DE LA CONSTITUCIÓN

Una determinación simple, desde un punto de vista jurídico, de una Constitución la comprende como las normas básicas respecto de la institución y el ejercicio del poder estatal¹. En el concepto clásico, será una Constitución el orden jurídico que: “se caracterice por la garantía de los derechos fundamentales y por un sistema de poderes separados (o de *checks and balances*) y que sea aprobada por la nación correspondiente al pueblo como el *pouvoir constituant*. Solo una Constitución que cubra estas pretensiones puede regir como Constitución legítima”².

¹ BIAGGINI, 2003, p. 53.

² *Ibid.*

Las constituciones están asociadas clásicamente al establecimiento de la estructura de un sistema político. Una Constitución establece un sistema de gobierno, define los poderes y funciones de sus instituciones, provee límites sustantivos a su operación, y regula las relaciones entre las instituciones y los ciudadanos. Son conjuntos de reglas y principios que crean, empoderan y limitan las instituciones del gobierno. El papel más importante de las constituciones es limitar el comportamiento del gobierno, en cuanto las constituciones generan un conjunto de principios y derechos inviolables que constriñen la legislación, y las actividades gubernamentales futuras deben ajustarse a ella. Al limitar el alcance del gobierno, las constituciones hacen posible el gobierno.

De acuerdo con Galligan, otra función que sirven las constituciones es la función simbólica de definir la comunidad política y sus objetivos. Una Constitución funciona como un dispositivo que declara la legitimidad del Estado y establece aspiraciones hacia las que el gobierno puede dirigirlo³.

Las constituciones son también expresiones de valores, manifestaciones del poder, dispositivos de coordinación social y convenciones de la sociedad⁴. La Constitución proporciona un conjunto de principios y reglas básicas que permiten una mínima coordinación entre los miembros de una sociedad. También establece los principios fundamentales con los que un Estado está constituido o gobernado.

Estas funciones clásicas que se han atribuido a las constituciones están relacionadas con las funciones que se han atribuido al poder. Carré de Malberg concibe las funciones del Estado como las diversas formas en que se manifiesta la actividad dominadora del Estado, correspondiéndole a los órganos del poder ejercer dichas funciones y que no se pueden confundir con sus cometidos⁵. Carré de Malberg llega así a la distinción de las tres funciones clásicas: legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Desde una perspectiva diferente, en una sociología del derecho orientada por la teoría de los sistemas sociales, podemos concebir a las constituciones como articulaciones funcionales internas a los procesos sociales, esto quiere decir que se construyen al interior de ellos, y ya no como disposiciones normativas que se deducen e imponen desde fuera a las estructuras sociopolíticas⁶. De acuerdo con aquella teoría, una de las principales funciones de las constituciones es hacer posible la inclusión social.

Por inclusión social entenderemos aquí el acceso que tienen los sujetos a los logros de la sociedad en la que participan, esto es, la forma en cómo son relevantes los sujetos para la vida social, su comunicación y las expectativas que ella realiza. Luhmann definió inclusión social como la forma en la que se hace referencia a las personas en el contexto de la comunicación, es decir, en cómo –la forma y medida en la que– los sujetos son consideradas relevantes en ella⁷.

³ GALLIGAN Y VERSTEEG, 2013.

⁴ Cit., p. 8.

⁵ CARRÉ DE MALBERG, 1962, p. 259.

⁶ THORNHILL, 2011.

⁷ LUHMANN, 1995, p. 241.

Mediante la constitucionalización del poder político, los procesos de decisión política ganan en inclusividad respecto de los sujetos implicados, en cuanto la formalización del poder permite que este quede abierto procedimentalmente a los diferentes intereses y valores de la sociedad, y no sujeto a un grupo particular, sus intereses y valores⁸. La emergencia de los derechos constitucionales hará posible que la política dé un salto evolutivo en su inclusividad, simplificando y ampliando con ello los contextos en que se ejerce el poder y desarrollando la pluralidad de las formas de vida sociales. La inclusión constitucional no resolverá el conjunto de las exclusiones sociales, pero las hace visibles, como tarea inconclusa del proyecto constitucional.

La inclusividad del constitucionalismo se realiza mediante la creación de esferas comunes para todos los ciudadanos como iguales a la vez que de esferas de diferenciación para que se expresen y desarrollen las identidades de los sujetos que forman parte de la comunidad política⁹. De esa manera, el constitucionalismo implica una compleja interacción entre identidad y diversidad en muchos niveles diferentes¹⁰.

De acuerdo con la teoría de sistemas sociales de Luhmann, la inclusión social por medio de la Constitución, o inclusión constitucional, se realizaría de dos maneras: primero, gracias a la forma en que las constituciones establecen la interdependencia entre el funcionamiento autónomo de la política y del derecho, organizando un poder público institucionalizado; segundo, por mecanismos específicos de inclusión, a saber, la democracia y sus procedimientos, y los derechos fundamentales.

En primer lugar, este efecto inclusivo de las constituciones se va a producir porque las constituciones establecen un lazo permanente entre las esferas diferenciadas de la política y el derecho en la modernidad. Este vínculo Luhmann lo denomina acoplamiento estructural¹¹. Este acoplamiento consiste en una relación permanente de interdependencia, el que no solo no priva a cada uno de esos sistemas que se han diferenciado en la sociedad moderna de su propia lógica o autonomía, sino que permite que se apoyen entre sí para que cada uno logre y fortalezca dicha autonomía¹². La Constitución permite para el derecho desarrollar un carácter autogenerativo como orden jurídico, produciéndose

⁸ MORLOK, 2014, p. 58.

⁹ ROSENFELD, 1994, p. 30.

¹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹¹ LUHMANN, 2000, p. 391. El acoplamiento estructural se refiere a la relación de un sistema con las condiciones de su entorno, la que debe darse para poder continuar su autonomía. Cada sistema tiene que adaptarse a su entorno para existir, llevando a cabo sus operaciones de forma autónoma. El acoplamiento estructural es totalmente compatible con la idea de la clausura de los sistemas, porque solo entra en juego en el nivel de las estructuras, de manera que la independencia de los sistemas en la construcción de sus propios elementos y en la determinación de las conexiones, esto es, su clausura, no se ve afectada mientras que al mismo tiempo se observa una coordinación de las estructuras entre el sistema y un otro sistema de su entorno. La Constitución realiza precisamente un acoplamiento estructural permanente entre la política y el derecho. Ver BARALDI *et al.*, 1997, pp. 186-189.

¹² La noción de autonomía de los sistemas sociales Luhmann la identifica con su autopoiesis. Esta se refiere a la característica de un sistema vivo de poseer la capacidad de producir y reproducir los elementos que lo componen, definiendo así su unidad: cada célula es el resultado de la red de operaciones internas del sistema del que es un elemento, no siendo el resultado de una intervención externa. Esta característica

sus elementos normativos a partir del sistema de fuentes del derecho que organiza principalmente la Constitución; en tanto que, para la política, la Constitución tiene la función de apoyar la autonomía de la política frente a otras fuentes de poder religiosas, económicas y militares, mediante la formalización constitucional del poder político¹³. La política se escapa, mediante su constitucionalización, de su apropiación patrimonial por parte de ciertos grupos con posiciones de poder económicos, religiosas o de otro tipo en desmedro del resto de la sociedad, convirtiendo su poder en un poder público y abstracto.

El derecho puede realizar su autonomía gracias a la Constitución, en la medida en la que dispone con ella de una clausura de sus operaciones dentro de sus propios términos y, por consiguiente, obtiene gracias al desarrollo de la supremacía constitucional un control de sus fuentes formales, componentes y procesos¹⁴. La Constitución se vuelve el fundamento de todo el derecho, quedando en manos de los propios elementos del derecho la determinación de sus componentes¹⁵.

Para la política, la Constitución realiza una autolimitación de ella¹⁶. La política obtiene de la Constitución la posibilidad de usar el derecho de manera instrumental, para implementar decisiones vinculantes, así como de manera no instrumental, para transmitir valores y fines a la sociedad¹⁷. El ejercicio del poder mediante el derecho se vuelve más preciso, específico y efectivo. Pero lo fundamental es que, gracias a la Constitución, la política determina la soberanía como un fenómeno puramente político y especifica las formas en las que se realiza como referidas al Estado constitucional. En el Estado constitucional, la voluntad colectiva legítima se produce por medio de una institucionalidad creada por la propia política, organizada y orientada por la Constitución, así como por las reglas dictadas conforme a ella, y no por una instancia de poder externo a la política.

En un segundo lugar, las constituciones tendrán dispositivos específicos de inclusión social. La interdependencia de las autonomías de la política y el derecho, y con ello su desarrollo, no se podrían producir si no existieran diversas formas destinadas explícita y especialmente para lograr la inclusión constitucional.

Primero, la organización democrática del poder hace que este se desenvuelva con procedimientos institucionales y públicos que buscan garantizar que las decisiones de la política queden abiertas a todos los intereses y valores de la sociedad. La determinación democrática de la soberanía que sustenta el constitucionalismo evolucionó como un principio que permitirá a los Estados alejar su poder específico de la interferencia

formulada por Humberto Maturana para los sistemas vivos Niklas Luhmann la observa también en los sistemas sociales. Ver BARALDI *et al.*, 1997, pp. 29 ss.

¹³ TEUBNER, 2011.

¹⁴ DE GEORGI, 1998, p. 119. Mediante la supremacía constitucional, todos los demás componentes del sistema jurídico deben subordinarse a la Constitución, volviéndose disponibles y contingentes ante ella, permitiendo la unidad del sistema gracias al autocontrol que se ejerce de esa manera.

¹⁵ LUHMANN, 1990. Sin embargo, la propia Constitución no debe tener a su vez otro fundamento, sino que es autológica, es decir, que se prevé a sí misma como parte del derecho, evitando una escalera infinita de justificación, LUHMANN, 1993, p. 471.

¹⁶ MORLOK, 2014, p. 54.

¹⁷ LUHMANN, 1993, p. 478.

externa de otras formas de poder social, y transmitir ese poder por amplios espacios sociales. La política democrática del Estado constitucional se vuelve un sistema abierto a la contingencia de los cambios sociales, permitiéndole adaptar sus instituciones a ellos.

Segundo, el constitucionalismo garantizará los derechos fundamentales, los que funcionarán para la sociedad permitiendo que ella se desarrolle de acuerdo con la diferenciación en su interior de una creciente pluralidad de formas de vida.

En la visión luhmanniana, los derechos fundamentales de la Constitución realizan la limitación de la intervención del poder político y la igualdad de los ciudadanos, buscando impedir que unas esferas de la sociedad colonicen y subordinen a otras¹⁸. Los derechos fundamentales representan una protección de la autonomía y aseguramiento de la integridad de cada persona, la que puede combinar sintéticamente en su propia esfera personal los diversos roles que corresponden a su participación en las variadas esferas socialmente diferenciadas¹⁹. La igual libertad de las personas disuelve las formas sociales de diferenciación por estratificación cerrada, asegurando el libre acceso para todos los sujetos a las diversas arenas funcionalmente diferenciadas de la sociedad. Con ello, la función de los derechos fundamentales no reside en ratificar hechos naturales de los individuos —una cierta naturaleza humana—, sino que en dejar abiertas las posibilidades del desarrollo autónomo de estos en su vida social, evitando cualquier predeterminación²⁰, a la vez que permite que la sociedad se desarrolle con la pluralidad de las formas de vida que trae su diferenciación interna.

Desde la perspectiva de la sociedad, La fuerza normativa de los derechos fundamentales responde a la necesidad de la sociedad para que los sistemas sociales funcionalmente diferenciados sean compatibles y para que las lógicas de unos no colonicen las de los otros, dificultando la operación propia de estos²¹. La tarea de compatibilización de los sistemas sociales diferenciados de la sociedad es servida por la Constitución, en el sentido de unidad del sistema jurídico. La constitucionalización del orden jurídico realiza, mediante la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, una integración en los contenidos y procesos de las diversas ramas del derecho, y, por esa vía, de la regulación de las actividades de los diversos sistemas sociales de la sociedad diferenciada.

Las constituciones, a partir de su formulación liberal, se desarrollaron como sets de instituciones que permitirán a las sociedades extraer recursos de poder político distintivo, preservar establemente la especificidad de dicho poder frente a otras clases de poder, y utilizar este poder con una inclusividad creciente. Esta evolución constitucional del poder político permite a la sociedad obrar en un contexto societal cada vez más diferenciado, funcionalmente pluralista y crecientemente positivizado. Adicionalmente, la positividad de las constituciones, es decir, su autocomprensión como grandes convenciones construidas

¹⁸ THORNHILL, 2011, p. 315.

¹⁹ MORLOK, 2014, p. 56.

²⁰ GARCÍA, 2012, p. 54.

²¹ *Ibid.*, pp. 61-62.

por la sociedad y que pueden modificarse según las necesidades de esta, le permitirá a la sociedad enfrentar la variabilidad o contingencia creciente de la organización social.

La constitucionalización hace aparecer en las sociedades modernas un modelo nuevo y generalizado de legitimidad política. Dicha legitimidad dependerá del ejercicio del poder conforme al derecho positivo, la protección y garantía de los derechos constitucionales, y de la naturaleza democrática de las disposiciones constitucionales para la inclusión de los sujetos en la generación de las reglas del sistema jurídico y la toma de decisiones²².

El modelo de legitimidad del constitucionalismo, además de los elementos funcionales que describe la teoría de sistemas, contiene elementos simbólicos que lo han definido también como un conjunto de discursos de inclusión constitucional.

Rudolf Smend planteó como la tarea definitiva de la Constitución, la integración de la comunidad política. Con ello intenta capturar el universo simbólico del Estado constitucional moderno²³. Este universo queda plasmado en los discursos que entienden a las constituciones, a la manera de Thomas Paine, como “gramáticas de la libertad”²⁴.

Smend busca considerar el Estado como realidad sociológica, antes que como una realidad estrictamente jurídico-formal, donde existe un conjunto de individuos con una interrelación esencial entre sus miembros²⁵. Para Smend, “la integración política es el núcleo esencial y el significado de la Constitución”²⁶, en cuanto la función de la Constitución se relaciona con el Estado como encarnación espiritual de la experiencia humana. El Estado se constituye como un orden de vida que implica la vida política del Estado, realizada por la constante y fluida inclusión del individuo. Esta inclusión se produce mediante todo tipo de procesos de vida constitucional. Las diversas manifestaciones de la estatalidad, sus actos individuales, se desenvuelven, se renuevan en la vida conjunta del Estado.

La teoría de Smend propone una distinción entre la integración de los individuos en la vida estatal por medio del liderazgo, de personas o grupos de dominación (integración personal); integración con formas de integración de tipo funcional o procesual que se traducen en formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo (integración funcional)²⁷; la integración como la consecución de objetivos comunes (integración material)²⁸.

En específico, la integración funcional trata de “procesos cuyo significado es una síntesis social, que realizan un contenido espiritual en común o fortalecen la experiencia de su comunidad, con la doble acción de una vida intensificada, tanto de la comunidad

²² Este modelo no podrá surgir sin un desarrollo de la diferenciación funcional de las diversas esferas sociales que se van especializando en el desempeño de ciertas tareas para la reproducción de la sociedad, y sin la distinción moderna entre sociedad e individuo. Véase LUHMANN, 1965.

²³ SMEND, 1955.

²⁴ Citado por MCLWAIN, 1947, p. 1.

²⁵ SMEND, 1955, pp. 131-132.

²⁶ *Op. cit.*, p. 84.

²⁷ *Ibid.*, p. 148.

²⁸ *Ibid.*, p. 160.

como del individuo”²⁹. En la integración material, el Estado es una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas, valores y fines que no pueden ser externos a él. Estos son consecuencia directa de su naturaleza como agrupación soberana de las voluntades, fines y funcionalidades que le son propios de su realidad social. Estos representan un aspecto determinado, una especificación de la totalidad cultural³⁰. Institucionalmente, esa totalidad cultural se reproduce por medio de la representación de los valores históricos que tienen vigencia actual en símbolos políticos en distintos niveles y singularidades.

Lo que Smend llamó la función integradora de la Constitución cubre la dimensión simbólica de la Constitución. Esta dimensión, en una dimensión positiva –y no en la acepción próxima a la de disfraz de la “Constitución semántica” a la *Löwenstein*–, corresponde al papel político-ideológico de la Constitución, que por un lado inmuniza al sistema político contra otras alternativas y, por otro, realiza el contraste entre el sentido de las reglas y principios constitucionales y la operación práctica del sistema político. Los problemas constitucionales quedan, en la dimensión simbólica, siempre como una tarea inacabada y pendiente de la Constitución.

La dimensión simbólica de la Constitución encarna el discurso inclusivo del constitucionalismo moderno. Dicho discurso se fue desarrollando vía una evolución que produjo lo que Hauke Brunkhorst ha denominado la “mentalidad del constitucionalismo”³¹. Para Brunkhorst, los logros del constitucionalismo moderno, resumidos en una nueva idea jurídica que se articulada en la noción de la libertad igualitaria, se apodera de las masas durante las revoluciones liberales, transformándose en un nuevo sistema jurídico. Este sistema jurídico inclusivo hará posible la implementación legal de otros sistemas sociales y esferas de valor en la sociedad, de manera que el derecho constitucionalizado se transforma en un “marcapasos de la evolución”, en cuanto el derecho creado por las revoluciones liberales funciona con sus restricciones como una dirección que se da al proceso subsiguiente de adaptación evolutiva³².

La constitucionalización surge de la necesidad de resolver el problema funcional básico de una creciente producción de normas legales que se vuelve cada vez más confusa, fragmentada e inconsistente³³. Pero no solo resuelve este problema funcional con la organización del poder, sino que el constitucionalismo se transforma en la nueva mentalidad de los actores sociales³⁴.

La mentalidad del constitucionalismo es un discurso de base kantiana, pues queda definida en la autonomía individual y la autodeterminación pública a la *Kant*, donde se reconoce públicamente la autonomía de la propia voluntad. En la mentalidad kantiana

²⁹ *Ibid.*, p. 149.

³⁰ *Ibid.*, p. 161.

³¹ Cfr. BRUNKHORST, 2014.

³² BRUNKHORST, 2014, p. 41.

³³ *Ibid.*, p. 44.

³⁴ Una mentalidad es un esquema epistémico que orienta nuestras acciones comunicativas y por ello gobierna toda una constelación de prácticas sociales o forma de vida. *Ibid.*, p. 47.

del constitucionalismo moderno, la obligación no puede atribuirse a un poder que provenga de un lugar distinto al interior del mismo sujeto³⁵.

Por lo anterior, el constitucionalismo tiene una dimensión simbólica donde guarda en su centro los procedimientos democráticos de autodeterminación legislativa, de manera que ninguna norma legal puede existir más allá de los procedimientos legislativos diseñados para expresar la voluntad del pueblo, siendo este último comprendido como el conjunto de todos los destinatarios de una norma. El Estado de derecho constitucional, en la mentalidad kantiana del constitucionalismo moderno, se basa siempre en el consentimiento de los obligados. Dicho consentimiento debe alcanzar siempre a todos los sujetos obligados, en cuanto las constituciones tienen pretensión de ser universalistas en el ámbito personal de validez, “refiriéndose, de forma inclusiva, a todos los miembros de la respectiva organización jurídico-política, atribuyéndoles derechos fundamentales”³⁶.

Las revoluciones políticas nordatlánticas del liberalismo llevarán, con diversos vaivenes, a la evolución gradual y sucesiva para implementar el programa de la mentalidad kantiana del constitucionalismo y transformar las constituciones incipientes en un orden constitucional cada vez más comprensivo y más normativo³⁷, que portará como su símbolo más destacado el desarrollo creciente de los derechos fundamentales como los dispositivos maestros de inclusión de las sociedades modernas.

II. LA FUNCIÓN INCLUSIVA DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La evolución del constitucionalismo está marcada en el siglo XX por una expansión de la inclusión constitucional frente a las cuestiones materiales de la vida colectiva, en el sentido de lograr, por medio de fundamentos materiales, que los derechos básicos sean utilizables por todos los sujetos³⁸.

Para Dieter Grimm, hay un cambio de enfoque en el derecho constitucional que condujo a la introducción de derechos de participación en el Estado y en la vida socioeconómica y cultural, en tanto que en la disciplina del derecho constitucional se reinterpretará a los derechos básicos desde una visión de derechos para proteger al individuo contra el Estado hacia una visión de ellos como principios para configurar la sociedad³⁹.

Dentro de estas transformaciones, la diversidad cultural emerge como un desafío de inclusión para las democracias liberales y el constitucionalismo. Los factores que explican la significación política de la diversidad, Koenig y De GuChteneire⁴⁰, los resumen en i) la globalización que ha hecho que diversos movimientos y grupos sociales reaccionen

³⁵ KOSKENNIEMI, 2007, p. 24.

³⁶ NEVES, 2014, p. 166.

³⁷ BRUNKHORST, 2014., p. 296.

³⁸ GRIMM, 2016, p. 129.

³⁹ *Ibid.*, p. 132.

⁴⁰ KOENIG Y DE GUCHTENEIRE, 2007, p. 3.

enfazando su propia identidad; ii) la amplificación de flujos migratorios y diásporas provocados a la vez que posibilitados por el avance de las tecnologías y medios de comunicación y transporte; a ello podemos nosotros agregar iii) la pérdida del rol simbólico del Estado a propósito de su pérdida de poder efectivo ante los poderes globales. Los grupos étnico-culturales demandan una inclusión completa e igualitaria en la sociedad, a la vez que el reconocimiento de sus identidades particulares en la esfera pública⁴¹. Este reclamo se funda en la crítica del supuesto de la congruencia de la unidad política del Estado y la homogeneidad cultural que caracterizaba al modelo de los Estados-nacionales desde el siglo XIX.

Aquella congruencia fue, en la mayor cantidad de los casos, un supuesto contrafáctico, pues la construcción nacional de los Estados fue acompañada de políticas más o menos violentas de homogeneización cultural y asimilación de las culturas subalternas a las dominantes. Por ello, la demanda de inclusión de grupos subalternos es, a menudo, simbolizada como reclamos de reparación. El ejemplo paradigmático de este fenómeno son los pueblos indígenas en relación con su reconocimiento y protección constitucional en los Estados poscoloniales.

La conquista y colonización de América por parte de los países europeos supuso la puesta en práctica de una trasposición al continente americano de las estructuras sociales, políticas y jurídicas del “antiguo régimen” europeo⁴². Las ordenaciones del dominio colonial se superpusieron, aunque no interfirieron, sino más bien habilitaron la colonización y el colonialismo respecto de los pueblos indígenas⁴³. Más allá de las declaraciones protectoras del derecho indiano y otros sistemas normativos coloniales, en la práctica los pueblos indígenas que sobrevivieron a las violencias coloniales y a las ideologías del colonialismo fueron desprovistos de su capacidad de determinación política y quedaron subordinados a la llamada “república de los españoles”⁴⁴.

Las independencias trajeron un momento constituyente del que surgieron los Estados poscoloniales en América. En particular, en América Latina, los Estados sucesores del dominio colonial importaron el modelo constitucional liberal europeo, “donde el único sujeto de las relaciones de poder supraindividuales es el Estado, identificado además con la Nación como términos perfectamente intercambiables”⁴⁵.

La estricta igualdad individual del modelo constitucional en una comunidad política dominada en los hechos por élites criollas mestizas que renegaban de las identidades e instituciones sociales, culturales y políticas de los pueblos indígenas, privará a los indígenas de los beneficios de las independencias. La igualación legal, al considerar

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² SANTOS Y AMEZÚA, 2013, p. 343.

⁴³ La colonización es el proceso de ocupación y determinación externa de territorios, pueblos, economías y culturas por parte de un poder conquistador que usa medidas militares, políticas, económicas, culturales, religiosas y étnicas, mientras que el colonialismo se referirá a la ideología que legitima el orden asimétrico y hegemónico establecido por el poder colonial. ESTERMANN, 2014, p. 350.

⁴⁴ LEVAGGI, 2001.

⁴⁵ SANTOS Y AMEZÚA, 2013, p. 346.

formalmente a los indígenas como iguales, mientras suprimía las protecciones a sus tierras y los estatutos especiales del derecho indiano, empeoró su situación de hecho, pues perdieron en autonomía y especialmente en el control de sus tierras comunales⁴⁶. A ello se sumaron la proscripción de sus lenguas y el rechazo a sus identidades culturales. Para Castillo Vegas:

“La igualación legal no fue acompañada de las medidas necesarias para hacerla efectiva, lo que se tradujo de hecho en un empeoramiento de la situación de los indios. La igualdad legal no se concretó en una mayor protección jurídica, ni en una mejora económica, ni en una mayor participación política. La autonomía económica y organizativa de las comunidades indígenas será vista, por una parte, como una amenaza a la soberanía de los nuevos Estados independientes –como lo había sido para el absolutismo de la Monarquía borbónica–, pero, por otra, como la principal rémora a la mejora de la actividad económica”⁴⁷.

Dentro de las múltiples exclusiones basados en género, la propiedad y el estrato social, en las fundaciones republicanas constitucionales de las repúblicas oligárquicas en América Latina, la pertenencia indígena seguirá siendo un elemento de exclusión –aunque ahora invisibilizada por su omisión constitucional de la diferencia cultural indígena– de la vida constitucional de los nuevos Estados. La cultura constituyente supondrá las formas de vida indígenas como incivilizadas, bárbaras o salvajes, y ajenas a la vida en común del Estado⁴⁸.

El momento constituyente de las fundaciones republicanas americanas silenciará las diferencias étnico-culturales y asumirán el proyecto de la construcción de una única nacionalidad monocultural, en tanto los nuevos Estados buscarán su consolidación mediante el crecimiento de su poder infraestructural⁴⁹, apropiando para sus élites los recursos de los pueblos indígenas –tierras, fuerza de trabajo, tradiciones reducidas a folklore–, desplegando en este sentido una continuidad del constitucionalismo liberal con las violencias pretendidamente civilizatorias del Estado colonial⁵⁰. El incremento del poder estatal infraestructural significará la integración forzada y asimétrica de los pueblos indígenas en el Estado constitucional de las nuevas repúblicas. Para Raquel Yrigoyen, el horizonte del constitucionalismo liberal en el siglo XIX en América Latina se caracterizará por la sujeción indígena⁵¹. Esta subordinación se expresará en tres formas de acción del Estado liberal de las élites criollas:

⁴⁶ CASTILLO, 2013, p. 453.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 455.

⁴⁸ CLAVERO, 2016, p. 20.

⁴⁹ El poder infraestructural se refiere a la efectividad del control estatal de su territorio y corresponde la capacidad del Estado para penetrar realmente la sociedad civil, y poner en ejecución logísticamente las decisiones políticas por todo el país. Cfr. MANN, 2007.

⁵⁰ CLAVERO, 2016, p. 23.

⁵¹ YRIGOYEN, 2011.

“a) asimilar o convertir a los indios en ciudadanos intitulos de derechos individuales, mediante la disolución de los pueblos de indios, tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena, para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar indígenas todavía no colonizados, a quienes las constituciones llamaron “salvajes”, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva a las naciones indias con quienes las coronas habían firmado tratados, y a quienes las constituciones llamaban “bárbaros”, para anexar sus territorios al Estado”⁵².

La expansión del desarrollo agrícola y agroexportador de los países latinoamericanos en el siglo XIX será a expensas de las formas de vida indígenas, sus valores e intereses, en toda la región⁵³. Por otra parte, la generación de los sistemas educativos estatales implicará para los indígenas que el precio por incorporarse al principio de igualdad universal del constitucionalismo liberal será la supresión de su diferencia cultural en las escuelas⁵⁴.

Por cierto, en el proceso de expansión de poder infraestructural del Estado, la construcción de Estados burocráticos que pudieran superar las limitaciones de la situación de partida caracterizada por el carácter patrimonial del Estado colonial tendrá muy diversas fortunas en las repúblicas latinoamericanas y siempre presentará una brecha en relación con los logros de modelo original europeo y nordatlántico.

Las pretensiones de inclusión constitucional quedan silenciadas frente a los pueblos indígenas al negarse, mediante diversas estrategias de asimilación, su existencia en la construcción estatal. La desaparición de los indígenas en el lenguaje constitucional hace imposible su inclusión como tales en los Estados constitucionales. Al no ser un problema constitucional, “la cuestión indígena” se transforma en otras formas de exclusión, en pobreza, ruralidad, falta de acceso a la educación, etc.⁵⁵ Estas formas de exclusión hacen invisibles relativamente a los excluidos para la sociedad, pero la exclusión indígena es reforzada por la asimilación forzada de su diferencia, condenándolos a una próxima desaparición total, mientras sobreviven como campesinos, pobres o menesterosos.

La limitación de la inclusión constitucional mediante la denegación de lo indígena es un caso de “constitucionalización simbólica”. Marcelo Neves se refiere a ella en un sentido negativo, al identificar en las periferias de la sociedad global un desarrollo incompleto o inefectivo de la capacidad inclusiva del constitucionalismo y se plasma en una falta de eficacia normativa de los dispositivos constitucionales, especialmente de la función de los derechos fundamentales, que se encubre en el simbolismo del discurso constitucional, la fuerte influencia o colonización de poderes privados, a menudo económicos y culturales, en el Estado, así como la persistencia de las desigualdades sociales⁵⁶.

⁵² *Ibid.*, p. 140.

⁵³ CARMAGNANI, 1984, p. 103.

⁵⁴ QUIJADA, 2007, p. 69.

⁵⁵ CLAVERO, 1994, pp. 37-38.

⁵⁶ NEVES, 1994, pp. 83 ss.

Uno de los rasgos persistentes de la desigualdad en las Américas ha sido precisamente el simbolismo constitucional, en sentido negativo, de aquella forma en que los órdenes constitucionales liberales trataron a los indígenas. Estos gozaban teóricamente de derechos individuales, en tanto, estos no se realizaban debido a que sus identidades culturales eran denegadas como formas de vida inferiores y los recursos materiales que las sustentaban eran apropiados para incrementar el poder de las élites. Esto produce la subinclusión o subciudadanía de los indígenas en un orden constitucional, donde la Constitución, para diversos grupos o sujetos, y muchas veces en un contexto de ineficacia general de las instituciones constitucionales, funcionará más bien como un *alibi*.

La irrupción del constitucionalismo social en América Latina en el siglo XX, orientado por las necesidades de los órdenes constitucionales de hacer frente a las desigualdades que implicaba la “cuestión social”, significará para los pueblos indígenas la aparición, con diversos tonos, de indigenismos estatales con carácter integracionista —especialmente en países como México y Perú, pero que se difundirá por toda la región hasta su agotamiento en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado⁵⁷—.

Pese a la revalorización de lo indígena que trajeron las políticas estatales indigenistas como elementos formativos de las identidades mestizas que se reivindicaban para los Estados⁵⁸, el integracionismo indigenista no cambiaría la posición subordinada de los pueblos indígenas, en tanto lo que se persiguió fue integrar a los indígenas como individuos a la vida del Estado y al mercado, pero sin romper la identidad monocultural del Estado-nación⁵⁹, ni avanzar hacia recomponer substantivamente los recursos materiales en que se pudiera apoyar la identidad indígena. Es importante destacar que, si bien el indigenismo tuvo un papel significativo en los procesos de construcción nacional de algunos países en el siglo XX, no fue nunca un discurso dominante en la región⁶⁰.

Las políticas indigenistas promoverán el bienestar de los indígenas por medio de un paternalismo estatal, pero sin cambiar su subordinación y procurando su incorporación a la nación mestiza construida por el Estado. Los indígenas no tendrán una participación en las decisiones de las políticas indigenistas y no serán garantizados para ellos derechos que le permitan el control de sus propias formas de vida, ya que las políticas indigenistas serán formuladas por el Estado desde visiones etnocéntricas y que mantenían sesgos estigmatizantes y de supremacía cultural sobre las identidades indígenas⁶¹. Allí radicarón precisamente las falencias del indigenismo estatal del siglo XX, y que se relacionan con los magros logros de integración individual de sus políticas⁶², de manera que no fueron alterados substantivamente los rasgos de la subintegración social de los pueblos indígenas dentro de los sistemas constitucionales.

⁵⁷ Cfr. BENGOA, 1995.

⁵⁸ Véase VILLORO, 1998.

⁵⁹ YRIGOEYEN, 2011, p. 140.

⁶⁰ GIRAUDO Y MARTÍN-SANCHEZ, 2011, p. 15.

⁶¹ Cfr. BONFIL BATALLA, 1970.

⁶² GRUPO DE BARBADOS, 1979; Barre, 1988.

La persistencia de la exclusión de los pueblos indígenas en los ordenamientos constitucionales de las comunidades políticas a las que pertenecen, implica para los indígenas, en cuanto subincluidos, que no dispondrán de acceso a los derechos, mecanismos y garantías jurídicas, porque carecen de las condiciones para realizarlos, aunque permanezcan rigurosamente subordinados a los deberes, responsabilidades y sanciones. Para los subincluidos, los derechos fundamentales del constitucionalismo no juegan un rol relevante en sus mundos de vida⁶³. En tanto, los sobreintegrados o sobreincluidos tienen acceso a los derechos (y con ello, a los mecanismos y garantías jurídicas), sin vincularse efectivamente a los deberes y responsabilidades impuestas por el sistema jurídico⁶⁴. Esto produce, en conjunto con otros esquemas de exclusión similares, una debilidad estructural de la ciudadanía como mecanismo político-jurídico de inclusión social.

Las consecuencias de lo anterior, para el orden constitucional, consisten en que la política fundada por dicho orden contará con una capacidad limitada de legitimidad, debido a la restricción en el acceso efectivo a la esfera pública que provoca la exclusión. Siguiendo la reflexión general de Neves⁶⁵, esa limitación dificultará que la política esté en condiciones para la intermediación del disenso y el conflicto mediante los procedimientos democráticos, y que carezca de la apertura suficiente en los procedimientos de producción jurídica de decisiones colectivas vinculantes para la consideración y absorción de todos los intereses y valores del presente y el futuro de la sociedad. La política simplemente tendrá dificultades para resolver los conflictos relacionados con la exclusión étnica mediante sus procedimientos institucionales y se refugiará en sus operaciones procedimentales desconociendo o negando el conflicto, lo que se traducirá siempre en la represión de su emergencia⁶⁶. Por cierto, la exclusión también debilita al derecho, en cuanto el sistema jurídico queda expuesto a su determinación por la influencia externa de los poderes sociales de los sobreincluidos, debilitándose sus procesos de autogeneración normativa y de aplicación del derecho vinculada solo al derecho preexistente; en tanto, sus reglas, principios y procedimientos perderán legitimidad entre los subincluidos.

La falta de inclusión por medio de la ciudadanía también tiene por consecuencia problemas de reconocimiento en la interacción cotidiana de los sujetos. El problema de la negación del reconocimiento en la interacción se produce precisamente cuando uno de los dos polos en la relación social recíproca entre un *ego* y un *alter*, no está dispuesto a soportar la libertad del otro, tanto porque no considera su comportamiento como acción —porque puede ser diferente del comportamiento esperado por *ego*—, como porque no toma en serio su perspectiva⁶⁷. Una de las partes de la relación social no considerará a la otra persona en toda la dimensión que exige el discurso del constitucionalismo, expandiendo la desconfianza y dificultando con ello la cooperación. Por otra parte, la falta de reconocimiento, cuando este es amplio o generalizado, reforzará la exclusión

⁶³ NEVES, 1994b, p. 175.

⁶⁴ NEVES, 2014, p. 183.

⁶⁵ Cfr. NEVES, 2014.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 183.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 184.

de personas y los grupos a que pertenecen, en este caso, los pueblos indígenas, en los sistemas funcionales de la sociedad. De esta manera, la exclusión en la subciudadanía de los indígenas, produce más exclusión en un círculo vicioso, por sus efectos en el no reconocimiento recíproco de todos los sujetos que integran la comunidad política. Esto redundará en evitar aún más “la construcción y desarrollo de una esfera pública ‘universalista’, indispensable para la concretización y realización de la Constitución del Estado democrático de derecho”⁶⁸.

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO ARTEFACTOS DE INCLUSIÓN MEDIANTE EL ACOMODO CONSTITUCIONAL

Desde 2007, los derechos de los pueblos indígenas forman parte del derecho internacional consuetudinario⁶⁹, con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, desarrollando derechos colectivos que estaban formulados en el Convenio 169 de la OIT de 1989, e incorporando otros. La Declaración reconoce el derecho a la autodeterminación, el derecho a la autonomía, a la participación, el derecho a practicar y mantener sus propias tradiciones culturales y espirituales, derechos a las tierras y recursos a los que estaban vinculados tradicionalmente, dentro de otros. Estos derechos son muy similares en los contenidos en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en 2016.

La elaboración de las declaraciones fue un proceso acompañado por el desarrollo de nuevas constituciones en América Latina, desde la década de los ochenta del siglo XX que comenzaron a tomarse en serio la “cuestión indígena”⁷⁰. En ese período aparece un constitucionalismo pluralista⁷¹, caracterizado por la introducción de la diferencia étnico-cultural, con diversa profundidad, pero dentro de casi todos los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

El desarrollo que dicho constitucionalismo tiene en común con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas la garantía de derechos colectivos cuya titularidad corresponderá a los pueblos indígenas.

Los derechos fundamentales colectivos son derechos que no son transferibles o reductibles a derechos individuales. Estos derechos son atribuidos por normas internacionales y las constituciones pluralistas a los pueblos indígenas como sujetos colectivos. Sin embargo, el carácter colectivo de aquellos derechos no deriva de sus condiciones de ejercicio, sino que más bien se refieren al sujeto al que se atribuyen –los pueblos indígenas como actores colectivos– y al objeto que protegen –bienes jurídicos colectivos en condiciones de vulnerabilidad⁷²–. En cuanto a su ejercicio, las técnicas de operación de

⁶⁸ *Ibid.*, p. 186.

⁶⁹ WIESSNER, 2008; KAKUNGULU, 2009; PATTON, 2016.

⁷⁰ GARGARELLA, 2013, p. 182.

⁷¹ Cfr. YRIGOYEN, 2011.

⁷² SEYMOUR, 2008, pp. 503 ss.

estos derechos varían desde el ejercicio por el sujeto comunitario titular en procesos de decisión colectiva, su ejercicio por medio de individuos representativos o su ejercicio por cualquier sujeto individual perteneciente a los pueblos indígenas.

Sobre la base de la clasificación que hizo David Ingram⁷³, podemos distinguir tres tipos de derechos colectivos: i) derechos que permiten a los miembros de grupos desfavorecidos o marginados integrarse a la sociedad mayor, y que están destinados a ser temporales y remediales, orientándose a garantizar la igualdad de trato para todos; ii) derechos a exenciones y otros arreglos basados en la religión, espiritualidad o la conciencia moral, que permiten a los miembros de grupos practicar y desarrollar libremente sus creencias; y iii) derechos colectivos de índole política, destinados a compartir el poder político estatal con los grupos titulares de derechos.

Precisamente este tercer tipo de derechos colectivos atribuidos a los pueblos indígenas pretende tener la mayor incidencia para modificar la configuración de los Estados que concebían a sus comunidades políticas como monoculturales. Estos derechos buscan una reconceptualización de los pueblos indígenas como sujetos políticos preexistentes, anteriores y con dignidad equivalente a la nación construida por el Estado. El fundamento de todos esos derechos es el derecho a la autodeterminación, es decir, el derecho de los pueblos indígenas a determinar su propio estatus político y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Para Michel Seymour, la protección de la autodeterminación de pueblos subalternos se funda, antes que en su singularidad cultural, en su identidad institucional, es decir, en que posee instituciones propias que subsisten total o parcialmente a su subordinación al Estado, pues solo los intereses que están relacionados con la protección, desarrollo y emancipación de esas identidades institucionales pueden pretender la protección mediante derechos⁷⁴. Ahora bien, la autodeterminación de los pueblos indígenas se desenvolverá al interior de un Estado y se expresará en diversas formas de participación asegurada en el poder político estatal que permitan a los pueblos la determinación de su estatus político y de los caminos de su propio desarrollo en todos los ámbitos sin compulsiones externas⁷⁵, pero que, a diferencia de la autodeterminación externa, no facultará a la autoorganización de un pueblo como Estado y la secesión respecto del Estado con que se relacionan.

La incorporación de derechos colectivos de índole política para los pueblos indígenas en los sistemas constitucionales, corresponden a una estrategia de tratamiento de las diferencias étnico-nacionales mediante la acomodación de ellas, en sustitución de las estrategias de asimilación. La acomodación constitucional procura una inclusión de las minorías y grupos étnicos no dominantes, en condiciones en que pueden seguir siendo distintas del grupo dominante y mantener sus propias características culturales

⁷³ Cfr. INGRAM, 2011.

⁷⁴ SEYMOUR, 2014, pp. 473 ss.

⁷⁵ CASSIDY, 1991, p. 1.

libremente en una relación de reconocimiento recíproco, igualdad y coexistencia pacífica dentro del Estado⁷⁶.

Los ordenamientos constitucionales que reconocen la autodeterminación interna de los pueblos indígenas o sus derivados (los derechos de autonomía, representación política especial, pluralismo jurídico, entre otros), establecen arreglos constitucionales que renuncian a reducir o denegar las diferencias étnico-culturales y, en lugar de ello, buscan establecer formas de acomodo entre la nación hegemónica que conducía el Estado y los pueblos que habían sido subalternizados.

Diversos mecanismos de acomodo constitucional han florecido globalmente en las últimas décadas y se expresan en formas de federalismo basadas en factores étnicos, y en especial para los pueblos indígenas en América Latina y otras regiones del mundo, acuerdos de autogobierno territorial y funcional dentro de Estados unitarios o federales, múltiples esquemas de representación política especial como cuotas o escaños dedicados, reconocimiento de esferas de validez para los sistemas normativos indígenas, además de reconocimiento de derechos territoriales, derechos de control sobre los recursos naturales, derechos culturales y lingüísticos⁷⁷.

Los acomodos constitucionales que encarnan la autodeterminación interna reflejan una visión del liberalismo constitucional, en el que este puede ser suficientemente flexible como para permitir el desarrollo de artefactos constitucionales de inclusión –los derechos colectivos políticos–, que son específicos para tratar las diferencias étnico-culturales, reconociendo y garantizando una pluralidad de comunidades políticas dentro de la gran comunidad del Estado⁷⁸. Stephen Tierney ha concebido cinco principios complementarios que nos permiten comprender cómo orientar los acomodos constitucionales de las diferencias étnico-culturales de una manera simétrica: i) el principio de autodeterminación, ya referido; ii) el principio de representación para asegurar que los pueblos subalternos tengan influencia en las decisiones estatales; iii) el principio de reconocimiento, en donde la pluralidad del Estado debe reflejarse en la cotidianidad de su vida en común y sus símbolos; iv) el principio de reciprocidad, por el que tanto las identidades históricamente hegemónicas como las identidades colectivas se reconocen como iguales entre sí y se comprometen a cooperar en un esfuerzo común dentro del Estado; y v) el principio de la democracia, en virtud del cual, los acomodos constitucionales y su desarrollo deben ser determinados dentro de las identidades colectivas por los sujetos individuales que pertenecen a ellas por medio de formas democráticas de deliberación y decisión colectivas.

Los mecanismos de acomodo constitucional generan una mayor complejidad interna de los sistemas jurídicos, la que puede fortalecer el pluralismo constitucional al posibilitar nuevas instituciones jurídicas de mancomunidad entre los pueblos indígenas y el Estado (como los mecanismos de consulta y consentimiento previo indígena o formas de

⁷⁶ MCGARRY y O'LEARY, 1993.

⁷⁷ Ver AGUILAR *et al.*, 2011.

⁷⁸ TIERNEY, 2004, p. 125 ss.

representación política especial) y también hacer un lugar en el derecho positivo estatal a las instituciones propias de los pueblos indígenas (sistemas normativos y jurisdicciones indígenas, formas de autogobierno).

La mentalidad kantiana del constitucionalismo ha visto una transformación en los repertorios del liberalismo político constitucional⁷⁹. El liberalismo clásico, universalista y neutral ante las diferencias étnicas, reducidas a la privacidad, estaba comprometido con la construcción de la nación cívica como dispositivo de igualación de todos los obligados y de generación de la voluntad de la soberanía popular. El momento crítico del comunitarismo instalará desde los setenta el multiculturalismo como una visión que cuestionaba la posibilidad de autonomía individual desarraigada y planteará la necesidad de proteger a las comunidades e identidades colectivas como contextos necesarios de una autonomía embebida en los vínculos sociales. Al momento comunitarista sucederán diversos intentos de formular el multiculturalismo dentro del liberalismo, en el entendido que los grupos étnicos deseaban antes incrementar su reconocimiento como libres e iguales dentro de la vida estatal, que hacer un cuestionamiento profundo de la modernidad política. Las conocidas propuestas de Josep Raz, Will Kymlicka, Alan Patten, han sostenido, con variaciones, que hay intereses apremiantes relacionados con la pertenencia cultural y la identidad que son compatibles con los principios liberales y que justifican la adopción de medidas para fomentar la prosperidad cultural y material de los grupos culturales y respetando su identidad⁸⁰. Los aportes del republicanismo han cuestionado la visión estática y no dialógica de las identidades culturales, en tanto las críticas poscolonial y decolonial han tematizado el valor de inclusión del concepto de nación, aún en su dimensión más cívico-institucional, poniéndonos ante un escenario de pluralismo nacional.

Los derechos colectivos indígenas se han transformados en dispositivos centrales para la inclusión constitucional que buscan modificar la subinclusión de los pueblos indígenas y que apuestan a trascender la negativa “constitucionalización simbólica” en que estaba atrapado el lenguaje constitucional clásico por medio de la negación de las identidades institucionales de los pueblos indígenas. Se trata de lograr que los pueblos indígenas sean parte efectiva de la vida colectiva del Estado, simbólica y materialmente, que sean tratados como partícipes activos de la comunicación política del Estado constitucional.

Sin embargo, en dicha pretensión inclusiva, lo decisivo de aquellos derechos colectivos es la capacidad real que tengan para abrir el sistema político a los intereses y valores indígenas, logrando alcanzar una influencia en todas las decisiones colectivas que puedan ser relevantes para su inclusión. Los riesgos para ello que surgen en el funcionamiento real de los ordenamientos constitucionales pueden ser de diversa índole: i) que los asuntos indígenas se mantengan encapsulados en aquellas instituciones sin poder expandirse al resto del orden constitucional; ii) que las contradicciones de las instituciones de acomodo constitucional con otras instituciones del sistema jurídico no

⁷⁹ Cfr. PATTEN, 2016.

⁸⁰ KYMLICKA, 2003, p. 56.

sean resueltas reconociendo su primacía constitucional, o bien estableciendo un adecuado balance con el resto de las instituciones constitucionales; iii) que el poder político transforme en alguna medida a los derechos de los pueblos indígenas en nuevos dispositivos simbólicos en sentido negativo, quedando sin la suficiente concreción normativa, en tanto son afirmados ideológicamente como señales de una mejora en la inclusión de los pueblos indígenas; iv) que la práctica de los derechos colectivos los contrapongan a la realización de los derechos individuales de los individuos que pertenecen a los pueblos indígenas, reduciendo así su capacidad inclusiva.

Si bien lo anterior solo puede ser corroborado empíricamente, se requieren cambios más profundos en la cultura constitucional que la simple positivización de instituciones de acomodo constitucional, cambios que requerirán diversos tiempos de consolidación y estabilización. La consagración de derechos colectivos para los pueblos indígenas, en lugar de resolver por sí solos la subinclusión constitucional de estos, instalan campos de fuerzas de la vida práctica del derecho y la política que podrían permitir observar, evaluar, deliberar y cambiar progresivamente las barreras de inclusión para esos pueblos. Esto no tendrá una naturaleza muy diferente de la larga evolución que significó hacer efectivo el poder del voto universal o la incorporación de las mujeres a la vida pública, pero con un énfasis mucho más claro en los vínculos entre los avances del derecho internacional y los avances del derecho constitucional doméstico para desenvolver esa tarea.

IV. CONCLUSIÓN

La sociología del derecho nos permite concebir cómo las constituciones sirven en la práctica social para construir simultáneamente un sistema político plural, institucionalizado, abstracto y abierto a la complejidad social, así como un sistema jurídico autogenerativo, inclusivo y capaz de variación frente a los cambios de la sociedad.

Desde la teoría de sistemas sociales de Luhmann, así como de las visiones de Rudolf Smend y Hauke Brunkhorst, se destaca la pretensión inclusiva del constitucionalismo. Las constituciones buscan hacer posible la inclusión social mediante la organización pública del poder, la democracia y los derechos fundamentales. El constitucionalismo se hace indisociable de la inclusión, tanto en sus efectos en la sociedad como en los discursos de la mentalidad constitucional en los Estados modernos, que defiende la copertenencia de la autonomía individual y la autodeterminación democrática. Esas promesas de libertad igualitaria construyen la fuerza discursiva inclusiva del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, dichas promesas de inclusión chocan con la constante realidad de la subinclusión de los pueblos indígenas. En la construcción constitucional de los Estados, dichos pueblos fueron negados y privados de sus recursos, quedando en una situación enmascarada por un constitucionalismo meramente simbólico y negativo. Esta negación comienza en el momento constitucional de la organización de los Estados poscoloniales, pero se mantiene en el desarrollo republicano de ellos, en cuanto los pueblos indígenas no serán parte activa de la vida pública del Estado constitucional.

En las transformaciones de las tendencias constitucionales de las últimas décadas, los derechos colectivos, y en especial la autodeterminación interna de los pueblos indígenas, procuran servir de dispositivos inclusivos para corregir su subinclusión constitucional. Las capacidades inclusivas de estos mecanismos de acomodo constitucional dependerán de un cambio de las prácticas y discursos del constitucionalismo que van más allá de su positivización normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, G.; LAFOSSE, S.; ROJAS, H.; STEWARD, R., 2011: *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, México: Editorial Porrúa.
- BARALDI, C.; CORSI, G.; ESPOSITO, E., 1997: *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- BARRE, Marie, 1988: *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, México: Siglo Veintiuno.
- BENGOA, José, 1995: "Los indígenas y el estado nacional en América Latina", *Revista de Antropología*, USP, Vol. 38, Nº 2. Disponible en <http://www.journals.usp.br/ra/article/viewFile/111563/109649> [Fecha de consulta: 23.08.2017].
- BIAGGINI, Giovanni, 2003: "La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 7. Disponible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50667/30886> [Fecha de consulta: 24.08.2017].
- BRUNKHORST, Hauke, 2014: *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, London: Bloomsbury.
- BONFIL BATALLA, Guillermo, 1970: "Del indigenismo de la revolución a la antropología crítica", en Arturo Warman *et al.* (editores), *De eso que llaman la antropología mexicana*, México, Editorial Nuestro Tiempo, pp. 39-65.
- CARMAGNANI, Marcello, 1984: *Estado y Sociedad en América Latina 1850/1930*, México: Grijalbo.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, 1962: *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel*, Paris: Editions du CNRS.
- CASSIDY, Frank, 1991: "Selfdetermination, sovereignty, and selfgovernment", en Frank Cassidy, (editor), *Aboriginal selfdetermination*, proceedings of a conference, Lantzville, BC & Halifax: Oolichan Books and the Institute for Research on Public Policy, pp. 1-14.
- CASTILLO VEGAS, Jesús, 2013: "El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación", *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, Nº 35. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552013000100013&lng=es&nrm=iso&tlng=es [Fecha de consulta: 22.08.2017].
- CLAVERO, Bartolomé, 1994: *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México: Siglo XXI Editores.
- CLAVERO, Bartolomé, 2016: *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados Criollos entre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- DE GEORGI, Raffaele, 1998: *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*, Sao Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor.
- ESTERMANN, Josef, 2014: "Colonialidad, descolonización e interculturalidad: Apuntes desde la Filosofía Intercultural", *Polis*, Vol. 13, Nº 38. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30531773016> [Fecha de consulta: 22.08.2017].
- GALLIGAN, Denis y VERSTEEG, Mila, 2013: "Social and political foundations of Constitutions", en Denis Galligan (editora), *Social and political foundations of Constitutions*, Oxford: Cambridge University Press, pp. 3-48.

- GARCÍA, José María, 2012: "La Exclusión Social en la Teoría Social de Niklas Luhmann", *Século XXI - Revista de Ciências Sociais*, Vol. 2, N° 1. Disponible en <http://www.pensamientocritico.org/josgar0514.pdf> [Fecha de consulta: 15.08.2018].
- GARGARELLA, Roberto, 2013: *Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- GIRAUDO, Laura; SANCHEZ, Juan-Martín, 2011: "Introducción: acotando el indigenismo en su historia", en Laura Giraudo y Juan-Martín Sanchez (editores), *La ambivalente historia del indigenismo: campo interamericano y trayectorias nacionales, 1940-1970*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pp. 9-19.
- GRIMM, Dieter, 2016: *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford: Oxford University Press.
- GRUPO DE BARBADOS, 1979: *Indianidad y descolonización en América Latina, Documentos de la Segunda Reunión de Barbados*, México: Editorial Nueva Imagen.
- INGRAM, David, 2011: "Group Rights: A Defense", en Thomas Cushing (editor), *Handbook of Human Rights*, New York: Routledge, pp. 277-298. Disponible en http://ecommons.luc.edu/philosophy_facpubs/15/ [Fecha de consulta: 22.08.2017].
- KAKUNGULU, Ronald, 2009: *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: a new dawn for indigenous peoples' rights?* Cornell Law School, Inter-University Graduate Student Conference Papers. Disponible en http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/18/ [Fecha de consulta: 21.08.2017].
- KOENIG, Matthias y DE GUCHTENEIRE, Paul, 2007: "Political Governance of Cultural Diversity", en Matthias Koenig y Paul De GuChteneire (editores), *Democracy and Human Rights in Multicultural Societies*, París: Unesco, pp. 3-17. Disponible en https://politicaedireitoshumanos.files.wordpress.com/2011/09/democracy_and_human_rights_in_multicultural_societies_intro1.pdf [Fecha de consulta: 03.09.2017].
- KOSKENNIEMI, Martti, 2007: "Constitutionalism as mindset: Reflections on Kantian themes about international law and globalization", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8, N° 1. Disponible en <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/viewFile/608/571> [Fecha de consulta: 10.09.2017].
- KYMLICKA, Will, 2003: "Liberal Theories of Multiculturalism", en Lukas Meyer *et al.* (editores), *Rights, Cultures, and the Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 229-250.
- LEVAGGI, Abelardo, 2001: "República de indios y república de españoles en los reinos de Indias", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 23. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552001002300009 [Fecha de consulta: 05.09.2017].
- LUHMANN, Niklas, 1965: *Grundrechte als Institution*, Berlin: Duncker & Humblot.
- LUHMANN, Niklas, 1990: "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", *Rechtshistorisches Journal*, Vol. 9, N° 1.
- LUHMANN, Niklas, 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- LUHMANN, Niklas, 1995: "Inklusion und Exklusion", en Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6, Die Soziologie und der Mensch*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-264.
- LUHMANN, Niklas, 2000: *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- MCGARRY, John y O'LEARY, Brendan, 1993: "Introduction: The Macro Political Regulation of Ethnic Conflict", en John McGarry y Brendan O'Leary (editores), *The Politics of Ethnic Conflict Regulation*, Abingdon: Routledge, pp. 1-40.
- MCILWAIN, Charles Howard, 1947: *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Ithaca: Cornell University Press.
- MANN, Michael, 2007: "El Poder Autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados", *Relaciones Internacionales*, N° 5. Disponible en <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/49.html> [Fecha de consulta: 05.09.2017].

- MORLOK, Martin, 2014: *Soziologie der Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- NEVES, Marcelo, 1994: *A Constitucionalização Simbólica*, Sao Paulo: Acadêmica.
- NEVES, Marcelo, 1994b: "Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina", *El Otro Derecho* Nº 6.
- NEVES, Marcelo, 2014: "La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 37. Disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-la-constitucion-y-la-esfera-publica-entre-diferenciacion-sistemica-inclusion-y-reconocimiento> [Fecha de consulta: 05.09.2017].
- PATTON, Paul, 2016: "Philosophical justifications for indigenous rights", en Damian Short, y Corinne Lennox (editores), *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, London: Routledge, pp. 13-23.
- QUIJADA, Mónica, 2007: "Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogenización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera?", en Laura Giraudó (coordinadora), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 59-82.
- ROSENFELD, Michel, 1994: "Modern Constitutionalism as Interplay between Identity and Diversity", en Michel Rosenfeld (editor), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy, Theoretical Perspectives*. Durham y London: Duke University Press, pp. 3-35.
- SANTOS, Francisco y AMEZÚA, Luis, 2013: "El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Nº 41. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200010 [Fecha de consulta: 04.09.2017].
- SEYMOUR, Michel, 2008: *De la Tolérance à la Reconnaissance*, Montreal: Boreal.
- SEYMOUR, Michel, 2014: "Recognition, Politics of Difference, and the Institutional Identity of Peoples", en Avigail Eisenberg, A. et al. (editores.), *Recognition Versus Self-Determination: Dilemmas of Emancipatory Politics*, Vancouver: UBC Press, pp. 227-250.
- SMEND, Rudolf, 1955: "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat", en Smend, R., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 68-88.
- TEUBNER, Gunther, 2011: "Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes", en Stefan Kadelbach y Klaus Günther (editores), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt am Main: Campus Verlag, pp. 49-100.
- THORNHILL, Chris, 2011: *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in historical-sociological Perspective*, New York: Cambridge University Press.
- TIERNEY, Stephen, 2004: *Constitutional law and national pluralism*, Oxford: Oxford University Press.
- VILLORO, Luis, 1998: *Los Grandes Momentos del Indigenismo en México*, México: FCE.
- WIESSNER, Siegfried, "Indigenous sovereignty: A reassessment in light of the UN declaration on the rights of Indigenous Peoples", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol, 41, 2008. Disponible en https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Wiessner_final_7.pdf [Fecha de consulta: 03.09.2017].
- YRIGOYEN, Raquel, 2011: "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en César Rodríguez (editor), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 139-159.

Límites, alienación y cláusula de no competencia postcontractual. Cuestiones desde las nociones de subordinación y dependencia

*Sebastián Andrés Pizarro Contreras**

RESUMEN

La cláusula de no competencia postcontractual resulta ser uno de los frutos más evidentes de un proceso de flexibilización que instrumentaliza las lógicas privatistas de autonomía de la voluntad con el fin de justificarse dentro del entramado jurídico laboral. El escenario instalado presenta para las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo, en especial para la subordinación, un desafío, con el fin de mantener un estándar tutelar coherente con la esencialidad de la rama. El presente trabajo plantea la diferenciación de las nociones de subordinación y dependencia, buscando extender y justificar una ampliación objetiva y subjetiva de la protección del Derecho Laboral a ámbitos ajenos a la mera relación de trabajo vigente.

Cláusula de no competencia postcontractual laboral – subordinación – dependencia –
autonomía de la voluntad

*Limits, alienation and post-contractual non-compete clause.
Questions from the notions of subordination and dependence*

ABSTRACT

Post-contractual non-competition clause proves to be one of the most evident fruits of a flexibilization process that exploits the private logic of autonomy of the will in order to justify itself within the labor legal framework. This existing scenario presents for the classic categories of Labor Law, especially subordination, a challenge in order to sustain a tutelary and coherent standard according the essentiality of the system. This paper proposes a differentiation of the notions of subordination and dependence, seeking to extend and justify an objective and subjective extension of Labor Law protection to areas beyond a prevailing employment relationship.

Labor non-compete clause – subordination – dependence – autonomy of the will

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Viña del Mar. Abogado. Correo electrónico: sebastian.pizarro@schweitzer.cl.

El presente trabajo tiene por base particulares pasajes de la tesis presentada para optar al grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile, "Cláusula de no competencia postcontractual laboral. Nociones doctrinales, legales y jurisprudenciales", dirigida por el profesor Claudio Palavecino Cáceres.

Artículo recibido el 22 de julio de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

INTRODUCCIÓN

Contratar trabajadores es un riesgo de doble faz inherente al desarrollo de la actividad empresarial. Lo anterior supone, en una primera *ratio*, ciertas obligaciones de talante legal por parte de la empleadora en diversos ángulos, desde lo ligado a otorgar efectivamente el trabajo, pasando por las relativas a la salud, lo remuneracional, previsional, propiedad intelectual e incluso, de capacitación, cuyo incumplimiento abre diversos flancos a resguardar. En términos sencillos, el ejercicio del comercio trae aparejadas determinadas responsabilidades y obligaciones para el empresario, cuya variopinta diversidad y complejidad implican, en sí mismas, un riesgo.

Adicional a esta primera batería existe también varios trances de naturaleza genéticamente competitiva para la empresa, sin perjuicio de sus evidentes componentes legales, y que tienen por origen la celebración misma del contrato de trabajo¹. Desde un punto de vista de la vigencia, estos pueden distinguirse entre aquellos que significan que la relación laboral esté vigente y los que no. Dentro de los primeros se encuentra la posibilidad que el trabajador ejecute las negociaciones propias del giro del negocio del empleador estando establecido el impedimento en el contrato, mientras que los segundos, en que los intereses competitivos del empleador (“clientela, proveedores, informaciones confidenciales, etc.) puedan resultar arrebatados por su trabajador una vez concluida su relación laboral”².

El factor que aglutina a ambas perspectivas es la inclusión y consecuencial relevancia operativa del trabajador a las dinámicas estratégicas de la empresa en un contexto de una alta competencia mercantil. Las inversiones en nuevas tecnologías procurando rentabilizar a la brevedad posible, con aparejados cambios en los costos de producción, han significado alteraciones en la forma en que la fuerza de trabajo es estructurada al interior de las empresas. “A medida que el negocio crece, la empresa va adquiriendo más experiencia y va formando una red de información referida al mercado en el que se desarrolla. Esta dinámica se configura necesariamente por medio de sus trabajadores, quienes conocen los aspectos técnicos y comerciales de la empresa, y pasan muchas veces a importar el principal activo de la misma, en cuanto al conocimiento que poseen y las relaciones comerciales que generan”³. Información y conocimiento forman en este entramado un tándem estratégico en la planificación corporativa, la que delinea estrategias de descentralización decisional, otorgando a los trabajadores con una no necesariamente

¹ “En la propia celebración del contrato de trabajo reside el riesgo empresarial de que aquellos intereses competitivos (clientela, proveedores, informaciones, etc.) que, voluntaria y necesariamente, han sido facilitados al trabajador para el correcto desempeño de sus funciones, le sean arrebatados por este”, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1997, p. 85.

² SIERRA HERRERO, A., “La cláusula de no competencia postcontractual en el contrato de trabajo”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, Nº 2, 2014, p. 110.

³ CAJAS ULLOA, A., *El pluriempleo y sus restricciones. Análisis particular de la obligación de no competencia en el contrato de trabajo*, Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015, p. 180.

mayor calificación⁴, mayores dosis de independencia al brindarles precisamente acceso a esos factores en beneficio de la empleadora⁵.

En lo atingente, como ya se anticipaba, es preciso indicar que estas cuestiones representan para la empresa una contingencia latente desde el momento que al estar los intereses competitivos incardinados en la información que los trabajadores manejan, es factible la posibilidad de que estos la empleen para fines y resultados ajenos a los que ella persigue. Dentro de estas, que el trabajador desarrolle las actividades ejercidas por su empleador y mute en competidor. Así, desde una arista corporativa, lo buscado será “impedir que el trabajador desarrolle otros trabajos dirigidos a la misma clientela del empleador, o que se aproveche de los conocimientos adquiridos en la empresa o que use información a la que tiene acceso por trabajar al interior de la misma”⁶. Es la estabilidad empresarial lo tutelado⁷, acometiéndose en su caso, los actos de competencia desleal por parte del trabajador, sustentándose lo anterior en la vulneración al principio de buena fe que significaría su actuar. Emergen de esta manera las obligaciones de no competencia, las que consisten en “la asunción por parte del trabajador de un compromiso de no competir con las actividades desarrolladas por el empresario así como de no realizar actividades que, de manera objetiva, sean susceptibles de ocasionar un perjuicio a los intereses competitivos del empleador”⁸.

Precisamente, y basándose en la autonomía de la voluntad de las partes y el deber de buena fe, es que se ha admitido la inclusión de pactos que signifiquen constreñir la libertad del trabajo del sujeto débil de la relación. Surgen así las llamadas cláusulas de no competencia laboral, definidas por la Corte Suprema chilena como “una disposición contractual que limita la libertad de ejercer determinadas actividades al empleado durante la relación laboral con el empleador o cuando el contrato actual termina. En ella se recogen obligaciones de lealtad, de exclusividad y de confidencialidad. Constituyen, en sí, por regla general, una obligación de no hacer”⁹. Se extrae de forma simple, aquella distinción ya anticipada a propósito del ámbito dentro del cual cabe aplicar este tipo de cláusulas que contienen obligaciones de no competencia: durante o al término del contrato de trabajo. Chile únicamente tiene regulación expresa para la primera posibilidad bajo la fórmula de una causal de caducidad del contrato de trabajo en el artículo 160 N° 2 del Código de la rama.

⁴ Originalmente, la causal que hoy se contempla en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, era únicamente aplicable al empleado, esto es, toda persona en cuyo trabajo sea predominante el esfuerzo intelectual respecto del físico, excluyendo al obrero. Hoy, tal diferenciación carece de sustento.

⁵ Al respecto, véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de Competencia...*, pp. 27 y 28.

⁶ GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C., *Manual del Contrato de Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 279.

⁷ En dicha dirección, IRURETA URIARTE, P., “La prohibición de competencia y la buena fe contractual”, en AA.VV, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012, p. 58.

⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, p. 79.

⁹ Rol N° 5152-2009 de 27 de enero de 2011, Corte Suprema.

El pacto de no competencia postcontractual carece de una regulación expresa, empero, desde el artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo, se le ha estimado como una estipulación que en razón de la autonomía de voluntad de las partes es posible integrar a su bagaje de obligaciones recíprocas. Se brinda así a las partes la posibilidad de convenir de manera lícita cláusulas que no impliquen renunciar a sus derechos laborales ni antes del inicio de la relación laboral ni mientras esté vigente, especialmente sus garantías fundamentales, al amparo de los incisos 1 y 2 artículo 5 del Código de la rama¹⁰. “Estas estipulaciones pueden regular aspectos no contemplados por la normativa de orden público y también mejorar los pisos mínimos en beneficio del trabajador”¹¹, además de ser, en definitiva, el reflejo de un atisbo de flexibilidad en el entorno dirigista de la normativa reguladora y conformadora del contenido del contrato de trabajo. En dicha senda se ha admitido la inclusión de pactos de permanencia¹², de confidencialidad¹³, de dedicación exclusiva¹⁴, entre otros, de gran aplicación práctica¹⁵. Dentro de ellos está el

¹⁰ En este sentido, GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*. Bologna, Zanichelli, 1987, pp. 332-333.

¹¹ GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C., *Manual de Contrato...*, p. 78.

¹² Para Sierra esta clase de pactos si bien afectan la Libertad de Trabajo, no lo harían “no de manera ilícita. Pues (...) la limitación al derecho fundamental no afecta su esencia o esencia irreductible, y además resulta justificada en interés del propio trabajador”, SIERRA HERRERO, A., “El pacto de permanencia en la relación laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 21 de agosto de 2007, Rol 5581-2005, ‘Universidad de Concepción con Olmos Coelho’”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile*, Vol. 4, Nº 8, 2013, p. 163.

¹³ Empleando el mecanismo de ponderación, y realizando un ejercicio interpretativo que racionaliza y hace admisible este pacto desde las libertades de expresión y de trabajo, la Dirección del Trabajo indica que “la imposición de reserva al trabajador será proporcional si resulta, en el caso concreto en que se aplique, de mayor importancia cautelar el derecho del empleador materializado en la obligación de reserva, que los derechos constitucionales de los trabajadores que pudieren verse afectados. A este respecto, resultará relevante el que el empleador, reflejando el valor asignado a la reserva, disponga diversas medidas (distintas de la prohibición consignada en un contrato de trabajo) tendientes a cautelar tal reserva. Será fundamental también, al momento de ponderar este principio, que el empleador haya precisado claramente aquello que pretende limitar su divulgación. También tendrá relevancia la existencia (y monto de la misma) de la contraprestación que reciba el trabajador por la obligación de confidencialidad, particularmente cuando pudiere alcanzar un período posterior al término del contrato de trabajo (lo contrario, significaría avalar un acuerdo en que el único obligado sería el trabajador, sin contraprestación a cambio) y, por cierto sin agotar otros elementos de juicio pertinentes a este principio, será relevante en orden a favorecer la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de reserva, que el tiempo por el cual rija, una vez terminado el vínculo laboral, sea prudente y proporcionado”, Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord N° 4731/081, de 3 de noviembre de 2010.

¹⁴ La idea es que en razón de esta cláusula, el trabajador, usualmente de una alta calificación profesional, únicamente se concentre en un solo empleador, a cambio de una cantidad económica en compensación señalada expresamente, rompiendo con la regla general, cual es que “el trabajador puede concertar, vigente un contrato de trabajo, uno o más negocios jurídicos de esta naturaleza con otro u otros empresarios”, NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 13.

¹⁵ La Contraloría General de la República, en su dictamen N° 26953 de 9 de octubre de 1984, ya señalaba la habitualidad del pacto en estudio en otras áreas del Derecho.

pacto de no competencia postcontractual laboral, muy saludable jurisprudencialmente hablando en nuestro país desde el punto de vista de su admisibilidad¹⁶.

I. TUTELA DEL DERECHO LABORAL FLEXIBLE Y ALCANCES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Como bien se puede observar, la autonomía de la voluntad pasa a jugar un rol cardinal como instrumento de flexibilización, que en razón de su construcción jurídica resulta ser una válvula de apertura cognitiva del Derecho al resto de los sistemas, siendo por esta razón relevante en la forma en que lo jurídico se interrelaciona con aquellos. La resulta de aquel proceso, empero, culmina en una reducción de la complejidad que termina jibarizando la esencialidad tutelar del Derecho del Trabajo, con exiguas posibilidades de resistencia a las circunstancias de la coyunturalidad económica, naturalizándola al plasmarla en su estructura, al permeabilizarse los cotos identitarios de lo laboral jurídico. Básica en aquella trama es la forma en la que el concepto central de la disciplina, la subordinación, termina estableciendo y planteando sus postulados en este escenario de renovada libertad negocial en mares laborales. Por lo mismo, nunca está de más recordar brevemente algunas cuestiones que a pesar de ser históricas, son ciertamente contingentes en la actualidad.

Hija de su tiempo, la autonomía privada en tanto construcción resultó ser una racional respuesta al régimen absolutista que imperaba en el Antiguo Régimen, cuyo desarrollo e implementación en razón del proceso de codificación, iba a dar pie al proceso de industrialización¹⁷. Por consiguiente, “nada más lógico entonces que llevar el individualismo y el culto a la libertad al Derecho, y autorizar a los ciudadanos a que redacten sus propias leyes, sus contratos, ya que los que los negocian son dos personas capaces, mayores, concedores de la ley, que tienen los medios para defender sus intereses, que saben lo que quieren y lo que pueden dar, y que como tales pueden discutir libremente las condiciones por las cuales van a registrarse”¹⁸. El propio proceso de industrialización y

¹⁶ A modo ejemplar, véanse los siguientes casos: “Vey con Tradition Chile Agente de Valores Ltda”., RIT N° T-11-2010, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia de 14 de mayo de 2010, “Campos con Prolam Young & Rubicam S.A.”, RIT N° T-111-2011 (acumulada RIT N° T-112-2011), Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1501-2011, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 4 de noviembre de 2011, y “Pérez con South Consulting Signature Chile S.A.”, RIT N° T-167-2016, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1089-2016, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de agosto de 2016.

¹⁷ DÍAZ AMBRONA, M. D. (dir.), *Derecho Civil Comunitario*. Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 128, señala que: “el Derecho civil contenido en los Códigos decimonónicos, aunque se promulgan en una época en la que ya se había iniciado el desarrollo de la gran industria en ciertos países europeos responde a las exigencias de una sociedad agraria, rural y artesana. Por ello se ha dicho de ellos que no es el Derecho civil de la alta burguesía ni el capitalismo; es más bien el Derecho civil de los propietarios y de los poseedores, el de los amos y los criados”.

¹⁸ ELGUETA NAVARRO, J. B., “Autonomía de la voluntad y derecho. Un enfoque”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, 1984, pp. 248-249.

capitalismo en ciernes habría de introducir nuevas condicionantes y factores, que a su vez contribuyeron a gestar nuevas leyes especiales en relación con el Derecho Civil, las que habrían de hacer evidente lo que la realidad clamaba: que las circunstancias genéticas de la autonomía privada variaron su configuración clásica. Como bien refiere Barcia, “desde esta perspectiva no es de extrañar que el principio fundamental de la codificación, es decir, la autonomía de la voluntad o privada, se vea fuertemente sobrepasado”¹⁹.

El nacimiento del Derecho Laboral obedeció al fin preciso de tutelar al proletariado del siglo XIX, empero, empleando en sus inicios el derecho común de los contratos basado en la autonomía privada de las partes para concretar tal protección. “El derecho decimonónico se fundamentaba en una concepción jurídica individualista surgida desde la Revolución Francesa y orientada hacia un hombre que se suponía era, en abstracto, igual a los demás, y cuyo exponente jurídico era el concepto de persona. Este individualismo se manifestaba en el Derecho Civil de la época, en el rigor con que se aplicaba el principio de negociación, donde se consagra el libre juego de las partes, situadas en un plano de igualdad”²⁰. En resumidas cuentas, las concepciones centrales en este entramado liberal son las de libertad de contratación, la de ser propietario, y la de igualdad jurídica, las que decantadas en el mundo del trabajo conllevaron que quien mandaba “sobre los medios de producción lo hacía también sobre las posibilidades de trabajo de la gran mayoría de las personas no propietarias, cuyo único capital era su fuerza de trabajo, que vendían por una determinada paga”²¹. Serán precisamente la concentración de la propiedad en manos de unos pocos, monopolios, oligopolios y las precarias condiciones laborales, las que alzaron el velo del individualismo, abriendo la brecha al intervencionismo estatal²², y a la especificidad del Derecho del Trabajo desde el derecho común y la teoría general del Derecho.

La escisión de las lógicas puramente privatistas habría de encontrar en el propio trabajo un factor difícil de encasillar en sus categorías tradicionales. “El trabajo humano se halla siempre en el punto de encuentro del hombre y las cosas, y el jurista dudará siempre si lo sitúa en el derecho de las personas o en el derecho de los bienes, y no podrá eludir

¹⁹ BARCIA LEHMANN, R., “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, en AA.VV., *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006, pp. 160-161.

²⁰ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 108-109. “En materia laboral nada debe hacerse, sino seguir el principio general de la libertad, de libertad de discusión de contratación y de acuerdo, ya que el dueño de la manufactura y el operario, un ex maestro, oficial, aprendiz o campesino inmigrado a la ciudad son ciudadanos que están en pie de igualdad y pueden por tanto discutir sus condiciones de trabajo y de remuneración en forma libre, aportando argumentos sólidos y válidos que serán capaces de convencer a la otra parte de la conveniencia de contratar bajo una u otra condición”, ELGUETA NAVARRO, José Berardo. “Autonomía de la voluntad...”, p. 249.

²¹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía...*, pp. 108-109.

²² “El Derecho del Trabajo aparece como una de las manifestaciones más relevantes de la nueva tendencia intervencionista y comenzará a erigirse como una clara e irreversible ruptura de la hegemonía histórica del derecho civil liberal, caracterizado por la hipervaloración de lo patrimonial”, GARMENDIA ARIGÓN, M., *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 68.

totalmente uno u otro de tales aspectos”²³. En vistas a alejarse de la categorización, es el concepto de subordinación, propio de la regulación civil de los sirvientes domésticos y sus amos en pleno siglo XIX²⁴, el que será tenido como componente diferenciador de la incipiente rama laboral en los marcos de la industrialización, mutando desde su significación inicial y desafiando, por lo demás, una comprensión absoluta de la autonomía de las partes. “La característica típica del contrato de trabajo en la fábrica no consistía ya en el tipo de remuneración por el que el trabajador acordaba intercambiar sus servicios (proporcionalmente a las horas trabajadas, si el trabajo era del tipo de los regidos por el tiempo, o proporcional a los resultados, si era un trabajo a destajo). El criterio esencial era la dependencia y el control [de los trabajadores], (...) ya que están sujetos a las órdenes, a las instrucciones y al control de su empleador”²⁵.

A pesar de la teórica claridad conceptual y el entusiasmo dogmático de la ciencia jurídica laboral en sus inicios, la coyuntura habría de demostrar que la noción de subordinación no logró, ni ayer ni hoy, satisfacer a cabalidad sus pretensiones tutelares bifurcándose de las dinámicas privatistas. Esto, pues tras la base del vínculo laboral, es decir, de un instrumento llamado “contrato de trabajo”, se asumió la dogmáticamente libre “cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan”, así como la colocación también supuestamente libre por parte del trabajador, en una relación de subordinación que gesta al final del día, una jerarquía entre partes que distan de ser iguales. Ello, no importando la época, ni la posición social-económica-cultural de quienes son sus actores. Caracterización que a pesar de darse con diversos matices en cualquier relación *inter privados*, se ve acentuada ciertamente en lo laboral, no ingresándose a analizar con suficiente profundidad dichos bemoles con la ordenación común *vis a vis* los requerimientos corporativos. Se tiende a olvidar que la autonomía en la línea laboral dista de descubrir una voluntad libre capaz de autorregular algún aspecto de la relación laboral, mas, si tal vez y muy débilmente, con quien el trabajador desea emplearse²⁶. Gráficamente se ha dicho que en los contratos civiles “la voluntad se compromete, en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”²⁷, en un contexto en el que el trabajador perfecciona su contrato bajo la sombra de un poder de dirección continuo y en un estado de necesidad que aún se mantiene como regla general²⁸.

²³ SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 63.

²⁴ En tal sentido, VENEZIANI, B., “La evolución del contrato de trabajo”, en HEPPLÉ, B. (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa, análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 89.

²⁵ *Ibid.*, pp. 89-90.

²⁶ Ya Supiot observa una “...contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y objeto del contrato. Entonces, no es posible esperar que se hallen intactos en el Derecho del Trabajo los principios jurídicos que implica la autonomía de la voluntad. Estos principios se desfiguran por el vínculo de subordinación, y por la alteración de la cualidad de sujeto de derecho que esta implica”, SUPIOT, A., *Crítica del derecho...*, pp. 147-148.

²⁷ SUPIOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 147.

²⁸ Con la misma opinión, DE BUEN, N., *La decadencia del contrato*, México DF, Editorial Porrúa, 1986, p. 271.

Lo anterior no debe mover a equívocos, más allá de cualquier análisis volitivo extrajurídico. No se trata de renegar la humanidad de un trabajador que, sin lugar a dudas, tiene voluntad y recibe esta tutela por parte del entramado jurídico del trabajo reflejo de sus puntuales fines políticos²⁹. Tampoco se trata de determinarlo como un agente con menor capacidad y, con ello, invalidar inexorablemente los acuerdos en los que este comprometa su voluntad³⁰. Desdeñar ello sería desentenderse de un factor no menor, cual es que “los intereses de los particulares existen con independencia de la tutela jurídica y se mueven por medio de continuas vicisitudes, estos proveen a la satisfacción de las necesidades propias, según su libre apreciación, mediante relaciones diversas”³¹. Empero, la multiplicidad de incidencias, la “variedad de atipicidades”³² gestables en razón de los exhortos empresariales por flexibilidad, no pueden ni deben alterar el contenido esencial del equilibrio estructural del Derecho del Trabajo; y mucho menos forzar los límites de tal balanza en razón del feble temple autorregulatorio de esta rama desde la vereda del trabajador, dirigiéndolo artificiosamente hacia la igualdad formal propia del derecho común mercantil.

Resultado de los procesos de flexibilización es la variedad de circunstancias dables en las relaciones laborales la que está en la base de la insuficiencia tutelar de la construcción de la subordinación, como concepto unívoco. Lo anterior, pues “no existe la subordinación; existen las subordinaciones; no existe un prototipo de contrato de trabajo subordinado, sino una tipología variable de figuras negociales intermedias, a las cuales no pueden seguir la aplicación, inconsciente hasta el límite de la ficción, del *standard* protector más elevado, sino la selección de la disciplina más congruente, es decir, más adherente a las peculiaridades del equilibrio de intereses decidido por las partes, ya sean colectivas o individuales”³³. Tras tal constatación se encuentra una diversa nivelación,

²⁹ “El peligro comienza si la ‘libertad de contrato’ se configura como un hecho social en vez de como un mero símbolo verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman ‘libertad de contrato’, en muchas esferas de la vida (no solo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la Sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo”, KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 61.

³⁰ “La tradicional objeción que se formula en este contexto sobre la asimetría de fuerzas entre empleador y trabajador no es un fenómeno exclusivo del contrato de trabajo sino propio de todas las relaciones de intercambio en los más diversos ámbitos de la interacción humana. El intercambio surge y se hace necesario justamente entre individuos desiguales en fuerzas y recursos que comparecen al mercado para sacar provecho a sus ventajas y obtener compensación de sus desventajas”, PALAVECINO CÁCERES, C., “La Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en *Revista Laboral Chilena*, Nº 219, 2013, p. 81.

³¹ LASTRA LASTRA, J. M., “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, en *Revista de Derecho Privado*, Nº 5, 2003, p. 125.

³² FUENTES PUELMA, C., *Estudios sobre Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Valparaíso, EDEVAL, 1996, p. 94.

³³ ROMAGNOLI, U., “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Nº 1, 1992, p. 17.

pero no por ello menos compleja definición, de los pisos aceptables de tutela jurídica, atendidas las características del trabajador, su empleador o empleadores, coyunturas de mercado y sus particulares intereses sin por ello desatender el objetivo equilibrio estructural del Derecho Laboral, renunciando a su amparo.

La presente investigación tiene por base la circunstancia que el parámetro de la subordinación y dependencia en tanto sinónimos dentro del Derecho Laboral, resulta insuficiente en hipótesis de cláusulas postcontractuales como la de no competencia, al tolerar que trabajadores con vínculo laboral finalizado, mas, con pactos con incidencia ultraactiva y con causa laboral, queden desvalidos en razón de los halos de validez que dan, por un lado, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, y por otro, la autonomía de la voluntad en clave privatista. Depositar en la insuficiente noción de subordinación las esperanzas de construcciones tutelares ante irritaciones externas, provoca reducir las posibilidades de retroalimentación del sistema únicamente al escenario de vigencia de la relación laboral, descartando las gestables a su término. En esta clave, y considerando la matriz laboral de los pactos de no competencia postcontractual, es que se estima coherente con el afán estructural tutelar de la disciplina jurídica laboral, diferenciar conceptos que comúnmente se han tenido por equivalentes –subordinación y dependencia–, para así retraducir la significación de la dependencia habiendo finalizado el vínculo de trabajo, e incorporar una matriz tutelar normalmente desdeñada por los límites de la irrenunciabilidad.

II. SUBORDINACIÓN, DEPENDENCIA E IRRENUNCIABILIDAD. DE LA ESCISIÓN CONCEPTUAL ANTE LA SINONIMIA EN VISTAS A LA TUTELA POSTCONTRACTUAL

Resulta válido cuestionarse, al amparo de lo expuesto, cuánto de las posiciones de la literatura judicial y autoral especializada guardan en su esencia una muy particular visión acerca de la subordinación y dependencia que, como se verá, refleja al mismo tiempo diversos episodios evolutivos de estas nociones. Desde ya, se advierte la adscripción a una distinción conceptual entre subordinación y dependencia; a diferencia del modo en que normalmente la doctrina chilena trata al binomio³⁴. Se persigue con ello descubrir la lógica economicista unida a la de dependencia que trasunta la finalización del contrato laboral cuando se establece una cláusula de no competencia postcontractual en esta sede, oculta tras la habituada sinonimia y juridicidad de la idea de subordinación.

La última observación es absolutamente engarzable con la singular situación del trabajador sujeto a un pacto de no competencia postcontractual, finalizada que sea la relación de trabajo. Si fuera posible de caracterizar aquella desde la dependencia económica, lo que se tiene en ciernes es a un exdependiente (nótese la revitalizada fuerza simbólica de esa palabra) que igualmente queda supeditado económicamente a su antiguo

³⁴ Por todos, THAYER OJEDA, W., *Texto y comentario del Código del Trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 55. Agréguese IRURETA URIARTE, P., “La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, 2014.

empleador. Agréguese, al amparo asimismo de lo ya examinado, que tras esa extendida adhesión, se encuentra una igualmente dilatada fidelidad gestada desde una aquiescencia cuya comprensión dota a estas cláusulas de una legitimidad a todas luces contrasistémica.

Así, como bien ya se advertía, dista de ser irrelevante un somero recordatorio conceptual de cuestiones que, por básicas, al parecer son tenidas por intrascendentes en sí a la hora de ir comprendiendo las nuevas dinámicas de trabajo dentro de lo jurídico. Como primera arista, a pesar de ser el elemento tipificante de la relación laboral y decisivo en la autonomía de la disciplina³⁵, la subordinación demuestra no ser capaz de cautivar siquiera de forma parcial, en su racionalidad, las vicisitudes y complejidades propias de instituciones atípicas como las cláusulas en estudio³⁶, abreviables en el choque que se da entre la subordinación y la autonomía privada. Pareciera ser que la subordinación no reconoce que la relación de trabajo es, a no olvidar, una temática de poder, de equilibrios y ordenación, en resumidas cuentas. Una, en la que arraigadamente se le ha descrito como una en la que “uno puede mandar y otro ha de obedecer”³⁷, matizándose, con todo, tal perspectiva desde la habilitación expresa de ámbitos tolerables del ejercicio de la libertad contractual, en una dinámica que se mantiene igualmente modalizada por la resonancia de la flexibilidad laboral³⁸.

En segundo término se anota incluso como fruto de lo recién expuesto, la reafirmación de la necesidad de la distinción entre la subordinación y la dependencia en circunstancias como las planteadas, a propósito de las cláusulas de no competencia

³⁵ Este concepto tiene un “valor decisivo sobre el plano científico: la subordinación es el fundamento de la autonomía del Derecho del Trabajo”, D’ANTONA, M., “La subordinazione e oltre, una teoría giuridica pero il lavoro que cambia”, en AA.VV., *Lavoro subordinato e dintorni*. Bolonia, Italia: Ed. Il Mulino, 1989, p. 44.

³⁶ “Evanescer en muchos casos la dependencia jurídico funcional (no necesariamente, en cambio, la unilateralidad contractual en la fijación de las condiciones de trabajo y de empleo ni la consiguiente necesidad de tutela) y, en cualquier caso, estalla el tipo dominante en un espectro de creciente heterogeneidad cuya inclusión en la categoría de la dependencia jurídica, por esto mismo y por aquello, deja de ser simple, evidente y casi intuitiva”, GOLDIN, A., “Las fronteras de la dependencia”, en *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Nº 2, 2001, p. 321.

³⁷ SUPLOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 133.

³⁸ “Y es que este poder subvierte los grandes principios sobre los que reposa el derecho de obligaciones y contratos: principios de igualdad de las partes, y principio de libertad contractual. Allí donde el derecho de obligaciones postula la autonomía de la voluntad individual, el Derecho del Trabajo organiza la sumisión de la voluntad”, SUPLOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 133. A juicio de D’ANTONA, la visión antigua de un trabajador sometido absolutamente a las dinámicas del empleador (componente negativo de la subordinación) es descartable en razón de los episodios de interacción de poderes (institucionalizados o no) desde una esfera tanto individual como colectiva. Este aspecto positivo es el que debe considerarse en una dinámica de interacción con el negativo, superándose lecturas clásicas. Véase D’ANTONA, M., “Il mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione”, en CARUSO, B. y SCIARRA, S., *Massimo D’Antona, Opere*, Vol. 3, Tomo III, 2000, pp. 1217-1218. “El Derecho del Trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esta autonomía. Esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente compatibles la subordinación y la libertad”, SUPLOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 134.

postcontractuales laborales³⁹. En ellas, dista de ser un desvarío observar que la juridicidad de los tradicionales conceptos *ius* laborales es vencida por una realidad dispositivizada en la norma, que legitima la morigeración de las posibilidades de tutela a ámbitos que superan la temporalidad de la vigencia del contrato de trabajo. Pareciera ser que, como el contrato de trabajo ha finalizado, ese hito por sí solo significa la imposibilidad epistémica absoluta de tutelar al extrabajador —que ha dejado de ser subordinado— en una coyuntura plena en circunstancias laborales, empero, desprovista del halo de la irrenunciabilidad al amparo del artículo 5 del Código del Trabajo nacional. La idea a partir de dicho escenario es, en el fondo y como ya se ha anticipado, redefinir y eclipsar la racionalidad pragmática gestable que provee por sí sola la subordinación al calificar como tal a una relación laboral⁴⁰, en pro de un sistema más eficaz de la mano de la noción de dependencia económica pensando en el trabajador que se ve expuesto a una cláusula de no competencia postcontractual laboral, evitando quedar en una situación desmedrada.

Una de las más firmes basas de la subordinación es, en efecto, su maleabilidad y constante adaptabilidad histórica ante los vericuetos económicos, cumpliendo satisfactoriamente su misión caracterizadora de las relaciones laborales⁴¹. Sin perjuicio de la vitalidad a niveles dogmáticos de la subordinación, en instituciones que retan la enclaustrada temporalidad de la tutela proveniente del Derecho del Trabajo como las cláusulas en estudio, surge la imposibilidad dogmática y positiva al modo nacional de procurar salvaguardar más allá del fin del contrato de trabajo al ahora extrabajador desde esta área⁴². Ello, puesto que depositar en la insuficiente noción de subordinación las esperanzas de construcciones tutelares ante irritaciones externas, provoca reducir las posibilidades de retroalimentación del sistema únicamente al escenario de vigencia de

³⁹ Precisamente, el punto de la distinción entre subordinación y dependencia resulta ser elemental para conformar los nuevos contornos de una disciplina que va precisando continuamente de revisiones en torno a sus conceptos elementales. Reflejo de una realidad dogmática que persigue cambios, pero que se ensimisma en la búsqueda, es la siguiente reflexión: "...Pero no nos cabe duda de que cualquier hipotética alteración de límites no puede perder de vista que siempre deberán quedar dentro del marco protector de las normas laborales quienes presten servicios a otro (sea una empresa, un grupo o una red) bajo su poder de dirección, por liviano que este sea. En este sentido, quizá la clave del Derecho del Trabajo del futuro siga, como en el pasado, anclada en la continua reelaboración de los conceptos de subordinación o dependencia", GALIANA MORENO, J., "Crisis del contrato de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, N° 2, 1998, p. 65.

⁴⁰ Se sigue el planteamiento efectuado por UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011, p. 35.

⁴¹ SANGUINETTI RAYMOND, W., "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", en *Temas Laborales*, N° 40, 1996, p. 53.

⁴² "La subordinación podría bastar para delimitar la causa del contrato de trabajo, pues integra la línea divisoria con los contratos civiles y mercantiles cuyo objeto es también el trabajo personal, y bien puede decirse por ello que forma parte de la causa típica de aquel. Sin embargo no explica plenamente el origen de este contrato ni la configuración del Derecho del Trabajo ni, en fin, las líneas de futuro de nuestra materia. No porque haya errado la dirección, pues repito que se encuentra en el núcleo del tipo contractual, sino porque adolece de una insuficiente perspectiva para explicar plenamente el fenómeno, como si para describir un elefante —en el conocido símil empleado por Lord Wedderburn— lo hiciéramos desde la grupa y no desde la testa", OJEDA AVILÉS, A., "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, N° 60, 2007, p. 392.

la relación laboral, descartando las gestables a su término. Tras el prisma de lo expuesto, la aceptación de, a estas alturas, una rémora sistémica del Derecho del Trabajo, habilita desafiar sistémicamente la estructura anquilosante de lo jurídico laboral, que le estanca científicamente⁴³, y que le encierra en paradigmas que contradictoriamente le restan en su capacidad intrínseca basada en la retroalimentación, de poder definir sus propias fronteras de clase. No se trata de reemplazar, por cierto, a la subordinación jurídica por la dependencia económica como criterio central e identitario del Derecho Laboral, sino de legitimar como factor expansivo de los cotos nucleares del sistema a otros⁴⁴ que, además de hacer más eficaz al sistema, son capaces de ampliar consecuentemente su estrato subjetivo de protección⁴⁵. Se logra mediante esto romper el reduccionismo histórico del Derecho del Trabajo y asociarlo a uno de clase, generado a partir de un tipo social particular, exclusivamente proletario y de lucha social, habilitando su extensión a categorías que se alejan abiertamente de dicha caracterización⁴⁶, rompiendo con aquella constante univocidad discursiva primero, luego positiva. La subordinación así “será separada de su matriz sociológica (expresada en las nociones de proletario, contratante débil, etc.) y objetivada por el análisis jurídico formal en un dato técnico-funcional, en un modo de ser de la actividad convenida en el contrato, con indiferencia de la condición social del que la presta”⁴⁷.

La dependencia económica en tanto criterio definitorio de la aplicación del Derecho del Trabajo en los mares ultraactivos de la no competencia, ingresa conceptualmente en este bosquejo de forma diferente a la comprensión acostumbrada⁴⁸, desalienando al trabajador y haciéndolo titular de la protección del Derecho del Trabajo más allá de la

⁴³ En el mismo sentido, BAYÓN CHACÓN, G., “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, 1961, p. 30.

⁴⁴ Por ejemplo, la ajenidad. Revítese ALONSO OLEA, M., “Trabajo libre y trabajo dependiente”, en AA.VV., *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Mario Devali*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979. O también, la parasubordinación, con aceptación en Italia y Alemania. Véase, MÜCKLENBURGER, U., “Ridifinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania”, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Nº 86, 2000, p. 330.

⁴⁵ “El debate de las fronteras del Derecho del Trabajo está relacionado con la elección del colectivo protegido, cuestión relacionada con la decisión política acerca del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo (la decisión acerca de a quienes se va a proteger socialmente), y que hasta el momento sigue teniendo, en Chile y en buena parte del mundo, como único actor relevante a la subordinación jurídica”, UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo derecho...*, p. 31.

⁴⁶ En dicha traza, “el fenómeno de la extensión no coincide con el de la proletarización. Al contrario, las nuevas capas asalariadas pertenecen a menudo a un nivel elevado. Si el dominio del Derecho del Trabajo se extiende, es precisamente porque se aplica a nuevas categorías (cuadros y técnicos) y a capas sociales muy alejadas del proletariado en el siglo XIX, que tienen sus propias preocupaciones y reivindicaciones”, JAVILLIER, J. C., *Derecho del Trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales, 1982, p. 18.

⁴⁷ MENGONI, L., “La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Nº 1, 1986, p. 8.

⁴⁸ Desdeñada en beneficio de la subordinación jurídica. En dicha línea, se ha expresado que “es inadmisibles que la naturaleza de un contrato se haga depender de un elemento extraño a la convención, como es la posición económica de uno de los sujetos”, ALBURQUERQUE DE CASTRO, R., *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Santo Domingo, Editora Lozano, 1995, p. 170.

vigencia de una relación laboral o su condición socioeconómica. La visión tradicional corrientemente procura la protección de quienes estén en “situación de necesidad o debilidad económica, con prescindencia de si los servicios se prestan bajo un régimen de subordinación o de autonomía jurídica formal. De este modo, el Derecho Laboral protegerá exactamente a quienes lo necesitan: los que trabajan en situación de debilidad económica y social”⁴⁹. Pues bien, como ya se exponía, el problema de esta perspectiva pensando en su utilidad para la protección del extrabajador sujeto a una cláusula de no competencia postcontractual, radica en la necesidad de la existencia de una prestación de servicios a la que le resulta irrelevante su marco subordinado o autónomo, porque lo importante se encuentra en el individuo mermado socioeconómicamente que desempeñó una cierta relación de servicio y a quien se le estaría limitando su libertad de trabajo; factor que define su inclusión dentro del radio de protección de este Derecho. Esto es lo que sencillamente hace inviable la comprensión ordinaria de la dependencia económica, pensando en las formas que esta podría traducirse en la protección de quien ha dejado de ser dependiente: no resulta provechoso seguir concentrando el factor de aplicación del Derecho del Trabajo en la existencia de una relación laborativa, o en la condición socioeconómica del sujeto, al perpetuar tanto sus confines como al colectivo amparado por su estructura y principios⁵⁰.

En ese orden de ideas, principalmente sistémicas y luego estructurales, las cláusulas de no competencia postcontractuales en lo laboral presentan un rasgo ligado con la dependencia en su cariz económico que, en efecto, se distancia de esa visión tradicional apegada nuclearmente a un vínculo vigente (subordinado o no), y a un individuo irremediablemente desfavorecido económica y socialmente⁵¹. Estos pactos tienen por carácter elemental el que sus efectos sobrevinientes se suceden una vez terminada la relación de trabajo, con una incidencia que dista de ser menor pensando en las consecuencias laborales ajenas a lo jurídico que se desencadenan, tolerándose estas positiva y epistemológicamente sin mayor retroalimentación y coherencia sistémica, como inferencia final. Es por ello que se concluye que la cláusula de no competencia postcontractual no puede únicamente entender en sus márgenes a trabajadores de alta gerencia o situados en puestos decisionales, debiendo atenderse a la particular posición de garante del sujeto trabajador, más allá en definitiva de su posición en el aparataje de la empresa o su posición socioeconómica⁵². Algo ciertamente coherente en nuestro país con la *ratio*

⁴⁹ UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo derecho...*, p. 33.

⁵⁰ “La formación jurídico-dogmática clásica hecha a base de conceptos cerrados y autosuficientes, ciertamente más comunes en la mente del jurista que en la realidad cotidiana, se ha compadecido siempre mal con una categoría como la de subordinación, ontológicamente más descriptiva de la realidad que conformadora de la misma. De ahí que se hayan sucedido los esfuerzos –sobre todo, por parte de la doctrina– de definir la noción de subordinación, fosilizando su originaria elasticidad”, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en: *Documentación Laboral*, N° 39 (1993), p. 37.

⁵¹ Tempranamente se observa en la literatura nacional un tratamiento en esta línea. V.gr. GAETE BERRÍOS, A., *Tratado de Derecho del Trabajo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pp. 20-26.

⁵² Lo que en una dirección contraria a lo postulado por la doctrina nacional, que ha señalado que “(...) un pacto de no competencia post-contractual solo puede comprender a aquellos trabajadores que, en razón de

y tipificación del artículo 284 del Código Penal chileno⁵³, en conjunción con la agravante del artículo 12 N° 7 del mismo cuerpo legal⁵⁴. Talante reafirmable a partir de la regulación tutelar de la propiedad industrial que persigue expresamente a quien hubiere detentado una posición de garante, abusando de su cargo⁵⁵. Esto permite concluir en una dinámica interpretativa coherente entre las diversas estructurales legales, que en Chile se perseguirá el castigo ultraactivo de quien atentare contra la competencia leal teniendo la mencionada posición, en la medida que tal posibilidad esté facilitada por el propio ordenamiento.

Agregado a estas ilaciones, se encuentra lo que se persigue desterrar mediante la inclusión de la *ratio* tutelar del Derecho del Trabajo: el que el trabajador sujeto a una cláusula de no competencia postcontractual, a pesar de verse aún sujeto a su empleador mediante la dependencia económica, no se encuentre desprovisto del resguardo jurídico que brinda la rama laboral. La consistencia científica del Derecho del Trabajo, doblegada por el talante actual de las relaciones de trabajo y la resonancia de los requerimientos de mercado al amparo del resurgimiento de la autonomía de la voluntad, precisa sincerarse con la efectiva eficacia de sus institutos más tradicionales. Esta rama, consecuentemente, debe girar epistémicamente a la inclusión de la dependencia económica como

la importancia del cargo que desempeñan, han tenido contacto con la clientela, proveedores o informaciones reservadas del empresario. Pues esta es la clase de trabajador que, si se emplea en otra empresa o constituyen una propia, puede provocar, sin mayores dificultades, el trasvase de los intereses del negocio del empleador, causándole un perjuicio”, SIERRA HERRERO, A., “La cláusula de no competencia postcontractual...”, p. 134.

⁵³ “El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

⁵⁴ “Son circunstancias agravantes: 7°. Cometer el delito con abuso de confianza”.

⁵⁵ A este respecto, el artículo 87 de la Ley N° 19.039, fruto de la adecuación normativa que significó la suscripción por parte de Chile del ADPIC (Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aplicable en Chile desde enero del año 2000), señala que lo constituye *la adquisición ilegítima del mismo, su divulgación o explotación sin autorización de su titular y la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, a condición de que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero o de perjudicar a su titular*. El artículo 39 N° 2 del ADPIC expresa: 2. *Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla*. Así, si del artículo 87 de la Ley de Propiedad Industrial, en concordancia con lo prescrito por el artículo 39 del ADPIC es factible inferir que el incumplimiento de un contrato de trabajo es posible de ser calificado como un uso comercial deshonesto, pues bien, será perfectamente viable perseguir las aristas de naturaleza industrial asociadas al incumplimiento de la cláusula de no competencia postcontractual. Lo anterior, haciendo abstracción del hecho que se estará persiguiendo una conducta postcontractual cuyo bien tutelado es la competencia desleal, empero, desde una perspectiva comercial y en los términos de este articulado, lo que en síntesis significa que el incumplimiento contractual laboral con aristas vulneratorias del secreto industrial debe indefectiblemente estar protagonizada por un extrabajador que detentaba una posición de garante de los secretos industriales, abusando de la confianza propia del cargo desempeñado.

factor identificador de la laboralidad, adicional mas no por ello contradictorio al de la subordinación. Esta dependencia, alejada de su cómoda y poco crítica sinonimia con la subordinación jurídica, permite plantear un cariz diverso a la batería conceptual presente en medios postcontractuales, imbuida por una subordinación jurídica que forja terrenos yermos *ius* laboralmente hablando para los sujetos expuestos a ellos. Esta ampliación a nuevos acreedores no asalariados de los resguardos laborales con óptica jurídica, permite comenzar la revitalización estructural de la eficacia del Derecho del Trabajo, obviando un análisis asumido normalmente como necesario de los costos implícitos en la redefinición del colectivo tutelado, arrimándolo a las particularidades materiales de los sujetos más que a las formales determinables en razón de indicios de subordinación⁵⁶.

En esta línea, debe destacarse que la figura en comento goza comparadamente de una extendida aceptación, que se ve reflejada tanto en su regulación positiva como en un vasto desarrollo jurisprudencial. Dichas fuentes tienen por factor en común el establecimiento de exigencias relacionadas con la validez de estos pactos⁵⁷. Estas tienen que ver, por una parte, con una compensación económica adecuada y proporcional para el trabajador, debido a la restricción a la libertad de trabajo que este sufre. “Por consiguiente, con tal resarcimiento se entiende subsanar el ‘sacrificio’ impuesto al trabajador por la abstención de competencia y la limitación a la libertad mencionada”⁵⁸. Esto, adicionalmente, debe acoplarse con los requerimientos de objeto, tiempo y espacio, los que se traducen en la prohibición del ejercicio de una actividad que sea concurrente con la de la empresa empleadora, el tiempo y el territorio dentro del que será válida aquella. Habiéndose satisfecho lo anterior, se culmina visando por el Derecho del Trabajo finalmente que el extrabajador se tenga que someter postcontractualmente (bajo la fórmula de la autonomía de la voluntad), eso sí, ya no en una racionalidad de subordinación, sino que en una estrictamente económica respecto de su empleador, no pudiendo, a pesar de todo, desarrollar la actividad o giro al que se dedica este último en una extensión espacial y física determinada, a cambio de una justa y suficiente compensación.

La idea de esta recensión somera de las exigencias que se han planteado (y cuyo análisis acabado supera largamente las pretensiones y extensión de esta investigación), independientemente de sí, como se advertía, los requisitos de validez de estas cláusulas

⁵⁶ “...la dependencia económica implica una noción de signos muy difusas, de contornos muy imprecisos, que se traduce en un sistema de indicios complejo, que requiere de mucha más actividad por los tribunales para su determinación, que la subordinación. Esta última, en cambio, es una noción abstracta (diseñada genéricamente), y formal (que no atiende a la situación material de las partes sino a su posición jurídica), que se expresa, en su versión dominante, (...) en un sistema de indicios que en la inmensa mayoría de los casos es simple”, UGARTE CATALDO, J. L. *El nuevo derecho...*, p. 38.

⁵⁷ Debe destacarse que en el único fallo explícito de la Corte Suprema en Chile sobre la materia, se señala que “en diversos Países se ha legislado sobre la cláusula de no competencia postcontractual, admitiéndolas, siempre y cuando reúnan ciertos recaudos o presupuestos mínimos (como ya se dijo anteriormente: fijación de plazo; restricción solo parcial de la actividad; y contraprestación en favor del empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia)”, considerando decimosexto, Rol N° 5152-2009, “Adiserv S.A. y Adicorp S.A. con Bordachar”, Corte Suprema.

⁵⁸ BOSCATI, A., *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, Turín, Giuffrè Editore, 2010, p. 186.

se hubiesen planteado expresamente en la ley⁵⁹ o bien mediante decisiones jurisprudenciales⁶⁰, es dar cuenta del giro que se le ha pretendido dar a la configuración de estos pactos limitativos de la Libertad de Trabajo desde el Derecho Laboral fuera de nuestras fronteras, buscando proteger desde la lógica de la dependencia económica a una persona sin vínculo de subordinación vigente. Dicho de otro modo, la dependencia económica encauzada más allá de su componente material permite operativizar, desde la gramática y fondo de los Derechos Fundamentales en conjunto con la autonomía de la voluntad, una extensión modalizada de la racionalidad del Derecho del Trabajo a individuos que no cumplen con el criterio tipificante clásico de la subordinación⁶¹. De esta manera, continuar exclusivamente con el paradigma de la subordinación como factor aglutinante de la estructura jurídica laboral, conlleva la definición de un plano subjetivo que, al anquilosar sus posibilidades de ampliación en dicho nicho, aliena a los ciudadanos en el ejercicio de sus Derechos Fundamentales con tintes laborales, cercando sus posibilidades de reingreso al mercado de trabajo y de desarrollo. La dependencia económica en los términos expuestos en esta investigación busca, en efecto, concentrar la posibilidad de evitar transgresiones al ordenamiento jurídico general gestadas por constructos como los pactos de no competencia postcontractual; y, a su vez, resolver problemáticas que, de proseguir con el raciocinio y operatividad de la subordinación, serían naturalmente obviadas por el Derecho del Trabajo.

La admisibilidad de este tipo de pactos ya sea desde una regulación positiva explícita como de un reconocimiento jurisprudencial, amerita compensar la restricción a la Libertad de Trabajo sufrida por el trabajador. Retribución que, por cierto, coopera con la idea de fortalecimiento del centro protector del Derecho del Trabajo, por medio de la incorporación de la dependencia económica como factor de reconocimiento de elementos de laboralidad, buscando ampliar la faz subjetiva de los acreedores de protección de este derecho. Indicios todos que, vale la pena insistir, se descartan en un escenario de subordinación configurada al modo del legislador chileno. Esta traza inclusiva del factor de dependencia revitaliza la eficacia de lo jurídico laboral habilitando el rechazo, o al menos la posibilidad de determinar ante quien corresponda, la insuficiencia de la compensación financiera en beneficio del trabajador que termina suscribiendo una cláusula con incidencias postcontractuales. Se adiciona, con todo, a su justificación, la carencia

⁵⁹ V.gr. Alemania en su Código de Comercio (sección 74 a 75f), Austria con 2 normas: la Ley de Armonización de la Legislación de Empleo (o *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*) y la ley para trabajadores de Cuello Blanco (*Angestelltengesetz*, o *AngG*), Italia en el artículo 2125 de su Código Civil, o República Checa en su Código del Trabajo (secciones 310 y 311).

⁶⁰ V.gr. Francia y Brasil. Chile también entra en esta categoría.

⁶¹ Complementando tal idea, se ha señalado que, “en efecto, el Derecho no puede comprenderse por sí mismo haciendo abstracción de la vida real, ya que su existencia deriva de las condiciones materiales y subjetivas de la sociedad civil en conjunto con las relaciones de producción, las cuales evocan relaciones de poder. En otras palabras las relaciones jurídicas giran principalmente alrededor de las relaciones de producción y propiedad privada como modeladores de dichas relaciones en un momento histórico determinado”, DOMÍNGUEZ MONTOYA, Á. y MELLA CABRERA, P., “Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Nº 1, 2015, p. 123.

o inexistencia de la retribución financiera, pensando en la factible carestía de medios para subsistir del ahora extrabajador. La preocupación por ello es fruto de la dependencia económica como criterio definidor del Derecho Laboral fuera de los tradicionales límites del contrato, en los que campea sin más la lógica de la subordinación.

La conjunción identitaria de la subordinación con la dependencia económica en mares postcontractuales, da pie para proyectar una apertura sistémica dentro del requisito de la retribución, e incorporar en su *ratio* consideraciones o subfactores basados en la dependencia económica que la jurisprudencia nacional no ha tenido en cuenta, al menos de forma explícita. En dicha dirección, a modo meramente ejemplar, la experiencia comparada enseña que Alemania en su regulación toca un tópico interesante y novedoso desde la óptica de los intereses implicados en un pacto que, como sea, conlleva una obligación de no hacer traducida en la prohibición de trabajar por parte del extrabajador. La sección 74a, punto 1, del Código de Comercio Alemán⁶² indica lo que sigue (lo destacado es propio): *La cláusula de no competencia no será vinculante si no sirve para proteger un interés comercial legítimo del empleador. Además, no será vinculante, si es que contiene una desventaja injusta para la carrera de los trabajadores teniendo en cuenta la indemnización concedida de acuerdo al tiempo, lugar u objeto*⁶³. La mención a los menoscabos dables a la carrera del exdependiente en razón de la cláusula de no competencia postcontractual, representa una novedad en el entramado regulatorio de este pacto. Esto, no por el mero hecho que tal elemento pueda eventualmente ser considerado por los Tribunales competentes a propósito de la justeza o adecuación del emolumento proporcionado para reparar la prohibición, sino más bien porque incorpora explícitamente en la norma tanto un componente de desarrollo profesional con el fin de definir el poder vinculatorio del pacto⁶⁴ como un cariz de dependencia económica que se operativiza al analizar la existencia de un detrimento a la carrera del extrabajador. En consecuencia, la “desventaja injusta en contra del trabajador” conforma un canto complejo dentro de la suficiencia compensatoria, en el que, si bien se considera fuertemente el interés corporativo del empleador, no se culmina desdénando ni la faz económica ni el desarrollo profesional postcontractual de quien fue su trabajador, procurando su no alienación.

Por su parte, de la realidad francesa es rescatable la temática de la no irrisoriedad de la indemnización, enfocada nuevamente desde la dependencia económica disociada de la subordinación, resguardando al extrabajador desde el Derecho del Trabajo. La irrisoriedad planteada desde un entendimiento netamente apegado al uso habitual de la palabra no permite dar a entender las aristas de su significación en este contexto. Es por ello que la jurisprudencia de la Corte francesa ha cincelado dicha locución desde 2

⁶² En la misma línea es posible encontrar a Austria, de acuerdo a lo indicado por el artículo 36.1.3 AngG. (Ley para trabajadores de Cuello Blanco, *Angestelltengesetz*).

⁶³ “*Das Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält*”.

⁶⁴ A modo ejemplar, basta tener presente la sentencia de la Corte Federal del Trabajo, AZR 884/93, de 1 de agosto de 1995.

circunstancias. Por un lado, desde la proporcionalidad de la reparación considerando copulativamente los requisitos clásicos de la institución; y por otro, para el caso que esta no se exprese, cuya consecuencia se asocia a una ausencia de contrapartida financiera, coligiéndose al final del día la nulidad del pacto determinada por el juez⁶⁵. De esta manera, la calificación por parte del adjudicador de una reparación acordada por las partes como irrisoria o insuficiente, es una cuestión que debe observarse caso a caso al amparo de parámetro de la proporcionalidad, no pudiendo determinarse un monto o un parámetro como bisagras permanentes entre lo admisible y lo que no en este punto⁶⁶. No obstante todo, la *Cour* señala que la suma reparatoria teniendo por causa el pacto de no competencia deberá apreciarse siempre en función de las limitaciones a la libertad de trabajo, cupiendo anular aquel si en su estructuración no se han considerado las efectivas posibilidades del trabajador de desarrollar una actividad profesional apreciando su formación, experiencia y competencias particulares⁶⁷, al amparo de los artículos L. 1221-1 del Código del Trabajo⁶⁸ y 1134 del Código Civil⁶⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBURQUERQUE DE CASTRO, R., *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Santo Domingo, Editora Lozano, 1995.
- ALONSO OLEA, M., "Trabajo libre y trabajo dependiente", en AA.VV., *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Mario Deveali*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979.
- BARCIA LEHMANN, R., "La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile", en AA.VV., *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

⁶⁵ En esta línea, la sentencia de la *Cour de Cassation de France (chambre sociale)*, N° 04-46.721, de 15 de noviembre de 2006. En este caso, la cláusula tenía una duración de 2 años, y la contrapartida representaba en su totalidad, un décimo de la remuneración; lo que llevado a un parámetro de remuneración mensual, era equivalente a 2,4 meses.

⁶⁶ A vía ejemplar, si bien los montos se fijan considerando habitualmente como base un promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador, las convenciones colectivas suelen a su vez establecer un piso inferior equivalente a un porcentaje de estos emolumentos. Se sigue a NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *Pacto laboral de no competencia*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1998, p. 156.

⁶⁷ En dicha *ratio*, la sentencia de la *Cour de Cassation (chambre sociale)*, N° 11-17.941, de 20 de febrero de 2013. Efectivamente, a pesar que la Corte reconoce que primeramente deben tenerse presentes los intereses corporativos, una lectura del pacto del que no sea posible extraerse la necesaria proporcionalidad al amparo de la Libertad de Trabajo, deberá declararse nulo. En la especie, el pago de 1/6 del sueldo bruto, teniendo presentes las capacidades y formación del trabajador, definió que la Corte de Casación francesa declarara la nulidad de la cláusula.

⁶⁸ *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* (El contrato de trabajo está sometido a las reglas del derecho común. Puede ser establecido según las formas que las partes contractuales decidan adoptar).

⁶⁹ *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* (Las convenciones legalmente formadas tendrán fuerza legal entre quienes las hayan celebrado. Podrán ser revocadas por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutadas de buena fe).

- BAYÓN CHACÓN, G., "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, 1961.
- BOSCATI, A., *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, Turín, Giuffré Editore, 2010.
- CAJAS ULLOA, A., *El pluriempleo y sus restricciones. Análisis particular de la obligación de no competencia en el contrato de trabajo*, Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015.
- CALSAMIGLIA, A., "Justicia, eficiencia y óptimo de la legislación", en *Documentación Administrativa*, N° 327, 1989.
- DE BUEN, N., *La decadencia del contrato*, México DF, Editorial Porrúa, 1986.
- D'ANTONA, M., "Il mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione", en Caruso, B. y Sciarra, S., *Massimo D'Antona, Opere*, Vol. 3, Tomo III, 2000.
- D'ANTONA, M., "La subordinazione e oltre, una teoría giuridica pero il lavoro que cambia", en AA.VV., *Lavoro subordinato e dintorni*. Bolonia, Italia: Ed. Il Mulino, 1989.
- DÍAZ AMBRONA, M. D. (dir.), *Derecho Civil Comunitario*. Madrid, Editorial Colex, 2001.
- DOMÍNGUEZ MONTOYA, Á. y MELLA CABRERA, P., "Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 1, 2015.
- ELGUETA NAVARRO, J. B., "Autonomía de la voluntad y derecho. Un enfoque", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, 1984.
- FUENTES PUELMA, C., *Estudios sobre Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Valparaíso, EDEVAL, 1996.
- GAETE BERRÍOS, A., *Tratado de Derecho del Trabajo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- GALLANA MORENO, J., "Crisis del contrato de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, N° 2, 1998.
- GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C., *Manual del Contrato de Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010.
- GARMENDIA ARIGÓN, M., *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*. Bologna, Zanichelli, 1987.
- GOLDIN, A., "Las fronteras de la dependencia", en *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, N° 2, 2001.
- IRURETA URIARTE, P., "La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, 2014.
- IRURETA URIARTE, P., "La prohibición de competencia y la buena fe contractual", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2012.
- JAVILLIER, J. C., *Derecho del Trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales, 1982.
- KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- LASTRA LASTRA, J. M., "Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo", en *Revista de Derecho Privado*, N° 5, 2003.
- MENGGONI, L., "La quistione della subordinazione in due trattazione recenti", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N° 1, 1986.
- MÜCKLENBURGER, U., "Ridifinire la nozione si subordinazione? Il dibattito in Germania", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 86, 2000.
- NEVADO FERNÁNDEZ, M. J., *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1997.
- NOGUEIRA Guastavino, M., *Pacto laboral de no competencia*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1998

- OJEDA AVILÉS, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Nº 60, 2007.
- PALAVECINO CÁCERES, C., “La Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en *Revista Laboral Chilena*, Nº 219, 2013.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en *Documentación Laboral*, Nº 39, 1993.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- ROMAGNOLI, U., “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Nº 1, 1992.
- SANGUINETTI RAYMOND, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, en *Temas Laborales*, Nº 40, 1996.
- SIERRA HERRERO, A., “El pacto de permanencia en la relación laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 21 de agosto de 2007, Rol 5581-2005, “Universidad de Concepción con Olmos Coelho””, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile*, Vol. 4, Nº 8, 2013.
- SIERRA HERRERO, A., “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, Nº 2, 2014.
- SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- THAYER OJEDA, W., *Texto y comentario del Código del Trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011.
- VENEZIANI, B., “La evolución del contrato de trabajo”, en Hepple, B (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa, análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

*Adriana Krasnow**

RESUMEN

Este artículo describe la socioafectividad en el interior de los vínculos jurídicos que reconocen su origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, desde un abordaje que guarda sintonía con la visión constitucional y convencional en la que se inscribe el Código Civil y Comercial argentino. Con este objeto, se parte del análisis de la inserción de la socioafectividad en el derecho de las familias, mediante un estudio que considerando las distintas formas de vivir en familia, busca mostrar el despliegue de vínculos que reconocen su origen en el parentesco y en el afecto. En este marco, se analiza la receptividad de la socioafectividad en la filiación y, especialmente en una de sus fuentes, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Con este propósito, se estudian aspectos que guardan una vinculación directa con la categoría conceptual en análisis, como los principios de la filiación; la triple filiación; la voluntad procreacional y la socioafectividad como elementos que definen el reconocimiento de la gestación solidaria en la justicia argentina. Todo lo expuesto se ilustra a lo largo del desarrollo con el relato de historias de vida que ponen de manifiesto el continuo contacto entre norma y realidad.

Persona – socioafectividad – filiación por técnicas de reproducción humana asistida

The social affection in Right of Argentine families it deployment in to filiation by assisted human reproduction techniques

ABSTRACT

This article describe the social affection in the inside of the legal ties which recognize its origin in the filiation by assisted human reproduction techniques, from an approach that is in tune with the constitutional and conventional view in which is based the Argentinian Civil and Commercial Code. With this objective, I part from the analysis of the insertion of the social affection in Family Law, through a study that considers different forms of living in a family,

* Abogada, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesora de Derecho Civil, Universidad Nacional de Rosario e investigadora Conicet, Argentina. Correo electrónico: adrikrasnow@gmail.com.

Artículo recibido el 11 de enero de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

looking to show the deployment of ties that recognize its origin in family relationship and affection. In this framework, is analyzed the reception of the social affection in the filiation and especially of one of its sources, the assisted human reproduction techniques. With this purpose, are studied aspects that have a direct tie with the conceptual category in analysis, as the principles of the filiation, the triple filiation, the procreational will and the social affection as the element that define the recognition of the solidarity gestation in the Argentinian justice. All the above is illustrated along the development of life stories that put in evidence the continuous contact between the rule and the reality.

Person – social affection – filiation by assisted reproduction techniques

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCC) vigente en Argentina desde el 1 de agosto de 2015 responde a la protección de la persona en su unicidad, en sus relaciones de familia y en sus relaciones con lo social¹. Es en este marco en el que logra plasmarse un ordenamiento que al reposar en principios y valores, permite elaborar respuestas para los distintos problemas que pueden suscitarse.

En sintonía con lo expresado, el método adoptado responde a su espíritu, al incluir un título preliminar en el que se refleja su impronta constitucional y convencional en los arts. 1° a 3°, con el complemento de los principios reconocidos en los arts. 9° a 14. Seguidamente, la estructura se completa con seis Libros para cada sector, comprobándose cómo los principios y valores están presentes en cada uno de ellos².

La descripción que precede se visualiza en toda la extensión que se asigna al Libro Segundo “Relaciones de familia”. En su interior, se contemplan los institutos atendiendo a la protección de la persona sin importar el proyecto de vida que cada uno elija. Desde esta visión que atiende a la pluralidad y el respeto a la diversidad, se regulan los institutos considerando las distintas formas de vivir en familia que coexisten hoy; situación que motiva referir al “derecho de las familias” en reemplazo de su denominación tradicional “derecho de familia”.

La apertura expuesta abre las puertas a la inserción de la socioafectividad y con ello resultan amparadas las relaciones familiares sustentadas en vínculos significativos que no siempre se completan con lazos de parentesco, sino que encuentran su fuente en el afecto.

Desde esta dimensión, nos proponemos describir la socioafectividad en el interior de los vínculos jurídicos que reconocen su origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), abordaje que estará precedido por una reseña que permita apreciar cómo se inserta la socioafectividad en el Derecho de las familias.

¹ Aprobado por Ley N° 26.994, 2014.

² Véase entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, 2015a; ROSATTI, 2016; KRASNOW, 2017a y 2016b.

II. LA SOCIOAFECTIVIDAD EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS

1. *Dimensión actual*

Tradicionalmente, el Derecho de familia fue definido como el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular los derechos subjetivos y deberes jurídicos que nacen de las relaciones jurídicas familiares³.

Los nuevos contornos que en el presente tiene este sector del Derecho privado, motiva preguntarse si este encuadre sigue vigente, tras la introducción de nuevas categorías conceptuales en la norma que se venían proyectando desde hace tiempo en la labor doctrinaria y jurisprudencial, destacándose entre ellas la “socioafectividad”⁴.

Este término marco tiene un componente social y afectivo que no se asocia a parentesco. Su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven o no con vínculos parentales. A modo de ejemplo mencionemos, entre otros, el vínculo entre convivientes; el vínculo entre el progenitor afín y el hijo afín sin existir entre ellos parentesco por afinidad por ausencia de matrimonio; vínculo entre padrino y ahijado no pariente; vínculo entre anciano y cuidador; vínculo entre el hijo adoptado bajo la forma simple o de integración con los parientes y referentes afectivos del o los adoptantes; vínculo entre la persona nacida por una TRHA con los dadores de material genético o mujer gestante.

Para mostrar el proceso de recepción de esta realidad en la norma, merece destacarse como antecedente, el art. 1584 del CC de Brasil: “(...) Si el juez verificara que el hijo no debe quedar bajo la guardia del padre o de la madre, deferirá la guardia a la persona que demuestre compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados, de preferencia, el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afectividad”.

Si trasladamos la atención al Derecho argentino, se observa cómo con el tiempo se introduce su reconocimiento en normas de alcance general e individual, las que siguen como antecedente la Convención de los Derechos del Niño, en cuyo art. 5 establece:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

³ Acerca del Derecho de las familias, véase entre otros: KEMELMAJER *et al.* (2014); KRASNOW (2017a); AZPIRI (2016); GIL DOMÍNGUEZ *et al.* (2006).

⁴ Respecto de socioafectividad, véase entre otros: HERRERA (2014); KRASNOW (2017a y 2017b); LOBOS (2010); MIZRAHI (2006).

En sintonía con lo dispuesto en el instrumento internacional referenciado, la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes⁵ y su decreto reglamentario 415/2006⁶, receptan la socioafectividad.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley [...] (art. 11, Ley Nº 26.061). Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección [...] (art. 7, Dec. 415/2006).

En la misma sintonía es admisible citar la Ley nacional 26.657 sobre Salud Mental⁷, cuando en su art. 7 expresa:

El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: [...] b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; [...] e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; [...].

La reseña que se acompaña puede completarse con la labor que desde hace tiempo se viene registrando en la justicia argentina. Por su relevancia, se ilustra el desarrollo con el sumario de dos casos resueltos antes del CCC.

El más lejano en el tiempo, reconoció un régimen de comunicación entre la madre de crianza y el niño⁸:

Corresponde distinguir el parentesco de sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos, o los afectos y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando carezca de recepción legal [...] Toda vez que el vínculo materno filial socioafectivo que une a la accionante y el menor, ha nacido de una convención lícita entre la actora y los padres biológicos del niño –en el que se acordaron los roles que cada uno cumpliría dentro de la familia que construirían,

⁵ Ley Nº 26.061, 2005.

⁶ Decreto 415, 2006.

⁷ Ley Nº 26.657, 2010.

⁸ Juzgado Familia 4º Nom. Córdoba, 28.6.2010.

asignando un lugar duplicado de maternidad a la madre biológica y a la accionante—, permitiéndole así que participara y se involucrara, creando vínculos socioafectivos legítimos, no puede negarse el derecho del menor a tener y recibir el afecto de quien actuó como “madre de crianza” en sus primeros años de vida [...].

El otro caso es el primer antecedente de gestación solidaria en la justicia argentina⁹. La jueza con estrategia jurídica acertada, introduce la socioafectividad¹⁰:

[...] en la gestación por sustitución el elemento determinante es la voluntad procreacional [...] La voluntad procreacional puede definirse como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad por su educación y crianza [...] La existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad [...].

Todo lo expuesto muestra que el Derecho de las familias se amplía y puede definirse como el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular los derechos subjetivos y deberes jurídicos que nacen de las relaciones jurídicas familiares que encuentran su origen en las relaciones de pareja, el parentesco y vínculos afectivos significativos.

Puede ilustrarse lo expuesto con la situación de un niño que al ser separado de su familia de origen por constatarse una grave vulneración de derechos, se dispone su inserción temporaria en una familia que asume su cuidado y protección. Si esta vinculación se extiende en el tiempo y con ello se consolidan vínculos afectivos entre el niño y quienes asumieron su cuidado, es posible preguntarse si después de definir su situación de adoptabilidad por no poder revertirse la realidad que exigió su separación de la familia de origen; corresponde poner fin al vínculo socioafectivo y definir su adopción o, por el contrario, corresponde conservarlo por medio del reconocimiento de la adopción a favor de los guardadores¹¹.

Para elaborar una respuesta de la problemática expuesta que sea realizadora de los derechos del niño, se debe partir de una labor de interpretación de las normas de aplicación. En este marco nos encontramos ante normas rígidas que informan la prohibición de la entrega directa, precisando que la guarda de hecho no debe ser considerada a los fines de la adopción (art. 611, CCC argentino). Esta limitación se completa con la exigencia de la previa inscripción del o los pretensos adoptantes en el Registro y en la sanción de nulidad absoluta de la adopción cuando se otorgue a favor de quienes no

⁹ Denominamos este procedimiento “gestación solidaria” en lugar de “gestación por sustitución”, por entender que esta forma de nombrarla se corresponde con la finalidad que persigue su empleo. En la misma línea se enrolan Proyectos de ley con estado parlamentario (Proyecto 3202-D-2017 de 14 de junio, “Gestación solidaria”; Proyecto 5700-D-2016 de 31 de agosto, “Regulación de la Técnica de Gestación solidaria”).

¹⁰ Juzgado Nacional 1º instancia en lo Civil N° 86, 18.6.2013.

¹¹ Acerca de esta materia, ver: KRASNOW, 2018.

se encuentren previamente inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (arts. 600, inc. b y 634, inc. h, CCC argentino).

Surge el interrogante de si en estos casos debe siempre prevalecer la regla rígida de prohibición de la guarda de hecho por sobre el interés superior de la niña, niño o adolescente atravesado por esta disyuntiva o, por el contrario, es admisible apartarse de la prohibición y recurrir a un diálogo de fuentes orientado a la búsqueda de una respuesta acorde con la realidad que toca resolver.

Siendo coherentes con el desarrollo que precede, nuestra posición se ubica en la segunda alternativa propuesta, por entender que solo por este camino podrá accederse a una solución tuitiva de la persona. No debe olvidarse que el sistema de fuentes vigente en Argentina reposa en la protección de la persona que viene unida a la realización de sus derechos y, en función de ello, los arts. 1 a 3 del CCC argentino, ordenan que el intérprete debe emprender en cada caso una labor de interpretación e integración del sistema de fuentes en vinculación directa con los hechos del caso a resolver; arribando de este modo al dictado de una sentencia judicial razonable. Asimismo, corresponde señalar que cuando estemos ante un vínculo que comprende a un niño, la definición debe partir del respeto del principio de interés del niño (art. 3, CDN). En este sentido, se destacó en el interior de la doctrina chilena “la importancia de tratar de mantener el denominado *statu quo* de la persona menor de edad. Es decir, preservar al máximo la estabilidad personal y emocional que cualquier cambio, en este caso derivado de una ruptura familiar, pueda generar en los niños, niñas y adolescentes... el interés superior del niño, tal y como aparece configurado en el artículo 3, párrafo primero, del texto de la Convención, debe ser tomado en consideración en todas las decisiones y medidas que se adopten relacionadas, directa o indirectamente, con los niños, niñas o adolescentes, ya sean estos individual, grupal o colectivamente contemplados... El mentado principio tiene, por tanto, en el Derecho civil chileno, una composición necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que con anticipación no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo”¹².

Si trasladamos esta reflexión al caso del cual partimos, podemos decir que la sentencia que crea el vínculo adoptivo será razonable si garantiza el derecho del niño a vivir y desarrollarse en una familia. Siendo así, resulta justo apartarse de la prohibición legal cuando la niña, el niño o adolescente encuentra la realización de este derecho en la familia de los guardadores. Cercenar esta posibilidad con fundamento en el apego a la norma, causaría un daño irreparable en la persona de la niña, niño o adolescente. Decimos que el daño sería irreparable, puesto que el tiempo de permanencia con los guardadores le permitió hacer realidad su derecho a

¹² RAVETLLAT BELLESTÉ y PINOCHET OLAVE, 2015, 927.

vivir en familia y unido a esto fortalecer el proceso de desarrollo de la personalidad que se construye sobre la base de los elementos que nutren de manera continua la dimensión dinámica de la identidad.

2. *Despliegue de la socioafectividad*

Construir, interpretar y aplicar el Derecho de las familias preservando el valor humanidad, exige analizar de forma abierta aquellos datos de la realidad que impactan en la composición interna de cada familia.

En esta línea, la visión tolerante y plural en la que se enmarca la disciplina de referencia, indica que las familias se distinguen por las particularidades presentes en cada tipo, pero en todas ellas un elemento determinante de su nacimiento se encuentra en la existencia de un vínculo afectivo como punto de partida.

Así, cuando dos personas deciden emprender un proyecto de vida común mediante el matrimonio o la convivencia, es porque entre ellos existe un lazo de amor que motiva transitar una vida compartida. Este mismo sentimiento despertará posiblemente el deseo de proyectarse en hijos por el camino que posibilite concretarlo: la procreación natural, la procreación asistida o la adopción. El paso del tiempo y las circunstancias que lo atraviesen pueden debilitar este proyecto común o extinguirse por un hecho natural como la muerte de uno o de ambos. Quizá el devenir los encuentre ante el desafío de iniciar otra vida de pareja y así dar vida a una nueva familia matrimonial o convivencial.

Desde otro lugar podemos encontrarnos con personas solas que realizan el deseo de tener hijos por medio de la adopción o por un procedimiento de TRHA.

A lo enunciado es posible sumar el surgimiento de lazos afectivos que no reposan en vínculos de parentesco pero que resultan significativos para la persona y la familia, especialmente en el marco de la filiación por TRHA: a) dador/dadora de material genético cercano a la pareja de progenitores, quien sin tener voluntad procreacional construye con el niño o niña un vínculo de apego que por ser importante para ellos y la familia merece protección desde el derecho; b) mujer que desde una actitud altruista y solidaria, se compromete a gestar para que otro u otros concreten el deseo de ser progenitores, consolidándose en ciertas situaciones vínculos afectivos ajenos a la parentalidad, pero que igualmente resultan significativos para las personas que lo integran y que por tanto merecen amparo desde el derecho.

Como puede apreciarse la socioafectividad está presente en las familias y explica por qué todas ellas deben ser estudiadas desde esta realidad vivencial que nos atraviesa y comprende a todos.

En este marco, nos abocamos en los apartados que siguen al estudio de la socioafectividad en los vínculos creados con el empleo de TRHA.

III. LA SOCIOAFECTIVIDAD EN LA FILIACIÓN POR TRHA

1. *Un encuadre previo necesario*

La procreación humana asistida puede ser definida como “[...] los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”¹³.

Mediante la misma, se penetra en el ámbito íntimo de la pareja o persona sola que decide tener un hijo por este camino. En algunos casos, la pareja recurre a las TRHA después de haber intentado, sin éxito, procrear naturalmente en el ámbito íntimo; mientras que en otras realidades –como personas solas o parejas de igual sexo– se emplea esta alternativa por razones ajenas a un problema de fertilidad.

En este contexto, corresponde distinguir las técnicas de baja complejidad y las técnicas de alta complejidad. En Argentina, el art. 2º Decreto 956/2013¹⁴ reglamentario de la Ley nacional 26.862 sobre Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida¹⁵, define las dos clases:

Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos [...].

Si uno traslada la atención a las normas que regulan la filiación por TRHA en el CCC argentino, concluye que en sintonía con el principio de pluralidad, se define con un alcance amplio estos procedimientos en relación con sus destinatarios. En esta línea, podrán hacer uso las parejas de igual o distinto sexo casadas o convivientes, como así también hombres y/o mujeres que no conforman pareja. Esto permite afirmar que resultan captadas las prácticas homólogas y las prácticas heterólogas.

Se estará ante una inseminación o fecundación homóloga cuando se recurre al empleo de material genético propio de la pareja. En este sector, quedan comprendidas dos variables: a) la inseminación o fecundación realizada en vida de la pareja, y b) la inseminación o fecundación *post mortem*. Si bien en estos casos coexisten armónicamente

¹³ LUNA, 1999, p. 229.

¹⁴ Decreto 953, 2013.

¹⁵ Ley Nº 26.862, 2013.

verdad genética y voluntad procreacional, el vínculo jurídico filial debe definirse en correspondencia con la voluntad procreacional.

Por otra parte, se estará frente a una inseminación o fecundación heteróloga cuando se utiliza material genético de un tercero dador, generalmente anónimo. A diferencia de la homóloga, hay disociación entre verdad genética y voluntad procreacional, definiéndose el vínculo jurídico filial también por el elemento volitivo.

La introducción que precede se hace con el objeto de mostrar que el hijo nacido e integrado a la familia alcanza un emplazamiento que, definido en función del elemento volitivo, crea vínculos jurídicos que no siempre reposan en la verdad genética, sino en el querer ser progenitor.

Además y como aspecto propio, es esencial destacar que en ciertas realidades se consolidan vínculos que no crean parentesco, pero sí lazos afectivos significativos para la persona. Replicando y ampliando los supuestos enunciados en el apartado anterior, puede mencionarse: a) la dación de material genético proveniente de gente allegada que ocupa un lugar importante en la vida de la persona nacida por este medio; b) dador anónimo que en algún momento de la vida inicia y consolida una relación con la persona nacida gracias a su aporte; c) mujer gestante en la gestación solidaria; d) hijo nacido como resultado de una fecundación *post mortem* que posteriormente entabla naturalmente lazos de apego con quien pasa a ser nueva pareja de la madre, siendo posible que estos lazos también se extiendan a sus familiares.

2. Vinculación de la socioafectividad con los principios de la filiación

Se parte de un encuadre de los principios para luego establecer lazos con la socioafectividad

2.a) El principio de igualdad

Las disposiciones generales del instituto en estudio se encuentran contenidas en el CCC argentino en el Capítulo 1 comprendido en el Título V “Filiación”¹⁶. Siguiendo el mismo orden que estableciera el CC derogado, se incorpora la filiación por TRHA como tercera fuente filial.

Así, en el art. 558 se establece que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

Seguidamente y en resguardo del principio de igualdad, dispone que la filiación por naturaleza o por TRHA matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos.

¹⁶ Para la filiación en el CCC véase, entre otros: FAMÁ (2012 y 2017); HERRERA (2014); KRASNOW (2012 y 2017a).

Por otra parte y conservando el criterio consagrado en el art. 252 del CC derogado, se declara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación.

De lo dispuesto en la norma, se desprende que el principio de igualdad comprende el reconocimiento de los mismos efectos para todos los hijos cualquiera sea la fuente de la filiación y, al mismo tiempo, el derecho de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo filial.

En el marco de la filiación por naturaleza, la limitación al doble vínculo indica que, tratándose de una filiación matrimonial respecto de la cual un tercero pretenda ser parte del vínculo, solo podrá lograrlo si previo desplazamiento del progenitor legal por ausencia de vínculo genético, prueba el nexos genético que lo une con quien termina siendo su hijo. En cambio, en el supuesto de una filiación extramatrimonial –conforme a la cual el hijo fuera emplazado en el vínculo materno por vía legal, y el otro vínculo se definió por medio del reconocimiento–, si este último no se correspondiera con la verdad genética, quedaría abierta la posibilidad de plantear la acción de impugnación del reconocimiento, por parte de quienes tuvieran legitimación activa.

Trasladando la atención a la filiación por TRHA¹⁷, la referencia al doble vínculo se vincula con el elemento volitivo como determinante del emplazamiento, exteriorizado en el consentimiento informado y libre¹⁸. Siendo así, no se tiene en consideración al momento de establecer el vínculo filial en esta fuente, si se recurrió a material genético propio de la pareja o de tercero dador/dadora o se necesitó de una mujer que asumiera el lugar de gestante. Esta regla surge del art. 561 del CCC:

Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado el material genético.

Lo dispuesto en el enunciado transcrito se vincula con lo establecido en el art. 577:

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos de la adopción plena.

¹⁷ KRASNOW (2017b)

¹⁸ De voluntad procreacional, véase entre otros: GIL DOMÍNGUEZ (2014); LAMM (2012); KRASNOW (2003).

Del análisis conjunto, surge que la responsabilidad procreacional que en el marco jurídico se traduce en el conjunto de deberes y derechos que hacen al contenido de la responsabilidad parental, solo comprenderá a quienes tengan voluntad procreacional.

A modo de cierre de lo que será objeto de un desarrollo más extendido en otro apartado, corresponde señalar que los textos de los arts. 561 y 577 no hacen mención de la gestación solidaria. La razón de esto responde a que si bien en la etapa inicial de Anteproyecto de Reforma se reconocía este procedimiento en lo que en ese entonces era el art. 562, se borra del texto cuando el Proyecto recibe media sanción en la Cámara de Senadores¹⁹. Finalmente, el CCC se convierte en ley, manteniendo el texto aprobado en el Senado. Esto se hizo en un contexto donde además de su reconocimiento implícito en la Ley N° 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, se plantearon y resolvieron en la justicia argentina historias de vida atravesadas por esta práctica silenciada pero muy presente en la realidad²⁰.

2.b) El respeto a la verdad genética como principio normativo en la filiación por naturaleza y el respeto por la voluntad procreacional como principio normativo en la filiación por TRHA

El CCC introduce el principio normativo que permite la determinación del vínculo filial en la filiación por TRHA. Con este aporte, la verdad genética constituye el elemento fundante del vínculo filial en la filiación por naturaleza; mientras que en la filiación por TRHA la voluntad procreacional definirá en todos los procedimientos el vínculo filial.

Otra nota que distingue a las dos fuentes se encuentra en la vinculación de cada una con tres aspectos que concurren conjunta o parcialmente en todo vínculo filial, como la voluntad de la unión sexual, la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional²¹. En la filiación por naturaleza estos tres aspectos coexisten en los casos de parejas –casadas o convivientes– que deciden tener un hijo –unión sexual y voluntad procreacional–, asumiendo los deberes y derechos que le corresponde a cada uno, en su carácter de titulares de la responsabilidad parental. También puede presentarse el caso en el que la voluntad y responsabilidad procreacional se concentran en uno de los progenitores, como sería el supuesto del hijo extramatrimonial no reconocido. En este último caso, como la filiación y la responsabilidad parental son institutos diseñados en el interés del hijo, y este interés se efectiviza, en el marco de esta fuente, con un emplazamiento completo que guarde concordancia con la verdad genética, la norma civil prevé recursos que permiten sortear la ausencia de reconocimiento, como es el caso de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

En cambio, en la filiación por TRHA, la concurrencia de los tres elementos se analiza sin considerar el elemento genético. Asimismo, se observan elementos que denotan

¹⁹ También se suprimió la fecundación *post mortem*.

²⁰ Referente a gestación solidaria, véase entre otros: LAMM (2015,2013, 2012, 2012); KEMELMAJER DE CARLUCCI *et al.* (2013, 2012); GIL DOMÍNGUEZ (2015); FAMÁ (2017); KRASNOW (2017, 2016a y 2016b).

²¹ DÍAZ DE GUIJARRO, 1965, p. 21.

una distancia con la filiación por naturaleza: 1) hay disociación entre unión sexual y procreación en la inseminación o fecundación asistida, situación que deriva en una disociación entre la voluntad de la unión sexual y voluntad procreacional; 2) el vínculo no se reduce a la pareja casada o conviviente, sino que comprende al equipo médico, que colabora desde el proceso reproductivo; 3) hay disociación entre verdad genética y voluntad procreacional cuando una pareja recurre a material genético de un tercero dador, ya que prima la voluntad sobre lo genético para la determinación del vínculo; 4) se concentra en una persona la voluntad y responsabilidad procreacional, sin unión sexual, cuando una mujer sola u hombre solo decide someterse a una TRHA; y 5) hay un proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados.

Trasladando la mirada a la socioafectividad, si bien resulta más visible en la filiación por TRHA, también concurre en la filiación por naturaleza. Pueden presentarse supuestos de desplazamiento por ausencia de nexo genético que se resuelven pacíficamente por contar con el respaldo de vínculos afectivos preexistentes. En este sentido, traemos un caso que es un espejo de lo expresado.

De los hechos surge que S. y A. contrajeron matrimonio el 8 de julio de 1994. El 6 de noviembre de 2001 nació M. quien fue inscrita como hija del matrimonio. Con el correr del tiempo y ante la duda sobre la paternidad de M., ambos cónyuges deciden realizar la prueba de ADN, prueba que se realiza el 7 de julio de 2007. Del resultado del estudio mencionado, se comprueba que el Sr. A. no es el padre biológico de M. Posteriormente, el matrimonio se divorcia, quedando desde entonces M. al cuidado de su madre. Cuando M. contaba con 6 años de edad, toma conocimiento de que su padre biológico es el Sr. Á. L. P., pareja a ese momento de su madre. En septiembre del 2015 M. concurrió a la Asesoría de Menores e Incapaces en compañía de su madre con el objeto de ser emplazada conforme su verdad de origen. El Sr. Á. L. P. se allana en todos los términos a la demanda de filiación contra él incoada, manifestando haberse sometido a una prueba de ADN y reconociendo ser el padre biológico de M. Por su parte, M. P. S. también se allana a la demanda entablada y reconoce que M. no es su hija biológica, conforme con el resultado de los estudios de ADN que fueran acompañados a la demanda. Relata que cuando tuvo la certeza de que la niña no era su hija le manifestó a la madre que estaba dispuesto a colaborar en todo aquello que le permitiera a M. el acceso a un emplazamiento conforme con su verdad. Asimismo, puso de resalto que con el ánimo de evitar causarle un daño, delegaba en la adolescente el camino judicial que correspondiera emprender. Conforme los hechos relatados y la prueba producida, la justicia hace lugar a la pretensión de la adolescente:

[...] La acción de reclamación de la filiación paterna debe admitirse, ya que quien goza de presunción de la paternidad matrimonial se allanó a la demanda y reconoció como válida la prueba de ADN que lo excluyó como padre biológico; a la vez que la adolescente accionante goza de posesión de estado respecto del demandado, la cual es reconocida por todas las partes y toma relevancia conforme lo dispone el art. 584 del CCC [...] La petición de una adolescente que promovió una acción de impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de la paterna, tendiente

a ser inscripta con su apellido materno debe admitirse, pues quedó acreditado su grado de madurez suficiente y su firme decisión en dicho sentido [...] ²².

Como se puede observar, la respuesta judicial que la adolescente y su entorno familiar recibe en la justicia es el reflejo del respeto a la libertad y autonomía de la persona en el diseño de un plan de vida inclusivo de los vínculos afectivos constitutivos de su entramado familiar.

Trasladando la atención a la filiación por TRHA, la referencia al doble vínculo fortalece el elemento volitivo como determinante, sin considerar si se recurre al empleo de material genético propio de la pareja, de un tercero dador, o el proceso se completa con la participación de una mujer como gestante.

Entre las variables comprendidas, conforme con los términos y límites dispuestos en la norma, pueden mencionarse: a) gestación solidaria, donde, además de intervenir la pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo– o una persona –en cualquiera de los casos, con voluntad procreacional–, participa otra mujer que, sin voluntad procreacional, limita su intervención a prestar su vientre; sumándose en ciertas situaciones un tercero que aporta su material genético; b) pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo– con voluntad procreacional, que debe recurrir a material genético de un tercero dador o dadora –conocido o anónimo–, sin voluntad procreacional, y c) mujer sola, con voluntad procreacional, que logra un embarazo con el empleo de su material genético y semen de un tercero dador –conocido o no–, que no tiene voluntad procreacional, o con el uso de material genético tanto femenino como masculino, provenientes de dadores –conocidos o no–, que no cuentan con voluntad procreacional.

En los supuestos enunciados, se observan casos en los que la socioafectividad se rescata como argumento que permite arribar al dictado de sentencias razonables, como las dos historias de vida que se describen.

El primer caso se presenta en Viedma, ciudad ubicada en el sur argentino. Una pareja conviviente de hombres, pide en la justicia la autorización de implante de embriones de la pareja en el vientre de una mujer que se ofrece como gestante. La causa se radica en el Juzgado de Familia N° 7 de esta ciudad ²³.

Manifiestan encontrarse en unión convivencial hace catorce años y que siempre tuvieron la aspiración compartida de tener hijos. Relatan que en el 2015 conocieron a la mujer gestante y comenzó una amistad con ella y su familia. Al tiempo, nació la idea en la mujer de asumir el lugar de gestante y así colaborar en la realización del deseo de la pareja. Solicitan que se los autorice para iniciar el procedimiento que consistirá en la fecundación de un máximo de dos embriones con material genético de uno de ellos y óvulo de dadora, para luego ser implantados los embriones en la mujer portadora.

Suman a este pedido que con posterioridad al nacimiento, se ordene la inscripción del nacimiento, quedando emplazados ambos como progenitores. Manifiestan asumir

²² Juzgado de 1° Inst. Civil Comercial y Laboral Curuzú Cuatía, 28.6.2016.

²³ Juzgado Familia N° 7 Viedma, 6.7.2017.

el compromiso de transmitir al hijo la verdad de su origen cuando cuente con la edad y madurez suficiente.

Después de producida la prueba que confirma la concurrencia de voluntad procreacional en la pareja, disposición de la gestante y su familia de prestarse al procedimiento teniendo conocimiento de sus efectos, salud psíquica y física en todos los intervinientes, acompañamiento del entorno social y familiar, condiciones habitacionales y económicas óptimas; se autoriza la realización de la práctica:

La autorización solicitada por un matrimonio conformado por dos hombres para la implantación de los embriones logrados mediante la técnica de ovodonación en el vientre de una mujer debe admitirse, en tanto ante la ausencia de útero, la única forma de garantizar efectivamente su voluntad procreacional deriva en la gestación por sustitución; máxime cuando de las pruebas producidas surge que la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica y cuenta con el apoyo de su círculo familiar [...]No teniendo tal voluntad la amiga de los comitentes, quien lleva a cabo el embarazo, la misma no desea ejercer el rol materno sino que su aporte ha tenido como finalidad altruista ayudar a que los comitentes concreten el ansiado deseo de ser padres. Destacando en todo momento que el rol de los progenitores se ejerce aun antes de que se geste y nazca el hijo, como así también que sus hijos conocen la verdad respecto de la gestación, manifestando los mismos que será 'su primo', 'el hijo de los tíos' [...].

Más cercano en el tiempo, se ubica el caso resuelto por una de las juezas que integran el Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de la ciudad de Rosario, Argentina, de 13 de octubre de 2017²⁴. La Sra. M.V.M. en representación de sus hijos menores de edad, L.M. y V.M., inicia demanda de reclamación de filiación extramatrimonial *post mortem*, persiguiendo el emplazamiento de los niños como hijos de la Sra. S.G., quien falleciera el 1 de noviembre de 2012, contra sus herederos y/o sucesores.

M. V. M. y S. G. inician una relación de pareja en 1992. Al poco tiempo de iniciar la convivencia, nació en ambas el deseo de tener hijos. Con el recurso a material genético masculino de tercero dador anónimo, se concreta el embarazo de M. V. M. El 6 de diciembre de 2002 nacieron los hijos V. y L. M., los cuales fueron inscriptos como hijos de madre soltera por ausencia de norma que contemplara esta forma de vivir en pareja. Sin embargo, desde el nacimiento, la Sra. S. G. le dispensó a los niños trato filial como progenitora. Con la entrada en vigencia de la ley de matrimonio civil N° 26.618²⁵ que extiende la posibilidad de casarse a las personas de igual sexo, la pareja planifica formalizar la unión. En setiembre de 2012, por directiva del Registro Civil, se admiten

²⁴ Tribunal Colegiado de Familia N° 4 Rosario, 13.10.2017.

²⁵ Ley N° 26.618, 2010.

los reconocimientos de los hijos provenientes de parejas de mujeres no casadas. Cuando estaban haciendo el trámite, S. G. fallece de muerte súbita el 1 de noviembre de 2012.

En este contexto, la Sra. M.V.M. en representación de sus hijos menores de edad, promueve la acción de reclamación de filiación extramatrimonial *post mortem* contra los herederos y/o sucesores de la Sra. S.G., con el objeto de que la causante sea emplazada como progenitora de los representados. Busca por este camino que se reconozca en el derecho el vínculo parental que reconoce en su origen la voluntad procreacional y el afecto. En la justicia se dijo:

[...] Que del análisis de la causa y de las pruebas producidas puede concluirse que ha sido acreditada la voluntad procreacional de la Sra. S. B. G., en relación a los niños V. M. M. y L. D. M., al tiempo de la realización de la técnica de fertilización y mantenida luego de nacimiento de estos, que se evidenció con la posesión de estado de hijos de ambos. En efecto [...] la voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza; circunstancias todas acreditadas [...].

3. *Viabilidad de la triple filiación cuando la socioafectividad lo exige*

Retomando lo que se dijo al tratar en el apartado anterior el principio de igualdad, cuando se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe, previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de filiación (art. 578, CCC).

Conforme esta regla, una persona no puede tener más de dos vínculos filiales. Sin embargo, en época cercana a la entrada en vigencia del CCC argentino, se ordenaron en sede administrativa dos inscripciones con triple filiación.

Una de las historias de vida comprende al matrimonio conformado por Susana y Valeria. La pareja y un amigo común participaron en el acto procreacional que permitió el nacimiento del niño Antonio. A diferencia de otros casos, donde la voluntad procreacional solo reposa en la pareja; en esta historia concurre la voluntad procreacional del matrimonio y del dador de material genético.

En este marco, los tres, contando con el patrocinio de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), y la Mesa Nacional por la Igualdad y la Defensoría LGBT se presentaron ante el Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires con el objetivo de alcanzar la inscripción de Antonio con tres vínculos filiales. El Registro hizo lugar al pedido, reconociéndole al niño dos madres y un padre. Asimismo, se dispuso que portara los tres apellidos. Entre los fundamentos que se esgrimieron por el órgano administrativo se rescata como relevante el derecho a la identidad de Antonio²⁶.

²⁶ Citado en: GIL DOMÍNGUEZ, 2016, p. 1.

Cercano en el tiempo, se presenta otro caso que se resuelve con un criterio similar al anterior. Nos referimos, a la triple filiación que dispone el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a favor de F.C.D.R.

Atendiendo a estas realidades, el Registro Nacional de las Personas decidió adaptar los formularios a la triple filiación, modificando los campos “Padre/Madre” por “Progenitor 1/Progenitor 2/Progenitor 3”. Después de contextualizar el problema que se expone, se está en condiciones de expresar una posición respecto de este tema. Para ello se parte de recordar que como se expresó en el inicio, el CCC argentino al adherir a una perspectiva constitucional y convencional del Derecho privado, permite ser enmarcado como un Código de principios, puesto que en cada caso concreto el intérprete deberá elaborar una respuesta respetuosa de los principios y valores contenidos en las normas que se ubican en la cúspide de la pirámide jurídica (Constitución nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía conforme lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la ley suprema).

Siendo así, puede sostenerse que cuando la historia de vida lo amerite deberá admitirse la triple filiación.

Decir esto, exige exponer las razones que llevaron al legislador a disponer como regla el doble vínculo filial y la conveniencia de que esta máxima se conserve como regla:

1. Oportunidad: la etapa de transición que se extendió entre el 2011 y 2015 –desde la presentación del Anteproyecto hasta la entrada en vigencia del CCC–, es una manifestación de las dificultades que se presentaron para llegar a un nuevo Código. Ciertas concesiones que se hicieron para concretar este anhelo se tradujeron en prohibiciones expresas, como así también en el enunciado de reglas y principios que abrieron el cauce a la labor de los intérpretes. Esto motiva que situaciones presentes en la realidad y no captadas en los enunciados del Código, encuentren respuestas en el marco del sistema, como la gestación solidaria, la fecundación *post mortem*, la delegación de la responsabilidad parental o guarda a un tercero no pariente y, también, la pluriparentalidad.
2. Ausencia de prohibición expresa: conforme el principio constitucional de legalidad todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19, CN).
3. El reconocimiento de la socioafectividad.
4. El recurso a los arts. 1º a 3º del Título Preliminar. Conforme lo dispuesto en estos enunciados, los casos deben resolverse por medio de una labor de interpretación y aplicación que debe encauzarse desde una visión respetuosa del sistema de fuentes interno. A esto se suma el deber del juez de resolver con un criterio de razonabilidad. En los asuntos de pluriparentalidad, el juez arribará a una decisión razonable si después de vincular las normas de aplicación con las particularidades del caso concreto, arriba a una solución que hace efectivo tanto el mejor interés del niño o adolescente en cuestión como los derechos de las personas comprendidas.

Conforme lo expuesto, entendemos que no debería incorporarse al CCC argentino una norma expresa inclusiva de la pluriparentalidad, por entender que debilitaría la regla

del doble vínculo filial dispuesta en el art. 558 del mencionado ordenamiento legal. Por tanto, se deberá recurrir a la justicia en supuestos como los descriptos, siendo el juez la autoridad competente para definir en cada caso la procedencia de la triple filiación.

4. *La voluntad procreacional y la socioafectividad como elementos que coadyuvan al reconocimiento de la gestación solidaria en la justicia argentina*

Como adelantamos en párrafos anteriores, cuando el Proyecto de Reforma de CCC de Argentina recibe media sanción en la Cámara de Senadores, se suprime del texto la gestación solidaria. Se conserva el mismo texto cuando el Código se convierte en ley²⁷.

En este marco se destaca como señal de la exigencia de regulación la labor que se viene desplegando, exteriorizada en el desarrollo jurisprudencial.

En armonía con el sistema de fuentes interno, la justicia nacional con el respaldo de un sector importante en número de la doctrina interna²⁸, asumió el compromiso de elaborar respuestas para quienes frente a una realidad concreta recurrieron a la gestación solidaria. Esto derivó en el dictado de pronunciamientos judiciales, muchos de estos constituyen modelos a seguir.

Como argumento común se destaca la valorización de la voluntad procreacional que junto con la socioafectividad permiten definir el emplazamiento filial en los supuestos de filiación por TRHA.

²⁷ En España, país que prohíbe expresamente este procedimiento, se observa cómo desde una posición rígida puesta en evidencia en el caso resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 se observa cierta flexibilidad. Una muestra son los fallos dictados el 20 de octubre de 2016, haciendo lugar al pedido de los solicitantes después de arribar a una solución que fue el resultado de una interpretación integradora del sistema. Véase, LAMM (2017).

²⁸ En sentido contrario, se expresan voces calificadas: “Las sentencias tienen invariablemente una proyección política y social, de allí la necesaria moderación que se impone a la actividad jurisdiccional—. El límite entre control de constitucionalidad y convencionalidad y el Juez-legislador es bastante nítido. Una cosa es ordenar la inscripción del niño y otra muy distinta es desconocer un texto legislativo vigente que deliberadamente incluyó la regla de determinación por el parto para excluir el contrato de gestación por substitución del derecho argentino en texto que rige desde hace menos de un año. Es verdad que es un paso que ni siquiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Menesson, Labassé, citados por la Juez), uno de los Tribunales con una tendencia marcada a interpretar evolutivamente, admitió dar ... Es que la voluntad procreacional es el derecho de los fuertes, no de los débiles. Cuando la voluntad de los adultos determina la identidad de los niños, recortada de las legítimas cortapisas que le impone el derecho civil, el deseo adulto prima. Terminan afectándose los equilibrios democráticos que el derecho persigue en el interior de las relaciones de familia...”, BASSET (2016). En similar sentido, se sostuvo el “...repudio a la práctica de la maternidad subrogada, por la inmoralidad que de la misma resulta —sea que se la practique por dinero o en forma altruista— y por los daños que se le producen al niño. La misma no constituye la única vía para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad y libertad personal, a la igualdad y a conformar una familia, como se afirma infundadamente en el fallo, puesto que de no poder la mujer quedar embarazada, puede acceder a la adopción. Tampoco se puede en ese supuesto, afirmar que la no admisión de la maternidad subrogada constituya un acto discriminatorio con relación al derecho a la maternidad, pues la discriminación solo existe cuando se le niega a una persona lo que se le concede a otra en igualdad de circunstancias; lo que no ocurre en el caso en análisis...”, SAMBRIZZI (2016).

Asimismo, en las historias de vida en las que se recurrió a este procedimiento, se rescatan como elementos comunes: a) parejas en su mayoría unidas en matrimonio de distinto e igual sexo; b) en el mayor número, la mujer gestante tenía un vínculo de parentesco o afecto con la pareja; c) en la mayoría de los casos se recurrió a la justicia después del nacimiento y en un número menor se pidió en la justicia autorización tanto para iniciar el procedimiento como para que se ordene la inscripción producido el nacimiento; d) en todos los casos, la mujer gestante tuvo un propósito altruista y tenía hijos; e) en la mayoría de los casos, la justicia dispuso el deber de los progenitores de informar al hijo sobre su origen cuando cuente con la edad y grado de madurez suficiente; f) respetando el derecho a ser oído y a participar en el proceso, los hijos de la gestante con madurez suficiente expresaron su sentir en el proceso; g) en todos los casos, la mujer gestante no aportó su material genético.

Entre los elementos enunciados, se destacan como indicadores de la importancia de la socioafectividad los enunciados en los puntos b), d) y f).

De la descripción que precede, surge que el fin tuitivo siempre se focalizó en buscar soluciones que sean realizadoras del mejor interés de los niños-adolescentes alcanzados por el caso llevado a la justicia (persona por nacer e hijos de las personas con voluntad procreacional o de la mujer gestante). En esta línea y previo a la reseña de precedentes vinculados con el tema bajo estudio, se considera oportuno ilustrar el desarrollo con un aporte proveniente de la doctrina chilena que si bien se sostiene sobre una base argumentativa contraria a la posición asumida en este trabajo respecto de la filiación por TRHA, coincide con el principio rector a tutelar, al decir: "... los conflictos que pudiesen suscitarse deben solucionarse dando preeminencia a los derechos del hijo. pues, en definitiva, los padres se someten a las TRA justamente para dar vida a un nuevo ser humano, pleno de dignidad y derechos pero que, por su propia condición, no puede hacerlos valer por sí mismo. La fragilidad de la vida en sus primeras etapas exige una especial protección y preocupación del derecho..."²⁹.

Como lo anticipamos, trasladamos un breve relato de dos de los fallos más cercanos en el tiempo, los que se ajustan a los parámetros dispuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Artavia Murillo*³⁰.

A los fines de no exceder el objeto de estudio, se limita el análisis a una descripción de cómo se fundamenta la viabilidad del procedimiento desde una estrategia que sustentada en la integración del sistema, encuentra respaldo en la concurrencia de la voluntad procreacional y la socioafectividad.

Se parte del caso que llega a conocimiento del Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 de la ciudad de Rosario, pronunciándose la jueza de trámite que le toca intervenir el 5 de diciembre de 2017³¹.

²⁹ TURNER SAEZER *et al.* (2000), p. 25.

³⁰ CIDH, *Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*, 28.11.2012.

³¹ Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 Rosario, 5.12.2017.

De los hechos surge que la Sra. M.E.H. y el Sr. I.O. solicitan autorización para la realización de transferencia de embriones mediante la gestación solidaria por parte de la Sra. A.H. y subsidiariamente, para el caso de prosperar la autorización, solicitan que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño/niña/s, concebido/s, a su nombre.

Relatan las dificultades que atravesaron para tener un hijo. El primer embarazo ocurrió en el 2010, pero se interrumpe al tercer mes de gestación, producto de la “trombofilia” que se diagnostica después de la pérdida. Transcurridos cinco meses de búsqueda del segundo embarazo, la pareja concibe gemelos y desde el inicio del embarazo la mujer hizo el tratamiento que previene los efectos de la enfermedad diagnosticada. En la semana dieciocho de gestación, se comprueba la falta de latido de uno de los embriones. En la semana veinticinco, la mujer es internada con un cuadro de HELLP, caracterizado por presión alta, fallas hepáticas, entre otros síntomas. El bebé era de muy bajo peso y la salud de ambos estaba en riesgo. El 4 de enero de 2011 se practicó una cesárea de urgencia, naciendo el hijo con muy bajo peso. El 11 de enero el bebé fallece.

Si bien el médico obstetra le recomendó a la pareja no buscar otro embarazo, decidieron hacer un último intento. En el segundo trimestre de gestación, se presentaron los mismos problemas que en los anteriores embarazos, comprobándose la pérdida de latidos del corazón de la hija en gestación.

Pasado más de un año del último embarazo, la hermana de la mujer le propone a la pareja prestarle su vientre. Su esposo y sus hijos la apoyaban y fueron estos últimos quienes permitieron vencer en los adultos los miedos y prejuicios que tenían respecto de la gestación solidaria.

Esta realidad familiar en la que por medio del afecto se intercambiaron roles con un fin legítimo y valioso como dar vida y con el solo impulso del amor que los unía, permitió iniciar otro camino válido para poner en ejercicio la voluntad procreacional. Pero para que esta voluntad esté fuerte para transitar el complejo camino que implicaba el procedimiento, pusieron en conocimiento de esto al resto de la familia y afectos. El apoyo incondicional que recibieron de todos, les permitió sumar la socioafectividad como elemento nutritivo para avanzar.

Es en este contexto cuando la jueza resuelve. Después de un análisis comprometido, responsable, coherente, consistente y respetuoso del sistema de fuentes interno vigente, se logra como resultado una norma individual ejemplar. Entre las notas que se vinculan con el tema, se rescatan:

[...] cabe aclarar que, ante la falta de regulación expresa respecto de la pretensión esgrimida, dada la delicada sensibilidad del tema y los fundamentales derechos en juego, nos obliga a realizar el análisis de la situación actual, a la luz del ordenamiento jurídico en general, desde una visión integradora y en diálogo de fuentes internas y convencionales [...] no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización. Por consiguiente, debo entender que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio

de legalidad todo lo que no está prohibido está permitido [...] cabe adentrarse al análisis del caso concreto traído a resolver, a fin de evaluar si se encuentran reunidos en los presentes, los recaudos que hacen procedente la solicitada autorización judicial [...] en estos casos de TRHA, lo basal es la voluntad procreacional y no el dato genético. Lo que sucede es que al no regularse la gestación por sustitución, el código no se apartó de la regla que la madre sigue al vientre, pues no tuvo en miras la disociación entre gestante y maternidad socioafectiva. Lo que sí hubiese sucedido ciertamente, si la regulaba [...] resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico [...], reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial, a más de implicar derechamente una grave vulneración al derecho a la filiación del niño o niña [...] y de su derecho a la identidad subjetiva [...].

Por último, se acompaña la reseña de otro precedente que tiene puntos de contacto respecto de los hechos y argumentos fundantes de la decisión³². En particular, nos limitamos a un sumario de la estrategia seguida por el juez para integrar el sistema y un extracto del dictamen de la Subdirectora de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, cuyo texto se traslada a la sentencia judicial en la parte que contiene un encuadre de la voluntad procreacional.

Respecto de la integración del sistema, el juez interviniente dijo:

[...] la sanción de CCC no solo implica un significativo y moderno cambio normativo, sino que también concreta la adecuación del Derecho secundario civil y comercial al paradigma constitucional vigente [...] la aplicación directa de normas convencionales, en casos como el presente, máxime ante la falta de previsión legal específica, deviene necesaria e importa una especie de proceso de adición normativo por el que el juez, en su rol de integrador del Derecho y en cumplimiento del mandato legal, adiciona o añade algo al texto legal para que compatibilice con la Constitución Nacional. Desde esta perspectiva integradora del Derecho se impone el análisis de la técnica de la gestación por sustitución en el origen del derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que el mismo, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [...] En esta línea de interpretación, merece destacarse las argumentaciones del caso 'Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica', del 28/11/2012, en el que la Corte Interamericana de Derecho Humanos concreta y delinea el derecho a la vida familiar en términos claros cuyas conclusiones resultan aplicables a nuestro caso [...].

³² Juzgado de Familia Nº 2 Mendoza, 6.9.2017.

Respecto de la voluntad procreacional, la Subdirectora de Derechos Humanos y Acceso de Justicia expresó:

[...] se trata de hacer prevalecer la voluntad y el compromiso de emplazamiento familiar de los comitentes. Es que el principio *mater semper certa est*, según el cual la maternidad es siempre cierta y se determina por el parto, se ve destruido en la GS, ya que quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional, y como en este caso, es distinta también a quien ha proporcionado el óvulo (...) Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales (...) correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: la voluntad procreacional [...] madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva [...].

IV. CIERRE

Como expresamos, el CCC recepta en sus normas expresa e implícitamente la socioafectividad y con esta impronta extiende la protección a quienes formen parte de relaciones familiares que nacen del afecto, muchas de estas no se completan con lazos de parentesco.

La apertura que se observa encuentra respaldo en un sistema de principios y valores que reemplaza estructuras rígidas por flexibles, con el propósito de proteger a la persona en el contexto de su realidad familiar y social.

Desde esta perspectiva, pudimos observar cómo la socioafectividad penetra en las distintas formas de vivir en familia y explica por qué las familias deben ser estudiadas desde esta realidad vivencial.

En sintonía con esta visión plural respetuosa de la diversidad, se hizo un recorrido que buscó describir cómo la apertura que también se observa en filiación, permite ampliar los contornos de la socioafectividad.

Conforme lo expuesto, cuando el intérprete se encuentre frente al desafío de subsumir un caso en la norma, tendrá que desplegar una tarea que no se limite a lo que dice, sino que atienda a su finalidad. No debe realizar esta actividad aislando a la norma del todo, sino por el contrario, desde un lugar que facilite la vinculación con normas análogas y normas de fuente constitucional y convencional.

BIBLIOGRAFÍA

- AZPIRI, Jorge, 2016: *Derecho de familia* (2º edición), Buenos Aires, Hammurabi.
- BASSET, Úrsula, 2016: "Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?", *La Ley*, 2016-C, 88.

- DE LA TORRE, Natalia, 2016: "La triple filiación desde la perspectiva civil", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2016-I.
- DE LA TORRE, Natalia, 2015: "Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2015-V-217.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, 1965: "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación de la filiación", *Jurisprudencia Argentina*, 1965-III-21.
- FAMÁ, María Victoria, 2017: *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, Tomos I y II, Buenos Aires, La Ley.
- FAMÁ, María Victoria, 2012: "Filiación", en Julio Rivera (director) y Graciela Medina (coordinadores), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 419-440.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, 2016a: "La triple filiación y el Código Civil y Comercial", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nº 74.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, 2016b: "La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2016-I.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, 2015a: *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, 2014: *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Buenos Aires, Ediar.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, 2006: *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar.
- HERRERA, Marisa, 2015: "Sociafectividad e infancia: ¿de lo clásico a lo extravagante?", en Silvia FERNÁNDEZ (directora), *Tratado de Derecho de niños, niñas y adolescentes*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 971-1012.
- HERRERA, Marisa, 2014a: "Comentario a los arts. 558 a 593", en A. Kemelmajer, M. Herrera y N. Lloveras (directoras), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- HERRERA, Marisa, 2014a: "La noción de sociafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nº 66.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (directoras), 2014: *Tratado de Derecho de Familia*, Tomos I y II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- KRASNOW, Adriana, 2018: "La adopción en función de cada realidad vital", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nº 83, AP/DOC/81/2018.
- KRASNOW, Adriana, 2017a: *Tratado Derecho de las familias*, Tomos I y III, Buenos Aires, La ley.
- KRASNOW, Adriana, 2017b: "El despliegue de la sociafectividad en el Derecho de las familias", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nº 81.
- KRASNOW, Adriana, 2017c: "La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad", *Revista de Derecho Privado*, Nº 32.
- KRASNOW, Adriana, 2016a: "Filiación por técnicas de reproducción humana asistida; gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial", *Revista Bioética y Derecho*, Vol. 37.
- KRASNOW, Adriana, 2016b: "El Título Preliminar del Código Civil y Comercial y su incidencia en la filiación por TRHA. Un abordaje posible desde la visión de sistema", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nº 76.
- KRASNOW, Adriana, 2014: "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial 2012 en Argentina", *InDret*, 1/2014.

- KRASNOW, Adriana, 2003: "La verdad biológica y la voluntad procreacional", *La Ley* 2003-F, 1150.
- LAMM, Eleonora, 2017: "Actualidad bioética en el mundo", Abeledo Perrot AP/DOC/87/2017.
- LAMM, Eleonora, 2015: "Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2015-V-137.
- LAMM, Eleonora, 2013: "Gestación por sustitución", *InDret*, julio 2012.
- LAMM, Eleonora, 2012: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Bioética y Derecho*, Vol. 24.
- LOBO, Paulo, 2010: "Socioafectividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito", en M. B. Dias, E. Ferreira Bastos y N. Martins Moraes (coordinadores), *Afecto y Estructuras familiares*, Belo Horizonte, IBDFAM, p. 453.
- LUNA, Florencia, 1999: "Problemas en torno a las nuevas formas de procrear", en *Decisiones de vida y muerte*, Buenos Aires, Sudamericana.
- MIZRAHI, Mauricio, 2006: *Familia, matrimonio y divorcio* (2º edición), Buenos Aires, Astrea.
- RAVELLAT BELLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto, 2015: "En interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, p. 903 a 934.
- ROSATTI, Horacio, 2016: *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- SAMBRIZZI, Eduardo, 2016: "La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial", *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (mayo), p. 179.
- TURNER SAELZER, Susan-MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo, 2000: "Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva de los intereses del hijo", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 11, p. 13.

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 26.061 sobre Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Publicada el 26 de octubre de 2005.
- DECRETO 415, reglamentario de la ley 26.061. Publicado el 18 de abril de 2006.
- LEY N° 26.618 de Matrimonio Civil. Publicada el 22 de julio de 2010.
- LEY N° 26.657 sobre Salud Mental. Publicada el 3 de diciembre de 2010.
- LEY N° 26.862 sobre Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Publicada el 26 de junio de 2013.
- DECRETO 953, reglamentario de la ley 26.862. Publicado el 19 de julio de 2013.
- LEY N° 26.994, aprueba el CCC argentino. Publicada el 8 de octubre de 2014.

Jurisprudencia citada

- JUZGADO Familia 4º Nom. Córdoba, sentencia de fecha 28 de junio 2010. RDF 2011-I.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012. www.corteidh.or.cr
- JUZGADO Nacional 1º inst. N° 86, sentencia de fecha 18 de junio de 2013. La Ley 2013-D, 195.
- JUZGADO de 1º inst. Civil, Comercial y Laboral Curuzú Cuatiá, sentencia de fecha 28 de junio de 2016. La Ley AR/JUR/47163/2016.

JUZGADO Familia Nº 7 Viedma, sentencia de fecha 6 de julio de 2017. www.sajj.gov.ar.

JUZGADO de Familia Nº 2 Mendoza, sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017. La Ley AR/
JUR/60950/2017.

TRIBUNAL Colegiado de Familia Nº 4 Rosario, sentencia de fecha 13 de octubre de 2017. www.sajj.gov.ar

TRIBUNAL Colegiado de Familia Nº 7, sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017. www.sajj.gov.ar

La política de habitualidad y su efecto en la regulación de las operaciones con partes relacionadas

*Gonzalo Islas Rojas**
*Oswaldo Lagos Villarreal***

RESUMEN

Este trabajo analiza cómo la regulación de las operaciones habituales afecta la eficacia de la normativa respecto de operaciones entre partes relacionadas, para ello se analizan dogmáticamente los fundamentos y problemas de la regulación de operaciones habituales y se revisa empíricamente cómo se autorregulan las sociedades del IPSA, mediante la comparación de aspectos de procedimiento y sustantivos contenidos en las políticas de habitualidad producidas por las propias sociedades. Se observa que las sociedades revisadas son reacias a autorregularse, lo que incrementa el riesgo de tunneling y, además, se concluye que existe un amplio espacio para mejoras en la regulación, sin volverla excesivamente gravosa.

Operaciones entre partes relacionadas – operaciones habituales – gobiernos corporativos

Ordinary course of business policy and its effect on related party transactions regulation

ABSTRACT

This paper analyzes how ordinary course of business transactions regulation affects the effectivity of the related party transactions law, for which the foundations and problems of ordinary course of business transactions are doctrinally analyzed, and self-regulation of IPSA corporations are empirically checked, by the comparison of procedural and substantive aspects contained in ordinary

* Licenciado en Economía, Universidad de Chile. Doctor en Economía, Universidad de California, Los Angeles, Estados Unidos. Profesor de Economía, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: gonzalo.islas@uai.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Comercial, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo Electrónico: osvaldo.lagos@uai.cl.

Queremos agradecer los comentarios de los participantes en el seminario interno de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y los comentarios de dos árbitros anónimos. En particular, agradecemos la dedicada y eficiente ayuda de Iván Cerda en la elaboración de este trabajo.

Artículo recibido el 30 de abril de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

transactions policies produced by those corporations. It is observed that Chilean corporations are reluctant to self-regulate, which increments the risk of tunneling and, also, it is concluded that there is ample scope for improvements in regulation, without turning it excessively burdensome.

Related party transactions – ordinary course of business transactions – corporate governance

INTRODUCCIÓN

La Ley Nº 20.382 de 2009, que introdujo, entre otras reformas pertinentes a gobiernos corporativos, una nueva regulación acerca de operaciones con partes relacionadas (en adelante, OPR), permitió que las propias sociedades anónimas determinaran qué transacciones deberían quedar exentas del procedimiento de aprobación contemplado en la primera parte del artículo 147 de la Ley Nº 18.046 de 1981 (en adelante, LSA), por ser de realización ordinaria. No obstante, al hacerlo no definió parámetros con los que se debía determinar qué operaciones serían consideradas habituales, con ello, la definición de la política de habitualidad quedó entregada al criterio de los propios regulados.

Ante esto, cabría esperar que las reacciones de los regulados oscilaran entre dos extremos: el primero, diseñar una política que determine mecanismos internos de aprobación y fiscalización de estas operaciones y de aseguramiento para que la OPR cumpla con las exigencias sustantivas (interés social y condiciones de mercado) y que precise cuáles operaciones son aquellas que se pueden considerar habituales, con la finalidad de dar fluidez a la administración de la sociedad, pero disminuyendo el riesgo de *tunneling*¹; la segunda, diseñar una política lo más amplia y ambigua posible, con la finalidad de evitar la aplicación de las reglas respecto de OPR y la supervisión del fiscalizador, facilitando la administración de la sociedad y, al mismo tiempo, facilitando la realización de *tunneling*².

¹ JOHNSON *et al.*, 2000, pp. 22-27 en su trabajo titulado *Tunneling*, introdujeron esta expresión en la literatura de gobiernos corporativos, que designa genéricamente las formas cuando los controladores de sociedades pueden apropiarse de activos que corresponden a toda una sociedad anónima y, por tanto, a todos los accionistas. Así, se puede hacer *tunneling* en perjuicio de los accionistas en general, o en perjuicio de los accionistas minoritarios, pues lo anterior depende de la estructura de control.

² Explica PAZ-ARES, 2004, pp. 10-15, que es usual que las mejoras a los gobiernos corporativos sean vistas con reticencia por las sociedades cotizadas en un primer momento, hasta que se toma conciencia de su impacto positivo en el valor de la empresa. Por su parte, ROSS, 2013, pp. 47-53, señala que ciertas complementariedades y factores estructurales determinan que, lejos de haber incentivos para modificar las estructuras grupales concentradas, características de Latinoamérica, exista una tendencia reforzada a mantener el *statu quo* institucional. Por todo esto, es posible esperar resistencia ante regulación que implique mayores niveles de transparencia y competitividad. En consecuencia, con mayor razón es esperable que las sociedades anónimas abiertas sean reacias a la autorregulación, como se observó en la reacción ante los requerimientos informativos de la Norma de Carácter General Nº 341, según informó en su oportunidad la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, CMF), actual Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, CMF). CMF, 2015, p. 6: “De las autoevaluaciones remitidas, se pudo observar que las entidades en su mayoría

La cuestión es relevante, pues mediante la política de habitualidad se puede ampliar o restringir, en los hechos, el ámbito de aplicación de las reglas acerca de OPR, con lo que la política de habitualidad se erige como un factor relevante para la eficacia de la regulación de estas operaciones y para la protección de inversionistas.

La literatura especializada reconoce que las OPR pueden ser utilizadas como un mecanismo que permite la extracción de valor por parte de los controladores, en desmedro de los inversionistas minoritarios (hipótesis de agencia). Al mismo tiempo, se reconoce que las OPR pueden agregar valor a la empresa, ya que reducen los costos de transacción y eliminan problemas de oportunismo postcontractual (hipótesis de eficiencia)³. Debido a lo anterior, las políticas de habitualidad son un mecanismo que, en teoría, permite separar aquellas transacciones propias del funcionamiento habitual de la empresa de aquellas que pueden tener fines expropiatorios.

En este trabajo se observan las políticas de habitualidad de las sociedades anónimas que integran el Índice de Precio Selectivo de Acciones de la Bolsa de Comercio de Santiago (IPSA), con la finalidad de conocer cuál ha sido, en términos generales, la reacción de las sociedades anónimas más relevantes del mercado chileno ante la oportunidad de autorregularse en esta materia. Esta observación permite evaluar el efecto de la política de habitualidad en la eficacia de la regulación entre OPR, al menos desde una perspectiva del diseño institucional. De este modo, se analiza la forma cuando se construye normativamente la regulación y su efecto previsible en la consecución de sus objetivos, para contribuir a la adecuada comprensión del funcionamiento del mercado⁴.

tendieron a dar un cumplimiento formal a la normativa, centrándose en responder de manera acotada las respuestas, sin entregar mayores antecedentes que facilitarían la comprensión de las prácticas adoptadas por la entidad ni tampoco respecto de la adopción de prácticas distintas a las contenidas en la normativa. A su vez, se observó que no hubo cambios significativos en las prácticas adoptadas ni a enriquecer las respuestas previstas la primera vez, lo que tiende a reafirmar la ausencia de interés manifiesto de la entidad por mejorar sus prácticas o dar a conocerlas de mejor manera al público” (cfr. CENTRO DE GOBIERNO CORPORATIVO UC, 2015, p. 3, que coincide con el análisis del regulador pero aclara que la reticencia se debe a que las políticas sugeridas en la norma no son consideradas buenas prácticas por los emisores regulados, lo que, en nuestra opinión, no hace más que confirmar las tendencias explicadas por PAZ-ARES y ROSS.

³ ENRIQUES, 2014, p. 2-9, discute los principales fines que pueden tener las OPR y destaca que ellas pueden ser especialmente importantes desde la perspectiva de eficiencia en economías donde las instituciones sean débiles y, por tanto, el cumplimiento de los contratos menor. Dada esta dicotomía entre los fines que pueden tener las OPR, no resulta sorpresivo que la evidencia empírica entregue resultados mixtos en relación con el efecto de las OPR sobre el valor de la empresa. Véase BONA SÁNCHEZ *et al.*, 2017, pp. 5-6 para una discusión reciente sobre los principales resultados de los estudios empíricos.

⁴ Esto es, una perspectiva de institucionalismo legal (DEAKIN *et al.*, 2017, pp. 188-200).

I. EL SENTIDO DE LA POLÍTICA GENERAL DE HABITUALIDAD Y LOS RIESGOS QUE ENCIERRA

1. *¿Qué es una política de habitualidad?*

La política de habitualidad es un acuerdo del directorio de una sociedad anónima abierta, conforme a ello se determinan las condiciones para que ciertas transacciones, que quedan comprendidas en la definición de operación con partes relacionadas del artículo 146 LSA, no deban someterse al procedimiento para su aprobación contemplado en el artículo 147 LSA (denominado “procedimiento reglado” por los autores de la ley), por ser de celebración ordinaria entre la sociedad de referencia y su contraparte relacionada.

El hecho de que una operación sea “habitual”, en los términos indicados en el inciso anterior, se erige como una de las tres excepciones a la aplicación del procedimiento para la aprobación de OPR⁵. La forma de hacer efectivas estas excepciones está regulada en el Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, Decreto Supremo de Hacienda N° 702 de 2011 (en adelante, NRSA). El NRSA señala que para hacer efectiva la excepción al procedimiento reglado, es necesario que el directorio “adopte de forma expresa una autorización de aplicación general” (artículo 171 NRSA). La intención de los redactores del reglamento parece haber sido que la política general de habitualidad de cada sociedad anónima abierta se insertase en la “autorización de aplicación general”, dándole la debida publicidad a los criterios para la aplicación de las respectivas excepciones al procedimiento de aprobación de OPR⁶. No obstante, lo que se observa en la mayoría de los casos es solo la información y publicación independiente de la política general de habitualidad, en conformidad con lo dispuesto en la letra b del artículo 147 LSA.

2. *¿Por qué es necesaria una política general de habitualidad?*

En el ordenamiento jurídico chileno, la estrategia para la regulación de OPR considera la imposición de exigencias sustantivas o estándares, reglas referidos a información y reglas de procedimiento para la adopción del acuerdo social con el que se celebrará el contrato entre partes relacionadas⁷. Las primeras exigen, en conformidad con las reglas generales, que las operaciones se realicen en condiciones de mercado y con la finalidad de promover el interés social (artículo 147 inciso primero LSA). Las segundas, tienen por finalidad conceder a quienes representan a los intereses protegidos por la regulación, o a los propios accionistas, la oportunidad de conocer la celebración de la operación con partes relacionadas para, de este modo, adoptar medidas para la protección de estos intereses

⁵ Los otros dos consisten en que la operación no sea de monto relevante (artículo 147 inciso final letra a LSA) y en que la sociedad de referencia posea al menos 95% de la propiedad de la contraparte relacionada (artículo 147 inciso final letra c LSA).

⁶ EYZAGUIRRE y VALENZUELA, 2015, p. 284.

⁷ Acerca de las múltiples alternativas para la regulación de este tipo de operaciones, véase ENRIQUES (2014) pp. 14-27.

(artículo 147 N^{os} 2, 3 y 6, artículo 50 bis N^o 3). Las terceras determinan una forma para la adopción de la decisión, con una triple finalidad: permitir el flujo de información previa, relativa a la operación, tanto a los accionistas como al mercado; excluir de la adopción de la decisión a las partes interesadas, aunque solo parcialmente en el caso chileno⁸; facilitar la aplicación de las reglas concernientes a responsabilidad de directores⁹.

Las reglas de procedimiento para la adopción de acuerdos que permitan la celebración de OPR, presentan ciertas ventajas para evitar *tunneling*. El solo hecho de que se discuta si una operación propuesta es o no operación entre partes relacionadas, hace reaccionar al mercado, que en caso de sospechar *tunneling*, se manifiesta haciendo bajar el precio de la sociedad de referencia, lo que determina un mecanismo de presión bastante efectivo, aunque con efectos dañinos colaterales¹⁰. Además, la información que se provee al mercado a propósito del procedimiento para la adopción de OPR, en particular los informes de evaluadores independientes, establece las bases para llegar a un acuerdo con los accionistas no implicados en la operación, lo que, a su vez, permite destrabar la realización de la operación y acordar condiciones que, usualmente, resultan ser más equitativas para todos los accionistas, aunque no necesariamente justas¹¹.

Más allá de los evidentes defectos de este procedimiento¹², resulta ser, como se ha sostenido, un mecanismo eficaz para mejorar la posición de minoritarios en grandes

⁸ Esto solo ocurre a propósito de la decisión de los directores, pero no respecto de la votación de la junta de accionistas.

⁹ Si adoptan la decisión de llevar a cabo la operación con partes relacionadas, es muy difícil que puedan incurrir en responsabilidad civil si es que la operación ha respetado cada una de las exigencias del procedimiento, a pesar de que pudiese sospecharse que no persigue el interés social o que no se ha celebrado en condiciones de mercado. En cambio, a pesar de que pueda considerarse que la operación cumple con las condiciones sustanciales, si no se observa el procedimiento legal, serán lo demandados quienes deban demostrar que la operación satisface las exigencias sustantivas del artículo 147 LSA (en el mismo sentido BARROS, 2006, p. 847, ATRIA, 2015, pp. 23-24, EYZAGUIRRE y VALENZUELA, 2015, p. 293).

¹⁰ Así ocurrió, por ejemplo, en el caso del aumento de capital de Enersis en 2012-2013. El problema de este mecanismo es que, a causa de la poca visibilidad del *enforcement* de las reglas de OPR, los inversionistas castigan no solo a la sociedad a la que afecta un caso, sino que a todas las sociedades pertenecientes al mismo mercado, pues todas ellas están sujetas al mismo marco legal, que el caso específico revela como vulnerable a la realización de *tunneling*.

¹¹ Por consiguiente, se observa que si bien las condiciones de la operación han mejorado para minoritarios a partir de este mecanismo, la operación se realiza de todas formas, aun cuando no tenga por finalidad promover el interés social, sino que el interés de la matriz del grupo. Al final, una solución negociada suele ser más favorable para la parte con mayor poder de negociación (véase FISS, 1984, pp. 1073-1089), por lo que un mecanismo que conduce usualmente a una solución negociada no es necesariamente el mejor mecanismo para los minoritarios. En términos de su diseño, el procedimiento para la adopción de OPR presenta varios puntos débiles: primero, se cuestiona la propia efectividad de los informes de evaluadores independientes como mecanismo de control, a partir del problema de independencia de los evaluadores (que obtienen más beneficios por otros roles de la banca de inversión que de la elaboración de informes respecto de OPR, como sostiene ENRIQUES, 2014, p. 25; segundo, la ausencia de una regla de mayoría de la minoría para la adopción de la decisión en la junta de accionistas, lo que facilita la adopción de la decisión de parte del controlador (KERSHAW, 2012, pp. 704-705); tercero, el hecho de que la infracción a las reglas del artículo 147 LSA no suponga la invalidación o impugnabilidad de la decisión, sino solo indemnización de perjuicios y el reembolso de los beneficios.

¹² En particular, la ausencia de una regla de mayoría de la minoría en la eventual votación de la junta extraordinaria de accionistas para la aprobación de la operación. Lo anterior significa que no se cumpla con

operaciones, aunque no necesariamente para evitar operaciones de *tunneling*¹³. Sin embargo, el procedimiento es bastante costoso, cuestión que, en cierto modo, lo vuelve impracticable para operaciones de bajo monto o usuales de una sociedad, donde el remedio se hace peor que la enfermedad. Por lo anterior, en todas las jurisdicciones donde se incorpora una regulación de las OPR, se reconocen reglas de excepción para este tipo de operaciones.

Como se revisa en el próximo apartado, en algunos casos estas excepciones están determinadas por el monto de las operaciones y, en otros, ellas están definidas por su calificación por la propia sociedad como operaciones habituales, o bien se combinan ambos factores. La regulación chilena se inserta en este tercer grupo, esto es, las excepciones están determinadas por ambos factores, además de una regla de concentración de la propiedad de la matriz de referencia sobre la filial con la que opera, que se explica por el hecho de que los legisladores han estimado que, en este caso, el conflicto de intereses no es suficientemente relevante¹⁴.

3. *La habitualidad en otras jurisdicciones*

Como es lógico, todos los ordenamientos que reconocen una regulación en las OPR, deben contemplar, por las razones expresadas en el apartado anterior, una regla para lidiar con el problema de las transacciones ordinarias o de bajo monto. A continuación se examinan brevemente tres regulaciones europeas, pues ellas utilizan o han utilizado criterios similares a los establecidos legalmente en Chile para resolver esta cuestión. El sentido de este apartado es verificar si el problema de la habitualidad es un inconveniente común entre aquellas jurisdicciones que deciden regular el obstáculo del potencial *tunneling* entre sociedades relacionadas por medio de la técnica legislativa OPR, o bien,

las mínimas exigencias de una regulación acerca de conflictos de intereses, pues se admite que el accionista interesado pueda votar para la aprobación de la operación en la que puede realizar *tunneling*. En cambio, la regla sí es reconocida en Gran Bretaña, y es considerada una regla crucial, pues no solo evita operaciones que no sean celebradas a precio de mercado, sino incluso porque “desincentiva a cualquier inversionista para convertirse en accionista controlador por el solo hecho de creer que puede usar su poder como controlador para beneficiarse a sí mismo (KERSHAW, 2012, p. 705).

¹³ Si bien en los hechos se observa que las operaciones se acercan un poco más al cumplimiento de la compleja y difícilmente demostrable exigencia de realizar la operación según condiciones de mercado, no necesariamente se justifica que la operación haya sido realizada a favor del interés social. Por el contrario, puede subsistir la sospecha de que la operación es realizada en beneficio de los intereses de la matriz (cfr. LEFORT y WIGODSKI, 2007, pp. 92-96, a propósito de la venta de Telefónica Móvil de Chile S.A. por Telefónica CTC Chile a Telefónica Móviles S.A., estas últimas ambas filiales de Telefónica S.A.

¹⁴ En efecto, las reglas sobre OPR en Chile protegen los intereses de los accionistas, sean todos los accionistas en el caso de que el relacionado es un director o ejecutivo, sean los minoritarios en el caso en que el relacionado es una sociedad vinculada con el controlador. Este último caso es el más relevante en Chile. Cuando se trata de este último caso, el problema se atenúa si la sociedad de referencia es titular del 95% o más de las acciones de la filial, pues el beneficio que puede obtener un accionista de la filial por una operación que no sea realizada a precio de mercado es escaso. No debe confundirse lo anterior con el caso inverso, pues el beneficio que puede obtener la matriz en perjuicio de la filial puede ser cuantioso, como demuestra el caso Pehuenche.

si, por el contrario, existen soluciones claras a este respecto en otras jurisdicciones y, en consecuencia, el problema de la habitualidad es solamente una complicación de la regulación chilena cuya solución se puede lograr fácilmente por medio de la incorporación de una regla adecuada.

En Francia, las OPR se declaran en conformidad con la norma contable IAS 24 y a la regulación de las *convention réglementées* (“acuerdos regulados”), que constituyen el equivalente funcional a las OPR¹⁵. Los “acuerdos regulados” declaran como “acuerdo libre”, es decir, no sujeto a las reglas especiales de aprobación de este tipo de transacciones, a las “operaciones corrientes que se celebran en condiciones normales” (Código de Comercio francés, art. L. 225-39). La jurisprudencia francesa ha declarado que lo que determina que la operación sea corriente no es un estándar objetivo de la profesión, sino que los propios usos de cada sociedad¹⁶. Desde luego, el hecho de que la determinación de que un cierto acuerdo es un “acuerdo libre” corresponda a la propia sociedad controlada, ha sido criticado por parte de la doctrina¹⁷. No obstante, el estado de la cuestión en Francia ha evolucionado en un sentido desfavorable a los accionistas minoritarios. Hasta antes del 2014 el artículo R 225-32 del Código de Comercio francés obligaba al Presidente del Consejo de Administración a informar al Consejo de Administración y a los Comisarios de Cuentas (órganos equivalentes al directorio y a los auditores externos) respecto de la lista y el objeto de las convenciones declaradas como convenciones libres. No obstante, el artículo R 225-32 del Código de Comercio francés fue derogado¹⁸. En opinión de una firma de *proxy advisors* francesa, la reforma de 2014 “ha más bien destruido el control de OPR en una forma muy desapercibida”, generando “un grave retroceso en el control de los accionistas sobre las operaciones con conflictos de intereses”¹⁹.

En el caso de Italia, el regulador (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, o Consob) dictó en 2010 una completa regulación de las OPR para sociedades cotizadas. La regulación es diferenciada dependiendo de la magnitud de las operaciones y, además, algunas de sus reglas pueden ser modificadas (haciéndolas más o menos exigentes) por los códigos de gobierno corporativo interno de las respectivas sociedades. En este sentido, las sociedades reguladas pueden excluir tanto del procedimiento de aprobación como de

¹⁵ OECD, 2012, p. 63.

¹⁶ GERMAIN y MAGNIER, 2009, p. 458.

¹⁷ En este sentido, SCHMIDT, 2009, pp. 12-13: “se puede comprender que las transacciones no significativas que sean celebradas en condiciones normales no figuren en la lista prevista por los textos citados, pues ellas no suponen, *prima facie*, un riesgo de anomalía significativa en la contabilidad. Pero si se revisa la cuestión no desde el punto de vista de la regularidad y sinceridad de la contabilidad, sino desde el punto de vista de la calidad del gobierno corporativo de la sociedad, la omisión de estas operaciones de la lista de transacciones entre partes relacionadas produce el efecto de sustraerlas del conocimiento de los accionistas y de control. El control es necesario para asegurar que las transacciones entre partes relacionadas son celebradas conforme a condiciones normales y no presentan una relevancia significativa: no es natural dejar esta verificación en poder de los propios contratantes; esto elimina el poder del juez, que no puede de este modo conocer la existencia misma de las operaciones que no le son reveladas”.

¹⁸ Por el decreto 2014-1063 de 18 de septiembre de 2014.

¹⁹ PROXINVEST, 2014, p. 2.

la obligación de información, a aquellas transacciones celebradas en el curso ordinario del negocio y en términos equivalentes a aquellos que prevalecen en transacciones sin conflictos de intereses. Asimismo, se pueden excluir aquellas transacciones que, estando bajo el límite para que la operación sea considerada relevante, queden comprendidas dentro del límite de operaciones de bajo monto. La determinación concreta de ambas excepciones, esto es, de lo que constituye una operación de bajo monto y de lo que constituye una operación celebrada en el curso ordinario del negocio, corresponden a la respectiva sociedad. No obstante, si una operación exceptuada del control por considerarse propia del curso ordinario del negocio, sobrepasa el monto para ser considerada operación relevante, debe ser informada al regulador²⁰.

En el mismo sentido, en Gran Bretaña la *Listing Rule* 11.1, que regula las OPR para sociedades listadas en *premium listing*, admite que el procedimiento de aprobación e información que contempla no se aplique al tratarse de una operación “celebrada en el curso ordinario de los negocios”, ni tampoco al tratarse de operaciones de “bajo monto” (*small transactions*)²¹. Si bien la propia sociedad determina si una operación queda comprendida en la excepción, el regulador (*Financial Conduct Authority* o FSA) puede revisar que no se trate de un uso abusivo de la excepción, aunque se ha sostenido que “no está claro cuán rigurosamente la FCA revisa operaciones calificadas por el emisor como del curso ordinario de los negocios”²². No obstante, cuando una sociedad va a celebrar una operación entre partes relacionadas, debe consultar a su *sponsor*, quien debe verificar que la excepción no sea aplicada abusivamente²³.

De todas formas, tanto las sociedades francesas, italianas e inglesas están obligadas a reportar según reglas IFRS desde 2005, por lo que se les aplica la Norma Internacional de Contabilidad 24 a las OPR, lo que permite tener acceso a información respecto del importe de las transacciones y de sus saldos pendientes²⁴. De este modo, quienes puedan revisar la contabilidad completa de la compañía (*insiders* y reguladores) pueden acceder a esta información. El problema es que, en muchas ocasiones, no son los accionistas minoritarios los que tienen acceso a la contabilidad completa. Además, aun si los minoritarios tienen acceso a la información, la operación ya ha sido celebrada y, por lo general, las tutelas *a posteriori*, como la responsabilidad civil o la restitución de beneficios, son poco

²⁰ BIANCHI *et al.*, 2014, p. 13.

²¹ Estableciendo cuatro criterios o *ratios* a partir de los cuáles se puede determinar el tamaño proporcional de la operación.

²² DAVIES, 2018, p. 35.

²³ *Idem.* El *sponsor* es un tercero experto, registrado ante la FCA, que revisa y garantiza que la sociedad que patrocina cumpla con la regulación contemplada en las *Listing Rules* para su inscripción “premium” (*premium listing*) y para que, durante el tiempo en que se encuentre inscrita, cumpla con la regulación sustantiva y con las exigencias de transparencia e información. Para lo anterior, en varias ocasiones las *Listing Rule* exigen que la sociedad inscrita consulte a su *sponsor* (véase *Listing Rules*, capítulo 8, *Sponsors: Premium listing*).

²⁴ La entonces Superintendencia de Valores y Seguros determinó, mediante Oficio Circular 368 de 16 de octubre de 2006, la adopción obligatoria de las reglas contables IFRS para los emisores de valores en Chile a partir de 2009.

eficaces. Por tanto, una política de habitualidad demasiado amplia puede dar lugar a problemas en la regulación de las OPR.

Todo lo anterior deja de manifiesto que el problema de la habitualidad y de las operaciones de bajo monto es un problema común en las jurisdicciones que contemplan regulación de OPR. Pero muestra, también, que existen ciertas mejoras institucionales que pueden ser adoptadas en nuestro sistema jurídico.

4. *Los problemas en el diseño de la política de habitualidad*

Sostiene Enríques que lo esencial en la elaboración de una regulación de OPR es el logro de la mayor eficacia posible, para evitar el riesgo de operaciones de *tunneling*, pero no de cualquier manera. En sus propias palabras, “el aspecto clave es cómo minimizar aquel riesgo (esto es, tener reglas que son suficientemente efectivas para permitir pocos ‘falsos negativos’) sin sofocar transacciones que crean valor (esto es, evitar lo más posible los ‘falsos positivos’) y, de manera más general, sin imponer costos excesivamente altos”²⁵. El diseño institucional de la política de habitualidad afecta la amplitud del ámbito de aplicación de las reglas procedimentales para la aprobación *a priori* de este tipo de operaciones. Por consiguiente, su diseño institucional debe analizarse a la luz del mismo estándar, es decir, verificando que permitan la mayor eficacia posible de la regulación, pero al menor costo, esto es, evitando falsos positivos y disminuyendo los costos para la sociedad en consideración a los beneficios que se pretende lograr²⁶.

En Chile, la política de habitualidad debe ser elaborada por el directorio (artículos 147 inciso final letra a LSA y 171 NRSA). A partir del tenor de la disposición reglamentaria, la política de habitualidad se debe incluir en una “autorización de aplicación general”, por medio de esta el directorio determina las condiciones con las que operan las excepciones al procedimiento para aprobación de OPR de inciso final del artículo 147 LSA. No obstante, se observa que es usual que la política de habitualidad se publique independientemente, a partir de lo establecido en el artículo 147 inciso final letra b LSA, que obliga a informar la política de habitualidad poniéndola a disposición de los accionistas en las oficinas sociales o, de haberlo, en el sitio de internet de la sociedad.

La política de habitualidad debe informarse como hecho esencial. En cambio, las operaciones que, siendo entre partes relacionadas, no se sujeten al procedimiento de aprobación por considerarse contempladas en la política de habitualidad por la propia sociedad, solo se deben informar como hecho social “cuando corresponda” (artículo 147

²⁵ ENRIQUES, 2014, p. 14.

²⁶ Pues en muchas ocasiones las OPR son eficientes. En efecto, se considera que las OPR resultan eficientes cuando los terceros u *outsiders* no pueden ofrecer condiciones más favorables de negociación a la sociedad que los propios *insiders*, pues los primeros enfrentarían costos exageradamente altos para hacerse de tal información, o la sociedad debería entregarles secretos comerciales valiosos para ella. Esto explica que las transacciones entre partes relacionadas no sean derechamente prohibidas (en este sentido, ENRIQUES *et al.*, 2017, p. 146 y KERSHAW, 2012, p. 478).

inciso final letra c LSA) o, como indica el reglamento, cuando el directorio lo considere pertinente (artículo 171 NRSA)²⁷.

Una vez vigente la política de habitualidad, “no será necesario que el directorio se pronuncie específicamente acerca de cada operación exceptuada” (artículo 171 NRSA), con la salvedad, claro está, de que la propia política de habitualidad así lo exigiera, pues corresponde al propio directorio establecer si se reconocerá o no un mecanismo especial para la aprobación de las operaciones habituales o, al menos, de algunas de ellas determinadas por materia o relevancia a partir de su monto.

El directorio no es el único órgano social que tiene injerencia en la política de habitualidad y en las operaciones celebradas conforme a ella. Por el contrario, la LSA contempla en dos reglas la participación del comité de directores a propósito de OPR.

En primer lugar, el comité de directores puede declarar que una determinada transacción es operación entre partes relacionadas (artículo 146 Nº 4 LSA), con lo que queda sujeta a la regulación del artículo 147 LSA. Asimismo, puede determinar que una operación entre partes relacionadas exenta de someterse al procedimiento reglado, en virtud de alguna de las letras del inciso final del artículo 147 LSA, quede sujeta de todas formas a su aprobación por tal procedimiento. Con esto, en términos prácticos, el comité de directores puede excluir la aplicación de la política de habitualidad en casos concretos²⁸. Es difícil comprender esta norma de otro modo, pues en tal caso la regla sería redundante, ya que el hecho de que la operación se encuentre descrita en la política de habitualidad significa que se trata de una operación entre partes relacionadas. Por lo anterior, la referencia legal a que el comité de directores cuenta con la facultad de declarar que una determinada transacción es operación entre partes relacionadas, “aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147”, no puede sino entenderse como que el directorio cuenta con la facultad legal de excluir la aplicación de las exenciones al procedimiento reglado. Esto significa que la ley otorga al comité de directores una forma de evitar falsos negativos cuando sospecha que una OPR puede dar lugar a *tunneling*, lo que implica que es relevante que el comité tenga la facultad de revisar todas las operaciones.

En segundo lugar, el artículo 50 bis inciso octavo Nº 3 LSA establece que el comité de directores debe evacuar un informe respecto de los antecedentes relativos a las operaciones del título XVI, sin que tal exigencia legal excluya del informe a las

²⁷ Esto significa que el directorio deberá analizar si la respectiva operación entre partes relacionadas, aun a pesar de considerarse incluida en las operaciones descritas en la política de habitualidad, cumple sustancialmente con la exigencia de ser una operación que un hombre juicioso consideraría importante conocer para adoptar sus decisiones de inversión (artículo 9 Ley Nº 18.045 de 1981 de Mercado de Valores, en adelante LMV). En este sentido, la letra h del punto 4 de la sección acerca de hechos esenciales de la Norma de Carácter General Nº 30 de 1989, expresa que es hecho esencial: “la suscripción, modificación o término de contratos o convenciones de cualquier especie con personas o entidades relacionadas con la propiedad o gestión de la empresa, cuando involucren montos significativos o revistan relevancia por cualquier causa para la marcha de la empresa, y en la medida que sea distinta de las operaciones habituales mantenidas con las personas o entidades relacionadas”.

²⁸ En contra, EYZAGUIRRE y VALENZUELA, 2015, p. 287.

operaciones exceptuadas del procedimiento de aprobación según el artículo 147 inciso final. Este artículo podría entonces ser leído como conteniendo una regla que obliga a la sociedad a que las OPR, aun cuando se encontrasen incorporadas en la política de habitualidad, deben ser todas ellas revisadas por el comité de directores e informadas. La cuestión dudosa corresponde al sentido que debe atribuirse a la expresión “examinar los antecedentes”, pues podría considerarse que el comité de directores tiene la facultad de aprobar o rechazar la operación²⁹. No obstante, tanto la doctrina jurídica que ha abordado esta cuestión como el propio regulador (CMF), en su oportunidad, han entendido que el comité de directores no está obligado a pronunciarse por todas las OPR³⁰. En nuestra opinión, lo anterior confirma que el comité de directores puede acceder a toda la información concerniente a operaciones entre partes relacionadas, exceptuadas del procedimiento reglado o no, pues de otra manera no podría emitir un pronunciamiento.

Se observan en la regulación de la política de habitualidad ciertas debilidades que pueden dar lugar a que pueda utilizarse como instrumento para facilitar *tunneling*. Afirmar lo anterior no debe provocar extrañeza, particularmente luego de que existe evidencia anecdótica al respecto, provista por el caso Cascadas³¹. Primero, la circunstancia de que sea el propio emisor quien determine qué operaciones han de ser consideradas habituales, sin restricciones expresas en la normativa de las sociedades anónimas³². Segundo, que no se establezca una restricción cuantitativa a las operaciones declaradas habituales por la propia sociedad. Así lo ha sostenido la CMF, al resolver que las excepciones al procedimiento legal para la aprobación de la operación entre partes relacionadas son

²⁹ Así parecen interpretarlo BUCHUK *et al.*, 2014, p. 2011, al expresar que “las transacciones entre partes relacionadas deben ser aprobadas por un comité presidido por un director independiente”.

³⁰ EYZAGUIRRE y VALENZUELA, 2015, p. 287, haciendo referencia al Oficio circular N° 560 de 22 de diciembre de 2009.

³¹ Las sociedades Norte Grande y Oro Blanco, con fecha 28 de junio de 2012, modificaron sus políticas generales de habitualidad, especificando con mayor precisión y claridad que en los documentos previos, que la compra y venta entre sociedades pertenecientes a la cascada constituían “operaciones habituales con personas relacionadas dentro del giro ordinario de la Compañía”. Los minoritarios de estas sociedades, particularmente los inversionistas institucionales, reclamaron por este hecho ante la CMF, pues ya se encontraban indagando sobre las operaciones sospechosas por las cuales serían posteriormente sancionados los ejecutivos de las cascadas (Resolución Exenta N° 223 de 2 de septiembre de 2014), y vieron en esta ampliación una maniobra para ocultar la información. En un informe en derecho presentado por las AFP inversionistas en las sociedades cascadas, a partir de la disputa legal por la entrega de la información relativa a las operaciones cuestionadas, YRARRÁZVAL, 2013, p. 13 sostuvo que mediante la ampliación de la política de habitualidad, los directorios de Norte Grande y Oro Blanco “han evitado poner en conocimiento de los accionistas sus operaciones con partes relacionadas”.

³² No obstante, EYZAGUIRRE y VALENZUELA, 2015, p. 286 consideran que la discreción del directorio en la configuración de la política de habitualidad está restringida: “estimamos que la decisión de adoptar una política de habitualidad debe estar siempre justificada por las actividades propias de la S.A. abierta, referirse a aquellas operaciones realizadas dentro de su giro y que sean recurrentes en su operación, debiendo ser no solo habituales en la práctica de negocios, sino también ordinarias en cuanto a su especie, monto y procedimientos. De la misma manera, esta prerrogativa que entrega la LSA no debe ser ejercida en forma abusiva. Así, por ejemplo, no debiera tolerarse que bajo el amparo de una Autorización General se celebren, como operaciones habituales, transacciones no recurrentes o que sean relevantes con el controlador, ya sea en forma directa o indirecta”.

autónomas. Por lo mismo, una determinada operación, aun siendo de monto relevante, puede quedar excluida por haber sido incorporada a la política de habitualidad³³. Si bien ese es el diseño legal razonable y esperable y, por tanto, la interpretación de la CMF es correcta, el problema es que se entregue a la propia sociedad la determinación de reglas de aprobación especiales para operaciones habituales que, sin ser técnicamente de monto relevante a partir de la definición legal del artículo 147 letra a LSA, sean transacciones de montos altos. Lo anterior nos sugiere la tercera debilidad: que no se contemplan reglas especiales para la aprobación previa de las operaciones habituales, como, por ejemplo, algún procedimiento simplificado de aprobación ante un órgano *ad hoc* con representación de minoritarios. Por último, en cuarto lugar, que no se exija que se contemplen mecanismos objetivos para la verificación de que la operación se realiza a precio de mercado, al menos las de montos elevados³⁴.

Desde luego, todas estas cuestiones pueden ser resueltas por vía de autorregulación, vale decir, las propias sociedades sujetas a la regulación del título XVI LSA podrían haber contemplado exigencias en este sentido en sus políticas de habitualidad, con el fin de generar mayor confianza en sus inversionistas. Por lo mismo, se hace necesario observar empíricamente si las políticas de habitualidad de, al menos, las sociedades más relevantes del mercado nacional en cuanto a montos de sus acciones transadas, contemplan reglas que prevengan un posible mal uso de la política de habitualidad.

II. LA OBSERVACIÓN EMPÍRICA DE LAS POLÍTICAS DE HABITUALIDAD EN EL MERCADO CHILENO

Para verificar el efecto de las políticas de habitualidad en el mercado chileno, observamos las políticas publicadas de las empresas incluidas en el Índice de Precios Selectivo de Acciones de la Bolsa de Comercio de Santiago (en adelante, IPSA) a diciembre de 2017. Si bien a esa fecha este índice incluía a 40 empresas³⁵, se obtuvo información para 35 de ellas³⁶. La razón para escoger esta muestra estriba en que se trata de las sociedades de mayor transacción bursátil, por lo que cabría esperar que, al ser las más observadas

³³ Oficio ordinario N° 12473 de 3 de mayo de 2011 de la CMF.

³⁴ Si bien los redactores del Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas (Decreto Supremo de Hacienda N° 702 de 2011), en su artículo 172, tuvieron la prudencia de expresar que las OPR exceptuadas del procedimiento de aprobación del artículo 147 LSA, quedan de todas formas sujetas a las exigencias sustanciales de interés social y condiciones de mercado que exige el mismo artículo en su inciso primero, criterio que fue confirmado por la CMF, en la Resolución Exenta N° 223 de 2 de septiembre de 2014, p. 677 (caso Cascadas).

³⁵ A partir de septiembre de 2018, el índice IPSA está compuesto por 30 Sociedades.

³⁶ La CMF, en oficio ordinario N° 9856 de 16 de abril de 2018, nos informó que estas sociedades no habían informado que contaban con política de habitualidad por medio de hecho esencial. De ellas, tres sociedades nos respondieron que no han aprobado una política de habitualidad, en algunos casos justificándolo en el hecho de ser sociedades de inversión, que no realizan operaciones con relacionadas. Por su parte, una sociedad que se incluye en la muestra, SMSAAM S.A., informa la política de habitualidad de su filial, SAAM S.A.

por los inversionistas, sean las que tengan mayores incentivos para contar con y publicar procedimientos anti *tunnelling*. Además, debido a que se trata de empresas de mayor tamaño, cuentan con suficiente financiamiento para asesoría legal y de gobiernos corporativos, lo que les permitiría la elaboración de políticas de habitualidad sofisticadas.

Casi la totalidad de las empresas analizadas tienen un controlador³⁷. La participación accionaria del controlador es en promedio de 53,9%, mientras que esos mismos controladores cuentan con, en promedio, derechos sobre el 46,4% del flujo de caja de esas empresas³⁸. En 7 de las 35 empresas consideradas en la muestra de análisis el controlador es de origen extranjero. Los Fondos de Pensiones participan en la propiedad accionaria de 33 de estas empresas, con una participación promedio de 10,4% en las empresas que participan³⁹.

La base de datos incorpora observaciones acerca de aspectos de procedimiento y aspectos de fondo⁴⁰. Los primeros consisten en la verificación de si la sociedad observada contempla mecanismos de control especiales para celebración de OPR. Los segundos, en la calificación expresa de ciertos tipos de operaciones como operaciones habituales.

1. Aspectos de procedimiento observados en las políticas de habitualidad

a) Restricciones de monto

En primer lugar se revisa si existe una restricción del monto de las operaciones que se pueden aprobar sin recurrir al procedimiento reglado, o bien, si se exige que las operaciones no sean de monto relevante. Esto último podría parecer redundante, pues cabría pensar que es una mera repetición del artículo 147 inciso final letra a LSA. Sin embargo, la referencia es relevante, debido al diseño legal, confirmado por la interpretación del regulador, en orden a que cada excepción (letras a, b y c) son aplicables de manera autónoma, con lo que una operación habitual puede ser de monto relevante y, a pesar de ello, quedar exenta del procedimiento reglado para la aprobación de la transacción⁴¹.

³⁷ Información a diciembre de 2017. La única empresa perteneciente al índice IPSA que no tiene un controlador (definido según el título XV de la Ley N° 18045) es Nueva La Polar.

³⁸ La diferencia entre derechos de control y derechos de flujo de caja es propia de empresas donde exista una cadena de control de tipo piramidal: por ejemplo, la Compañía Sudamericana de Vapores es controlada por el Grupo Luksic por intermedio de Quiñenco (20,41%) y sus filiales Inversiones Río Bravo (33,86%) e Inmobiliaria Norte Verde (1,90%), con un total de 56,17% de las acciones. A su vez, la Familia Luksic controla Quiñenco mediante distintas sociedades, sumando una participación del 81,4%. Esto implica que la familia Luksic es beneficiaria del 45,7% ($81,4\% * 56,17\%$) del flujo de Caja de la Compañía Sudamericana de Vapores. La diferencia entre los derechos de control y de flujo de caja en el caso chileno es relativamente baja en comparación a otras economías. En Corea, por ejemplo, tal diferencia alcanza el 40%. LARRAÍN y URZÚA, 2014, p. 666.

³⁹ En el caso de los Fondos de Pensiones se muestra la participación directa en la Sociedad y no la participación indirecta por medio de estructuras piramidales.

⁴⁰ Se puede acceder a la base de datos completa en la siguiente dirección web: https://www.academia.edu/37715899/Base_de_Datos_Articulo_OPR_Lagos-Islas.xlsx

⁴¹ Oficio ordinario N° 12473 de 3 de mayo de 2011 de la CMF.

La mención expresa a la exigencia de que la operación no sea de monto relevante en la política de habitualidad, revierte la conclusión anterior, con lo que ese límite aplica a las operaciones aun cuando se encuentren incluidas en la política de habitualidad. Además, se verifica si existe una regla de agregación de montos, como la de la letra a del inciso final del artículo 147 LSA, o una más exigente, pues se trata de una regla antielusión que hace más efectivo el control⁴².

Solo en 5 de las 35 empresas, la política de habitualidad establece límites máximos para que una operación sea considerada como habitual. En 2 de estas 5 empresas la política de habitualidad simplemente repite los límites establecidos en la ley, por lo que solo en 3 casos (8,5% del total) las Sociedades Anónimas establecen un límite para la habitualidad por debajo del monto definido por la ley⁴³. En las otras 30 empresas no existe límite, lo que, debido a la interpretación que realizó la CMF, implica que, potencialmente, operaciones de montos significativos pueden quedar dentro de la categoría de habituales.

b) Procedimiento para aprobación de operaciones con filiales o intragrupo

En segundo lugar, se verifica si se contempla alguna restricción o mecanismo especial para operaciones con filiales, como por ejemplo la exención de control de la letra c del inciso final del artículo 147 LSA, que exige una participación de 95%, o bien, un nivel de concentración menor. Asimismo, se revisa si se establecen reglas especiales acerca de operaciones con otras empresas del grupo, pues en un sistema de propiedad concentrada como el chileno suponen un mayor riesgo de expropiación a inversionistas⁴⁴. En el caso de las 35 empresas analizadas, para el caso de las empresas filiales, en 4 empresas se observa que la política de habitualidad relaja la restricción del 95% de participación en empresas filiales. Por otra parte, en el caso de la relación con otras empresas del controlador, solo 2 empresas establecen normas especiales: una de ellas lo hace en la dirección de facilitar las transacciones con el controlador y sus empresas, mientras que, en el segundo caso, se establecen restricciones que prohíben los préstamos de la empresa y sus filiales al accionista controlador⁴⁵.

⁴² En el mismo sentido, la *Listing Rule* 11.1.11 impone la regla de agregación de 12 meses.

⁴³ Este porcentaje es similar a lo que encuentran BIANCHI *et al.*, 2014, p. 32. en su análisis de los Códigos de Autorregulación de Empresas Italianas.

⁴⁴ Por ejemplo, en Italia se reduce la *ratio* utilizada para considerar si una operación es de monto relevante, de 5% a 2,5% cuando se trata de operaciones con la matriz (BIANCHI *et al.*, 2014, p. 11). Por su parte, DAVIES, 2018, p. 36, da a entender que sería sensato distinguir entre montos relevantes para sociedades relacionadas y montos relevantes para personas naturales relacionadas, pues lo que para una sociedad puede ser poco, para una persona puede ser mucho.

⁴⁵ 14 de las 35 empresas analizadas son parte de una estructura de propiedad de tipo piramidal, las que han sido identificadas en la literatura como aquellas en donde pueden existir mayores incentivos para conductas tipo *tunneling* por parte de los controladores.

2. Aspectos de fondo observados en las políticas de habitualidad

En lo que respecta a las actividades que cada empresa incluye o considera como habituales, podemos distinguir entre aquellas que son propias del giro de cada empresa y, por ende, es posible presumir que la transacción con una relacionada responde a aspectos de eficiencia operativa⁴⁶, versus aquellas que se alejan del giro, y, por tanto, pueden ser materias particularmente riesgosas en términos de *tunneling*. A continuación se analizan cuatro de esas materias. La inclusión de estas materias se funda en que se trata de aquellas que tanto la literatura teórica como la experiencia práctica (en Chile y en el exterior) reconocen como aquellas donde existe un mayor riesgo de extracción indebida.

a) Asesorías y estudios

En primer lugar, “asesorías” y estudios financieros o de otras materias, como administración o *marketing*, pues se trata de servicios cuyo precio de mercado es muy difícil de evaluar y cuya prestación efectiva es compleja de acreditar. Esto determina un aumento del riesgo de que estas operaciones sean utilizadas como mecanismo de extracción de valor.

En 26 de las 35 empresas (74,28%) las asesorías y estudios se consideran como operaciones habituales. Al analizar según las características de cada empresa, no se encuentran diferencias significativas ya sea en relación con el tipo de controlador (nacional o extranjero) o al porcentaje de participación en el control de la empresa.

b) Cuenta corriente

En segundo lugar, la cuenta corriente mercantil, pues existe una comprensión jurídicamente errónea de la institución muy extendida en la práctica nacional, conforme a la cual la cuenta corriente es causa suficiente para justificar un negocio jurídico registrado en la cuenta y no, como realmente lo es, un contrato accesorio para desarrollar una relación de negocios de largo aliento mediante compensaciones y eventuales otorgamientos de crédito para el pago de saldos⁴⁷. En 21 de 35 Sociedades, la cuenta corriente mercantil

⁴⁶ Por ejemplo, la política de habitualidad de Concha y Toro, incluye dentro de las operaciones habituales “la compra y venta de fruta, uvas y vinos productos similares, hasta la cantidad de UF10.000; la prestación de servicios de promoción y publicidad de vinos y la intermediación y comisión de vinos en el extranjero”. Mientras que en el caso de Colbún, se consideran como habituales “la compra y venta de energía eléctrica, tanto en el mercado regulado como a clientes libres, ya sea bajo contratos de suministro o no”.

⁴⁷ En este sentido PÉREZ DE LA CRUZ, 2011, p. 113. En el mismo sentido, DE EIZAGUIRRE, 1994, p. 348, al señalar: “la relación negocial constituye el antecedente o soporte del contrato de cuenta corriente, en cuanto que en aquella tienen su origen los créditos y pagos que sirven de alimento a la cuenta corriente. Dicha relación puede consistir en una vinculación duradera, como es el caso de las relaciones bancarias de apertura de crédito o de depósito de numerario, o la de *factoring*, o en una serie de relaciones repetidas de tracto único, como las propias del contrato de comisión, en sus modalidades de venta o de transporte. La relación tiene su origen en un contrato, que es el que nos indicará la existencia, en su caso, y dentro de qué límites, de la concesión de crédito”. El caso de un préstamo entre matriz y filial que dio lugar a la sanción

se incluye dentro de las operaciones habituales. Es importante notar que esta inclusión es más frecuente en el caso de las empresas cuyo controlador es extranjero versus aquellas cuyo controlador es nacional.

c) Contratación de créditos

En tercer lugar, la contratación de crédito, pues es un tipo de operación que característicamente la literatura económica de gobiernos corporativos revisa para verificar si existe *tunneling*⁴⁸.

Para el caso de las contrataciones de crédito, se restringe el análisis para una submuestra que considera 29 empresas no financieras (ya que para el caso de las empresas financieras, la contratación de créditos es parte del giro habitual de los negocios). En 24 de estas empresas (82,7%) la contratación de créditos queda incluida dentro de las operaciones habituales. Al igual que en los casos de las asesorías, no hay diferencias significativas entre empresas cuyo controlador sea local o extranjero.

d) Adquisición de títulos de sociedades relacionadas

En cuarto lugar, la adquisición de acciones o títulos de relacionadas. En este caso, existe potencial de *tunneling* toda vez que el controlador puede tener porcentajes distintos de participación en distintas sociedades, lo que abre una oportunidad para extraer valor de los accionistas minoritarios por la vía de las transacciones de acciones, especialmente en aquellos casos donde existan estructuras de tipo piramidal. Es admisible notar a que este fue el tipo de operación por medio del cual se realizó *tunneling* en el caso Cascadas⁴⁹, y que, por otra parte, la evidencia empírica para el caso chileno muestra que los controladores pueden extraer valor por parte de los inversionistas controlando el *timing* de emisión de nuevas acciones⁵⁰.

En comparación con los aspectos revisados anteriormente, la adquisición de acciones aparece en forma menos frecuente en las políticas de habitualidad de las sociedades integrantes del IPSA: solo en 12 de las 35 empresas se consideran como operaciones habituales⁵¹. En este ítem, existe una diferencia relevante entre las sociedades cuyo controlador es extranjero *versus* aquellas con un controlador local. Mientras que, en las primeras, solo 1 de 8 sociedades (12,5%) incluye las transacciones de acciones, en el

impuesta a los directores de Ohio National Seguros de Vida S. A. por la CMF ilustra la aludida comprensión jurídicamente errónea de la institución (Resolución exenta 4176 de 11 de octubre de 2016).

⁴⁸ Véase para Chile BUCHUK *et al.*, 2014, pp. 190-212.

⁴⁹ Resolución Exenta Nº 223 de 2 de septiembre de 2014.

⁵⁰ Véase LARRAÍN y URZÚA, 2013, pp. 661-681.

⁵¹ En 9 sociedades la autorización es explícita, mientras que en otras 3 la autorización es implícita, ya que las políticas de habitualidad incluyen cláusulas suficientemente amplias como para incluir las transacciones de acciones. Por ejemplo, la Política de Habitualidad de Parque Arauco en su inciso 1) incluye "La adquisición, desarrollo, explotación, venta, enajenación y negociación en cualquier forma y a cualquier título, de toda clase de bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporales, ya sea en Chile o en el extranjero".

caso de las sociedades cuyo controlador es local, 11 de 27 sociedades (40,7%) incluye la adquisición de acciones como parte de sus operaciones habituales.

3. *Tabla resumen de resultados de la observación*

La siguiente tabla resume los principales resultados. En la tabla se puede apreciar cómo, por una parte, las sociedades actúan de modo pasivo, pues la gran mayoría de las políticas de habitualidad de las sociedades anónimas observadas no profundizan en los procedimientos ni establecen restricciones adicionales a lo señalado en la ley. Pero, por otra parte, son activas al adoptar, en la mayoría de los casos observados, definiciones amplias de lo que se considera como una operación habitual.

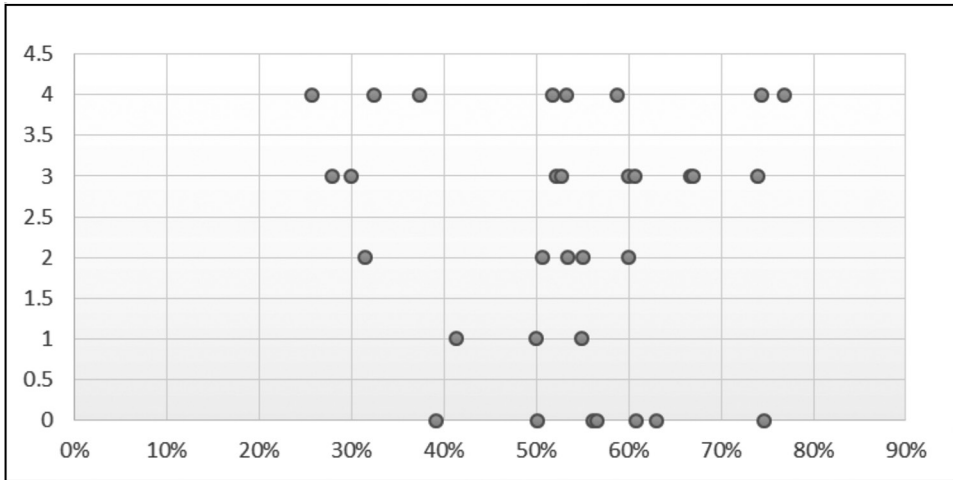
Tabla resumen de resultados: políticas en relación a operaciones con partes relacionadas

	Sí	No
La política de habitualidad incorpora restricciones y procedimientos adicionales a lo señalado en la ley		
La política establece restricciones de montos a las operaciones que son consideradas habituales	5	30
Restricciones adicionales a operaciones relacionadas con el controlador	1	34
La política incluye dentro de su definición de habitualidad a:		
Operaciones de cuenta corriente mercantil	21	14
Asesorías o estudios financieros o de otras materias	26	9
Contratación de créditos (*)	24	5
Adquisición de acciones (*)	12	23

Al agregar los 4 ítems correspondientes a la definición de actividades consideradas como habituales, es posible construir un índice de habitualidad, el que toma valores que van desde 4 (para el caso de las empresas donde los 4 tipos de operaciones analizadas anteriormente son consideradas como habituales) a 0 (si la política de habitualidad no contempla ninguno de los ítems analizados). Esto implica que aquellas sociedades donde el índice toma un valor mayor, el potencial de *tunneling* es también mayor.

El índice promedio para las 29 empresas no financieras alcanza un valor de 2,62, lo que da cuenta de que la mayoría de las empresas elige un criterio amplio para clasificar una transacción como habitual. No existe una relación estadísticamente significativa entre el valor del índice y la participación accionaria del mayoritario, así como se aprecia en la siguiente figura

Índice de habitualidad y participación del controlador



III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El análisis empírico de las políticas de habitualidad de las sociedades anónimas del IPSA indica que existe poco incentivo a la autorregulación. A partir de esta constatación y del análisis de la experiencia comparada y la doctrina realizado en este trabajo es posible proponer lo siguiente:

1. De las empresas observadas, la mayoría no cuenta con límites de monto para la calificación de una transacción como habitual, lo que si se combina con la autonomía de las excepciones al procedimiento reglado, permite que en la mayoría de los casos puedan considerarse habituales transacciones de cualquier monto, aun si se trata de sumas elevadas. Esta regla legal, reafirmada por una interpretación administrativa, debe modificarse incorporando matices, esto es, estableciendo mecanismos de control simplificados. En su estado actual, la regla genera un evidente riesgo de *tunneling*, como demostró el caso Cascadas⁵². Es razonable que las sociedades, o el propio regulador si en el futuro la ley le reconoce esa facultad, incorporen sublímites, para que se puedan establecer exigencias mínimas de procedimiento por tramo, como aprobación del comité de directores, licitación u otras, liberando de todo control solo a las de monto realmente reducido. En el mismo

⁵² Véase Boletín N° 10.162-05 indicaciones 17-07-2017 que, entre otras materias, modifica las reglas respecto de política de habitualidad. En lo pertinente a este punto, establece un baremo de 10% del activo social, límite que es aún demasiado alto, pues la reforma propuesta no sugiere procedimientos simplificados para la aprobación de estas operaciones.

- sentido, las operaciones entre empresas de un mismo grupo empresarial, que son las más riesgosas, deberían contemplar un mecanismo especial de aprobación y mayores exigencias de información, aun cuando no queden sujetas al procedimiento reglado en virtud de su incorporación a la política de habitualidad.
2. El comité de directores debería jugar un rol relevante tanto para la elaboración⁵³ y aprobación de la política general de habitualidad como para la revisión de ciertas operaciones habituales, particularmente aquellas que se incorporen a los tramos de montos superiores. No obstante, para que este órgano juegue un rol efectivo es indispensable que los directores disidentes o externos (no elegidos por el controlador) constituyan mayoría en el comité, cuestión que no siempre ocurre con los niveles de concentración de propiedad que se observan en el mercado chileno⁵⁴.
 3. A pesar de que se encuentra que las políticas de habitualidad son poco sofisticadas y tienden a repetir la ley, las sociedades en su mayoría (74,28%) tienden a incluir, dentro de las operaciones habituales, a las “asesorías”. Esto da a entender que se trata de una práctica extendida. Obviamente, es difícil sugerir mecanismos objetivos de valoración, pero sí es posible proponer mayores exigencias de información en este tipo de operaciones, declarando específicamente el sentido y utilidad de cada asesoría realizada. Sería esencial tener presente que en estos casos no se está entregando información relativa a precios de operaciones con proveedores, que pueden ser útiles para competidores y, por tanto, eventualmente perjudiciales de divulgar para la respectiva sociedad. En consecuencia, mayores exigencias de divulgación no son problemáticas. Asimismo, en lo que respecta a la cuenta corriente, es necesario entregar mayor información respecto de las operaciones que se integran en una relación de cuenta corriente, determinando sublímites de monto y dejando constancia del tipo de operación (por ejemplo, compraventa, mutuo, o suministro) que se integra en la respectiva cuenta corriente⁵⁵. El problema de este tipo de operaciones, como se ha visto, es que su evaluación es compleja. Sería conveniente verificar empíricamente, en futuras investigaciones, si se realiza *tunneling* por medio de este tipo de operaciones. En cambio, los mutuos entre sociedades son verificables por medio de la información contable que se incorpora en las memorias de las sociedades y, al parecer, esa transparencia da lugar a que no se utilice como mecanismo de *tunneling*⁵⁶.

⁵³ En este sentido, Boletín N° 10.162-05 indicaciones 17-07-2017.

⁵⁴ Véase LEFORT y URZÚA, 2008, pp. 617-618.

⁵⁵ Sugerencia para el desglose de información que ha de entregarse a CMF según nuevo inciso final que incorporaría el proyecto de ley que modifica las reglas sobre habitualidad (Boletín N° 10.162-05 indicaciones 17-07-2017).

⁵⁶ En este sentido, BUCHUK *et al.*, 2014, pp. 208-211. No obstante, URZÚA, 2009; LARRAÍN y URZÚA, 2013, p. 662, y TORRES *et al.*, 2017, p. 102, encuentran evidencia directa e indirecta de *tunneling* en el mercado chileno.

La evidencia empírica para Chile demuestra que existe *tunneling*, y que en ocasiones este tiene lugar por medio de OPR. Pero, al mismo tiempo, no da cuenta que las OPR son utilizadas como mecanismos para reducir los costos de transacción y, por ende, aumentan el valor de las empresas. Vistos en su conjunto, estos estudios destacan la importancia del diseño de políticas que permitan limitar los efectos expropiatorios que pueden tener las OPR pero sin recurrir a prohibiciones que pueden tener impacto negativo en su desempeño.

Este trabajo demuestra que la regulación de la política de habitualidad, en su estado actual, o, más bien dicho, la ausencia de regulación, puede explicar la limitada eficacia de la regulación general de operaciones entre partes relacionadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando, 2015: "Los deberes de los directores de sociedades anónimas frente al régimen general de responsabilidad civil" (inédito).
- BARROS, Enrique, 2006: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BIANCHI, Marcello; CIAVARELLA, Angela; ENRIQUES, Luca; NOVEMBRE, Valerio; SIGNORETTI, Rosella, 2014: "Regulation and self-regulation of related party transactions in Italy. An empirical analysis" *European Corporate Governance Institute Working Paper*, Nº 415.
- BONA-SÁNCHEZ, Carolina; FERNÁNDEZ-SENRA, Carmen y PÉREZ-ALEMÁN, Jerónimo, 2017: "Related-party transactions, dominant owners and firm value", *Business Research Quarterly*, Vol. 20, Nº 1.
- BUCHUK, David; LARRAIN, Borja; MUÑOZ, Francisco y URZÚA, Francisco, 2014: "The internal capital markets of business groups: Evidence from intra-group loans", *Journal of Financial Economics*, Vol. 112, Nº 2.
- CENTRO DE GOBIERNO CORPORATIVO UC, 2015: Comentarios proyecto normativo que propone modificaciones a NCG 341 y NCG 30: Fortalecimiento de estándares de gobierno corporativo de las sociedades anónimas abiertas. Recuperado el 17.04.2018: <http://centrogobiernocorporativo.uc.cl/Ver-documento/247-Comentarios-Proyecto-Normativo-que-Propone-Modificaciones-a-la-NCG-341-y-NCG-30.html>.
- DAVIES, Paul, 2014: "Related party transactions: UK model", *European Corporate Governance Institute Law Working Paper*, Nº 387.
- DEAKIN, S.; GINDIS, D.; HODGSON, G.; HUANG, K.; PISTOR, K., 2017: "Legal institutionalism: capitalism and the constitutive role of law", *Journal of Comparative Economics*, Vol. 45, Nº 1.
- DE EIZAGUIRRE, José María, 1994: "De nuevo sobre el contrato de cuenta corriente", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 54.
- ENRIQUES, Luca, 2014: "Related party transactions: policy options and real-world challenges (with a critique of the european commission proposal)", *European Corporate Governance Institute Working Paper Series in Law*, Nº 267.
- EYZAGUIRRE, Cristián y VALENZUELA, Ignacio, 2015: "Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas", *Actualidad Jurídica*, Nº 31.
- FISS, Owen M., 1983-1984: "Against settlement", *Yale Law Journal*, Vol. 93, Nº 6.
- GERMAIN, Michel y MAGNIER, Véronique, 2009: *Traité de droit commercial G. Ripert et R. Roblot* (19ª edición), tome 1, volumen 2, Paris, L.G.D.J.

- JOHNSON, Simon; LA PORTA, Rafael; LÓPEZ DE SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei, 2000: "Tunneling", *The American Economic Review*, vol. 90 N° 2.
- KERSHAW, David, 2012: *Company law in context* (2ª edición), Oxford, Oxford University Press.
- LARRAÍN, Borja y URZÚA, Francisco, 2013: "Controlling shareholders and market timing in share issuance", *Journal of Financial Economics*, Vol. 109 N° 3.
- LEFORT, Fernando y URZÚA, Francisco, 2008: "Board Independence, firm performance and ownership concentration: evidence from Chile", *Journal of Business Research*, Vol. 61 N° 6.
- LEFORT, Fernando y WIGODSKI, Teodoro, 2007: *Una mirada al gobierno corporativo en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile
- OECD, 2012: *Related party transactions and minority shareholders rights*, Recuperado el 17.04.2018. <https://www.oecd.org/daf/ca/50089215.pdf>
- PAZ-ARES, Cándido, 2004: "El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 251.
- PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio: "El contrato de cuenta corriente", en *Lecciones de Derecho Mercantil* (9ª edic., dirs. A. Menéndez y A. Rojo, A.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters.
- PROXINVEST, 2014: *A (not so) useful French Bill on related party transactions*. Recuperado el 17.04.2018. <http://www.proxinvest.fr/?p=1199&lang=en>
- ROSS SCHNEIDER, Ben, 2013: *Hierarchical capitalism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SCHMIDT, Dominique, 2009: *Des "conventions réglementées" à la publication des transactions entre parties liées*. Recuperado el 17.04.2018. https://www.cabinet-schmidt.avocat.fr/doc/CONVENTIONS_REGLEMENTEES_FINAL.pdf
- CMF, 2015: *Fortalecimiento de estándares de gobierno corporativo. Informe final*. Recuperado el 17.04.2018: https://www.CMF.cl/portal/principal/605/articles-20924_doc_pdf.pdf.
- TORRES, Juan Pablo; JARA, Mauricio y LÓPEZ-ITURRIAGA, Félix, 2017: "Corporate Control and Firm Value: The Bright Side of Business Groups", *Journal of Family Business Strategy*, Vol. 8, N° 2.
- URZÚA, F., 2009: "Too few dividends? Groups tunneling through: evidence from intra-group loans", *Journal of Corporate Finance*, Vol. 15 N° 2.
- YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo, 2013: *Informe en derecho*. Disponible en <http://s2.pulso.cl/wp-content/uploads/2013/09/1816132.pdf>

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 20.382, Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, publicada el 20 de octubre de 2009.
- LEY N° 18.046, de Sociedades Anónimas, publicada el 22 de octubre de 1981.

Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile

*Fabiola Latbrop Gómez**

RESUMEN

Este artículo analiza críticamente las normas respecto de interdicción por demencia chilenas, en especial, los procedimientos de distinta naturaleza que la sustancian y los efectos negativos que ello genera. Esta crítica espera contribuir a una futura construcción de sistemas de apoyo y salvaguardas para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad intelectual acordes a un Estado democrático de Derecho.

Discapacidad intelectual – interdicción por demencia – sistemas de apoyo y salvaguardas

Intellectual disability: critical analysis of the legal incapacity by insanity in Chile

ABSTRACT

This article makes a critical assessment of the Chilean law on interdiction by dementia, the different procedures that give it substance and the negative effects they produce, with the goal of contributing to the creation of support systems and safeguards for people with intellectual disability to exercise their legal capacity in conformity with a democratic state of law.

Intellectual disability – interdiction by dementia – support systems and safeguards

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesora de Derecho Civil, Universidad de Chile. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

Artículo recibido el 13 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad intelectual se ha definido, a la luz del artículo 1, inciso segundo, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ (Convención), como “la resultante de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo que pueden presentar las personas, y las barreras del entorno, tales como formas de exclusión social, carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”².

Actualmente se prefiere agregar a esta denominación las de discapacidad “cognitiva” y “psicosocial”, pues todas ellas describen mejor la situación en que se encuentran estas personas³. La “discapacidad cognitiva” es una distinción relativamente nueva, que se relaciona parcialmente con las de discapacidad mental e intelectual; se trata de un conjunto de condiciones que afectan el desarrollo y adaptación social de algunas personas. Está asociada a una condición que, generalmente, surge después de los dieciocho años, o bien, antes de esa edad como resultado de algún daño cerebral; e incluye a personas que han experimentado derrames cerebrales, demencias o mal de Alzheimer y a adultos mayores con otras formas de disminución cognitiva debido a su edad. A su vez, la “discapacidad psicosocial” está más bien ligada a un problema de salud mental y envuelve también la discapacidad mental de causa psíquica; incluye a las personas que son identificadas usualmente como “usuarios de la salud mental”, “sobrevivientes psiquiátricos” o “locos”⁴.

Entre las dificultades asociadas a la discapacidad intelectual están las psicolingüísticas y de pensamiento lógico; el autismo, la disfasia y los síndromes de Down y Asperger son comúnmente vinculados a la discapacidad intelectual, aunque también pueden denominarse “trastornos del desarrollo”.

En nuestro contexto, el artículo 9 letra c) del Decreto 47 del Ministerio de Salud, que aprueba Reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad, señala a la “deficiencia mental” como una condición de salud que puede causar discapacidad, clasificándola en: “deficiencia mental de causa psíquica”, que sería aquella que presentan las personas que padecen trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes, derivada de una enfermedad psíquica; y “deficiencia mental de causa intelectual”, que sería aquella que presentan las personas cuyo rendimiento intelectual es inferior a la norma en *test* estandarizados. Me parece que lo que este Decreto define como deficiencia mental de causa psíquica correspondería a lo que en este trabajo se entiende por discapacidad psicosocial. A su vez, la deficiencia mental de causa intelectual que define el Decreto correspondería a lo que entiendo por discapacidad intelectual.

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006. Ratificada por Chile mediante Decreto 201, publicado el 17 de septiembre de 2008.

² OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL, 2014, p. 14.

³ Cfr. FUNDACIÓN DESCÚBREME, 2018.

⁴ Cfr. BACH Y KERZNER 2010, pp. 14-16.

A lo largo de este trabajo me referiré a las personas con discapacidad intelectual con la frase “personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial” (PcDICPS).

Las personas con discapacidad son víctimas de limitaciones en el desarrollo de sus vidas. Dentro de ellas, las PcDICPS se encuentran en una situación doblemente especial. Primero, porque su discapacidad puede ser inaparente (a diferencia de alguna discapacidad física), lo que impide brindar el apoyo pertinente con facilidad⁵. En segundo lugar, porque deben luchar por derribar distintas barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica, partiendo por el hecho de que, bajo la legislación civil, se les pueda considerar como incapaces absolutos si se entendiera que son “dementes” y eventualmente declaráseles interdictas por demencia.

Como es sabido, en relación con la capacidad de ejercicio, nuestra legislación señala que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” (artículo 1446 del Código Civil –CC–), distinguiendo entre los absoluta y los relativamente incapaces: “Son absolutamente incapaces los **dementes**, los **impúberes** y los **sordos o sordomudos** que no pueden darse a entender claramente” (artículo 1447 inciso primero del CC)⁶.

La legislación general y especial continúa utilizando denominaciones arbitrarias para referirse a las PcDICPS y, más aún, la ley civil no ha adecuado sus reglas pertinente a capacidad e interdicción por demencia a los postulados de la Convención, en especial a los párrafos 1 y 2 de su artículo 12⁷. Las PcDICPS se ven enfrentadas a barreras legales y a prácticas discriminatorias que atentan contra su dignidad en ámbitos de su libertad personal, relaciones familiares, salud, relaciones contractuales, derechos políticos y acceso a ciertos cargos y funciones.

En este trabajo analizo críticamente las normas acerca de interdicción por demencia, en especial los procedimientos de distinta naturaleza que la sustancian y los efectos negativos que ello genera. Para este efecto he revisado la doctrina chilena especializada existente –que es escasa, por cierto–, documentos de diagnóstico de algunas instituciones vinculadas al sistema de justicia, datos estadísticos y, en especial, la jurisprudencia de los tribunales superiores referida a situaciones de presuntos “dementes”. Asimismo,

⁵ Si se analiza la aplicación de la Ley N° 20.609, el mayor porcentaje de ingresos de este tipo de causas responde a acciones por hechos de discriminación en razón de “enfermedad o discapacidad” contra los afectados, con 39% del total de causas en primera instancia, manteniéndose la tendencia con 37% de los recursos en Cortes de Apelaciones y 67% en Corte Suprema. Esto, según datos proporcionados por la DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2017) p. 28. Recientemente, en sentencia de Corte Suprema, 21.6.2018, rol 38521-2017, conociendo de una casación en el fondo recaída en causa sobre acción de discriminación de la Ley N° 20.609, se ordenó a un colegio pagar una multa de 50 UTM por discriminar a un alumno con síndrome de Down que no había sido promovido a primero básico.

⁶ Los énfasis han sido añadidos en esta y en las demás normas citadas, así como en la jurisprudencia referida.

⁷ El artículo 12 de la Convención señala que: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

he accedido a algunos expedientes de interdicción por demencia de juzgados civiles de Santiago con el objeto de detectar sus características⁸.

En suma, este trabajo busca contribuir dogmáticamente a la futura creación e implementación de un marco normativo que promueva la vida independiente en comunidad de las PcDICPS en el contexto de un Estado democrático de Derecho, mediante la construcción de sistemas de apoyo y salvaguardas al ejercicio de su capacidad jurídica respetuosos de su voluntad, deseos y preferencias⁹.

II. LA CURADURÍA DEL DEMENTE. CONCEPTO Y REQUISITOS

Las normas generales respecto de la capacidad jurídica chilenas son complementadas por un sistema de declaración de interdicción y regulación de las curadurías contenido en los Títulos XXV y XXVI del Libro I del CC (“Reglas especiales relativas a la curaduría del demente” y “Reglas especiales relativas a la curaduría del sordo o sordomudo”, respectivamente).

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol 9316-15, de 5 de noviembre de 2015, ha señalado que las curatelas son “cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que **no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente** sus negocios, de lo que se sigue que la intención del legislador fue **proteger** a esas personas de los peligros a que se hallan expuestos en razón de su condición, particularmente en lo que concierne a su **manejo personal y a la administración de sus bienes**” (considerando 2).

La PcDICPS que ha sido declarada interdicta por demencia será representada por un curador general¹⁰ en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan y que puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones (artículo 390 del CC)¹¹.

⁸ Tanto la jurisprudencia como los expedientes son posteriores a 2010. Ello, porque el 10 de febrero de 2010 fue publicada la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo que esperaba detectar algún impacto de tal ley en la ponderación judicial. Para recoger una muestra socioeconómica representativa de lo que ocurre en la capital se revisaron causas con patrocinio de la CAJ como particular. Agradezco a la jueza civil Carolina Taeko y al abogado de CAJ Héctor Droggett por haberme proporcionado acceso a algunos expedientes. A Constanza Canepa, Isaac Ramírez y Maximiliano Barros por haber colaborado como ayudantes de cátedra en su análisis.

⁹ América Latina está presentando avances en esta materia. Así, Perú acaba de dictar el Decreto Legislativo 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el que modifica el Código Civil creando un sistema de apoyos y salvaguardas para el ejercicio de tal capacidad jurídica. Asimismo, Costa Rica ha hecho lo propio en 2016 mediante Ley 9.379 para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad; y Colombia discute actualmente un proyecto de ley en tal sentido.

¹⁰ El CC, en su artículo 340, establece que: “Están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han puesto en entredicho de administrar sus bienes; y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”.

¹¹ “Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones”.

El artículo 456 del CC establece que “El adulto que se halla en un **estado habitual de demencia**, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa”.

Tres son los requisitos para declarar la interdicción por demencia¹²: que el sujeto sea demente; que sea adulto o menor adulto, dependiendo de la posición a la que se adscriba; y que la demencia exista en un estado de habitualidad, aun cuando se observen intervalos de lucidez¹³.

En cuanto al primer requisito, y sin perjuicio de lo desarrollado anteriormente respecto de los conceptos de discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, en cuanto a la noción de “demencia”, ella no es unívoca, existiendo distintas acepciones según la disciplina que la utilice. Así, el Plan Nacional de Demencia de 2017¹⁴ señala que es una condición adquirida y crónica, caracterizada por un deterioro de diversas funciones cerebrales, sin distinción de sexo, que se acompaña de síntomas cognitivos, psicológicos y cambios conductuales. En el ámbito jurídico, a su vez, los conceptos de “demente” y de “demencia” son ambiguos. En efecto, Claro Solar¹⁵ señalaba que la ley designa con la palabra “dementes” a “toda persona que por el trastorno de sus facultades mentales o la privación constante o momentánea de su razón se halla impedida de tener la libre voluntad de obligarse, no discierne, ni puede asumir la responsabilidad de sus actos”. Corral Talciani¹⁶, más recientemente, ubica a la “demencia” en dos contextos distintos: “la expresión ‘demencia’ en el contexto de las normas relativas a la interdicción se debe entender en el sentido abierto, no técnico y amplio propiciado desde antiguo por la doctrina, y hoy configurado dentro del concepto genérico de la discapacidad mental”. En otros contextos distintos de la interdicción, la demencia “debe ser entendida en el concepto más preciso de privación actual de la razón. Por ello, en estos casos, no se considerará demente al discapacitado mental sino únicamente a aquel que en el momento de realizar la conducta descrita por la ley estaba privado de razón o del entendimiento necesario para determinar sus actos”.

El segundo requisito plantea problemas doctrinarios. El artículo 457 del CC señala que “cuando el **niño** demente haya llegado a la **pubertad**, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción”. Esta norma permite una suerte de interdicción de pleno derecho del menor adulto sujeto a patria potestad que llega a la pubertad con algún grado de “demencia”; no media en este caso intervención de autoridad

¹² Cfr. BARCIA, 2011, p. 546.

¹³ Carlos López afirma que a la época de la dictación del Código no existían conocimientos científicos suficientes como para verificar la existencia de los intervalos lúcidos “que hoy la ciencia moderna considera inexistentes”. LÓPEZ, 2016, pp. 663-664.

¹⁴ MINISTERIO DE SALUD, 2017, p. 11.

¹⁵ Cfr. CLARO, 1979, p. 27.

¹⁶ Cfr. CORRAL, 2011, p. 49.

administrativa o judicial alguna que verifique la supuesta situación de demencia, lo que vulnera su derecho a ser oído y al debido proceso, entre otros¹⁷.

A lo anterior se suma lo dispuesto en el artículo 458 del CC: “El tutor del pupilo demente no podrá después ejercer la curaduría sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción.

Lo mismo será necesario cuando sobreviene la demencia al menor que está bajo curaduría”.

En esta última norma, el legislador entiende que la curaduría de un demente tiene efectos distintos a los de la curaduría del menor adulto y un fundamento distinto al de la tutela del impúber. Por ello previene que el tutor de un impúber demente no podrá seguir ejerciendo la curaduría después de llegada la mayoría de edad, salvo que obtenga la declaración judicial de interdicción. Nuevamente, se consagra una especie de interdicción de pleno derecho durante el tiempo necesario para provocar la interdicción, es decir, hasta llegada la mayoría de edad. La norma es una reiteración de lo dispuesto en el artículo 457 del CC para los casos en que la persona no esté sujeta a patria potestad.

En doctrina se discute qué sucede con el menor adulto supuestamente “demente”, pues antes de llegar a la pubertad se es incapaz absoluto igualmente. En el caso de que una persona esté sujeta a patria potestad y padezca “demencia” antes de llegar a la pubertad, no existirá declaración de interdicción, porque la condición de impúber ya sitúa a la persona como incapaz absoluto.

Lyon Puelma¹⁸ sostiene que a causa de que el menor adulto puede trabajar y ser titular de derechos sobre bienes propios que administra personalmente, puede provocarse su interdicción por demencia. Silva Barroilhet¹⁹, en cambio, afirma que ella solo puede ser provocada contra mayores de edad, debido a varias razones: el tenor literal del artículo 456 del CC, que habla de “adultos”; el que la interdicción por demencia de un menor de edad solo se podría obtener respecto de la administración de los frutos del trabajo del pupilo porque, no habiendo cumplido los 18 años y no estando sujeto a patria potestad, lo estará a la tutela o curaduría del menor adulto; finalmente, el artículo 457 del CC consigna la obligatoriedad de provocar el juicio de interdicción llegada la mayoría de edad, pero no antes. Adhiero a esta postura por ser más garantista de los derechos de menores de edad —que requieren protección reforzada por parte del Estado—, en cuanto interpreta las normas permitiendo al menos retardar el cercenamiento de tales derechos por medio de la interdicción.

¹⁷ Este caso no constituiría una guarda propiamente tal, debido a que: a) falta discernimiento, requisito esencial para el ejercicio de la guarda según el artículo 373 del CC; y b) esta suerte de guarda se ejercería por el padre o la madre que tienen la patria potestad, lo que excluiría la existencia de una curaduría.

¹⁸ Cfr. LYON, 2007, p. 180.

¹⁹ Cfr. SILVA, 2017, pp. 147-148.

III. LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERDICCIÓN

Existen dos procedimientos judiciales para provocar la interdicción de una PcDICPS:

- a) el juicio de interdicción, contencioso, de lato conocimiento, al que se refieren el CC y el Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁰;
- b) el procedimiento voluntario de interdicción consagrado en el artículo 4 inciso segundo de la Ley N° 18.600 que Establece Normas sobre Deficientes Mentales²¹.

Además, existe un procedimiento de carácter administrativo contemplado en esta última ley, que examinaré más adelante.

1. *Titularidad activa*

El artículo 459 del CC señala quiénes podrán provocar el juicio de interdicción por demencia, remitiéndose a la interdicción del disipador –artículo 443 del CC–; es decir: el cónyuge no separado judicialmente del supuesto demente; cualquiera de sus consanguíneos hasta el cuarto grado; y el defensor público. Sin embargo, el inciso tercero agrega: “Pero si la locura fuere **furiosa**, o si el **loco** causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el procurador de ciudad o cualquiera del pueblo provocar la interdicción”; permitiendo así una suerte de acción pública²².

En mi opinión, denominaciones como “demente” y “loco” deben ser desterradas de nuestra legislación por ser lesivas de la dignidad humana²³. Además, el artículo 459 inciso tercero del CC es amplio: una textura así de abierta puede dar lugar a arbitrariedades tanto del particular como del juez. Asimismo, la posibilidad de que el texto de la norma permita que cualquier habitante genere la interdicción es desproporcionado, en especial, considerando las consecuencias que ello acarrea para la supuesta persona “demente”. Probablemente sea un concepto de escasa utilización, aunque aun así es reprochable que continúe vigente en nuestro ordenamiento.

En cuanto al procedimiento voluntario, el artículo 4 inciso segundo de la Ley N° 18.600 establece una titularidad activa distinta: podrá solicitar la interdicción el

²⁰ No se debe confundir este juicio contencioso con las normas del Título VI del Libro IV del CPC. Este último se refiere propiamente al nombramiento del guardador que tendrá lugar, mediante el discernimiento, una vez que se haya obtenido declaración de interdicción. El nombramiento del guardador es un acto, en principio, no contencioso; no así el juicio de interdicción, que será contencioso siempre que se interponga demanda o no se acompañe la certificación vigente inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad.

²¹ Inciso agregado por la Ley N° 19.954, de 2004.

²² Cfr. SILVA, 2017, p. 147.

²³ El COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en el párrafo 5 de las Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, de 13 de abril de 2016, señala: “Al Comité le preocupa la ausencia de una estrategia para la armonización legislativa relativa a personas con discapacidad, así como la persistencia del modelo médico y el uso de terminología peyorativa tales como “invalidez”, “incapaces” y “dementes” en normas vigentes incluido el Código Civil y la ley 20.422 de 2010”.

padre o la madre y, si ejercen el cuidado en conjunto, podrá la curaduría ser deferida a ambos; en caso de ausencia o impedimento de los padres, podrá ser solicitada por los parientes más cercanos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 bis que analizaré luego (que consagra una curaduría provisoria). Como se aprecia, este artículo, a diferencia del Código Civil, no limita el grado de parentesco, por lo que podría ser ejercida por cualquier pariente, mientras sea el más cercano. De esta forma, la norma excluye a los cónyuges y, por cierto, tampoco menciona al defensor público ni contempla esa especie de acción pública que establece el artículo 459 del CC.

2. *Prelación en la curaduría del demente*

El artículo 462 del CC establece un orden de prelación para el caso de la guarda legítima²⁴:

“Se deferirá la curaduría del demente:

- 1°. A su cónyuge no separado judicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 503;
- 2°. A sus descendientes;
- 3°. A sus ascendientes, pero el padre o madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición o que esté casado con un tercero no podrá ejercer el cargo;
- 4°. A sus hermanos, y
- 5°. A otros colaterales hasta en el cuarto grado”.

El inciso segundo del artículo 462 del CC señala que el juez determinará la persona o personas más idóneas cuando exista más de una opción en las categorías N^{os} 2, 3, 4 y 5.

Este orden de prelación es aplicable al nombramiento del guardador provocado por un juicio contencioso de interdicción. Como señalé anteriormente, el artículo 4 inciso segundo de la Ley N^o 18.600 establece para el procedimiento voluntario, en cambio, que podrá solicitar la interdicción el padre o la madre y, si ejercen el cuidado en conjunto, podrá la curaduría ser deferida a ambos; en caso de ausencia o impedimento de los padres, podrá ser solicitada por los parientes más cercanos.

3. *Sustanciación contenciosa o no contenciosa*

La tramitación del procedimiento de interdicción por demencia dependerá de la vía por la que se inicie: si es con una solicitud voluntaria que acompaña la certificación vigente e inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad (RND), se le dará la

²⁴ Que la guarda sea legítima significa que este orden de prelación opera a falta de designación testamentaria, pues la persona llamada a ejercer la guarda por testamento tendrá preferencia para asumir el cargo; cuando ninguna de las personas mencionadas pueda ejercer la curaduría, tendrá lugar la guarda dativa.

tramitación de la Ley N° 18.600; si se hace por medio de una demanda sin acompañar tal certificación, se le dará tramitación contenciosa²⁵.

Así, la demanda debiera implicar que el procedimiento se sustanciará –en principio– según las reglas del juicio ordinario del Libro II del CPC. Ello se deduce a falta de norma que ordene sustanciación especial o sumaria de forma expresa y de la redacción de ciertos artículos como, por ejemplo, el artículo 460 del CC (según este, el juez “debe informarse” de la conducta habitual y vida anterior de la persona, lo que hace inferir la necesidad de un juicio de lato conocimiento). En cambio, si se acompaña la mencionada certificación, se siguen las reglas especiales del artículo 4 de la Ley N° 18.600, aunque podría el juez ordenar la sustanciación contenciosa, según las reglas del procedimiento sumario, no obstante no esté expresamente permitido por la ley, considerando cierta jurisprudencia que comento a continuación.

El CPC señala que cuando el procedimiento se haya iniciado como voluntario y exista oposición de legítimo contradictor²⁶, operará una sustitución del procedimiento y se le dará tramitación contenciosa²⁷. Así ocurrió en un caso conocido por la Corte Suprema, en que se ordenó sustitución del procedimiento según las reglas del juicio sumario²⁸, probablemente porque la Corte estimó que la discapacidad ya se encontraba acreditada por la inscripción del certificado –emitido por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN)– en el RND. En este caso, la conviviente de hecho del presunto demente se había opuesto a la pretensión de la parte solicitante. En primera instancia se le reconoció la calidad de parte, pero como tercero coadyuvante. En su fallo sobre la casación en el fondo, la Corte Suprema le niega esta calidad.

Entonces, conforme con esta jurisprudencia, corresponderá reformular el procedimiento como uno contencioso ante la oposición de un tercero, pero no considerarlo un tercero coadyuvante, cuya pretensión siempre debe adherir a alguna de las pretensiones principales. Esto reviste importancia procedimental, toda vez que el tribunal de primera instancia habría errado al sustituir el procedimiento, lo que habría provocado –de no ser

²⁵ La gran mayoría de las causas revisadas a efectos de este trabajo eran voluntarias, salvo una con patrocinio particular en que el procedimiento se torna contencioso pues existe oposición a la solicitud de interdicción por parte de otros parientes. Consecuentemente, en esta causa se presentaron recursos, tanto de apelación como casación, contra la decisión del juez civil; lo que, a su vez, produjo que el juicio se extendiera más en el tiempo que en los otros casos. La litigiosidad de esta causa podría deberse a que existe interés por parte del grupo familiar respecto de quién administrará el patrimonio del interdicto.

²⁶ Por legítimo contradictor entenderemos a aquella persona que tiene “derecho” a oponerse a la solicitud voluntaria. En concreto, se trata de una cuestión de legitimación activa y de prelación para el ejercicio de la guarda. Si, por ejemplo, un hijo o hija solicita la interdicción mediante un procedimiento voluntario y la PcDICPS está casada, podrá el cónyuge de la persona con discapacidad oponerse, y dicha oposición será legítima.

²⁷ Artículo 823 del CPC: “Si a la solicitud presentada se hace oposición por legítimo contradictor, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.

Si la oposición se hace por quien no tiene derecho, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal”.

²⁸ Corte Suprema, 17.12.2015, rol 27322-2014.

revocada la sentencia— que un procedimiento verdaderamente contencioso se tramitara como una gestión voluntaria.

4. *Efecto de la declaración judicial de interdicción por demencia*

El efecto de la declaración de interdicción por demencia es el mismo, sea que el procedimiento por el que se sustancie sea contencioso o administrativo: la persona queda interdicta. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley Nº 18.600 hace algunas excepciones a la sustitución absoluta de voluntad que acarrea la interdicción, reconociendo cierta capacidad a las PcDICPS —que en ningún caso subsana las falencias del sistema—. Esta norma hace aplicables los artículos 440 y 453 del CC y otorga un especial “permiso” al interdicto.

El artículo 440 del CC permite que el guardador confíe al pupilo la administración de alguna parte de su patrimonio; a su vez, el artículo 453 del CC obliga al juez a fijar una suma de dinero de libre disposición para el pupilo. No obstante, el inciso segundo del mencionado artículo 4 especificaría que es el curador quien fija la suma, prudentialmente. Por aplicación del principio de especialidad de la ley, esta última opción debiera primar; aunque es reprochable que la determinación de si recibe dinero y en qué cantidad quede relegada a la prudencia del curador (la intervención judicial podría dar mejor garantía, en el contexto ya reprochable de la sustitución de la voluntad, de la concesión de tal dinero).

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 4 de la Ley Nº 18.600 permite suscribir contratos de trabajo, con autorización del guardador, suscripción que no está prevista cuando la interdicción se provoque por juicio contencioso de interdicción.

Finalmente, es posible señalar que en 2016 el Tribunal Constitucional conoció una solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 456 del CC y del artículo 4 de la Ley Nº 18.600 para que surtiera efectos en una gestión voluntaria de interdicción por demencia. Esta gestión pendiente se refería a la petición de una madre de declarar a su hijo de 20 años interdicto por demencia, el que sufría una discapacidad que le afectaba en sus actividades psíquicas en 30%. La petición se había fundado en los artículos 459 y 443 del CC y en el mencionado artículo 4, señalando que con su aplicación se vulneraba el derecho a la igualdad, invocando también la Convención mediante el artículo 5 de la Carta Fundamental —especialmente su artículo 12—²⁹.

El Tribunal Constitucional rechazó la solicitud argumentando que la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impediría efectuar juicios de valor o de mérito sobre la legislación porque: 1) la constitucionalidad de la ley se presume; 2) los juicios de mérito sobre la obra legislativa están fuera de su competencia; 3) el deber que adquiere el Estado de adecuar su normativa interna a las normas contenidas en tratados internacionales corresponde a los órganos colegisladores (considerando 6).

Por otra parte, el Tribunal señaló que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución y que no constituyen *per se* parámetros autónomos de control de

²⁹ Tribunal Constitucional de Chile, 2.1.2016, rol 2703-15.

constitucionalidad, en el sentido de habilitarla directamente para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían (considerando 11). Afirmó también que existe una diferencia de trato entre personas capaces e incapaces que obliga al legislador a diseñar los mecanismos necesarios para proteger a estas últimas, al tiempo que asegura la protección del interés social, de lo que no se sigue que se desconozca su capacidad de goce (considerando 15). Agregó que las normas impugnadas no producirían resultados contrarios a la Constitución y que una eventual adecuación de la legislación nacional a los parámetros derivados de la Convención debe ser efectuada por los órganos colegisladores (considerando 27).

Llama la atención que el Tribunal afirme que “la declaración de discapacidad conforme a la Ley N° 20.422 otorga derecho a las acciones de prevención y rehabilitación que otorga el Estado, en apoyo de los incapaces, en las cuales la participación de la familia como de quienes los tengan a su cuidado es especialmente considerada (artículos 18 y 22). En el caso de una **familia de escasos recursos**, ese apoyo –más allá de la asistencialidad que pueda atribuírsele– puede resultar vital”. En este considerando (26), el Tribunal da a entender que la propia declaración de discapacidad y la consiguiente interdicción son un apoyo para la PcDICPS, sin reparar en la desproporcionalidad de la medida, vinculando inadecuadamente una situación socioeconómica precaria con la necesidad de tal declaración de discapacidad. ¿Las PcDICPS pobres que viven en familias que también lo son están justificadamente más proclives a la declaración de discapacidad y, por ende, a la de interdicción por demencia? Lamentablemente, el Tribunal justificó la existencia de una norma contraria a la Convención, avalando así la constitucionalidad de un sistema decimonónico de incapacidad y declaración de interdicción por demencia que vulnera la dignidad de las PcDICPS.

5. *¿Salvaguardas de la interdicción por demencia?*

Teniendo en cuenta que el ordenamiento chileno no cuenta con un sistema de apoyos y salvaguardas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PcDICPS, podrían, eventualmente, entenderse como salvaguardias indirectas a la interdicción por demencia, algunas solemnidades y reglas que deben observarse para finalizar el proceso de interdicción y desempeñar la curaduría:

- a) discernimiento del cargo, esto es, el decreto judicial que autoriza ejercerlo³⁰;
- b) lo obligación de rendir fianza³¹;
- c) la obligación de confección de inventario solemne dentro de los 90 días subsiguientes al discernimiento³²;

³⁰ CC, art. 373.

³¹ CC, arts. 374 y 375.

³² CC, art. 378.

- d) administrar los bienes del pupilo estando obligado a su conservación, reparación y cultivo, debiendo responder por los actos ejecutados sin una diligencia mediana³³;
- e) el que la donación de bienes raíces del pupilo esté prohibida, aun con previo decreto judicial³⁴;
- f) la obligación de indemnizar al pupilo y la posibilidad de perseguir penalmente al curador por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo³⁵.

Los procedimientos analizados hasta este momento no establecen mecanismos adecuados de defensa y apoyo a la PcDICPS, permitiéndose la imposición de un representante a las PcDICPS, que le sustituye en su voluntad. Asimismo, si bien puede recurrirse al juez para solicitar la remoción del guardador, ello exige costear una representación letrada que puede resultar gravosa tanto en términos patrimoniales como de tiempo; de manera que el control del modo en que tal representante ejerce sus funciones es insuficiente y de difícil acceso para la PcDICPS (como podría serlo si existiera una autoridad administrativa que ejerciera tal control o un defensor de los derechos de la PcDICPS). Esta remoción procede por: i) incapacidad; ii) fraude o culpa grave; iii) ineptitud manifiesta; iv) actos repetidos de administración descuidada³⁶ y v) conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo³⁷. Puede ser provocada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge y por cualquiera persona del pueblo. El juez podrá también promoverla de oficio³⁸.

6. *Procedimiento administrativo contemplado en la Ley N° 18.600*

El legislador del siglo XIX exigió el cumplimiento de los requisitos y la sustanciación de un procedimiento para la declaración de la interdicción por demencia que, con el transcurso del tiempo, devinieron, generalmente, en un obstáculo debido a su excesivo formalismo. Así, las normas legales relativas a la discapacidad han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo y, en lo que respecta a la de tipo intelectual, la Ley N° 18.600 ha sido reformada de manera que hoy contempla un procedimiento judicial voluntario y otro administrativo para la tramitación de las interdicciones en el caso de las PcDICPS. El artículo 4 inciso primero de esta ley establece que la constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental, así como la certificación de esta, se hará de conformidad al procedimiento señalado en el Título II de la Ley N° 19.284 y en el reglamento³⁹.

³³ CC, art. 391.

³⁴ CC, art. 402.

³⁵ CC, art. 544.

³⁶ CC, art. 540.

³⁷ CC, art. 542.

³⁸ CC, art. 542.

³⁹ Ley N° 19.284, 1994.

La Ley N° 18.600 buscó simplificar la obtención de la declaración de interdicción, atendiendo a que, en la práctica, en muchos casos, el cuidado de la PcDICPS se produce dentro del núcleo familiar y, llegada la mayoría de edad de ella, permanece viviendo con su familia. En este sentido, la provocación de un juicio de interdicción muchas veces implicaría un “falso” juicio⁴⁰.

El artículo 18 bis de la Ley N° 18.600⁴¹ establece una curaduría que se constituye conforme a un procedimiento administrativo, haciendo excepción al requisito de discernimiento de las guardas: “Las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadores provisorios de los bienes de estos, **por el solo ministerio de la ley (...)**”. Según se ha señalado, esta norma da lugar a una suerte de guarda administrativamente constituida, que se ha prestado para abusos por parte de los cuidadores de las PcDICPS, que han preferido optar por esta alternativa para agilizar la curaduría y evitar trámites judiciales⁴².

El inciso segundo del señalado artículo 18 bis establece los requisitos de procedencia para esta curaduría provisorio:

- a) Que la persona se encuentre bajo el cuidado permanente del solicitante. Se entiende que se cumple dicho requisito cuando: existe dependencia alimentaria, económica y educacional, diurna y nocturna; y dicha dependencia es parcial, es decir, por jornada, siempre y cuando esta haya tenido lugar de manera continua e ininterrumpida, durante dos años a lo menos;
- b) Que carezcan de curador o no se encuentren sometidos a patria potestad;
- c) Que la persona natural llamada a desempeñarse como curador provisorio o, en su caso, los representantes legales de la persona jurídica, no estén afectados por alguna de las incapacidades para ejercer tutela o curaduría que establece el párrafo 1° del Título XXX del Libro Primero del CC.

La norma agrega, en el inciso cuarto, que si las circunstancias mencionadas constaren en el RND, bastará para acreditar la curaduría provisorio frente a terceros el certificado que expida el Servicio de Registro Civil e Identificación. En consecuencia, opera por el solo ministerio de la ley y, según lo estipulado en el inciso quinto del artículo 18 bis, no es necesario discernimiento, ni rendición de fianza o confección de inventario; además, estos curadores gozarán de privilegio de pobreza en las actuaciones judiciales

⁴⁰ Cfr. SILVA, 2017, p. 149. En efecto, la totalidad de las causas revisadas a efectos de este trabajo han sido impulsadas por familiares: aquellas patrocinadas particularmente presentadas por hijos e hijas respecto de sus progenitores (las personas presuntamente “dementes” obedecen mayormente a hombres de aproximadamente 50 a 70 años). Las causas patrocinadas por CAJ son de un espectro más amplio, tanto de solicitantes como de presuntos interdictos: no solamente se solicita la interdicción de progenitores, sino también de sobrinos, sobrinas, madres, hijos, hijas y cónyuges, por parte de diversos familiares —no solamente hijos o hijas— (estas solicitudes dicen relación con personas que poseen un rango de edad más amplio).

⁴¹ Este artículo fue incorporado mediante la Ley N° 19.735, 2001.

⁴² Cfr. SILVA, 2017, pp. 153 y 155-160.

y extrajudiciales que realicen en relación con esta curaduría y no percibirán retribución alguna por su gestión.

Respecto de la duración de esta curaduría, el inciso cuarto de la norma en comento establece que “La curaduría provisoria durará **mientras permanezcan bajo la dependencia y cuidado** de las personas inscritas en el Registro aludido y no se les designe curador de conformidad con las normas del Código Civil”. Así, esta curaduría es de duración indefinida y potencialmente permanente, ya que no establece una revisión obligatoria de tal calidad de dependencia y cuidado y queda, asimismo, sujeto a la voluntad de la persona que pasa a ser la curadora el generar un juicio de acuerdo con las reglas del CC.

Finalmente, y al igual que el procedimiento judicial voluntario, la legalidad de este procedimiento administrativo ha sido avalada por los órganos del Estado; esta vez por la Contraloría General de la República, en dictamen Nº 27016, de 10 de mayo de 2012, donde señaló que:

“(…) tampoco existe fundamento para sostener que la entrada en vigencia para nuestro país de la Convención (...) haya importado la **derogación del sistema de curaduría** en referencia, lo cual de acuerdo con los antecedentes adjuntos, se adujo como argumento para dejar de aplicarlo. En efecto, la norma especial del artículo 18 bis de la ley Nº 18.600 propende a **brindar una protección particular a los discapacitados** a que ella se refiere, facilitando la administración de sus bienes por quienes los cuidan, lo cual se enmarca precisamente en el ámbito del artículo 12, Nº 3, de la convención en referencia”.

Una vez más, la referida norma de la Convención es incorrectamente interpretada en el sentido de que la sustitución de la voluntad mediante la interdicción es un apoyo para la PcDICPS, sin siquiera distinguir la intensidad de la discapacidad. Más reprochable es aun este pronunciamiento en el sentido de que avala la constitucionalidad de un trámite administrativo que no cuenta con un control de legalidad de carácter judicial (la limitación del ejercicio de derechos exige un examen de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, que la administración no efectúa según lo normado en la Ley Nº 18.600).

IV. CRÍTICAS A LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERDICCIÓN POR DEMENCIA

La existencia de dos procedimientos judiciales de declaración de interdicción de distinta naturaleza, sumada a la curaduría provisoria de índole administrativa, ha generado problemas importantes tanto de tramitación como de ponderación judicial.

En primer lugar, la imposibilidad de saber, a ciencia cierta, cuántas personas se encuentran declaradas interdictas por demencia en la actualidad. Según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas –las más actualizadas a las que he podido acceder–, las causas terminadas con motivo de término “interdicción por demencia” en 2016 ascienden a

912 (siendo las ingresadas 1.198)⁴³, pero no es posible precisar si en dichas causas se accede o no a la demanda y si se cumplieron las formalidades legales posteriores. Por otro lado, la existencia de una curaduría provisoria al margen de la intervención judicial que se prolonga de hecho en el tiempo provoca que haya interdicciones no registradas como tales o bien registros paralelos a lo ordenado judicialmente.

En segundo lugar, los tribunales no observan tramitaciones ni diligencias probatorias medianamente homogéneas. Si bien no puede exigirse razonablemente que los tribunales sustancien los procedimientos siempre de la misma forma, también es cierto que debe existir cierta seguridad en la tramitación que se observará. Así, se detecta que ante una misma solicitud las notificaciones y pruebas que se ordenan son distintas, generándose la consiguiente falta de seguridad jurídica en el usuario del sistema de justicia. Incluso, al menos hasta hace algunos años, existirían jueces que se niegan a sustanciar la interdicción como una gestión civil voluntaria —pese a caer dentro de la hipótesis de la Ley N° 18.600—⁴⁴.

En tercer lugar, se señala que como la Ley N° 18.600 no contempló los trámites posteriores al procedimiento que reguló, en la práctica, se subentiende que las diligencias y formalidades que contempla el CC para el ejercicio de la curaduría deben cumplirse de todas formas⁴⁵. La Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) ha concluido que: “(...) existe una fuerte corriente que plantea la necesidad de aplicar las ritualidades del antiguo sistema en cuanto a rendir fianza, practicar inventario, publicar en diario de circulación nacional e inscribir en el Conservador de Bienes Raíces, pues estos requerimientos fueron establecidos para proteger al interdicto y a los terceros respecto de los actos que este realice, dando certeza y seguridad jurídica”⁴⁶. Con ello no se cumple el objetivo simplificador de las reformas a la Ley N° 18.600, existiendo situaciones en que se practican esas diligencias y formalidades y otras en que no se verifican.

En cuarto lugar, es posible observar que existe confusión entre el diagnóstico técnico acerca de la discapacidad intelectual, materializado frecuentemente en el certificado emitido por el profesional de la salud que corresponda —que se refiere a la calificación y certificación de la discapacidad⁴⁷— y la valoración que el juez, conociendo de una solicitud de interdicción, debe efectuar acerca de la competencia de la persona para

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, 2017, p. 9. Desde 2002 se observa una tendencia al aumento de este tipo de causas a nivel nacional.

⁴⁴ CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, 2012, p. 5.

⁴⁵ Así lo ha expresado, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 12.12.2014, rol 397-2014.

⁴⁶ CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, 2012, p. 10.

⁴⁷ Es importante recordar lo señalado en el artículo 9 letra c) del Decreto N° 47 del Ministerio de Salud, 2013: “deficiencia mental” es una condición de salud que puede causar discapacidad; clasificándola en: “deficiencia mental de causa psíquica”: aquella que presentan las personas que padecen trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes, derivada de una enfermedad psíquica; y “deficiencia mental de causa intelectual”: aquella que presentan las personas cuyo rendimiento intelectual es inferior a la norma en *test* estandarizados.

tomar decisiones autónomas acerca de aspectos de su propia vida. A modo ejemplar, ello se detecta en los siguientes fallos.

En primer lugar, la sentencia de la Corte Suprema de 13 de julio de 2015⁴⁸. Los antecedentes son los siguientes.

El 12 de marzo de 2014, el Juzgado Civil de La Calera conoció de una demanda ejecutiva por obligación de hacer, acogiendo la excepción del artículo 464 número 14 del CPC⁴⁹, entendiendo que había demencia habitual en el vendedor ejecutado. La compradora del supuesto demente alegaba incumplimiento de la obligación de entregar un inmueble que había comprado y que el vendedor era plenamente capaz al no encontrarse declarado interdicto por demencia mediante sentencia firme y ejecutoriada e inscrita en el competente registro conservatorio. La hermana del supuesto demente vendedor, actuando como agente oficioso de su hermano demandado, interpuso la excepción de nulidad de la obligación (por ausencia de voluntad conforme al artículo 1682 inciso segundo del CC⁵⁰), conforme al mencionado artículo del CPC, la que fue, entonces, acogida.

El 21 de noviembre de 2006 se había inscrito al supuesto demente vendedor en el RND, constando que aquel padecía de 60% de discapacidad mental. El 5 de julio de 2013, tal vendedor celebró una compraventa del inmueble en cuestión, la que se encontraba inscrita con fecha 12 de julio de 2013. El 2 de septiembre de 2013 se solicita la declaración de interdicción por parte de la hermana del supuesto demente vendedor, declarándose la interdicción definitiva por sentencia recaída en procedimiento judicial voluntario, el 30 de octubre de 2013, esto es, solo 23 días después de haberse presentado la demanda ejecutiva por obligación de hacer por parte de la compradora.

La compradora apeló y la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió la apelación el 17 de noviembre de 2014, rechazando la excepción interpuesta y ordenando seguir adelante con la ejecución. El argumento de la Corte fue que el señalado artículo 464 número 14 del CPC se refiere a la nulidad de la obligación, es decir, a la existencia o validez del acto o contrato que da origen a la obligación; esta excepción no atañería al carácter ejecutivo del título, cuestión a la que se refiere más bien el numeral 7 del mencionado artículo del CPC⁵¹. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema acoge la casación en el fondo, afirmando que se ha efectuado una errada interpretación del mencionado numeral 14, que es el que corresponde aplicar –y no el numeral 7–, ya que la nulidad alegada se relaciona con la falta de un requisito previsto por la ley para la validez del acto o contrato en que se sustenta la obligación materia de autos.

⁴⁸ Corte Suprema, 13.7.2015, rol 1985-2013.

⁴⁹ CPC, art. 464 número 14: “La oposición del ejecutado solo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes: (...) 14ª. la nulidad de la obligación”.

⁵⁰ CC, art. 1682 inc. 2: “Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”.

⁵¹ CPC, art. 464 número 7: “La oposición del ejecutado solo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes: (...) 7ª. La falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado”.

Lo que se desprende de este caso es que la situación de inscripción en el RND y el hecho de presentar el demandado una discapacidad severa conforme con las reglas del Decreto 47 permiten una presunción grave y con precisión suficiente para formar convencimiento de que a la fecha de celebración del contrato el vendedor sufría demencia habitual, sin razonar acerca de la competencia de la persona para tomar decisiones respecto de su propio patrimonio.

Analicemos ahora el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de mayo de 2016⁵², referido esta vez al procedimiento previsto en la Ley N° 18.600. En esta oportunidad, al resolver la aplicación del artículo 4 de la Ley N° 18.600, esta Corte señala que al juez no le compete constatar el cumplimiento de las exigencias legales, de forma tal que la evaluación de la capacidad de discernimiento queda asimilada o cubierta con el certificado de la discapacidad mental emitido por la autoridad competente, sin que sea necesario ningún otro tipo de evaluación profesional.

La Corte de Apelaciones entendió que la prueba rendida por el solicitante, valorada prudencialmente conforme con el artículo 819 del CPC, permitía acreditar que el sujeto padecía de una discapacidad mental psíquica severa, equivalente a 50%, de carácter permanente, diagnosticada por la COMPIN, encontrándose además inscrita en el RND. Por ello, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la interdicción, al entender satisfechas todas las exigencias legales. En el considerando tercero afirmó que:

“la impresión que el juez de la causa se forme respecto del estado de salud mental de la persona con discapacidad cuya declaración de interdicción se solicita, con motivo de la realización de la audiencia que prevé la ley, **no puede sustituir el dictamen emitido por quienes profesan la ciencia de la medicina** y que se desempeñan, precisamente, en el área de la salud mental, únicas personas que se encuentran profesionalmente capacitadas para proporcionar un diagnóstico de esa especificidad técnica. Lo anterior no importa que la audiencia referida sea superflua ni que el rol del juez en procedimientos de esta naturaleza sea irrelevante, sino únicamente que, en el evento de optarse por esta vía para obtener se decrete la interdicción por demencia de una persona y **no por el pleito contencioso**, el tribunal **deberá limitarse a constatar** el cumplimiento de las exigencias legales sobre la base de los antecedentes que se le hagan valer y efectuar las declaraciones que corresponda”.

Se ha dicho que la audiencia previa del juez con la PcDICPS supone una verdadera inspección del tribunal⁵³, pero cuyo único fin es “corroborar” la discapacidad⁵⁴, en especial

⁵² Corte de Apelaciones de Santiago, 30.5.2016, rol C-1304-2016.

⁵³ La inspección personal del tribunal es fundamental, observándose su verificación en todas las causas revisadas al efectuar este trabajo. Parece primordial que el juez pueda dilucidar en primera persona el grado de discapacidad del presunto interdicto (este es un trámite esencial en el procedimiento voluntario, según establece el artículo 4 inciso segundo de la Ley N° 18.600). En cambio, se observa que no existe un criterio uniforme por el cual el tribunal decida solicitar informe al defensor público.

⁵⁴ Cfr. LÓPEZ, 2016, p. 685.

en los procedimientos voluntarios. Así también lo ha entendido la jurisprudencia: “en el evento de optarse por esta vía para obtener se decreta la interdicción por demencia de una persona y no por el pleito contencioso, el tribunal **deberá limitarse constatar el cumplimiento de las exigencias legales** sobre la base de los antecedentes que se le hagan valer y efectuar las declaraciones que corresponda”⁵⁵. Este tipo de decisiones ignoran que la valoración judicial al conocer de la interdicción por demencia, sea cual sea el procedimiento, debe centrarse en la competencia de la persona para tomar decisiones autónomas acerca de aspectos de su propia vida: el juez descansa excesivamente en una resolución administrativa.

La falta de razonamiento judicial acerca de la competencia de la persona respecto de la que se solicita la interdicción, bajo el argumento de encontrarse certificada la discapacidad, conlleva la pérdida de un sinnúmero de derechos de distinta índole, según he comentado más arriba; en circunstancias de que, en muchas ocasiones, se trata más bien de situaciones de dependencia que requieren la asistencia de un cuidador, apoyo que puede ser proporcionado sin necesidad de declarar la interdicción. Así, por ejemplo, cuando se señala que una persona de 23 años –víctima de una hidrocefalia secundaria y que utiliza silla de ruedas–, respecto de la cual su madre solicita la interdicción por demencia, “entiende lo que se le pregunta pero se expresa con dificultad” y que “come sola pero se cansa, controla esfínter pero hay que llevarla al baño, vestirla, bañarla, entre otros actos”, es posible preguntarse si la discapacidad psíquica o mental certificada de 80% es un antecedente tan esencial y contundente como para que el juez nombre a una persona autorizada para sustituir su voluntad en todo ámbito de su vida⁵⁶.

V. CONCLUSIONES

1. Las PcDICPS se ven enfrentadas a barreras legales y a prácticas discriminatorias en ámbitos de su libertad personal, relaciones familiares, salud, relaciones contractuales, derechos políticos y acceso a ciertos cargos y funciones, entre otros.
2. Leyes y reglamentos generales y especiales continúan utilizando denominaciones arbitrarias para referirse a ellas; más aún, el CC no ha adecuado sus reglas sobre capacidad e interdicción por demencia a los postulados de la Convención, habiendo sido avalada su legalidad y constitucionalidad por distintos órganos del Estado.
3. Las normas concernientes a interdicción por demencia no han sido adecuadas al paradigma social de la Convención. Estas normas vulneran los derechos de las PcDICPS –tanto mayores como menores de edad– al permitir la sustitución absoluta y desproporcionada de su voluntad mediante el nombramiento de un curador; en especial, su derecho a ejercer capacidad jurídica, a ser oídas y al debido proceso.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 2.4.2014, rol 7238-2013.

⁵⁶ 3^{er} Juzgado Civil de Santiago, 20.12.2013, rol V-311-2013.

4. La existencia de dos procedimientos judiciales de declaración de interdicción por demencia de distinta naturaleza, sumada a la curaduría provisoria de índole administrativa, ha generado problemas importantes tanto de tramitación como de ponderación judicial y, consecuentemente, de certeza jurídica.
 - Se observa que los titulares de la solicitud o demanda, en su caso, no son los mismos; que el procedimiento administrativo autoriza ciertas excepciones a la sustitución absoluta de la voluntad del presunto demente, generando la existencia paralela de dos tipos de PcDICPS interdictas por demencia. Todos los procedimientos carecen de salvaguardas adecuadas de control; incluso más, el de carácter administrativo está desprovisto de las formalidades posteriores a la declaración de interdicción y permite que ella opere de pleno derecho, pudiendo transformarse en permanente, ya que no está sujeta a revisión periódica obligatoria.
 - Es imposible saber con exactitud cuántas personas se encuentran declaradas interdictas por demencia. La existencia de una curaduría provisoria al margen de la intervención judicial que se prolonga de hecho en el tiempo provoca que haya interdicciones no registradas como tales o bien registros paralelos a lo ordenado judicialmente.
 - Los tribunales observan tramitaciones y diligencias probatorias diversas, lo que genera incerteza jurídica respecto del procedimiento a seguir.
 - La Ley N° 18.600 no contempló los trámites posteriores al procedimiento que reguló, por lo que en la práctica se subentiende que las diligencias y formalidades que contempla el CC para el ejercicio de la curaduría deben cumplirse de todas formas (con lo que no todas las PcDICPS son protegidas por medio de ellas).
5. Finalmente, se observa confusión entre el diagnóstico técnico referido a la discapacidad intelectual y la valoración que el juez, conociendo de la interdicción, debe efectuar acerca de la competencia de la persona para tomar decisiones autónomas de aspectos de su propia vida. Las consecuencias que la interdicción por demencia acarrea son tan lesivas de la dignidad humana que constituye un imperativo ético ponderar cabalmente todo tipo de prueba allegada al proceso, así como determinar proporcionalmente al grado de discapacidad el apoyo que se requiere. Este apoyo es muchas veces de orden informal, pues, por el grado de dependencia –mas no de discapacidad intelectual– de la persona, lo que ellas necesitan es un cuidado digno, respetuoso de su voluntad, preferencias y deseos; siendo innecesaria la privación de sus derechos mediante la interdicción por demencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BACH, Michael y KERZNER, Lana, 2010: "A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity". Disponible en www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf. [Fecha de consulta: 15.05.2018].

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2011: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago, Thomson Reuters Puntotex.
- CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, 2012: “Una mirada desde la práctica a la declaración de interdicción”. Disponible en docplayer.es/15022972-Una-mirada-desde-la-practica-a-la-declaracion-de-interdiccion-introduccion-1-2.html. [Fecha de consulta: 15.05.2018].
- CLARO SOLAR, Luis, 1979: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2016: “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile”. Disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrBkvDLHrFFq8wSOe2z9g3iFJkxVdXG46rNMaDkVcT6SYCqE9w8saGfjQe6YuM2nEvOCVqR%2BIFnDejMd18bZ3X3IRnxsnlMuSYVwTSB%2BQck> [Fecha de consulta: 31.10.2018].
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2011: “Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína”, *Revista de Derecho*, vol. XXIV, núm. 2: pp. 31-64.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA, 2017: “Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia”. Disponible en decs.pjud.cl/documentos/descargas/Articulo_An_lisis_Estad_stico_de_la_Ley_20_609.pdf. [Fecha de consulta: 15.05.2018].
- FUNDACIÓN DESCÚBREME. Discapacidad Cognitiva. Recuperado el 15.05.2018, de Fundación Descúbreme: www.descubreme.cl/informacion. Fecha de consulta: 15 de Mayo de 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, 2017: “Justicia, Informe Nacional 2016”. Disponible en www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/informe-anual-de-justicia-2016.pdf?sfvrsn=13. [Fecha de consulta: 14.05.2018].
- LÓPEZ DÍAZ, Carlos, 2016: *Tratado de Derecho de Familia*, Santiago, Digesto.
- LYON PUELMA, Alberto, 2007: *Personas Naturales*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- MINISTERIO DE SALUD, 2017: *Plan Nacional de Demencia*. Disponible en <http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/11/PLAN-DE-DEMENCIA.pdf> [Fecha de consulta: 31.10.2018].
- OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL, 2014: *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*. Disponible en www.senadis.gob.cl/descarga/i/3330. [Fecha de consulta: 15.05.2018].
- SILVA BARROILHET, Paula, 2017: *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: régimen jurídico chileno y bases para su modificación*, Santiago, Legal Publishing Chile.

Normas jurídicas citadas

- DECRETO Nº 47 del Ministerio de Salud, establece reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad, publicado con fecha 16 de Octubre de 2013.
- LEY Nº 20.609, Establece medidas contra la discriminación, publicada con fecha 24 de Julio de 2012.
- LEY Nº 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidad e inclusión social de personas con discapacidad, publicada con fecha 10 de Febrero de 2010.
- CONVENCIÓN sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de Diciembre de 2006. Ratificada por Chile mediante Decreto 201, publicado el 17 de Septiembre de 2008.
- LEY Nº 19.954, modifica la Ley 18.600, en lo relativo al procedimiento de interdicción de los discapacitados mentales, publicada con fecha 14 de Julio de 2004.
- LEY Nº 19.735, modifica la Ley Nº 18.600, estableciendo nuevas normas sobre los discapacitados mentales, publicada con fecha 22 de junio de 2001.

D.F.L. N° 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, publicado con fecha 30 de mayo de 2000.

LEY N° 19.284, establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad, publicada con fecha 14 de enero de 1994.

LEY N° 18.600, establece normas sobre deficientes mentales, publicada con fecha 19 de febrero de 1987.

LEY N° 1.552, Código de Procedimiento Civil, publicada con fecha 30 de agosto de 1902.

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema, sentencia de 21 de Junio de 2018, rol 38521-2017.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de Mayo de 2016, rol C-1304-2016.

TRIBUNAL Constitucional de Chile, sentencia de 2 de Enero de 2016, rol 2703-15.

CORTE Suprema, sentencia de 17 de Diciembre de 2015, rol 27322-2014.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 5 de Noviembre de 2015, rol 9316-2015.

CORTE Suprema, sentencia de 13 de Julio de 2015, rol 1985-2013.

CORTE de Apelaciones de Copiapó, sentencia de 12 de Diciembre de 2014, rol 397-2014.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de Abril de 2014, rol 7238-2013.

3° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 20 de Diciembre de 2013, rol V-311-2013.

CONTRALORÍA General de la República, dictamen N° 27016, de 10 de Mayo de 2012.

Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014: análisis crítico*

*Patricia Toledo Zúñiga***

*Francisca Riffo Aguilar****

*Pablo Torres Pedreros*****

RESUMEN

Este trabajo aborda los denominados “impuestos extrafiscales” incorporados con la Reforma Tributaria del 2014 por medio de la Ley Nº 20.780.

La finalidad principal de los impuestos extrafiscales no es obtener ingresos para el Estado, sino modificar externalidades negativas como el daño a la salud y la contaminación medioambiental. El propósito de este trabajo es analizar los impuestos extrafiscales de la Reforma Tributaria 2014 y demostrar que, no obstante su denominación, su finalidad es principalmente recaudatoria.

Extrafiscalidad – reforma tributaria 2014 – impuestos

Corrective taxes in the tax reform: critical analysis

ABSTRACT

This work addresses the so-called “corrective taxes” scheme established in 2014’s Tax Reform by means of the Law Nr. 20 780.

In theory, its main purpose is not revenue generation for the State, but to alter negative externalities such as damage to health and environmental pollution.

* Este trabajo tiene su origen en la tesis de FRANCISCA RIFFO y PABLO TORRES, realizada el 2015 en la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y guiada por la profesora PATRICIA TOLEDO.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Temuco. Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Profesora de Derecho Tributario, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: patricia.toledo@uach.cl

*** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Temuco. Correo electrónico: francisca.riffoaguilar@gmail.com

**** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Temuco. Correo electrónico: pablortorrespdreros@gmail.com

Artículo recibido el 31 de agosto de 2016 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

The purpose of this paper is to study the non-tax taxation scheme of the 2014's Tax Reform and to demonstrate that, despite its name, its purpose is, primarily, that of tax collection.

Corrective taxes – tributary reform 2014 – taxes

INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.780, reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce ajustes en el sistema tributario, en adelante “Reforma Tributaria 2014”.

Este trabajo tiene por objeto de estudio cuatro impuestos establecidos por la mencionada Ley N° 20.780; que afectan las siguientes actividades: consumo de tabaco; consumo de alcohol; uso de ciertos vehículos; emisión al aire de material particulado.

Este grupo de impuestos ha sido tratado por el gobierno como impuestos extrafiscales¹; su finalidad principal sería modificar externalidades negativas, como el daño a la salud y la contaminación medioambiental.

Nuestro propósito es analizar los impuestos extrafiscales de la Reforma Tributaria 2014 y determinar en qué sentido y en qué grado estos impuestos son, efectivamente, extrafiscales. Metodológicamente, comenzaremos definiendo una red conceptual acerca de los impuestos recaudatorios y respecto de los impuestos extrafiscales, clasificando estos últimos en propios e impropios. Acto seguido aplicaremos estos conceptos a cada uno de los denominados “impuestos extrafiscales” de la Reforma Tributaria 2014 para determinar cuáles de ellos son extrafiscales propios, cuáles son extrafiscales impropios y cuáles –no obstante su denominación– tienen una finalidad principalmente recaudatoria.

I. RED CONCEPTUAL

Tributo se puede definir como una prestación económica, de carácter obligatorio, establecido por la ley cuya finalidad es el financiamiento de los gastos públicos². Los tributos se clasifican en tasas, contribuciones especiales e *impuestos*.

¹ Así, por ejemplo, el Mensaje del Proyecto de la Ley N° 20.780 se refiere a estos impuestos como “Impuestos ligados al cuidado del medio ambiente” e “Impuestos correctivos”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2014): “Historia de la Ley 20.780”, pp. 15 y 16. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de diciembre de 2016].

² En el mismo sentido, el Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia iberoamericana, en su artículo 2 dispone: “Tributos son las prestaciones pecuniarias que el Estado exige en ejercicio de su potestad tributaria y como consecuencia de la realización del hecho imponible previsto en la ley, al que esta vincula el deber de contribuir, con el objeto de satisfacer necesidades públicas”. CIAT. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (2015). “Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. 2015”. Disponible en: <https://ciat.org-public.sharepoint>.

La recaudación de los ingresos provenientes de actividades gravadas con impuestos tiene por objetivo principal permitir que el Estado financie su Política Fiscal y cumplir así con el mandato constitucional de promover el bien común; esta finalidad se denomina *función fiscal* del Derecho Tributario.

En materia tributaria, hay quienes se oponen a la posibilidad de utilizar el Derecho Tributario para conseguir fines extrafiscales postulando que aquel estaría regido por un *principio de neutralidad o no intervencionismo* que implica que los tributos no deben influir en la adopción de decisiones económicas por parte de las personas afectadas por ellos³.

Actualmente existen varias legislaciones que permiten expresamente que el Derecho Tributario pueda cumplir funciones sociales y funciones económicas, distintas de la mera función fiscal, surge así el concepto de *función extrafiscal* del Derecho Tributario⁴.

Por definición, todo tributo tiene una finalidad recaudatoria; por tanto, clasificar un impuesto de fiscal o extrafiscal resulta, más bien, una cuestión de énfasis. Por ello, parece más adecuado hablar de *impuestos con finalidad predominantemente fiscal* e *impuestos con finalidad predominantemente extrafiscal*.

Siguiendo las ideas de Varona⁵, es posible afirmar que los elementos definidores de los tributos extrafiscales son los siguientes: perseguir con claridad una finalidad no recaudatoria que debe deducirse del articulado de su ley reguladora; la estructura interna del tributo debe impregnarse de los aspectos extrafiscales de tal forma que no advengan al gravamen como si de un añadido se tratara; y el tributo debe fomentar las conductas u operaciones acordes con la finalidad extrafiscal perseguida.

En virtud de lo anterior, es que se debe tener claro que la fiscalidad y la extrafiscalidad no necesariamente deben estar separadas la una de la otra. Existen impuestos con una finalidad fiscal claramente definida pero que incluso así pueden tener presente ciertos fines extrafiscales. Esto se logra comprender de mejor manera al clasificar la extrafiscalidad, atendiendo a sus distintos grados de intensidad, existiendo así impuestos extrafiscales propios e impuestos extrafiscales impropios.

Los *impuestos extrafiscales propios* son aquellos que en su fundamento y estructura están concebidos para lograr un objetivo de carácter extrafiscal, siendo esta finalidad

com/biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015_Modelo_Codigo_Tributario_CIAT.pdf [consulta: 30 de diciembre de 2016].

³ A modo de ejemplo, ver: ZAVALA, J.L. *Manual de Derecho Tributario*. Editorial Jurídica Conosur: Santiago, 2001, pp. 18 y 19.

⁴ A modo de ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone: "1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, *podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución*". El destacado es nuestro.

⁵ VARONA, J., *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 28 y ss.

extrafiscal de tal relevancia para el impuesto, que condiciona su propia configuración y articula los elementos cuantitativos para lograr cumplir con aquellos fines.

Los *impuestos extrafiscales impropios* poseen una finalidad primordialmente fiscal, pero que puede incluir algunos incentivos o beneficios de naturaleza extrafiscal, que no lo alejan de su finalidad fundamentalmente recaudatoria, la que no se ve sustituida ni cuestionada por aquellos beneficios.

II. IMPUESTO QUE AFECTA AL TABACO

1. *Regulación legal*

En Chile esta materia se regula en el DL Nº 828 del Ministerio de Hacienda, que establece normas para el cultivo, elaboración, comercialización e impuestos que afectan al tabaco, publicado en 1974.

El cuerpo legal, antes citado, ha sido objeto de diversas modificaciones durante los últimos años. En esta ocasión solo se hará referencia a las que dicen relación con las variaciones que ha sufrido el impuesto al tabaco, regulado en el artículo 4 del DL Nº 828.

Al respecto, la legislación chilena contempla las siguientes tres leyes: a) Ley Nº 20.455, publicada el 31 de julio de 2010, en su artículo 6 Nº 2⁶; b) Ley Nº 20.630, publicada el 27 de septiembre de 2012, en su artículo 6⁷; c) Ley Nº 20.780, de 29 de septiembre de 2014, en su artículo 4 letra a⁸. Todas ellas aumentan el *impuesto específico* y disminuyen el *impuesto ad valorem*⁹.

⁶ Artículo 6º.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones en el Decreto Ley Nº 828, de 1974, que establece normas para el cultivo, elaboración, comercialización e impuestos que afectan al tabaco: 2. Sustitúyase el artículo 4º por el siguiente: "Artículo 4º.- Los paquetes, cajas o envoltorios de cigarrillos pagarán un impuesto específico equivalente a 0,0000675 unidades tributarias mensuales por cada cigarrillo que contengan; y, además, un impuesto de 62,3%, que se aplicará sobre el precio de venta al consumidor, incluido impuestos, por cada paquete, caja o envoltorio, considerándose como entero toda fracción del impuesto inferior a un peso. Para estos efectos, el impuesto específico deberá calcularse tomando como base la unidad tributaria mensual vigente al momento de la determinación del impuesto".

⁷ Artículo 6º.- Sustitúyase en el inciso primero, del artículo 4º, del Decreto Ley Nº 828, de 1974, que establece normas para el cultivo, elaboración, comercialización e impuestos que afectan al tabaco, el guarismo "0,0000675" y el porcentaje "62,3%", por "0,000128803" y "60,5%", respectivamente.

⁸ Artículo 4º.- Introdúzcanse en el Decreto Ley Nº 828, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que establece normas para el cultivo, elaboración, comercialización e impuestos que afectan al tabaco, las siguientes modificaciones:

a) Reemplácense, en el inciso primero del artículo 4º, los guarismos "0,000128803" y "60,5" por "0,0010304240" y "30", respectivamente".

⁹ De acuerdo con el Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE) un *arancel específico* es aquel "que se impone en término de cargas o cobros monetarios específicos por unidad o cantidad de mercancía importada"; en tanto que un *arancel ad-valorem* es aquel que se impone en términos de porcentaje sobre el valor de la mercancía. Sistema de Información sobre Comercio Exterior. SICE. *Diccionario de término de comercio*. Disponible en http://www.sice.oas.org/dictionary/TNTM_s.asp [consulta: 30 de diciembre de 2016].

Además se encuentra la Circular N° 50, publicada el 3 de octubre del 2014 por el Servicio de Impuestos Internos –en adelante SII– que interpreta, con carácter obligatorio para los funcionarios del SII, los cambios introducidos por el mencionado artículo 4 de la Ley N° 20.780¹⁰.

Los trabajos legislativos de la Reforma Tributaria 2014 se retrotraen al 1 de abril del 2014, día en que el Poder Ejecutivo envía el Mensaje con el que se inicia la tramitación¹¹ –en adelante “El Proyecto”–.

En el Proyecto no se contemplaba modificación alguna al DL N° 828¹². La propuesta de incorporar el aumento de impuesto al tabaco se debe a la intervención de los parlamentarios Walker y Auth, en representación de los productores piscoeros y vitivinícolas, quienes con el alto impuesto al alcohol que proponía el gobierno podrían ver afectada su producción y así peligrar sus pequeños y medianos emprendimientos¹³. Por esta razón, proponen al ministro de Hacienda en ejercicio que presente una indicación que aumente el impuesto al tabaco, que compense la baja en la recaudación que, originalmente, se pretendía obtener con el impuesto al alcohol. El oficio con las indicaciones es presentado por el gobierno e incluye la propuesta de los parlamentarios en el artículo 2 bis del Proyecto.

Incluida la indicación al Proyecto, la discusión legislativa toma dos caminos. El primero –con una eminente función recaudatoria y justificada en lo perjudicial que podría resultar la Reforma para los pequeños y medianos productores vitivinícolas y piscoeros– en ningún momento deja de sostener que lo que aquí importa es lograr reunir el dinero necesario para dar cumplimiento a las reformas del gobierno. El segundo, planteado por el ministro de Hacienda, quien señaló que se están siguiendo las buenas prácticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –en adelante OCDE– avanzando en impuestos correctivos¹⁴, cuestión apoyada por diversos parlamentarios.

Si bien en la discusión en el Congreso no se hizo referencia a la extrafiscalidad, con lo planteado por el ministro en ejercicio se comienza a considerar la idea de que el impuesto al tabaco se configure como un impuesto extrafiscal.

El resultado final de la Reforma Tributaria 2014 en cuanto al tabaco –siguiendo el mismo criterio seguido cuando se ha reformado este impuesto– es que se aumenta el *impuesto específico* y se disminuye el *impuesto ad valorem*; el primero aumentó ocho veces; el segundo, disminuyó 30%.

¹⁰ Servicio de Impuestos Internos (2014): “Circular 50”. Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu50.pdf> [consulta: 30 de agosto de 2016].

¹¹ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): “Historia de la Ley N° 20.780”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

¹² Biblioteca del Congreso Nacional (2014): “Historia de la Ley N° 20.780”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016], pp. 22 y 168.

¹³ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): “Historia de la Ley N° 20.780”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016], p. 251.

¹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): “Historia de la Ley 20.780”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

2. *Recaudación de impuestos y estadísticas relativas al tabaco*

Los datos que se utilizarán comprende entre 2011 y 2013; aun no existen datos oficiales de lo recaudado por concepto de impuesto al tabaco, posteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.780.

Desde el cuarto trimestre del 2011 hasta el tercer trimestre del 2013 la recaudación por concepto de impuesto específico al tabaco no ha ido constantemente al alza; sin perjuicio de ello, la variación del último trimestre en análisis sufrió un aumento del 28,5% en comparación a igual trimestre del 2012, acumulándose un saldo de MM\$ 42.887. En cuanto a la variación acumulada en los últimos 12 meses, esta alcanza 8,7%¹⁵.

En seis años el impuesto al tabaco se ha aumentado tres veces, por lo que resulta esencial analizar la modificación tributaria que entró en vigencia el primer trimestre del 2013 en relación con el consumo de cigarrillos, el que alcanzó una cifra histórica al llegar a los 4.704.575.872 unidades de cigarrillos vendidos¹⁶.

Lo anterior explica el notorio aumento que registró la recaudación durante el primer trimestre del 2013, en el que se consolida el estancamiento del consumo de cigarrillos que se venía produciendo en la última década según el Undécimo Estudio Nacional de Drogas en Población General de Chile 2014 del SENDA –Servicio Nacional para la prevención y rehabilitación del consumo de drogas y alcohol– demuestra el aumento que se viene experimentando desde el 2012 y que en el 2014 se consolida con un aumento significativo de la prevalencia de consumo alguna vez en la vida; en 2012 era de 57,9%; en 2014 alcanza a 64,4%¹⁷ y se consumen 929,55 cigarrillos por persona al 2014¹⁸.

Las cifras expresadas coinciden con la tendencia histórica de aumento en la recaudación por impuesto al tabaco; salvo contadas excepciones, la constante siempre ha ido al alza, cuestión que se constata desde el año 1987¹⁹. Un último dato que resulta importante aportar es el que contiene la citada Circular N° 50, la que por medio de un ejemplo esclarece el valor total del impuesto en una cajetilla de 20 cigarrillos, este sería \$ 1.474²⁰.

¹⁵ Servicio de Impuestos Internos (2013): “Seguimientos de Impuestos: Período 211-2013”, p. 26. Disponible en: http://www.sii.cl/estadisticas/S_Impuestos_2013_III.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

¹⁶ Servicio de Impuestos Internos (2013): “Seguimientos de Impuestos: Período 211-2013”, p. 27. Disponible en: http://www.sii.cl/estadisticas/S_Impuestos_2013_III.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

¹⁷ SENDA (2014): “Décimo Primer Estudio Nacional de Drogas en Población General de Chile”, p. 21. Disponible en: http://www.senda.gob.cl/media/estudios/PG/2014_EstudioDrogas_Poblacion_General.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

¹⁸ Información disponible en: <http://www.tobaccoatlas.org/topic/cigarette-use-globally/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

¹⁹ YAÑEZ, J., “Tabaquismo y tributación”, en *Revista de Estudios Tributarios*, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile, N° 3/2011, marzo 2011, p. 222. Disponible en: http://www.cetuchile.cl/revista/revista_estudios_tributarios_3.pdf [consulta: 30 de julio de 2016].

²⁰ Servicio de Impuestos Internos (2014): “Circular 50”, p. 2. Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu50.pdf> [consulta: 30 de agosto de 2016].

3. *Análisis crítico*

Con los antecedentes y datos recopilados se puede iniciar el análisis del tributo en cuestión.

Un impuesto extrafiscal debería cumplir con los tres postulados antes mencionados: el primero y más importante, pues de este proviene su denominación, es que debe perseguir una finalidad no fiscal; el segundo dice relación con la estructura interna del tributo; y el tercero se vincula con el fomento de conductas acordes a la finalidad extrafiscal²¹.

En cuanto al primer postulado, perseguir una finalidad no recaudatoria es un elemento que se debe analizar en virtud de todos los datos recopilados, por tanto, teniendo en cuenta que Chile es un país de fumadores (929,55 cigarrillos *per cápita anuales*), que el impuesto se ha aumentado constantemente y que la recaudación no ha disminuido, se podría inferir que el impuesto no logra ser extrafiscal.

Mediante este impuesto se logra recaudar cada vez más dinero, pero las externalidades negativas (alto consumo de cigarrillo *per cápita*) no disminuyen. Por tanto, este impuesto se puede calificar como un *impuesto principalmente fiscal*.

Se llega a esta conclusión en virtud de que las últimas tres reformas tributarias que han aumentado su impuesto tenían por fin último recaudar, ya sea para reconstruir el país o para financiar reformas estructurales que requieren de importantes cantidades de recursos. Sin embargo, cuando la Reforma Tributaria 2014 ingresó al Congreso Nacional, no se consideraba aumentar el impuesto al tabaco, surgiendo como alternativa a otros impuestos que se proyectaban como perjudiciales para ciertos sectores productivos, permitiendo de esta manera alcanzar los niveles de recaudación que se requerían. Por tanto, lo que estuvo presente fue el fin eminentemente fiscal.

En cuanto a la recaudación, un impuesto extrafiscal debiese tender después de un tiempo a reducir esta, porque se debería cumplir con el fin para el cual fue creado. En este caso, la recaudación desde 1987 a la fecha ha ido en constante alza y las Reformas que han aumentado la tributación no han logrado modificar la conducta de las personas; por tanto, se ha transformado en un tributo que aporta grandes sumas de dinero a las arcas fiscales.

No parece correcta la forma en que se estableció este impuesto considerando que el consumo de cigarrillos se relaciona con una dependencia química, se habla de una adicción; por tanto, su consumo está vinculado a un problema de salud pública, que no se soluciona con más o menos impuestos. Quien padece de dependencia a esta droga, no amortigua la adquisición del producto por el cambio de valor que en el mercado se transan los cigarrillos.

El segundo postulado introduce el análisis en la estructura interna del tributo, la que debe estar impregnada del carácter extrafiscal, no basta que sea un añadido como señala el profesor Varona. El problema en este punto radica en la simpleza del artículo 4 del DL N° 828 y en lo escuetas que han sido sus modificaciones en los años 2010, 2012

²¹ VARONA, J., *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 163.

y 2014, las que se han centrado en los guarismos que consagran el impuesto específico y el *ad valorem*.

En cuanto al tercer postulado, en Chile desde hace ya varios años se fomenta el no consumo de tabaco, esto en virtud de los efectos negativos que produce. Es así que existen variadas leyes que han buscado desincentivar su consumo y proteger a quienes no fuman; sin perjuicio de ello, en la ley en estudio, por tratarse de una legislación eminentemente tributaria, no existe más que la sola alza del impuesto como manera de fomentar el no consumo de cigarrillos. Considerando que Chile sigue siendo uno de los países que más tabaco consume en el mundo, surge la incertidumbre de si las medidas adoptadas son las suficientes para combatir el consumo de esta droga blanda.

III. IMPUESTO QUE AFECTA A LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS

1. Regulación legal

En Chile, el impuesto adicional que afecta a las bebidas alcohólicas se establece y regula en el artículo 42 del DL Nº 825 del Ministerio de Hacienda, ley sobre impuesto a las ventas y servicios, publicado el 31 de diciembre de 1974.

Dicha norma legal fue modificada por el artículo 2 Nº 10 letras c) y d) de la Ley Nº 20.780²², en la que se ordena aumentar el impuesto que afecta a las bebidas alcohólicas. En virtud de esta modificación, el SII dicta el día 3 de octubre de 2014 la Circular Nº 51, en la que se imparten instrucciones relativas a los cambios de tasa del impuesto a las bebidas alcohólicas²³.

En la Historia de la Ley Nº 20.780, consta que desde el inicio del Proyecto se consideró aumentar el impuesto a las bebidas alcohólicas, encuadrándolo dentro de los de tipo correctivo. Dicho impuesto operaría del siguiente modo: se aplica una tasa de 18% por el hecho de que una bebida contenga alcohol y se incrementa la tasa *ad valorem* de acuerdo con el contenido de alcohol a razón de 0,5% por cada grado de alcohol. Adicionalmente, se introduce una sobretasa de beneficio fiscal de 0,03 UTM por cada litro de alcohol puro que contengan dichas bebidas o la proporción correspondiente²⁴.

²² Artículo 2º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Decreto Ley Nº 825, de 1974, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios: 10. En el artículo 42, reemplázase su inciso primero por el siguiente: c) Licores, piscos, whisky, aguardientes y destilados, incluyendo los vinos licorosos o aromatizados similares al vermouth, tasa del 31,5%. d) Vinos destinados al consumo, comprendidos los vinos gasificados, los espumosos o champaña, los generosos o soleados, chichas y sidras destinadas al consumo, cualquiera que sea su envase, cervezas y otras bebidas alcohólicas, cualquiera que sea su tipo, calidad o denominación, tasa del 20,5%".

²³ Servicio de Impuestos Internos (2014): "Circular Nº 51". Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu51.pdf> [consulta: 30 de agosto de 2016].

²⁴ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

En un principio se consideró aplicar el mismo impuesto a todas las bebidas alcohólicas, cualquiera fuese su tipo, calidad o denominación²⁵.

Una vez iniciadas las exposiciones y la discusión general, el ministro de Hacienda de aquel entonces señaló que en cuanto a los impuestos correctivos aplicados a las bebidas alcohólicas estos en Chile son bajos si se compara con los países miembros de la OCDE, por lo que se aumenta este impuesto, el que tendrá tanto un componente *ad valorem* como uno en proporción al volumen de alcohol puro incluido en cada bebida²⁶.

Durante el intercambio de ideas en la tramitación de esta ley, se generan distintas posturas respecto de cuánto debe ser el aumento al impuesto a las bebidas alcohólicas; por una parte, encontramos a los parlamentarios Alonso y Alday, quienes manifiestan su preocupación por los cientos de productores pisqueros. Esta preocupación se fundó en que en el Proyecto de ley se sindicó la actividad productora de bebidas alcohólicas como una actividad económica que debe realizar un esfuerzo adicional para aportar más, pero no se ha tenido en cuenta que la industria pisquera no es la actividad económica que más reporta ganancias en este país. Además, se señala en favor de la industria pisquera, en razón de los litros de bebidas alcohólicas que se comercializan, que en el mercado nacional se venden 700 millones de litros de cerveza, 220 millones de litros de vino y solamente 36 millones de litros de pisco. A su vez, las exportaciones de la industria pisquera no alcanzan el 2% de su producción.

Por esta razón, como se señaló en párrafos anteriores, el diputado Auth propone que se afecte al tabaco, lo que sería una posible opción frente al tributo adicional al pisco, cuestión que es apoyada de forma inmediata por el diputado Walker²⁷. Es por ello que durante la tramitación se opta, según lo que en su momento señaló el ministro de Hacienda en ejercicio, por eliminar la sobretasa de 3 UTM que establecía el Proyecto original por hectolitros de alcohol puro. Decisión que también se toma siguiendo las buenas prácticas de la OCDE, avanzando así en impuestos correctivos²⁸.

Posterior a la mención del entonces ministro de Hacienda, otros parlamentarios como Robles y Schilling señalan y solicitan al Ejecutivo que se mantenga la propuesta inicial, indicando que lo que se busca al aumentar los impuestos al alcohol y al tabaco es que se propenda a corregir ciertos comportamientos sociales, ya que los impuestos correctivos son complementarios a los procesos educativos²⁹.

Finalmente, en virtud de todas las discusiones y opiniones otorgadas por los parlamentarios y expertos, además de los informes y estadísticas dadas a conocer, se termina

²⁵ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016], p. 201.

²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016], pp. 250 y 251.

²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016], p. 478.

²⁹ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

estableciendo un impuesto adicional del 31,5% para licores, piscos, whisky, aguardientes y destilados, incluyendo los vinos licorosos o aromatizados similares al *vermouth*; y una tasa adicional de 20,5% para vinos destinados al consumo, comprendidos los vinos gasificados, los espumosos o champaña, los generosos o asoleados, chichas y sidras destinadas al consumo, cualquiera que sea su envase, cervezas y otras bebidas alcohólicas, cualquiera que sea su tipo, calidad o denominación.

2. Estadísticas relativas al alcohol

El consumo de alcohol en Chile es en promedio de 8,6 litros por persona al año³⁰.

A lo anterior se sumarían los datos que aporta el informe El Consumo de Alcohol en Chile: Situación Epidemiológica, el que utilizando datos de la última encuesta realizada por SENDA, señala que la prevalencia mes de consumo de alcohol asciende a 48,9% de la población. Basados en este dato se estima que 4.801.318 personas entre 12 y 64 años consumieron alcohol el último mes en nuestro país. Cuando se evalúa el consumo intenso o *Binge Drinking* (5 o más tragos en hombres y 4 o más en mujeres) se concluye que 2.097.615 personas declaran haber tenido a lo menos un episodio de embriaguez en el último mes, lo que corresponde a 43,6% de la población consumidora³¹.

A los datos ya mencionados se agrega la estadística relativa a los accidentes de tránsito causados por la ingesta de alcohol y los relativos a las muertes por cirrosis hepática, causada por el excesivo consumo. Estos son algunos de los efectos negativos causados por las bebidas alcohólicas y su conocimiento ayuda a comprender mejor el aumento experimentado por la tasa impositiva.

Respecto de los accidentes de tránsito causados por conductores bajo la influencia del alcohol, entre el 2011 y 2012 se observa una disminución que va desde los 840 a los 548 eventos donde existe presencia de alcohol. Los accidentes causados por conductores en estado de ebriedad, entre los mismos años, también registran un descenso que va desde los 4.206 en el 2011 a los 3.130 en 2012³². La OMS en el 2012 aporta estadísticas referente a la mortalidad que causa la cirrosis hepática provocada por la excesiva ingesta de alcohol, que alcanza 66,3% del total de muertes en hombres y el 66,9% en mujeres³³. El último antecedente a analizar es la comparación entre la tasa anterior a la Reforma y la que se aplica desde el 1 de octubre de 2014.

³⁰ MELLADO, A., "Análisis del nuevo impuesto a los alcoholes", en Repositorio Académico de la Universidad de Chile, enero 2015, pp. 18-19. Disponible en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/129680> [consulta: 30 de agosto de 2016].

³¹ SENDA (2016): "El consumo de alcohol en Chile: Situación epidemiológica", p. 4. Disponible en: http://www.senda.gob.cl/media/estudios/otrosSEDA/2016_Consumo_Alcohol_Chile.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

³² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2013): "Carabineros, Informe anual 2012", p. 227. Disponible en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/informe_anual_carabineros_2012.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

³³ WORLD HEALTH ORGANIZATION (2014). Disponible en: http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msb_gsr_2014_2.pdf?ua=1 [consulta: 30 de agosto de 2016].

Al observar los datos respectivos no se divisa mayor variación en ninguno de los casos, las bebidas fermentadas aumentan en 36,7% y los destilados 16,7%, aumentos en sus tasas impositivas que al traspasarlo al precio que paga el consumidor no reflejan mayor variación³⁴.

3. *Análisis crítico*

El consumo de alcohol en Chile se encuentra en niveles altos y genera externalidades negativas, entre las que se encuentran accidentes en vehículos motorizados a causa del consumo de alcohol, enfermedades que afectan la salud del bebedor adicto, los crímenes asociados al consumo de alcohol y el constante aumento en el gasto público a causa de las externalidades anteriores³⁵.

Si se tiene en consideración todo esto, encuentra fundamento la intención del gobierno de Chile de aumentar el impuesto a este tipo de bebidas, aumento que estuvo presente desde un principio en la Reforma Tributaria 2014 y de manera mucho más gravosa de lo que finalmente se terminó aprobando.

Del análisis de la Historia de la Ley queda claro que la intención va más allá de la sola recaudación, y a lo largo de la discusión en el Congreso siempre estuvo presente la necesidad de disminuir el consumo, teniendo en consideración los datos aportados por la OMS y el propósito de alcanzar los niveles de la OCDE.

Otro argumento que se debe considerar es la elasticidad de la demanda, la que señala en qué medida varía la cantidad demandada a partir de un cambio en el precio, el que a su vez cambiaría debido a que varía la tasa impositiva³⁶.

Por tanto, se ha planteado que a mayor precio por motivo del alza de impuestos, menor sea el consumo, cuestión que reflejaría una mayor elasticidad de la demanda. Siendo esto lo ideal en el caso concreto, resulta que la demanda por alcohol tiene componentes inelásticos, como son los hábitos sociales arraigados, el hecho que el alcohol no tiene sustitutos directos y el componente adictivo con el que cuenta³⁷.

Lo anterior va a significar que ante el alza que experimentaron los alcoholes no se lograría modificar el hábito del consumo, debido a la baja incidencia que tuvo en

³⁴ MELLADO, A., “Análisis del nuevo impuesto a los alcoholes”, en Repositorio Académico de la Universidad de Chile, enero 2015, p. 31. Disponible en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/129680> [consulta: 30 de agosto de 2016].

³⁵ YAÑEZ, J., “Tabaquismo y tributación”, en *Revista de Estudios Tributarios*, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile, N° 3/2011, marzo 2011, p. 37. Disponible en: http://www.cetuchile.cl/revista/revista_estudios_tributarios_3.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

³⁶ MELLADO, A., “Análisis del nuevo impuesto a los alcoholes”, en Repositorio Académico de la Universidad de Chile, enero 2015, p. 51. Disponible en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/129680> [consulta: 30 de agosto de 2016].

³⁷ MELLADO, A., “Análisis del nuevo impuesto a los alcoholes”, en Repositorio Académico de la Universidad de Chile, enero 2015, p. 51. Disponible en: <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/129680> [consulta: 30 de agosto de 2016], pp. 51-53.

el precio final del producto la modificación de la tasa impositiva que se aplica a las bebidas alcohólicas.

En consecuencia, no se logra cumplir con el objetivo de un impuesto extrafiscal, el que tiene por principal función modificar la conducta que genera las externalidades negativas, y termina siendo un impuesto eminentemente recaudador, retomando la línea general de la Reforma Tributaria 2014.

En síntesis, este impuesto es *extrafiscal impropio*, debido a que se pretende hacer frente y erradicar las diversas externalidades negativas; sin embargo mantiene la intención recaudatoria.

IV. IMPUESTOS QUE AFECTAN A LOS VEHÍCULOS Y A LAS EMISIONES CONTAMINANTES

1. *Regulación legal*

La Reforma Tributaria 2014 incluye dos nuevos tributos, conocidos coloquialmente como *impuestos verdes*, los que según la Historia de la Ley N° 20.780 cuentan con características extrafiscales, gravando por una parte a los vehículos nuevos, livianos y medianos, y, por otro lado, el que se aplica a las emisiones al aire de material particulado.

La inclusión de estos nuevos impuestos obedece a los magros resultados obtenidos al comparar Chile con los países de la OCDE, en cuanto a sus políticas tendientes a proteger el medio ambiente. Es por ello que surge la necesidad de alcanzar los parámetros establecidos por esta Organización, con el objetivo de propender y avanzar hacia un crecimiento verde.

Para lograr esta finalidad, se tienen en consideración cuatro objetivos primordiales planteados por la OCDE: establecer una economía con emisiones bajas de carbono y con eficiencia de recursos; mantener la base de activos naturales; mejorar la calidad de vida de las personas; y emprender acciones de políticas públicas adecuadas junto con concretar las oportunidades económicas que supone el crecimiento verde³⁸.

La preocupación por regular estos impuestos ligados al medio ambiente se esboza en los objetivos del Proyecto de la Ley N° 20.780; sin embargo, lo planteado originalmente para cada uno de estos tributos dista del resultado final.

En cuanto a la normativa legal que regula el impuesto aplicado a los vehículos nuevos, livianos y medianos, se encuentran: a) los artículos 3 y décimo transitorio de la Ley N° 20.780; b) el Decreto 241 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones –en adelante MTT– publicado el 29 de noviembre de 2014; c) la Resolución Exenta del SII N° 119 de 2014.

³⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2015): "¿En qué situación está Chile comparativamente?". Disponible en: http://www.oecd360.org/oecd360/pdf/domain21___media1988___310488-2sr2soko0d.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

En cuanto a la Ley N° 20.780, en su artículo 3 se regula la creación del impuesto; la forma de calcularlo; se indican los vehículos que quedan exentos del pago del impuesto; se ordena al MTT determinar el rendimiento urbano y la cantidad de emisiones contaminantes que emiten los vehículos; se ordena al SII calcular el pago de dicho impuesto; y a la Tesorería General de República recibir el pago. En el artículo décimo transitorio se señala que 30 días después de publicado el Reglamento comenzará a regir la aplicación del impuesto de manera paulatina, ya que una de las cifras de esta fórmula irá aumentando en el tiempo de la siguiente manera: utilizándose desde la publicación del reglamento hasta diciembre del 2015, el guarismo 60; durante el 2016, el guarismo 90; y posteriormente alcanzará la cifra 120, como lo consagra el artículo 3 al estipular la fórmula.

En el Decreto 241 del MTT, publicado el 29 de noviembre de 2014, regula que la determinación del rendimiento urbano y las emisiones de NOx se realizará mediante el proceso de homologación, cuyo resultado final se encuentra en el sitio *web* de este Ministerio.

La Resolución Exenta del SII N° 119 de 2014 regula el cálculo del pago del impuesto y mantiene en su página *web* el asistente de cálculo de impuesto a emisiones contaminantes de vehículos nuevos³⁹, el que utiliza la fórmula que consagra la mencionada Ley N° 20.780.

Por otra parte, se destaca en la discusión parlamentaria. La regulación que se planteó en el Proyecto original de la Ley N° 20.780 dio un vuelco importante debido a que la carga tributaria con la que se pretendía gravar a los vehículos, en principio, se aplicaría a aquellos importados cuyo motor funcionara a diésel, impuesto que se pagaría al Servicio Nacional de Aduanas⁴⁰. El resultado final fue gravar con el impuesto a todos los vehículos nuevos, livianos y medianos, que sean adquiridos dentro del país, sin importar el tipo de combustible que utilicen.

Lo anterior se explica por la preocupación que surgió en el Congreso Nacional al ver la posibilidad de que Chile faltara a obligaciones de orden internacional, como son las que constan en el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)⁴¹, esto respecto de la importación. En cuanto al tipo de combustible se generaba la discusión de cuál contaminante más y no habiendo claridad al respecto y para evitar una posible diferenciación, que pudo ser considerada arbitraria, es que se optó por gravar de igual forma.

Por su parte, el impuesto a las emisiones de fuente fija se regula en el artículo 8 de la Ley N° 20.780, el que contempla la fórmula que se utilizará para su cálculo, en la que no se profundizará debido a que este nuevo tributo aún no comienza a regir, como se desprende del artículo transitorio decimocuarto, ya que este se aplicará a contar del 2017 y deberá ser pagado por primera vez el 2018. Es deber del Ministerio del Medio

³⁹ Información disponible en: <https://www4.sii.cl/calcImpVehiculoNuevoInternet/internet.html> [consulta: 30 de agosto de 2016].

⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional (2014): "Historia de la Ley 20.780". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de agosto de 2016].

Ambiente indicar mediante Decreto Supremo los establecimientos que se encuentran en la situación del inciso primero del artículo 8 y debe dictar el Reglamento que permitirá determinar los factores de emisión-concentración por comuna. La Superintendencia del Medio Ambiente es quien deberá certificar en marzo de cada año las emisiones efectuadas en el año calendario anterior y entregar al SII los antecedentes necesarios para el cálculo del impuesto, el que se deberá pagar en la Tesorería General de la República.

Es necesario señalar que no se tienen antecedentes preliminares que permitan una comparación en cuanto a la modificación que pueda sufrir la tributación, luego de la aplicación de la Reforma, y además se suma que para realizar el cálculo de la fórmula se requieren antecedentes que deben ser aportados por el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Sin perjuicio de lo anterior, y para cerrar desde ya el análisis del impuesto a las emisiones contaminantes, es que se plantea que este impuesto cumple con las características necesarias para ser denominado, *a priori, extrafiscal*, pero se debe esperar hasta el 2018 y posteriores para determinar con certeza que el impuesto ha corregido las externalidades negativas y que los contribuyentes afectados han realizado las inversiones necesarias para estos efectos.

2. Estadísticas

Como se advirtió en los párrafos previos, los impuestos que se tratan en este apartado son tributos que se crearon recientemente, por tanto, a la fecha de redacción de este artículo no existen antecedentes oficiales que se puedan analizar. Por dicha razón es que se crea una tabla ejemplificadora, con la sola finalidad de dar a conocer un estimativo de cuánto sería el valor del impuesto a pagar por la compra de un vehículo nuevo, liviano y mediano.

Para la creación de dicha tabla se revisaron y utilizaron los datos entregados por el SII mediante su sitio *web*, en cuanto a la tasación fiscal, rendimiento urbano y emisiones contaminantes de los vehículos livianos⁴².

De los datos entregados en la tasación de los vehículos se utilizaron los siguientes ítems: marcas, modelos, precios y años. Por otra parte, de los datos que se entregan por medio del archivo que contiene las emisiones contaminantes, se utilizó el Código de Informe Técnico (CIT), esto con la finalidad de hacer coincidir los modelos de vehículos en ambas tablas.

Respecto de la realización del ejercicio antes señalado, se debe tener presente que al momento de llevarlo a cabo se determinó que no todos los modelos de vehículos que están tasados el 2015 por el SII se encuentran en la tabla que determina la cantidad de emisiones contaminantes de cada uno. Es por esta razón que la selección aleatoria de vehículos solo considera automóviles año 2014, para saber y dar a conocer cuánto sería lo que se pagaría por impuesto en la compra de un vehículo liviano.

⁴² Información Disponible en: http://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/tasacion_vehiculos.htm [consulta: 30 de agosto de 2016].

Tabla ejemplificadora del valor del impuesto a los vehículos nuevos, livianos y medianos

Marca	Modelo	Combustible	Valor	Emisiones NOx	Impuesto a Pagar	Valor al 17/05/15
Rolls-Royce	Phantom SWB	Bencina	\$ 249.990.000	0,01870 Gr/Km.	136,14 UTM	\$ 5.921.954
Ferrari	FF	Bencina	\$ 134.320.000	0,01180 Gr/Km.	78,03 UTM	\$ 3.394.227
Land Rover	Range Rover 4.4 Sd VB	Diésel	\$ 67.160.000	0,13646 Gr/Km.	49,20 UTM	\$ 2.140.151
Mercedes Benz	SI63Amg	Diésel	\$ 64.730.000	0,03359 Gr/Km.	27,25 UTM	\$ 1.185.348
BMW	X5 Xdrive 30 D Executive W Sro	Diésel	\$ 26.830.000	0,13270 Gr/Km.	17,72 UTM	\$ 770.802
Land Rover	Discovery 4 3.0 V6 Dsl Se	Diésel	\$ 26.820.000	0,16114 Gr/Km.	21,89 UTM	\$ 952.193
Mercedes Benz	SLK350 (Nuevo)	Bencina	\$ 26.150.000	0,00569 Gr/Km.	7,23 UTM	\$ 314.498
Land Rover	Discovery 4 3.0 V6 D. Se	Diésel	\$ 26.150.000	0,16114 Gr/Km.	21,34 UTM	\$ 928.269
Dodge	Journey Se 2.4l At	Bencina	\$ 11.800.000	0,13342 Gr/Km.	7,80 UTM	\$ 339.292

Esta tabla demuestra que efectivamente los vehículos que utilizan combustible de tipo diésel contaminan más que los que utilizan bencina, además se desprende de ella que el valor del impuesto está directamente relacionado con el valor del vehículo. Por tanto, el alza en el precio final no es significativa, porque los valores del impuesto no modifican la intención del comprador, el que si dispone del dinero para pagar un automóvil de cierta cantidad de millones, también dispondrá de lo necesario para pagar el tributo.

En el caso en que a una persona el valor del impuesto la prive de la posibilidad de adquirir determinado vehículo nuevo, recién ahí podría optar por un automóvil nuevo más barato, uno menos contaminante o simplemente por un vehículo usado, en virtud de su capacidad económica.

3. *Análisis crítico*

El impuesto a vehículos nuevos, livianos y medianos, merece ser criticado en virtud al *quantum* del impuesto, que al igual que en el gravamen a las emisiones contaminantes, se calcula a base de una fórmula expuesta en los apartados anteriores. En los distintos casos que se analizaron no se observa una gran diferencia para una persona que va a invertir una suma no menor de dinero y la que se calcula a mediano y largo plazo.

El impuesto en cuestión no representa un gran porcentaje del precio de venta y si bien es mayor en aquellos vehículos más contaminantes, podría suceder que se prefiera pagar el impuesto al momento de la compra y recuperarlo en el menor gasto de combustible que se generará a futuro por consumir diésel y no bencina.

Son estas consideraciones las que llevan a concluir que existe una errónea aplicación del impuesto, ya que no logrará corregir las externalidades negativas, ya que solo busca aumentar la recaudación gravando bienes de consumo con un impuesto adicional.

Si el Estado tiene la necesidad de incentivar la compra de vehículos menos contaminantes y generar un cambio de conciencia real, se requieren medidas como que el impuesto sea aplicado a autos usados; no deberían excluirse de la aplicación del gravamen a los vehículos de transporte de pasajeros; y el impuesto debería pagarse en proporción a lo que contamina, una vez al año al momento de someterse al proceso de revisión técnica.

En síntesis, este impuesto podría ser considerado eminentemente fiscal. Pero es la naturaleza de los impuestos verdes, dentro de los que está incluido; y el espíritu del legislador, los que permiten que sea clasificado como *extrafiscal impropio*.

V. CONCLUSIONES

La realización de este trabajo permite concluir lo siguiente:

1. En cuanto al impuesto que afecta al tabaco, se ha calificado como impuesto fiscal. Cuando la Reforma Tributaria 2014 ingresó al Congreso Nacional no se consideraba aumentar el impuesto al tabaco, surgiendo como alternativa a otros impuestos que se proyectaban como perjudiciales para ciertos sectores productivos, permitiendo de esta manera alcanzar los niveles de recaudación que se requerían; por tanto, lo que estuvo presente fue el fin eminentemente fiscal. Influye también en esta conclusión, el hecho de configurarse el tabaco como una droga blanda generadora de dependencia, lo que implica que las externalidades negativas no se resuelven simplemente con impuestos más gravosos.
2. En cuanto al impuesto que afecta a las bebidas alcohólicas, se ha considerado un impuesto extrafiscal impropio. El alcohol no tiene sustitutos directos, lo que transforma su demanda en inelástica; sin embargo, es posible que exista una variación entre el consumo de diversos tipos de bebidas alcohólicas o se consuman bebidas de menor calidad y por tanto de menor precio. A esto se suma que el precio final de consumo no sufre mayor variación que permita cambiar los hábitos arraigados en la sociedad chilena, esto queda claro en las cifras que se expusieron, las que demuestran que Chile es un país que consume grandes cantidades de alcohol.
3. Uno de los impuestos denominados verdes que se analizó corresponde al adicional que se aplica a los automóviles nuevos, livianos y medianos, el que tiene por objetivo desincentivar la adquisición y uso de los vehículos más contaminantes; para determinar esta característica la ley contempla la fórmula que permite calcularlo. Este impuesto adicional no es suficiente para erradicar la externalidad negativa, representada por la contaminación que genera el parque automotriz; esta crítica se basa en que el impuesto que se aplica no representa un mayor porcentaje del valor

del automóvil, por tanto, quien va a comprar un vehículo nuevo es muy probable que también cuente con los recursos suficientes para hacerlo. Cambiaría esta situación si la ley considerara diferentes incentivos y no solo el mero gravamen que genera el tributo.

4. El impuesto que afecta a las emisiones al aire de material particulado, también considerado un impuesto verde; para su cálculo el legislador también debió crear una fórmula que permita su aplicación.

Este impuesto aún no comienza a regir y tampoco se cuenta con todos los datos que requiere la fórmula; por esta razón, no se incluyen datos estadísticos en el trabajo, ni siquiera a modo de ejemplo. Pese a la falta de antecedentes necesarios para concluir acerca de la extrafiscalidad de este impuesto, basta con la clara intención del legislador, lo oneroso de la actividad que se grava y la naturaleza del impuesto para señalar *a priori*, que se está frente a un impuesto extrafiscal.

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “*Historia de la Ley 20.780*”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4406/> [consulta: 30 de diciembre de 2016].
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS. “*Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. 2015*”. Disponible en: https://ciat.org-public.sharepoint.com/biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015_Modelo_Codigo_Tributario_CIAT.pdf [consulta: 30 de diciembre de 2016].
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *Informe anual 2012*. Disponible en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/informe_anual_carabineros_2012.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].
- MELLADO, Andrés. *Análisis del nuevo impuesto a los alcoholes*. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/1296808> [consulta: 30 de agosto de 2016].
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *¿En qué situación está Chile comparativamente?* Disponible en: http://www.oecd360.org/oecd360/pdf/domain21___media1988___3104882sr2soko0d.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. *Asistente de Cálculo de Impuesto a Emisiones Contaminantes de Vehículos Nuevos*. Disponible en: <https://www4.sii.cl/calculmpVehiculoNuevoInternet/internet.html> [consulta: 30 de agosto de 2016].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. *Circular N° 50 de 2014*. Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu50.pdf> [consulta: 30 de agosto de 2016].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. *Circular N° 51 de 2014*. Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu51.pdf> [consulta: 30 de agosto de 2016].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. *Resolución Exenta N° 119 de 2014*. Disponible en: <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2014/reso119.pdf> [consulta: 30 de agosto de 2016].
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. *Seguimiento de impuestos. Periodo 2011-2013*. Disponible en: http://www.sii.cl/estadisticas/S_Impuestos_2013_III.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].
- VARONA, Juan. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid de España: Marcial Pons, 2009. 163 p.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. COUNTRY PROFILES. Disponible en: http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msb_gsr_2014_2.pdf?ua=1 [consulta: 30 de agosto de 2016].

YAÑEZ, José. *Impuestos Indirectos en Chile*. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5008_3149/doc_Yanez_Impuestos-indirectos-en-Chile.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

YAÑEZ, José. *Tributación y Tabaquismo*. Disponible en: http://www.cetuchile.cl/revista/revista_estudios_tributarios_3.pdf [consulta: 30 de agosto de 2016].

La posible aplicación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* para abordar el daño ambiental transfronterizo en el ordenamiento jurídico hondureño

*Claudia María Castro Valle**

RESUMEN

*Con este trabajo se busca exponer las formas en que el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico hondureño adopta el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, y su posible implementación como solución al daño ambiental transfronterizo. Implementación que puede darse ya sea por medio de las normas convencionales, por medio de la costumbre internacional o por la vía jurisprudencial. Con el propósito de entender dichas posibilidades y poder aprovecharlas, se hace un breve análisis de los casos concretos en los que dicho principio ha sido aplicado en el ámbito internacional, a modo que sirva de base comparativa con el que se contrasta el caso hondureño.*

Daños – responsabilidad ambiental – contaminación transfronteriza

*The possible application of the principle *sic utere tuo ut alienum non laedas* to address cross-border environmental tort in the honduran legal system*

ABSTRACT

*This paper seeks to expose the ways in which the sources of the Honduran legal system adopt the principle *sic utere tuo ut alienum non laedas*, and its possible implementation as a solution for transboundary environmental tort. The implementation of such principle could happen either by means of conventional norms, of international customary law, or via legal jurisprudence. In order to understand the available opportunities and the possibility of taking advantage of them, a brief analysis of the specific cases in which this principle has been applied at the international level is made, to serve as a comparative basis with which the Honduran case is contrasted.*

Damages – environmental Liability – transfrontier pollution

*Abogada. Doctora en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología, Universidad de Valencia, España. Profesora de Derecho, Facultad de Postgrado de la Universidad Tecnológica Centroamericana (UNITEC), Honduras. Correo electrónico: claudia.castro@unitec.edu.hn.

Artículo recibido el 28 de septiembre de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado de Honduras, al formar parte del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) y de la Unión Aduanera con Guatemala, pasa por un momento en el que sus autoridades gubernativas apuestan precisamente a fomentar la inversión extranjera para que, entre otras cosas, impulse el crecimiento de la industria local. Situación que es muy similar a la de sus vecinos. Lo anterior puede suponer que el riesgo de ocurrencia de daño ambiental transfronterizo se vea potenciado. De ahí que sea relevante entender si el Estado de Honduras, así como se prepara para atraer y fomentar la inversión y la industria, también está tomando las medidas necesarias para enfrentar los efectos negativos que este tipo de actividades económicas pueden traer consigo. Medidas que, indiscutiblemente, deben tener la forma de soluciones jurídicas.

Este trabajo busca demostrar la relevancia que tiene el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*¹, para enfrentar estos conflictos, así como analizar su posible aplicación, en el supuesto específico del daño ambiental transfronterizo y valorar si con ello se cuenta con instrumentos adecuados para abordar el problema de la responsabilidad ambiental internacional desde el ordenamiento jurídico hondureño. Un principio jurídico que, además, ha sido adoptado por el Derecho Internacional Público. Con ello se trata de determinar si es posible aceptar las hipótesis de investigación utilizadas.

La primera de estas hipótesis señala que no es parte de la política exterior del Estado de Honduras la ratificación de instrumentos internacionales que contengan dicho principio, y con ello asegurar la adecuada deducción de la responsabilidad ambiental internacional en supuestos de daño ambiental transfronterizo causado en el territorio nacional. La segunda hipótesis de trabajo establece que no es parte de la política legislativa del Estado de Honduras fortalecer el sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado para asegurar la adecuada deducción de la responsabilidad civil por daño ambiental transfronterizo, cuando sea causado por particulares hondureños, o cuando sean ciudadanos hondureños los que resulten afectados en su persona o en su patrimonio.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO *SIC UTERE TUO UT ALIENUM NON LAEDAS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* nace en el Derecho romano, basado en la noción de la equidad. No obstante, en el Derecho Internacional, la aplicación de este principio tiene un origen más bien consuetudinario. Con su aplicación, los miembros de la sociedad internacional se comprometen a usar su territorio de maneras que no sean dañosas para los demás Estados². Su periplo por el Derecho Internacional Público se

¹ La máxima se traduce al castellano como “usa tu propiedad, pero sin dañar la del otro”.

² DRNAS, 2012, p. 9.

inicia en el texto de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, en 1972³.

Establece el Principio 21 de dicha Declaración que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, pero, además, tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Complementariamente a esto, el Principio 22 de esta Declaración también señala que los Estados deben cooperar para continuar desarrollando en el Derecho Internacional la adecuada regulación de lo referido a la responsabilidad e indemnización de las víctimas de la contaminación, así como en otros supuestos de daño ambiental que sean causados por actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados, a zonas situadas fuera de su jurisdicción.

Los principios antes citados fueron retomados en la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo⁴, celebrada en 1992 (Principios 2 y 13), agregando a las ideas heredadas de Estocolmo la noción de que los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Sin embargo, a pesar de lo ostentoso que pueden sonar estas declaraciones, no se puede olvidar que al final son eso, declaraciones de *Soft-law* o Derecho blando, sin efecto vinculante alguno, pero que sirven para crear una base filosófica que puede ser posteriormente incorporada en tratados internacionales, o en legislación interna de los miembros de la sociedad internacional.

Habiendo establecido lo anterior, es necesario señalar cuál es la ventaja de la incorporación de este principio en instrumentos internacionales. Su aplicación busca resolver la aparente contradicción jurídica que hay cuando se habla de daño ambiental transfronterizo. Por un lado, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* reconoce la existencia de esas barreras inmateriales denominadas “fronteras”, que sirven de base para demarcar geográficamente la soberanía estatal. Una manifestación de la soberanía que se puede definir como el cúmulo de las competencias propias del Estado, que –además– son de carácter puramente territorial.

Agregado a esto, la plenitud es una de las características de la soberanía territorial, sin que pueda presumirse ningún tipo de limitaciones respecto de ella. Esta soberanía también es exclusiva, pues no permite el ejercicio de dichas competencias territoriales por otro Estado. Adicionalmente, la soberanía territorial es inviolable, pues el Derecho Internacional faculta a los Estados la obligación de respeto a la soberanía e integridad territorial de otros Estados⁵. Por el otro lado, a pesar del efecto antes descrito, no se puede pasar por alto que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* reconoce como hecho indiscutible que el ambiente –más allá de divisiones geográficas de factura humana– es un sistema, cuyos elementos se encuentran indefectiblemente interrelacionados.

³ Declaración sobre Medio Ambiente Humano y Desarrollo, 1972.

⁴ Declaración sobre el Medio Ambiente Humano y el Desarrollo, 1992.

⁵ PASTOR, 2015, pp. 347-349.

A partir de la incorporación de este principio en el Derecho blando, el *sic utere tuo ut alienum non laedas* también ha sido reconocido jurisprudencialmente. Ha sido utilizado en diversas resoluciones arbitrales y judiciales de conflictos internacionales como en el caso de la Isla de Palmas, entre los Países Bajos y Estados Unidos de Norteamérica en 1928⁶; el caso de la Fundidora Trail entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá en 1941⁷; el caso del Canal de Corfú entre el Reino Unido y Albania en 1949⁸; en el caso del Lago Lannoux entre Francia y España en 1957⁹; en el caso concerniente al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia en 1999¹⁰; y, el caso sobre la planta de celulosa sobre el Río Uruguay¹¹ entre Argentina y Uruguay en 2010¹².

El reconocimiento por la vía jurisprudencial ha hecho que este principio sea asumido como una forma de cortesía entre los Estados. Una cortesía que va de la mano con la tendencia preponderante de las relaciones internacionales: la cooperación internacional¹³. No obstante, desde la perspectiva ambiental, sería ideal que no quedara relegada al Derecho blando, sino que se consolidara como una verdadera obligación interestatal. El no potenciarlo por medio del Derecho Internacional Público puede tener como efecto el presentar un escenario donde prime la ausencia de regulación, o de inadecuación de esta, causando que los problemas que plagan a las litigaciones por daño ambiental transfronterizo persistan.

En este sentido, el Derecho Internacional Público no ha defraudado, habiendo asumido el reto, regulando las relaciones de vecindad que deben prevalecer entre los Estados por medio de la codificación de este principio. Además, esta disciplina ofrece otra ventaja, al permitir que este principio de informe de otros principios relevantes para el Derecho Ambiental, así como el de prevención y precaución¹⁴. Lo anterior puede percibirse, sobre todo, por medio de los esquemas previstos en algunos instrumentos internacionales que incardinan prohibiciones de causar daño en el territorio de otros Estados. El efecto de lo anterior es que la responsabilidad del Estado por daños transfronterizos puede originarse a pesar de que las lesiones que originan daños que trascienden las fronteras de dicho Estado provengan de actividades riesgosas pero lícitas.

A pesar de esto, autores como Gomis Catalá consideran que estos mecanismos son escasamente prácticos¹⁵. Independientemente de la suspicacia manifestada por un sector de la doctrina, que parece ser causada por la aparente falta de resultados, hay que reconocer

⁶ Tribunal Permanente de Arbitraje, 4 de abril de 1928.

⁷ Tribunal Permanente de Arbitraje, 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941.

⁸ Corte Internacional de Justicia, 9 de abril de 1949.

⁹ Tribunal Permanente de Arbitraje, 16 de noviembre de 1957.

¹⁰ Corte Internacional de Justicia, 25 de septiembre de 1997.

¹¹ Corte Internacional de Justicia, 20 de abril de 2010.

¹² ELORRIO, 2011, p. 9.

¹³ GARCÍA, 2006, p. 467.

¹⁴ El principio de precaución se encuentra contenido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo de 1992; mientras que, el principio de prevención se desprende de los Principios 2, 4 y 7 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medioambiente Humano, de 1972.

¹⁵ GOMIS, 1998, p. 25.

que el Derecho Internacional Público no se ha detenido, y en ese trayecto ha ido incorporando instrumentos que tratan de regular la responsabilidad civil de los Estados por daño ambiental transfronterizo¹⁶, así como la responsabilidad civil y la compensación por daños a personas, bienes y al ambiente por la realización de actividades potencialmente peligrosas¹⁷. El ejemplo más distintivo de esta tendencia es el Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente de 1993¹⁸, comúnmente conocido como Convenio de Lugano.

A pesar de esto, y entendiendo que hay más de una docena de tratados internacionales acerca de responsabilidad civil que regulan el daño ambiental transfronterizo que han sido negociados en esquemas multilaterales, tampoco se puede dejar de reconocer que la gran mayoría de estos instrumentos no han sido aún ratificados¹⁹. La falta de compromiso de los Estados Contratantes abona a favor de las posiciones doctrinales más escépticas.

Aún y con esta tibia recepción, la inclusión lenta pero segura del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* permite que este vaya consolidando su imperatividad, obligando de a poco a los Estados que sí reconocen la importancia de obligarse por medio de este tipo de instrumentos, a asumir un abordaje preventivo con relación al daño ambiental, particularmente en aquellos supuestos donde los efectos dañosos pueden manifestarse más allá de sus propias fronteras.

III. LA IDONEIDAD DEL PRINCIPIO *SIC UTERE TUO UT ALIENUM NON LAEDAS* COMO SOLUCIÓN PARA EL DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO

Si bien es cierto que al aplicar este principio se está haciendo referencia directa a la responsabilidad ambiental internacional, para Ortiz Ahlf hay que distinguir la existencia de una responsabilidad internacional que se origina a partir de los perjuicios causados por actos no prohibidos, y otra, que surge por la comisión de un ilícito internacional²⁰. La primera, de acuerdo con García Castrejón, se determina cuando es posible imputar al menos a un Estado la realización de actividades no prohibidas que hayan causado daños y perjuicios en el territorio de otro Estado. Para el autor, esta responsabilidad será siempre objetiva, independientemente de que dicho Estado haya tomado las medidas adecuadas para evitar su causación, o de que no haya cometido infracción alguna contra normas de carácter internacional. Ambas formas de responsabilidad atañen exclusivamente al Estado, ya sea por acto u omisión que le sea imputable, o por la violación de alguna obligación de Derecho Internacional. La responsabilidad causada, además, se deduce en

¹⁶ GARCÍA, 2006, p. 470.

¹⁷ KREUZER, 1992, p. 69.

¹⁸ Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente, 1993.

¹⁹ PERCIVAL, 2010, pp. 2-3.

²⁰ GARCÍA, 2006, pp. 473-474.

el plano diplomático-judicial. Es decir, el reclamo que se suscite por causa de una lesión al ambiente provendrá siempre de otro Estado, el que considera haber sufrido un daño²¹.

Es obvio, entonces, que si bien es cierto la opción ofrecida por el Derecho Internacional Público es necesaria, la aplicación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* por esa vía puede peligrar, al depender de los intereses de la política exterior de los Estados, que no necesariamente habrán de coincidir con el genuino interés de tutelar al ambiente. Adicionalmente, esa misma dependencia de la política exterior que es implementada por cada Estado, puede tener como efecto que las reclamaciones por daño ambiental transfronterizo sean relativamente escasas²².

Este extremo también ha sido recogido por la literatura especializada, la que no escatima en señalar que, a pesar de la existencia de estos instrumentos internacionales, los Estados se muestran reacios a admitir su responsabilidad cuando la naturaleza de los daños es ambiental, aunque esta responsabilidad sea un principio reconocido del Derecho Internacional. Y con razón, pues además de ser aún pocos los tratados internacionales existentes en los que se reconoce la responsabilidad internacional estatal, normalmente estos se limitan a los supuestos de daños nucleares y contaminación por hidrocarburos, lo que puede deberse a la magnitud del riesgo y de los perjuicios, los que son mucho más elevados que lo normal.

La evidente displicencia de los miembros de la Sociedad Internacional a dar el siguiente paso, hace que sea necesario trasladar el conflicto al ámbito del Derecho Privado. Esto permite que la responsabilidad en lugar de ser deducida al Estado en cuyo territorio se lleva a cabo la acción dañosa, sea descontada directamente al contaminador que la genera²³. De ahí que, ante la renuencia de los Estados de asumir directamente la responsabilidad que les corresponde devenida de su deber de vigilancia, estos hayan pretendido ir creando instrumentos multilaterales que contienen normas que establecen el Derecho sustantivo que ha de aplicarse²⁴ en estos conflictos internacionales de orden privado²⁵. Y, de hecho, puede ser que, en realidad, este sea el camino más adecuado.

A tal efecto, debe señalarse que la excepcionalidad de los instrumentos convencionales que contienen normas sustantivas internacionales reside en la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses económicos de la industria a no asumir la totalidad de los riesgos, y el interés de las víctimas a ser reparadas íntegramente²⁶. Estos tratados normalmente tienen dos objetivos: eliminar los obstáculos que pueden presentarse si se intentaran resolver utilizando las normas de conflicto propias de los sistemas estatales internos de Derecho Internacional Privado, así como garantizar el resarcimiento del daño para compensar efectivamente a la víctima²⁷.

²¹ ORTIZ, 1999, pp. 383-386.

²² PERCIVAL, 2010, p. 5.

²³ MARTÍN, 2000, p. 331.

²⁴ NAFZIGER, 2002, p. 342.

²⁵ PALAO, 2016, p. 654.

²⁶ BOUZA, 1984, p. 74.

²⁷ ZILIOLO, 1995, p. 197.

Este particular tipo de tratados internacionales abarca normalmente aspectos como la definición de las actividades a las que se podrán aplicar, los lugares en las que estas podrían acontecer, las personas que podrían ser responsables, y la posible responsabilidad residual de los Estados. También es común encontrar que estos instrumentos establecen sistemas de responsabilidad objetiva de parte del operador causante del daño²⁸. Además, tienden a favorecer que se instituyan garantías financieras para cubrir riesgos, tales como la constitución de fondos para la compensación de los daños. Para esto se esfuerzan en delimitar las categorías de daños que pueden ser resarcidos, los límites de la responsabilidad económica de los operadores, el régimen de prescripción de las reclamaciones, e incluso aborden otros problemas propios del Derecho Internacional Privado, al determinar cuáles son los tribunales con jurisdicción para conocer de estos casos, así como lo referente a la ejecución de sentencias que de ellos procedan.

IV. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO HONDUREÑO

La Corte Suprema de Justicia Hondureña también ha recogido el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* en su Sentencia SJCSJ-RI0066 del 19 de octubre de 2006²⁹, señalando que "...el Estado de Honduras tiene el derecho soberano y la obligación ineludible de beneficiar a la población presente y futura con la explotación de sus riquezas naturales y para ello debe diseñar su propia política ambiental, propiciando que bajo su control no se perjudique el medio ambiente propio y de otros Estados". No obstante, poco ha hecho para que su reconocimiento jurisprudencial se traduzca en reconocimiento normativo.

Esto es fácilmente comprobable pues el Estado de Honduras ha suscrito y ratificado poquísimos tratados internacionales concernientes a responsabilidad civil internacional. Únicamente puede mencionarse la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, suscrito el 10 de diciembre de 1982, y ratificado el 5 de octubre de 1993³⁰. Esta herramienta se considera una solución híbrida, al pertenecer a una categoría que no solo busca establecer mecanismos que permitan deducir la responsabilidad civil por daños a los particulares, sino que permite combinar tanto la responsabilidad del individuo con la del Estado. En este caso específico se declara la responsabilidad internacional del Estado, a la vez que señala la relevancia de la responsabilidad de las personas físicas, que deberá ser regulada por el Derecho interno de los miembros³¹.

En 2002, el Estado de Honduras hace una declaración oficial respecto del texto de la Convención, específicamente acerca del párrafo primero del artículo 287, en el que se

²⁸ ORTIZ, 1999, pp. 383-386.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Honduras, 19 de octubre de 2006, N° SJCSJ-RI0066.

³⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982.

³¹ GOMIS, 1998, p. 36.

establece que se escoge la Corte Internacional de Justicia como el medio para la solución de conflictos que devengan de la interpretación o aplicación de dicha Convención, aunque se reserva la posibilidad de considerar otros medios de resolución pacífica de conflictos, como el Tribunal Internacional de los Derechos del Mar, decisión que se tomará tras el análisis de cada caso concreto³².

El Estado de Honduras tampoco ha sido muy proclive a suscribir tratados internacionales que contengan soluciones de Derecho Internacional Privado que venga a resolver el conflicto de leyes o el conflicto de jurisdicciones, y que permitan que sean los particulares los que reclamen la reparación de los daños por ellos sufridos como consecuencia de la contaminación ambiental transfronteriza. A pesar de que estos tratados no siempre logran resolver el problema de la competencia judicial internacional, pues raras veces incluyen reglas claras para la escogencia de los foros. Su verdadera utilidad radica en resolver el conflicto de leyes para los supuestos específicos que abordan.

Por un lado, en lo que al daño nuclear corresponde, Honduras no ha ratificado la Convención sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear³³, también conocida como Convención de París de 1960, ni su protocolo adicional de 1964³⁴. Tampoco han sido ratificados por Honduras la Convención de Bruselas sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares de 1962³⁵, la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963³⁶, ni el Convenio de Bruselas relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares de 1971³⁷.

No obstante, por el otro lado, en lo que a la contaminación por hidrocarburos se refiere, Honduras sí ha suscrito y ratificado la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (CLC) de 1969³⁸; aunque no así en lo referente a los posteriores protocolos a este tratado, que datan de 1992. Agregado a lo anterior, Honduras tampoco ratificó el Convenio Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos³⁹ o Convenio del Fondo de 1971⁴⁰.

³² Organización de las Naciones Unidas, 2017.

³³ Convención sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear, 1960.

³⁴ Protocolo Adicional a la Convención sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear, 1964.

³⁵ Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, 1962.

³⁶ Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares, 1963.

³⁷ Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares, 1971.

³⁸ Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, 1969.

³⁹ Convenio Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos, 1971.

⁴⁰ El Convenio del Fondo dejó de estar vigente en el 2002 cuando el número de Estados miembros se redujo por debajo de 25.

V. UNA POSIBLE ALTERNATIVA

Una forma indirecta de llenar este vacío que se ha identificado, sería asegurar que el sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado incluya soluciones que permitan deducir responsabilidad por daños a los particulares. Si bien con esto no se resolvería directamente el problema de la responsabilidad ambiental internacional, podría ser una vía alternativa para lograr el fin ulterior de este principio, que es la protección ambiental del ambiente. Visto desde esa perspectiva, hay que señalar que el sistema hondureño de fuentes de Derecho Internacional Privado también contiene poquísimas soluciones, y se caracteriza por la escasa elaboración legislativa y su carácter rígido e inflexible⁴¹. Agregado a esto, Honduras tampoco ha ratificado ningún tratado internacional genérico sobre la determinación de competencia judicial o para resolver el conflicto de leyes en supuestos de responsabilidad civil por daños, salvo la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴², que suscribió, pero no ha ratificado. La única fuente convencional disponible y vigente en la materia es el Código de Bustamante⁴³, que data de 1928.

De ahí que se siga enfatizando la importancia que tiene el que el Estado de Honduras ratifique o se adhiera a los pocos tratados disponibles en este ámbito, pues no se puede negar que estos instrumentos están dotados de cierta utilidad y de alguna efectividad, siempre y cuando —claro está— sea amplio el número de los Estados que los ratifiquen o se adhieran a ellos. Efectividad que —además— podría verse mejorada dependiendo solo si el esquema de reparación que contiene es adecuado para la víctima⁴⁴. Sin embargo, también hay que tener claridad con relación a las limitantes de estos instrumentos, pues, como señala Percival, la efectividad de estos tratados se ve seriamente disminuida por las dificultades existentes para satisfacer los requerimientos de la individualización de la prueba requerida para demostrar la causalidad del daño⁴⁵. Por tanto, también se hace necesario establecer si Honduras ha suscrito y ratificado tratados internacionales acerca de aspectos procesales que sirvieran para facilitar la aplicación de los instrumentos de convencionales de Derecho Internacional Privado antes señalados.

En el ámbito del Derecho continental americano, Honduras ha suscrito y ratificado la Convención Interamericana sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero en materia civil y mercantil desde 1979⁴⁶. Además, ha firmado y ratificado la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias⁴⁷ también desde ese año. Asimismo, suscribió la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares⁴⁸

⁴¹ CASTRO, 2014, pp. 7-9.

⁴² Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, 1979.

⁴³ Convención sobre Derecho Internacional Privado, 1928.

⁴⁴ PALAO, 1998, p. 74.

⁴⁵ PERCIVAL, 2010, p. 6.

⁴⁶ Convención Interamericana sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero, 1975.

⁴⁷ Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 1975.

⁴⁸ Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, 1979.

también en 1979, aunque esta última aún no la ha ratificado. Ni tampoco ha suscrito la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras⁴⁹ que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2004.

Esta reticencia por parte del Estado de Honduras a suscribir tratados internacionales de esta naturaleza, en definitiva, deja sin herramientas a los nacionales de este Estado para poder iniciar procesos para reclamar indemnización por daños como consecuencia de lesiones al ambiente acaecidas desde el territorio de sus Estados vecinos. Agregado a esto, pareciera que el Estado de Honduras ha querido llenar este vacío suscribiendo y ratificando convenciones que se limitan a enunciar la necesidad sistemas de responsabilidad por daño y a transferir la solución de esta necesidad a las herramientas disponibles en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Contratantes.

Son varios los ejemplos que se pueden citar a este respecto. Para comenzar, en 1992 los Estados centroamericanos suscriben el Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos⁵⁰. Este instrumento contiene disposiciones generales respecto del sistema de control de esta tipo de sustancias que será adoptado en la región. Tal como se adelantó, no contiene normas específicas relativas a la responsabilidad civil por daños causados por el transporte o uso de estas.

Sin embargo, esta particularidad de solo manifestar la necesidad de deducir responsabilidad civil por daño ambiental no es exclusiva de instrumentos generados en Centroamérica, también se aprecia en el ámbito extrarregional. Un ejemplo de lo anterior es el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los residuos peligrosos y su eliminación⁵¹. Honduras accede formalmente como Estado parte de este Convenio en 1995. Este instrumento solo obliga a las partes a cooperar con el fin de adoptar un procedimiento para delimitar la responsabilidad por daños a cargo de los contaminadores⁵².

En este mismo orden, el Estado de Honduras también suscribió el Convenio sobre Diversidad Biológica en 1992⁵³ y la ratificó en 1995. El artículo 14 señala que la Conferencia de las partes examinará, a base de estudios, el tema de la responsabilidad y la reparación, incluyendo la restauración y la indemnización por daños a la diversidad biológica, salvo cuando esa responsabilidad sea una cuestión interna que puede ser suelta por los Estados por su cuenta.

De la Convención sobre Diversidad Biológica se desprende el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad⁵⁴. Este fue suscrito por Honduras en el 2000, ratificado en el 2008,

⁴⁹ Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, 1984.

⁵⁰ Acuerdo Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, 1992.

⁵¹ Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los residuos peligrosos y su eliminación, 1989.

⁵² GOMIS, 1998, p. 36.

⁵³ Convenio sobre Diversidad Biológica, 1992.

⁵⁴ Protocolo sobre Seguridad en la Biotecnología, 2000.

entrando en vigencia un año después. El artículo 27 de este instrumento señala que la Conferencia de las Partes, en su primera reunión, establecerá un proceso en relación con la elaboración apropiada de normas y procedimientos internacionales en el campo de la responsabilidad y compensación por daños resultantes de movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados, teniendo debidamente en cuenta los procesos en curso en Derecho internacional referente a esos ámbitos, y tratará de completar ese proceso dentro de cuatro años.

Con ese fin se crea dentro del contexto del Protocolo de Cartagena un Protocolo suplementario, el de Nagoya-Kuala Lumpur⁵⁵. El artículo 12 de este documento se refiere a la implementación y relación de la responsabilidad civil. Este establece que los Estados parte proveerán dentro de sus ordenamientos internos reglas y procedimientos para regular el daño, sea utilizando las ya existentes o desarrollando otras creadas específicamente con este propósito. Estas normas deberían de abordar temas específicos como el concepto de daño, estándares de responsabilidad, ya sean objetivos o subjetivos, canalización de la responsabilidad y el derecho a presentar reclamos. Sin embargo, Honduras aún no ha suscrito ni ratificado este instrumento.

El reconocer la necesidad de establecer sistemas interestatales para deducir responsabilidad por daños ambientales transfronterizos, sin comprometerse, ratificando los instrumentos que van apareciendo en el ámbito internacional, y que están a disposición de los Estados, termina restándole efectividad al principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*. En el caso de Honduras, sería relevante suscribir y ratificar los tratados que hacen falta, pues las fuentes internas de este ordenamiento jurídico no resuelven claramente ni el conflicto de leyes, como tampoco lo hace con el conflicto de competencia judicial.

VI. CONCLUSIONES

Como ha quedado evidenciado, el principio *sic utere* no ha logrado introducirse contundentemente como una norma efectivamente positiva del Derecho Internacional Público, al no haberse logrado codificarlo con la normalidad deseada para que los Estados puedan resarcirse unos a otros en el evento de la causación de daño ambiental transfronterizo.

Además de lo anterior, en el caso específico hondureño, ha quedado evidenciado la reticencia de las autoridades gubernativas con relación a suscribir o ratificar los pocos tratados internacionales disponibles que le permitan a Honduras reclamar la debida reparación por la causación de esos daños en Tribunales internacionales de justicia, tal vez adelantándose al hecho de que, más bien, pudiera ser el Estado de Honduras al que se le condene por esta causa.

⁵⁵ Protocolo sobre responsabilidad y compensación suplementario al protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, 2010.

Es así como la posibilidad de deducir efectivamente la responsabilidad por daño ambiental transfronterizo causado o sufrido en Honduras es relativamente escaso, por no decir nulo, poniendo en precario no solo el derecho de la actual generación a gozar de un ambiente sano y equilibrado, sino que también de las generaciones que están por venir. Quedando, tal vez, como última instancia el reconocimiento por la vía jurisprudencial, en el evento de que un caso concreto sea conocido por un Tribunal Internacional, en el sentido de que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* sea reconocido por este como un principio general del Derecho, como se ha hecho en los casos citados en el desarrollo de este documento.

Con esto, es evidente que puede validarse la primer hipótesis planteada al inicio de este trabajo, pues el Estado de Honduras no ha hecho suficientes esfuerzos para asegurar un sistema de responsabilidad ambiental internacional por medio de ratificaciones del cuerpo de Tratados Internacionales que lo desarrollan, denotando con ello que no está en su agenda. Esta tibieza por parte del Estado, impide que se cree un entorno de verdadera seguridad jurídica para los particulares que también pueden resultar afectados por las lesiones transfronterizas al ambiente.

Ahora bien, ha quedado evidenciado de igual manera, que ha sido más fácil que el Estado de Honduras se arriesgue a fortalecer su sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado, lo que permite deducir responsabilidad por daño ambiental transfronterizo a los causantes, aunque no sean estos de naturaleza estatal. Sin embargo, hay que decirlo, tampoco es que esta opción haya sido abrazada contundentemente. Por tanto, se ha validado así la segunda hipótesis propuesta en la introducción.

Dicho esto, si la falta de compromiso del Estado de Honduras con la ratificación de tratados internacionales que aseguren la adecuada implementación del principio *sic utere* se debe a querer evitar verse obligado a resarcir daños de este tipo, pero quiere a pesar de esto demostrar un compromiso genuino con la protección del ambiente, entonces debe apostarle a la consolidación de un sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado. Un sistema que permita la solución judicial de los conflictos transfronterizos entre víctimas y causantes, además de abonar a la seguridad jurídica, propia de un verdadero Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BOUZA Vidal, Nuria, 1984: "Aspectos de Derecho internacional privado en la protección del medioambiente", en AA. VV. *VIII Jornadas de la asociación de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Problemas internacionales del medio ambiente*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 55-94.
- BRAÑES, Raúl, 1995: *La responsabilidad por el daño ambiental*, Panamá: PNUMA.
- CASTRO Valle, Claudia María, 2014: "Soluciones del Derecho Internacional privado para deducir responsabilidad civil por daño ambiental transfronterizo en Honduras", *Innovare, Revista de Ciencia y Tecnología*, Vol. 3, Nº 1, pp. 1-13.
- DRNAS De Clément, Zlata, 2012: "Principio de soberanía estatal en el acuerdo sobre el acuífero y en el proyecto de la CDI sobre los acuíferos transfronterizos". *RECORDIP*, Vol. 1, Nº 1.

- ELORRIO, Magdalena Gracia, 2011: "Una aproximación al estándar de debida diligencia de los Estados partes en la gestión del sistema acuifero guaraní". *RECORDIP*, Vol. 1, N° 2.
- GARCÍA CASTREJÓN, Jemina, 2006: "Panorama de la responsabilidad internacional por daño ambiental", en Carmona Lara, María del Carmen y Hernández Meza, Lourdes (Coordinadoras). *Temas selectos de Derecho ambiental*. México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, pp. 467-508.
- GOMIS CATALÁ, Lucía, 1998: *Responsabilidad por daños al medioambiente*, Pamplona: Aranzadi.
- KREUZER, Karl, 1992: "Environmental disturbance and damage in the context of private international law", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 44, N° 1.
- MARTÍN MATEO, Ramón, 2000: "Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental", en Moreno Martínez, Juan Antonio (Coordinador). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, pp. 322-331.
- NAFZIGER, James A. R., 2002: "Avoiding courtroom "conflicts" whenever possible", en Nafziger, James A. R. y Symeonides, Symeon C. (Editores). *Law and justice in a multistate world. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Ardsley, Transnational Publishers, pp. 341-352.
- ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas, 2017: "Status as at: 20-09-2017 05:00:37 EDT, Chapter XXI, Law of the Sea". Disponible en [HTTPS://TREATIES.UN.ORG/PAGES/VIEWDETAILSIII.ASPX?SRC=TREATY&MTDSG_NO=XXI-6&CHAPTER=21&TEMP=MTDSG3&CLANG=_EN#ENDDEC](https://treaties.un.org/pages/viewdetailsiii.asp?src=TREATY&MTDSG_NO=XXI-6&CHAPTER=21&TEMP=MTDSG3&CLANG=_EN#ENDDEC). [Fecha de consulta: 20.09.2017].
- ORTIZ AHLF, Loretta, 1999: "Responsabilidad por Daños Transfronterizos", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Universidad Iberoamericana, N° 29.
- PALAO MORENO, Guillermo, 1998: *La responsabilidad civil por daños al medioambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PALAO MORENO, Guillermo, 2016: "Lección 20ª, Obligaciones Extracontractuales" en Esplugues C., Iglesias, J. y Palao G., *Derecho Internacional Privado* (10ª edición), Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 643-670.
- PASTOR RIDRUEJO, José, 2015: *Curso de Derecho internacional Público y de Organizaciones Internacionales* (19ª edición), Madrid: Tecnos.
- PERCIVAL, Robert, 2010: "Liability for Global Environmental Harm and the Evolving Relationship between Public and Private Law", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 10, N° 1.
- ZILIOI, Chiara, 1995: *Il risarcimento del danno derivante da incidente industriali transnazionali*, Milán: Giuffrè.

Normas citadas

- ACUERDO Regional sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos, adoptado el 11 de diciembre de 1992, publicado en Honduras el 28 de agosto de 1993.
- CONVENCIÓN de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, publicada en Honduras el 27 de septiembre de 1993.
- CONVENCIÓN Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, adoptada el 24 de mayo de 1984.
- CONVENCIÓN Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, adoptada el 5 de agosto de 1978.
- CONVENCIÓN Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, adoptada el 30 de enero de 1975, publicada en Honduras el 1 de junio de 1978.
- CONVENCIÓN Interamericana sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero, adoptada el 30 de enero de 1975, publicada en Honduras el 5 de junio de 1978.

- CONVENCIÓN Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, adoptada el 5 de agosto de 1979, publicada en Honduras el 6 de junio de 1930.
- CONVENCIÓN Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, adoptado el 29 de noviembre de 1969, publicada en Honduras con fecha 21 de junio de 1997.
- CONVENCIÓN sobre Derecho Internacional Privado, adoptada el 20 de febrero de 1928.
- CONVENCIÓN sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, adoptada el 25 de mayo de 1962.
- CONVENCIÓN sobre responsabilidad civil por daños nucleares, adoptada el 21 de mayo de 1963.
- CONVENCIÓN sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear, adoptada el 29 de julio de 1960.
- CONVENIO del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente, adoptada el 21 de julio de 1993.
- CONVENIO de Bruselas relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares, adoptado el 17 de diciembre de 1971.
- CONVENIO Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación de Hidrocarburos, adoptado el 18 de diciembre de 1971.
- CONVENIO sobre Diversidad Biológica, adoptada el 5 de junio de 1992, publicada en Honduras el 10 de junio de 1995.
- CONVENIO sobre el control de los movimientos transfronterizos de los residuos peligrosos y su eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989, publicado en Honduras el 28 de octubre de 1995.
- DECLARACIÓN sobre Medio Ambiente Humano y Desarrollo, adoptada el 16 de junio de 1972
- DECLARACIÓN sobre el Medio Ambiente Humano y el Desarrollo, adoptada el 14 de junio de 1992.
- PROTOCOLO Adicional a la Convención sobre Responsabilidad de Terceros en el Sector de la Energía Nuclear, adoptado el 28 de enero de 1964.
- PROTOCOLO sobre Seguridad en la Biotecnología, adoptado el 29 de enero de 2000, publicado en Honduras el 7 de octubre de 2008.
- PROTOCOLO sobre responsabilidad y compensación suplementario al protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, adoptado el 15 de octubre de 2010.

Jurisprudencia citada

- CORTE Internacional de Justicia, 9 de abril de 1949, Recueil 1949, p. 4.
- CORTE Internacional de Justicia, 25 de septiembre de 1997, Recueil 1997, p. 7.
- CORTE Internacional de Justicia, 20 de abril de 2010, Recueil 2010, p. 4.
- CORTE Suprema de Justicia de Honduras, 19 de octubre de 2006, Nº SJCSJ-RI0066.
- TRIBUNAL Permanente de Arbitraje, 4 de abril de 1928, Recueil Vol. II, pp. 829-871.
- TRIBUNAL Permanente de Arbitraje, 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, Recueil Vol. III, pp. 1905-1982.
- TRIBUNAL Permanente de Arbitraje, 16 de noviembre de 1957, Recueil Vol. XII, pp. 281-317.

Validez del voto en blanco en Chile: un análisis crítico

Viviana Ponce de León Solís*

RESUMEN

A lo largo de las últimas décadas ha surgido un creciente interés en torno al significado y valor del voto en blanco. Este último ya no es visto como una mera preferencia electoral no expresada, sino como una señal de protesta y de descontento político. En este contexto, la experiencia comparada da cuenta de una clara tendencia en orden a reconocer institucionalmente ese descontento y permitir su formulación de manera oficial e inequívoca en los procesos electorales. Chile podría sumarse a esta tendencia, en virtud de un recientemente presentado proyecto que modifica la Carta Fundamental para reconocer validez al voto en blanco en elecciones populares (Boletín 11453-07). Esta investigación discute críticamente dicho proyecto desde un punto de vista teórico, a la luz de su potencial impacto en el pluralismo político, la participación electoral y en la gestión de los partidos políticos.

Voto en blanco – voto expresivo – democracia

Validity of blank ballots in Chile: a critical review

ABSTRACT

During the last decades a growing interest has emerged over the meaning and value of the blank ballot. The latter is no longer seen merely as an unexpressed electoral preference but as sign of protest and of political discontent. In this context, comparative experiences show a clear trend towards an institutional recognition of such discontent and allowing its official and unequivocal articulation in electoral processes. Chile might join this trend by virtue of a recently drafted constitutional amendment project to recognise validity to blank ballots in popular elections (Boletín 11453-07). This research critically discusses such project from a theoretical viewpoint, in light of its potential impact on political pluralism, electoral participation and the governance of political parties.

Blank ballot – expressive vote – democracy

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: poncedeleonviviana@gmail.com.

Artículo recibido el 7 de enero de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente el voto en blanco ha sido visto como una categoría jurídica ambigua, poco interesante y marginal. Ambigua, toda vez que no transmite un mensaje o una señal inequívoca¹. Poco interesante, en cuanto no suele producir efectos directos y su emisión no suele tener ninguna incidencia en el resultado del respectivo proceso electoral². Marginal, por otro lado, en cuanto se le tiende a entender como un comportamiento político irracional y estadísticamente insignificante³.

No obstante, en las últimas décadas ha surgido un creciente interés por la figura del voto en blanco⁴. Este ha pasado de ser visto como una forma de abstención o un tipo de voto inválido a ser considerado una forma de protesta electoral. En ese contexto, a nivel comparado se han instaurado diversos mecanismos tendientes a su reconocimiento jurídico o, al menos se discute tal posibilidad⁵. La idea tras estos mecanismos es brindar a los votantes un canal de expresión inequívoca y oficial de su disconformidad con el sistema de partidos y con los candidatos tradicionales. Con ello, en teoría, se promovería la transparencia en la gestión de dichos partidos y su receptividad a las demandas ciudadanas, se ampliaría el potencial expresivo del voto, se incrementaría la participación electoral y se fomentaría el pluralismo político.

Chile no ha quedado marginado de esta discusión. Recientemente, un grupo de parlamentarios presentó un proyecto de reforma constitucional para reconocer validez al voto en blanco en las elecciones populares de Presidente de la República y de Gobernador Regional. En términos más precisos, el proyecto establece que en cuanto los votos en blanco obtengan la mayoría respecto de los demás candidatos, deba repetirse por una sola vez la elección. En esta segunda elección no podrán presentarse los mismos candidatos que se hayan presentado a la primera.

Así las cosas, el propósito de esta investigación es analizar críticamente la propuesta de reconocer validez al voto en blanco contenida en el proyecto. Para ello, la investigación se estructura del siguiente modo. Primero, se examinan las principales aproximaciones en torno a las motivaciones que subyacen a la emisión de un voto en blanco y se revisan superficialmente los principales argumentos en que se funda la propuesta de su reconocimiento jurídico. Luego, se identifican las principales modalidades de reconocimiento del voto en blanco a nivel comparado. En la selección de los sistemas electorales que ilustran estas modalidades se consideró solo a aquellos que escrutan separadamente los votos en blanco de los votos nulos, con el fin de apreciar los potenciales efectos electorales de los primeros en forma aislada. Finalmente, se discute desde un punto de vista teórico

¹ DAMORE; WATERS; BOWLERS, 2012, p. 895; POWER; GARAND, 2007, p. 433.

² GALATAS, 2008, p. 248.

³ UGGLA, 2008, p. 1144.

⁴ BROWN, 2011, pp. 364 s.

⁵ Con especial referencia a la creación de “partidos en blanco”, que intentan simular los efectos de la atribución de efectos electorales directos al voto en blanco, mediante la no comparecencia de sus miembros al hemiciclo, véase SUPERTI, 2014, p. 12.

el efectivo potencial del arreglo institucional propuesto en el proyecto de reforma para alcanzar los fines a que aspira. En este sentido, la idea central que aquí se plantea es que dicho arreglo no sería el más adecuado para promover el pluralismo político, canalizar disenso político o incentivar la autorreforma de los partidos políticos.

El presente estudio se encuadra dentro de las áreas del derecho constitucional y del derecho electoral, y es desarrollado a partir de una perspectiva teórica. Sin perjuicio de ello, se nutre de ciertas contribuciones teóricas y empíricas de la ciencia política, particularmente en las secciones II y IV. En la sección II, dichas contribuciones permiten esbozar las premisas esenciales en que se funda la noción de voto protesta e identificar superficialmente los argumentos en que implícitamente parece fundarse el proyecto. En la sección IV, a su turno, se invocan los estudios empíricos que, desde el enfoque de la ciencia política, avalan o refutan las observaciones teóricas que se formulan en esta investigación.

II. SIGNIFICADO Y VALOR DEL VOTO EN BLANCO

El voto en blanco ha sido definido como “un acto por medio del cual un elector manifiesta en un proceso electoral su inhabilidad o negativa a hacer una elección en una oferta política determinada”⁶. Según se desprende de esta definición, la característica distintiva del voto en blanco es que no contiene una expresión de preferencia por ninguno de los candidatos o partidos indicados en la respectiva papeleta de votación. De ahí que se afirme que constituye un “no voto”⁷, un “voto no expresado”⁸, una categoría “gemela” a la de voto nulo⁹, “a medio camino entre la participación y la abstención”¹⁰, que importa una “abstención activa” o una “abstención participante”¹¹. En consonancia con esta caracterización, el tratamiento doctrinario del voto en blanco suele estar centrado en las motivaciones que subyacen a su emisión y al valor que, consecuentemente, se le debe atribuir. Los párrafos que siguen se destinan al desarrollo de estas ideas.

1. *Motivaciones subyacentes al voto en blanco*

Entendido el voto en blanco como un no voto, resulta difícil determinar las verdaderas razones que inspiran su emisión. Mas, en literatura, este punto se ha tratado con un notable prejuicio negativo. Por lo general, se ha estimado que el voto en blanco

⁶ ZUFILKARPASIC, 2001, p. 247.

⁷ IBARZABAL; LARUELLE, 2017, p. 1.

⁸ ZUFILKARPASIC, 2001, p. 247.

⁹ UGGLA, 2008, p. 1143. También, en sentido análogo, BREWER, 1990, p. 94, quien considera al voto en blanco como un tipo de voto que adolece de una causal de nulidad por inexistencia.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ La expresión “abstención activa” parece haber sido acuñada por SCHEPIS, 1963, p. 346. Ella también es utilizada como sinónimo de la nomenclatura “abstención participante”. Cfr. HERNÁNDEZ, 2008, p. 357.

no importa un acto consciente y deliberado del elector, sino el resultado de su apatía, confusión o ignorancia¹². Este prejuicio se enraíza en el modelo downsiano del *rational choice*, en donde se asume que el comportamiento de los votantes está guiado por sus expectativas respecto de los resultados de la elección y por la consideración de que su voto puede influir en esos resultados. Siendo así, es de esperar que en los procesos electorales los ciudadanos actúen racionalmente y voten por aquel candidato o partido que, a su juicio, pueda proveerles más beneficios que el resto¹³. Dicho lo anterior, las alternativas de comportamiento electoral que razonablemente podrían esperarse de los ciudadanos son dos¹⁴. Primero, que emitan un voto en favor de su candidato o partido preferido. O, segundo, que se abstengan, si es que los candidatos o partidos en competencia les resultan indiferentes. Concurrir al local de votación y emitir un voto que no exprese ninguna preferencia, por contraste, sería un comportamiento electoral irracional¹⁵.

De cara a las crecientes tasas de voto en blanco alrededor del mundo en las últimas décadas¹⁶, el modelo del voto expresivo proporciona una perspectiva diversa. Para dicho modelo, los votantes obtienen un beneficio directo de la preferencia misma que adoptan, con independencia de los resultados generales de la elección¹⁷. Estos beneficios, de acuerdo con las diversas variantes de dicha corriente, pueden consistir en confirmar la identidad personal de su emisor¹⁸, permitir la expresión política de los votantes¹⁹ o canalizar su protesta política²⁰. La ventaja de este modelo estribaría en explicar más satisfactoriamente que el modelo del *rational choice* por qué algunos votantes concurren a votar y deciden anular su voto o dejarlo en blanco, incluso en sistemas en que el voto no es obligatorio y el costo de la abstención es muy bajo²¹.

En este orden de ideas, el voto en blanco importaría un “voto de protesta”²², distinto respecto de otras conductas electorales no convencionales, como la abstención o la anulación del voto. Quien emite un voto en blanco no se excluye a sí mismo de un

¹² DAMORE; WATERS; BOWLERS, 2012, pp. 895-907; DRISCOLL; NELSON, 2014, pp. 1-15.

¹³ DOWNS, 1957, p. 36.

¹⁴ Al menos en los sistemas en que el voto es voluntario o la abstención no conlleva costos adicionales. *Ibid.*, pp. 261-265.

¹⁵ Esta fue la idea en que se inspiró la redacción del actual artículo 15 de la Constitución, como se desprende del siguiente pasaje: “[...] el voto en blanco es casi antinatural y constituye una excepción, y en ese caso el voto emitido carece de todo sentido de responsabilidad”. Cfr. Historia de la Ley. Constitución Política de la República. Artículo 15, Derecho a Sufragio, p. 39.

¹⁶ Cfr. SUPERTI, 2015, p. 6.

¹⁷ NÚÑEZ, 2016, p. 899.

¹⁸ HILLMAN, 2010, pp. 403-418.

¹⁹ McMURRAY, 2017, p. 208.

²⁰ Véanse, con referencias adicionales, ÁLVAREZ; KIEWIET; NÚÑEZ, 2018, p. 2; SUPERTI, 2015, p. 4; ZUFILKARPASIC, 2001, pp. 253 y 264-266.

²¹ Esto no implica proponer una sustitución del modelo del *rational choice* por el modelo de voto expresivo. Pese a que ambos pueden ser vistos como rivales, también pueden ser vistos como explicaciones complementarias de un fenómeno más complejo. Cfr. BRENNAN; HAMLIN, 1998, p. 173.

²² DAMORE; WATERS; BOWLERS, 2012, pp. 895-907; DRISCOLL; NELSON, 2014, pp. 1-15; ENGELEN, 2007, p. 28; McMURRAY, 2017, p. 208; SLOVAK; VASSIL, 2015, p. 464.

proceso electoral en particular ni del sistema político en general, sino que se erige en partícipe de uno y otro²³. Desde ese punto puede distinguirse claramente de la abstención. Por otro lado, quien emite un voto en blanco no expresa preferencia electoral por ninguno de los candidatos o partidos en competencia. En cambio, quien emite un voto nulo expresa una preferencia electoral, pero lo hace incorrecta o ilegítimamente en cuanto no identifica dicha preferencia de manera singular o anónima²⁴. Así, se afirma que el voto en blanco “es un voto que se emite desde la no preferencia (y hasta desde el rechazo) por todas las opciones electorales concurrentes, por todas las candidaturas”²⁵.

De aceptarse estas ideas podría incluso decirse que el voto en blanco tiene un valor expresivo más importante que el abstencionismo, pues se adhiere al proceso democrático. El elector se presenta al recinto de votación, soportando todos los costos que ello pueda conllevar, con el fin de enviar un mensaje. Considerando que la alternativa de no ejercer su derecho resulta menos costosa (en términos de tiempo y de dinero) y produce jurídicamente un mismo efecto, es razonable suponer que su decisión es intencional e intencionada. Entonces, ya no se puede considerar que su opción representa un simple “no voto”; antes bien representa un “voto no”²⁶.

2. *Argumentos en favor del reconocimiento del voto en blanco*

Pese a la ambigüedad que buena parte de los estudios teóricos y empíricos atribuyen al voto en blanco, la concepción de este como un voto de protesta o desaprobación ha impulsado una tendencia en orden a institucionalizarle o reconocerle valor jurídico²⁷. Con ello, se asume, los votantes podrían articular de manera clara y oficial su disconformidad política, eliminando la ambigüedad antes aludida²⁸. El punto no deja de ser interesante, toda vez que implica una relectura de la democracia representativa. Precisamente, este sistema tradicionalmente reposa en la aceptación por parte de los ciudadanos de la papeleta de votación –incluyendo a los candidatos y partidos que figuran en ella– como su principal herramienta de participación. Mas, ante una insatisfacción generalizada con los candidatos tradicionales y el sistema de partidos, la institucionalización del voto en blanco ofrecería un canal para expresar esa insatisfacción utilizando los mecanismos de participación propios de la democracia representativa.

²³ Cfr. CEA, 2013, p. 76; URDÁNOZ, 2004, p. 305.

²⁴ Debido a que la singularidad y el anonimato del voto son las dos condiciones que, a nivel comparado, suelen determinar la nulidad del voto. Cfr. ALDASHEV; MASTROBUONI, 2016, pp. 1-22.

²⁵ HERNÁNDEZ, 2008, p. 357. En idéntico orden de ideas véase SUPERTI, 2015, pp. 9-12.

²⁶ En este sentido puede leerse el siguiente fragmento de Bobbio: “mientras la abstención del no votante se puede interpretar como un estado de indiferencia ante cualquiera de las alternativas planteadas, la abstención de quien vota en blanco debe interpretarse, en cambio, como un estado de hostilidad ante esas opciones”. Cfr. BOBBIO, 2003, pp. 486 s.

²⁷ IBARZABAL; LARUELLE, 2017, p. 8; SUPERTI, 2015, pp. 6 s.

²⁸ IBARZABAL; LARUELLE, 2017, p. 2; SUPERTI, 2015, p. 48.

Luego, en segundo lugar, algunos autores afirman que el reconocimiento del voto en blanco fomentaría la participación electoral y disminuiría las tasas de abstención²⁹. Tal afirmación se basa en considerar que la abstención electoral puede estar motivada por la insatisfacción, o incluso hastío, del electorado con las opciones disponibles. Si esa hipótesis resultara ser correcta, una potencial solución sería ampliar el rango de opciones e incorporar entre ellas una opción puramente expresiva que permita articular el rechazo de los votantes hacia los candidatos o partidos en competencia³⁰. Con ello, se atraería a quienes se abstendían previamente de votar, para que concurran a las urnas a emitir un voto en blanco.

Por último, el reconocimiento del voto en blanco es vinculado con un fortalecimiento de la gestión de los partidos políticos y, por consiguiente, del sistema democrático como un todo. Asumiendo que el voto en blanco expresa descontento con las opciones que ofrece la papeleta de votación, su emisión puede ser vista no solo como una suerte de sanción a los partidos políticos³¹, sino también como una importante fuente de información política para estos³². Así, con base en esa información, los mismos podrían mejorar sus campañas futuras, optimizar su capacidad de respuesta frente a las demandas del electorado (*responsiveness*), transparentar su rendición de cuentas (*accountability*) e impulsar su autorreforma³³. Todo lo anterior resultaría particularmente cierto en aquellos sistemas en que la opción en blanco, de alcanzar un determinado número de votos, puede significar que un escaño quede vacío, que se invalide el resultado de una elección u que sea necesaria su repetición.

III. GRADOS DE RECONOCIMIENTO DEL VOTO EN BLANCO

A nivel comparado, no es inusual que la valoración jurídica del voto en blanco resulte consistente con su caracterización como una categoría “gemela” del voto nulo o como un voto “a medio camino entre la participación y la abstención”. Así, en algunos países (El Salvador³⁴, México³⁵, Nicaragua³⁶, Uruguay³⁷, Venezuela³⁸) el voto que no

²⁹ MORA, 2012, p. 76; SUPERTI, 2015, p. 14.

³⁰ CHATTERJEE; SZABÓ; UJHELYI, 2017, p. 2.

³¹ IBARZABAL; LARUELLE, 2017, p. 8.

³² SLOVAK; VASSIL, 2015, p. 477.

³³ *Ibid.*; SUPERTI, 2015, pp. 47 s.

³⁴ Artículo 253-C inciso 1º del Código Electoral de El Salvador.

³⁵ Artículo 288 numeral 2 letra a) de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales de México.

³⁶ Artículo 125 de la Ley Nº 331, Ley Electoral de Nicaragua.

³⁷ Véase la Sección IV “De los Escrutinios” de la Ley Nº 7.812, Ley de Elecciones de Uruguay, que solo menciona tres clases de votos: los votos objetados, los votos válidos y los votos nulos. No se contempla ninguna referencia a los votos en que no se ha manifestado una preferencia.

³⁸ Artículos 136, numerales 1º y 2º, y 137, numeral 1º, de la Ley Orgánica de Procesos Electorales de Venezuela.

contiene expresión de preferencia se estima como un tipo de voto nulo o como una abstención. En otros, como Chile, el voto en blanco es considerado como un tipo de voto no válidamente emitido, pero distinto al voto nulo y computado separadamente de este. Si bien esta consideración no implica atribuir efectos jurídicos al voto en blanco³⁹, sí supone un grado de reconocimiento jurídico al mismo. Con todo, en la literatura acerca del tópico, ella no suele ser entendida como una forma de reconocimiento relevante. Al tratar de un mismo modo al voto en blanco y al voto nulo –privándoles de efectos jurídicos–, por más que se les escrute separadamente, resulta muy difícil asignarles un significado diferenciado⁴⁰.

Fuera de estos casos, existen diversos mecanismos de reconocimiento jurídico del voto en blanco que parecen superar la concepción tradicional y ser concordantes con la idea de voto protesta o de voto de desaprobación. Concretamente, el presente apartado se destina al estudio de tres de dichos mecanismos: (1) incorporar el voto en blanco como opción explícita en la papeleta de votación; (2) atribuirle efectos electorales indirectos; y (3) atribuirle efectos electorales directos.

1. *Voto en blanco como opción explícita en la papeleta de votación*

Teóricamente, como ya se ha señalado más arriba, uno de los rasgos distintivos del voto en blanco es que no da cuenta de una preferencia electoral. En la práctica, por el contrario, el voto en blanco sí puede reflejar una preferencia claramente manifestada. Así se puede observar en aquellos Estados que han optado por incorporar en sus papeletas de votación una opción que permita al elector expresar de manera inequívoca su desaprobación hacia todos los candidatos indicados en la papeleta. Dicha opción se puede enunciar con diversas fórmulas. Algunos ejemplos de estas fórmulas incluyen: “ninguno de estos candidatos” (*none of these candidates*, estado de Nevada en Estados Unidos)⁴¹, “ninguno de los anteriores” (*none of the above*, India)⁴² o “voto en blanco” (Colombia). Otra variante consiste en la posibilidad de presentarse en el recinto de votación y expresamente declinar votar (Canadá)⁴³. Si bien, por consiguiente, estas declinaciones

³⁹ Aunque el conteo separado del voto en blanco carezca de consecuencias jurídicas, es posible atribuirle un valor simbólico-político. De hecho, en aquellos países donde opera el sistema de voto obligatorio, el voto en blanco es considerado como uno de los pocos mecanismos oficiales que permitirían a los votantes expresar su desconfianza o descontento, junto con la emisión de un voto nulo o el voto en favor de partidos minoritario. Cfr. HOGGHE; MARIEN; PAUWELS, 2009, pp. 245-273. Por otro lado, no puede dejar de señalarse que descontar los votos en blanco del total de votos que se considerarán para efectos de adjudicar representación indudablemente puede tener un efecto en los resultados de la elección. Cfr. BOBBIO, 2008, p. 486.

⁴⁰ POWER; GARAND, 2007, p. 433. Sin perjuicio de ello, una propuesta de modelo analítico para identificar las variables que determinan la emisión de un voto en blanco y no de un voto nulo, y viceversa, puede verse en TROUMPOUNIS, 2011, pp. 89-94.

⁴¹ Nev. Rev. Stat. §293.269 (2015).

⁴² La fórmula fue incorporada en 1993 por una decisión de la Corte Suprema de la India. Cfr. *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* (2013) (10) S.C.C., 1, 42-50.

⁴³ Esta figura (que solo se encuentra disponible en algunas provincias de Canadá, como Alberta, Manitoba y Ontario) es independiente de la posibilidad de recibir la papeleta y emitir un voto sin marca. Cfr. GALATAS, 2008, pp. 454 s.

no importan la emisión de un voto, ellas son contabilizadas autónomamente, en forma separada a los votos nulos y a las abstenciones.

2. *Voto en blanco con efectos electorales indirectos*

El siguiente grado de reconocimiento jurídico del voto en blanco consiste en atribuirle consecuencias electorales indirectas, reconociéndole así una validez limitada. Digo limitada, porque en este caso el voto en blanco no suele incidir decisivamente en la determinación de los candidatos que resultarán electos. En lugar de ello, puede tener una influencia en la participación de los partidos políticos en los procesos electorales, cuando menos en tres ámbitos. Primero, en el acceso de los partidos políticos a cargos de elección popular, por lo general –aunque no exclusivamente– legislativos. Segundo, en la asignación de espacios gratuitos de tiempo de propaganda electoral en medios de comunicación de titularidad pública. Y, tercero, en la distribución de recursos públicos para el financiamiento de campañas electorales.

Un ejemplo del primer supuesto puede verse en algunos sistemas electorales que prevén umbrales electorales o cláusulas de barrera, como el argentino. Allí, según el artículo 35 letra c) I del Código Electoral Nacional⁴⁴, los votos válidos pueden ser de dos tipos: afirmativos o en blanco. Son votos afirmativos “los emitidos en las boletas de sufragio que tienen una marca en el espacio correspondiente a una agrupación política”. Un voto se contabiliza como en blanco, en cambio, “cuando la boleta no tenga ninguna marca en el espacio correspondiente para las distintas agrupaciones políticas”. Si bien estos no se consideran para proclamar los ganadores de una elección (donde solo se toman en cuenta los “votos afirmativos válidamente emitidos”⁴⁵), sí pueden ser relevantes para determinar quiénes pueden participar en las elecciones. Al efecto, se establece un umbral de 1,5% de los “votos válidamente emitidos”⁴⁶, entre los que se computan tanto los votos afirmativos como los votos en blanco.

Por lo que respecta al segundo supuesto, una ilustración puede encontrarse en el sistema español. En él, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General⁴⁷, establece un baremo para la distribución del tiempo gratuito de propaganda electoral en medios de comunicación (emisoras de radio y televisión) de titularidad pública⁴⁸. Dicha distribución es hecha de forma proporcionalmente directa al porcentaje de votos válidamente emitidos que cada partido, federación o coalición haya obtenido, entre los que también se contabilizan los votos en blanco. En relación con este punto conviene destacar que la legislación española reputa como tales exclusivamente a los votos que no contienen expresión de preferencia de ninguna clase, mas no a los que contengan algún tipo de marca o alteración⁴⁹.

⁴⁴ Ley Nº 19.945, B.O. 19/12/1972.

⁴⁵ Artículo 149, Código Electoral Nacional.

⁴⁶ Artículo 60 bis inciso 2º, *ibíd.*

⁴⁷ BOE 20/06/1985.

⁴⁸ Artículo 64, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁴⁹ Artículo 96, *ibíd.*

Finalmente, el sistema colombiano es representativo del tercer supuesto. En Colombia, al igual que en los dos casos anteriores, el voto en blanco también es válido⁵⁰. El punto es relevante porque el Estado debe contribuir al financiamiento de las campañas electorales de partidos y movimientos políticos, así como de movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos a cargos de elección popular. Tal financiamiento asume la forma de un derecho a reposición de gastos de campaña que, en principio, es definido solamente en razón de los votos válidos depositados en favor del respectivo candidato⁵¹. Sin embargo, el derecho a reposición queda excluido en las campañas para Presidente, Alcaldías y Gobernaciones cuando el candidato hubiere obtenido menos del 5% de los votos válidos en la elección⁵². Debido a que para que opere la exclusión del derecho a reposición el porcentaje no se calcula sobre los votos válidos *depositados* en favor del candidato, sino sobre los votos válidos a secas, debe entenderse que se incluyen también los votos en blanco.

3. *Voto en blanco con efectos electorales directos*

El último y más alto grado de reconocimiento jurídico del voto en blanco consiste en atribuirle efectos jurídicos directos en el resultado de un proceso electoral. Usualmente estos efectos consisten en impedir que se declare como vencedor al candidato con más preferencias, en la medida que los votos en blanco emitidos superen en alguna proporción a dichas preferencias y obligar a repetir las elecciones. Además, en los ordenamientos que recogen esta modalidad de reconocimiento puede impedirse a los candidatos que participaron en el primer proceso la posibilidad de volver a postularse. De esta forma, los partidos o coaliciones que hayan participado en el primer proceso y que se encuentren habilitados para participar nuevamente en el segundo, deberán presentar candidatos distintos a los anteriores.

A nivel académico, uno de los más célebres ejemplos de la situación aquí descrita puede encontrarse en Colombia. De acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política de ese país, “[d]eberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría”⁵³. La misma disposición añade que “[t]ratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de

⁵⁰ Así se desprende del artículo 137 del Código Electoral Colombiano (Decreto 2241 de 1986, D.O. N° 37571, 01/08/1986), cuyo inciso segundo dispone: “[e]l voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cociente electoral”.

⁵¹ Artículo 13 de la Ley 130 de 1994 (Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, D.O. N° 41280, 23/03/1994).

⁵² Véanse la letra a) y el inciso 3, respectivamente, del artículo 13 de la Ley 130 de 1994.

⁵³ Aunque la norma no es explícita al respecto, se entiende que se refiere a la mayoría absoluta (50% más uno) y no a la mayoría relativa, de acuerdo con la interpretación que la Corte Constitucional de Colombia ha hecho de ella. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-490-2011.

Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”. Ese umbral es de 3% de los votos válidos para el Senado de la República y de 50% del cociente electoral (que resulta de dividir el número total de votos válidamente emitidos por el número de cargos a proveer) para las demás corporaciones públicas⁵⁴.

Es del caso señalar que en algunos sistemas el voto en blanco puede producir efectos electorales, aun cuando no se le reconozca validez. Así ocurre, por ejemplo, en Perú. Conforme al artículo 184 de la Constitución Política del Perú de 1993⁵⁵, “[e]l Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos”. En tal evento, según el artículo 368 de la Ley Orgánica de Elecciones peruana (Ley Nº 26859)⁵⁶, “las nuevas elecciones se efectúan en un plazo no mayor de 90 (noventa) días”.

La principal diferencia entre el caso de Perú y el de Colombia es que en Perú no existen restricciones respecto de los partidos o candidatos que pueden participar en las nuevas elecciones. Esta diferencia resulta reveladora respecto de la diversa significación que se atribuye al voto en blanco en uno y otro caso. De este modo, en Perú, la inquietud que parece subyacer a los efectos del voto en blanco es asegurar que los resultados de una elección sean efectivamente representativos de la voluntad de la mayoría. Por el contrario, la inquietud subyacente en Colombia parece ser más bien canalizar la disidencia de los electores y traducirla en consecuencias electorales concretas que reflejen fielmente dicha disidencia.

IV. RECONOCIMIENTO DEL VOTO EN BLANCO EN CHILE

Recapitulando lo expuesto en los apartados anteriores, es usual que en la literatura respecto de esta materia se asuma que las diversas formas de reconocimiento jurídico del voto en blanco conllevarían una promoción de la libertad de expresión de los electores. Ello, a su vez, fomentaría su participación electoral, conduciría a la autorreforma de los partidos políticos y, en definitiva, contribuiría a resolver la crisis de la democracia representativa. Con todo, los efectos favorables que en teoría se atribuyen al reconocimiento del voto en blanco (en cualquiera de sus modalidades) permanecen todavía en el plano de la especulación, ya que no hay muchas experiencias de largo plazo que permitan evaluar con precisión su impacto⁵⁷. A causa de lo anterior, la discusión en torno a este punto amerita una reflexión crítica respecto del verdadero alcance de las consecuencias de una reforma en este sentido. A ello se dedican los párrafos que siguen.

⁵⁴ Artículo 263 inciso 2º, Constitución Política de Colombia.

⁵⁵ D.O.E.P. 30/12/1993.

⁵⁶ D.O.E.P. 01/10/1997.

⁵⁷ BROWN, 2011, p. 365; HOOGHE, 2011, p. 271; DRISCOLL; NELSON, 2014, p. 12.

1. *El valor del voto en blanco en el derecho nacional vigente*

En Chile, el voto en blanco goza de reconocimiento a nivel constitucional y legal. En efecto, la Constitución contempla dos referencias textuales al voto en blanco. La primera se encuentra en el artículo 26 inciso 3º, según este, para efectos de las elecciones de Presidente de la República “los votos en blanco y nulos se considerarán como no emitidos”. La segunda referencia, a su turno, se halla en el artículo 111 inciso 6º, que replica la misma idea respecto de las elecciones de gobernadores regionales. Una y otra norma se reproducen en términos casi idénticos en los artículos 109 y 172, respectivamente, de la Ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. En esa misma ley puede encontrarse además la siguiente definición de voto en blanco: “Se escutarán como votos en blanco las cédulas que aparecieren sin la señal que indique una preferencia por candidato u opción del elector, contengan o no en forma adicional leyendas, otras marcas o señas gráficas”.

Como se puede apreciar, de las disposiciones transcritas se desprende que el ordenamiento jurídico chileno adhiere a la concepción tradicional del voto en blanco, en dos sentidos. En un primer sentido, en cuanto se le considera como un voto no expresado, por no manifestar explícitamente una preferencia electoral. En un segundo sentido, en cuanto se le priva de todo valor jurídico y se le equipara en sus efectos al voto nulo, considerándolo como no emitido.

2. *Proyecto de reforma constitucional para reconocer validez al voto en blanco*

El 3 noviembre del 2017 un grupo de parlamentarios presentó una moción que “Modifica la Carta Fundamental para reconocer validez al voto en blanco en elecciones populares” (Boletín N° 11453-07)⁵⁸. El proyecto incorporaría una definición de voto en blanco al artículo 15 de la Constitución, en el que se considerarían como tales “aquellos sin señal que indique una preferencia por candidato u opción”⁵⁹. Además agregaría en el artículo 26 que “[s]i en la elección de Presidente de la República el voto en blanco obtuviere más sufragios que cualquiera de los candidatos, deberá repetirse por una sola vez la votación y no podrán presentarse los mismos candidatos”. En términos análogos, se modificaría el artículo 111 en términos tales que “[s]i en la elección de gobernador regional el voto en blanco obtuviere más sufragios que cualquiera de los candidatos, deberá repetirse por una sola vez la votación y no podrán presentarse los mismos candidatos”.

⁵⁸ Este es el segundo proyecto de reforma constitucional dirigido a reconocer validez al voto en blanco en Chile. El primer proyecto fue presentado el 12 de febrero de 2015, bajo el título “Proyecto de reforma constitucional referido al efecto de los votos blancos (Boletín N° 7.397-07)”. El proyecto, que actualmente se encuentra archivado, no concitó mayor interés académico o mediático.

⁵⁹ El sentido de elevar a rango constitucional la definición de voto en blanco es permitir su ulterior desarrollo y especificación a nivel legal, tanto en la Ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, como en la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Del texto del proyecto se desprende que este persigue tres objetivos claves. Primero, diversificar los mecanismos que permitan la expresión institucional de un mayor número de ideas (considerando 1)⁶⁰. Segundo, “permiti[r] la incidencia real de la diversidad de opiniones en torno a la vida en común” (considerando 1). Y, tercero, “permitir la expresión de disconformidad con las alternativas y candidatos sometidos a votación popular” (considerando 6). Con fundamento en estos dos considerandos se puede afirmar que los autores de la referida moción hacen suyas las premisas que a nivel académico justificarían el reconocimiento del voto en blanco, particularmente en cuanto a canalizar el descontento electoral y enviar una clara señal del mismo al sistema político.

3. *Análisis crítico del proyecto de reforma constitucional*

Como se señaló más arriba, el proyecto persigue que se reconozca a nivel constitucional la validez del voto en blanco y que se le atribuyan efectos electorales directos en las elecciones de Presidente de la República y Gobernador Regional. Sin embargo, “queda delegado en la ley correspondiente determinar los mecanismos específicos de expresión de dicho voto” (considerando 6°). Es así como un análisis crítico de la reforma propuesta requiere hacer una proyección respecto de cuáles podrían ser tales mecanismos específicos y de cómo ellos se conjugarían con otros factores institucionales y políticos. El análisis se centrará en el modo en que la reforma podría incidir en la garantía de pluralismo político, en las tasas de participación electoral y en las expectativas de autorreforma de los partidos políticos, particularmente en las elecciones presidenciales.

a) Pluralismo político

La garantía de pluralismo político (artículo 19 Nº 15 inciso 6° CPR) comprende al menos dos aspectos. En su primer aspecto, ella “exige que los más diversos puntos de vista puedan ser expresados y sostenidos en el discurso público”⁶¹. Por consiguiente, “comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica”⁶². Por otro lado, en su segundo aspecto, esta garantía también “considera que todos los partidos, grupos y tendencias políticas pueden buscar hacerse del gobierno”⁶³. En este sentido, el Estado debe asegurar a esos partidos, grupos y tendencias políticas la competencia en igualdad de condiciones por el poder, absteniéndose de adoptar medidas que favorezcan injustamente a uno de ellos en desmedro de los otros. Aunque en el proyecto se enfatiza rigurosamente el modo en que el reconocer validez

⁶⁰ “[L]a democracia se protege cuando un mayor número de ideas pueden expresarse institucionalmente. Por ello, el sistema político debe velar por diversificar los mecanismos que permitan dichas formas de expresión y canalizarlas, encontrando las herramientas específicas que permitan la incidencia real de la diversidad de opiniones en torno a la vida en común”.

⁶¹ MARSHALL, 2011, p. 19.

⁶² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nº 567-2006, c. 22°.

⁶³ MARSHALL, 2011, p. 19; MARSHALL, 2008, p. 56.

al voto en blanco incidiría en el primer aspecto del pluralismo político, no resulta del todo claro qué impacto podría tener en el segundo.

a) Una variable a tomar en cuenta al discutir las posibles repercusiones del proyecto referentes a la garantía de pluralismo político es el diseño de las papeletas de votación, en términos de la forma en que el votante expresará su voluntad de emitir un voto en blanco. La propuesta de definición de voto en blanco contenida en el proyecto (“aquell[] sin señal que indique una preferencia por un candidato o una opción”) sugiere que la reforma no alteraría el diseño de las papeletas, de manera que no se incluiría explícitamente una opción de voto en blanco. De ser así, se corre el riesgo de interpretar equívocamente las motivaciones de los electores al emitir este voto, considerando la ya referida ambigüedad que encierra el solo hecho de no marcar el voto.

En cuanto a la alternativa de incluir una opción explícita, como se ha dicho, ella tendría la ventaja teórica de eliminar la ambigüedad e imprecisión que tradicionalmente se atribuye al mensaje subyacente a los votos en blanco. Gracias a ella podría descartarse, al menos en línea de principio, la posibilidad de que la preferencia expresada por el elector se deba nada más que a su apatía, confusión o ignorancia⁶⁴. Efectivamente, marcar el espacio destinado específicamente al voto en blanco en la papeleta de votación –o presionar el respectivo botón en la máquina de votación, según el caso– parece ser un acto con significación más clara e inequívoca que tan solo dejar de marcarla⁶⁵. Por consiguiente, se robustecería aún más la función expresiva o comunicativa del voto en blanco como instrumento para transmitir a los partidos políticos mayoritarios un indiscutible mensaje de descontento frente a sus propuestas, candidatos o integrantes.

Con todo, desde una perspectiva crítica, se ha sostenido que la práctica de incorporar una opción explícita de voto en blanco en la papeleta de votación puede tener un impacto negativo respecto de la garantía de pluralismo político. Por ejemplo, en los países post-Unión Soviética, la lógica subyacente a esta práctica era evitar que el disenso político se canalizara mediante partidos minoritarios⁶⁶. Esto explicaría por qué las estadísticas electorales de países como Ucrania indican que, tras la supresión de la opción del voto “contra todos”, aumentó la votación por aquellos partidos⁶⁷. Por el contrario, en el estado de Nevada se ha observado que la presencia de una opción de voto en blanco no ha disminuido el apoyo por partidos minoritarios⁶⁸. El que la evidencia en este punto sea inconsistente lleva a cuestionar la conveniencia de adoptar una reforma de esta envergadura, sin contar previamente con estudios acerca de las motivaciones de los votantes chilenos para emitir un voto en blanco y del modo en que contar o no con una opción explícita en la papeleta para emitirlo repercutiría en su comportamiento electoral.

b) Una variable adicional a considerar al apreciar el potencial impacto del proyecto de reforma en la garantía de pluralismo político es la existencia de restricciones respecto

⁶⁴ SLOVAK; VASSIL, 2015, p.

⁶⁵ NICOLAU, 2015, p. 9; CHATTERJEE; SZABÓ; UJHELYI, 2017, pp. 9-11.

⁶⁶ SAKWA, 2008, p. 168.

⁶⁷ TYSHKOVSKIY, 2016, p. 31.

⁶⁸ DAMORE; WATERS; BOWLERS, 2012, p. 904 y BROWN, 2007, p. 365.

de los partidos que pueden participar en la repetición de las elecciones. Un primer supuesto sería que en la repetición de las elecciones solo pudieran participar aquellos partidos que superen un determinado umbral en la primera elección. La consecuencia práctica de estos umbrales es elevar el número total o absoluto de votos, a partir de ello se calcularía el porcentaje de votos requeridos para participar en la segunda elección. Dicho de otro modo, al incluir los votos en blanco entre los votos con los que se calcularían los umbrales, aumentaría el total de votos a computar y, naturalmente, al aumentar el total cada partido requeriría más votos a favor para poder superar el umbral. Como resultado, disminuirían las posibilidades de participación de los partidos minoritarios y se promovería la formación de pactos electorales o coaliciones, al tiempo que aumentarían las posibilidades de participación de los partidos mayoritarios⁶⁹.

Un segundo supuesto, por otro lado, sería que en la repetición de las elecciones pudieran participar todos los partidos que participaron en la primera elección, sin restricciones. En este caso, aunque no opere el umbral, los partidos minoritarios podrían quedar igualmente en una situación de desventaja para presentar una nueva candidatura respecto de los partidos mayoritarios. Tan solo considerando que los aportes públicos a partidos políticos son asignados en función del número de votos válidamente emitidos que estos obtengan⁷⁰ y el exiguo tiempo que –presumiblemente– transcurriría entre la primera y la segunda elección, es razonable suponer que levantar una nueva candidatura presidencial podría resultar considerablemente más difícil para esta clase de agrupaciones. Por otro lado, surge la duda respecto del tratamiento que en una eventual reforma se daría a las candidaturas independientes. Si ellas también fueran excluidas de la segunda elección, se vulneraría la garantía de igualdad entre independientes y miembros de partidos políticos, tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los procesos electorales (artículo 18 inciso 1° CPR).

b) Participación electoral y expectativas de autorreforma de los partidos políticos

Una segunda línea de discusión se relaciona con el potencial impacto que la reforma tendría, de prosperar el proyecto, en las tasas de participación electoral. Si bien el aumento de estas no es uno de los objetivos declarados del proyecto bajo análisis, en un país con tasas de abstención superiores al 50%, este parece ser un aspecto digno de consideración.

De momento, no existe evidencia empírica sólida en torno a la existencia de una correlación positiva entre el reconocimiento del voto en blanco y aumento de las tasas de participación. Si bien existen investigaciones que avalan esta idea (una, en particular, sobre el caso de la India)⁷¹, otras parecen negarla. Así, por ejemplo, se ha observado que las tasas de participación electoral en el estado de Nevada han disminuido considerablemente con

⁶⁹ BASKARAN; LOPES DA FONSECA, 2016, p. 135; CAPOCCIA, 2002, pp. 180-183; MORA, 2012, pp. 72 y 77.

⁷⁰ Artículo 33 bis inciso 5° de la Ley N° 18.603, Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 21-24 y 42-50.

el tiempo, pese a que la opción “ninguno de estos candidatos” se encuentra disponible en las papeletas de votación desde 1975⁷². Al contrario, se observa que “después una ráfaga de interés por NDEC, los votantes dejaron de usar la opción”⁷³. En Ucrania, por su parte, donde el voto “contra todos” estuvo vigente desde 1994 hasta su abolición en el 2012, tampoco se apreció una disminución de las tasas de participación respecto de procesos electorales previos. En lugar de ello se produjo un aumento de la votación por partidos minoritarios⁷⁴. Por último, en una investigación respecto de los resultados de las elecciones generales en España durante el periodo comprendido entre 1982 y 1986 se concluyó que el aumento del voto en blanco era muy superior al crecimiento del censo. A causa de que no había correlación entre la tasa de abstención y el incremento de los votos en blanco, era plausible conjeturar que quienes eligieron la opción en comento no eran necesariamente nuevos votantes que antes se abstendían, sino votantes antiguos que simplemente cambiaron su voto⁷⁵.

Ni siquiera en Colombia, donde el voto en blanco tiene influencia decisiva en los resultados de la elección, existe evidencia significativa en relación con este punto. Aunque allí el voto en blanco ha aumentado (e incluso obtenido algunas notables victorias electorales⁷⁶) desde que se le reconociera validez en 1991, en las últimas elecciones la abstención también ha experimentado un crecimiento considerable⁷⁷. Lo anterior significa que ni siquiera en aquellos sistemas en que el voto en blanco produce efectos electorales directos puede darse por establecida sin más una relación directa entre el reconocimiento jurídico de este y la disminución de las tasas de abstención.

Más allá de estos antecedentes, ahora desde un punto de vista teórico, existen buenas razones para cuestionar la idea de que el reconocimiento jurídico del voto en blanco por sí solo pueda conllevar una disminución de las tasas de abstención electoral. Más aún, existen buenas razones para suponer que, lejos de constituir la solución a la crisis de alienación política que aqueja a buena parte de las democracias contemporáneas, la institucionalización del voto en blanco podría terminar por agudizarla. Dichas razones se vinculan con la discrepancia que puede existir entre las expectativas de quienes emiten un voto en blanco en orden a influir en el sistema político y los genuinos efectos que este produce o puede producir.

Efectivamente, el reconocimiento del voto en blanco como voto escrutable pero no computable a efectos de adjudicar representación suele encerrar una paradoja que conviene tener presente. Entendido el voto en blanco como voto protesta, podría existir una contradicción entre los fines conscientes que perseguiría el votante con su emisión y los fines que efectivamente podría producir, adulterándose así la genuina voluntad de

⁷² BROWN, 2011, p. 365.

⁷³ En palabras del Secretario de estado de California: “*after a brief flurry of interest in NOTA, voters stop using the option and candidates continue behaving as before*”. Citado en DAMORE; WATERS; BOWLERS, 2012, p. 897.

⁷⁴ TYSHKOVSKYI, 2016, p. 30.

⁷⁵ BOBILLO, 1988, pp. 79-81.

⁷⁶ LOZANO; RODRÍGUEZ, 2015, p. 138.

⁷⁷ *Ibid.*

aquel. Acerca de este asunto, aunque específicamente a propósito del sistema electoral español, se ha dicho que: “aquellos electores que voten en blanco, en realidad, lo que están haciendo –de manera no voluntaria– no es otra cosa que diezmar las posibilidades de terceras formaciones a las que ni siquiera han tenido en cuenta a la hora de formar su decisión, beneficiando de forma muy apreciable a aquellas a las que en verdad sí han decidido castigar”⁷⁸.

A mi juicio, esta observación también podría ser válida para la propuesta de reforma al sistema electoral chileno. Y es que el voto en blanco solo es apto para manifestar disenso o no adhesión a los candidatos o partidos en competencia, pero carece de contenido propositivo en sí mismo. Este jamás puede adjudicar representación y, por ende, resultar “vencedor”. Aun cuando se repitan las elecciones, tarde o temprano tendrá que conducirse un segundo proceso electoral que sí concluya en la designación de representantes, en el que el voto en blanco ya no podrá tener efectos electorales directos. Por lo demás, un inicial “triunfo” del voto en blanco no evita que los mismos partidos o pactos electorales contra los que se manifestó insatisfacción sigan participando en la repetición de esta. Naturalmente, tampoco evita que esos mismos partidos sigan participando en otros procesos electorales futuros.

Para este segundo proceso deberán inscribirse nuevas candidaturas, en un plazo relativamente breve (como referencia, en Colombia el plazo es de diez días corridos contados a partir del día siguiente a la declaratoria de resultados por la correspondiente autoridad escrutadora). De ahí que surjan serias dudas respecto de la factibilidad de permitir la participación de la ciudadanía en la designación de los nuevos candidatos, mediante elecciones primarias. Siendo así, cabría conjeturar que los candidatos serán elegidos entre (i) los precandidatos derrotados en los procesos de designación de candidatos oficiales de cada partido o coalición, u (ii) otros personajes ya prominentes de dicho partido o coalición. Cabría igualmente suponer, considerando el potencial impacto negativo de la atribución de efectos electorales directos al voto en blanco en la participación de los partidos minoritarios y de candidatos independientes, que los partidos mayoritarios tendrían una probabilidad más alta de ser los vencedores de todas formas⁷⁹.

De ser correctas estas suposiciones, sería poco realista esperar que una eventual implementación del proyecto conduzca a la autorreforma de los partidos políticos o al incremento de su *responsiveness* frente a las expectativas de la ciudadanía. Antes bien, las reflexiones aquí plasmadas sugieren que el reconocimiento jurídico del voto en blanco, en los términos propuestos en el proyecto, podría favorecer a los partidos mayoritarios y conducir a la preservación del *statu quo*, en perjuicio de los partidos minoritarios y de las candidaturas independientes.

Esta observación no debería causar sorpresa alguna. Al fin y al cabo, como se indicó más arriba, la emisión de un voto en blanco no implica rechazo hacia el sistema

⁷⁸ MORA, 2012, p. 77.

⁷⁹ BRICHARD, 2014, p. 2.

democrático en sí mismo. Por el contrario, implica al mismo tiempo rechazo hacia las opciones electorales disponibles en un momento determinado y una adhesión a las formas ortodoxas de participación en democracia. De esta suerte, en cuanto instrumento de protesta política, la emisión de un voto en blanco resulta particularmente débil a efectos de producir cambios estructurales en el sistema de partidos⁸⁰. Por esta razón, aun reconociendo como valiosa la posibilidad de que los votantes dejen en blanco su papeleta con fines puramente expresivos, la propuesta de institucionalizar el voto en blanco y asignarle efectos electorales directos debe ser manejada con cautela.

V. CONCLUSIÓN

1. En esta investigación se ha abordado la creciente tendencia a ver el voto en blanco como un tipo de voto de protesta y una expresión de disenso político. Dicha tendencia se puede observar no solo a nivel académico o teórico, sino que se refleja también en la práctica de diversos sistemas electorales en orden a dar algún tipo de reconocimiento al voto en blanco. El interés por este tema encuentra tres justificaciones. La primera de ellas dice relación con las virtudes o efectos positivos que se atribuyen a la antes referida práctica, en términos de su potencial para promover la libertad de expresión, disminuir las tasas de abstención electoral y fortalecer la gestión de los partidos políticos. La segunda de ellas tiene que ver con colmar un vacío en la literatura nacional respecto de este asunto. Y la tercera de ellas apunta a proporcionar un análisis crítico del proyecto de reforma constitucional recientemente presentado por un grupo de parlamentarios, que aspira a la institucionalización del voto en blanco en Chile.

2. Bajo el rótulo de reconocimiento del voto en blanco se agrupan varias modalidades de institucionalización o valoración jurídica del voto en blanco, existentes a nivel comparado. Las mismas han sido sistematizadas en tres categorías. Primero, la incorporación formal de una opción de voto en blanco en las papeletas de votación y la presentación de candidaturas o partidos que simulen esa incorporación. Segundo, la consideración del voto en blanco en el cálculo de umbrales para efectos de permitir la participación de partidos políticos en procesos electorales, asignar tiempos de propaganda política en medios de comunicación de titularidad pública o de distribuir recursos públicos para el financiamiento de campañas políticas. Y, tercero, la atribución de efectos jurídicos directos al voto en blanco en la adjudicación de representación.

3. Una de las principales conclusiones de esta investigación es que el proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de la validez del voto en blanco puede producir efectos objetables a la luz de la garantía de pluralismo político y de su incidencia en la participación electoral. Más concretamente, se pone de relieve el modo en que la reforma propuesta podría contribuir a preservar el *statu quo* y favorecer a los partidos mayoritarios, así como a desfavorecer o excluir a partidos minoritarios y candidatos

⁸⁰ SLOVAK; VASSIL, 2015, p. 477.

independientes. Es así como, eventualmente, al reconocer validez al voto en blanco se podrían producir efectos contrarios a los que, según los propios promotores del proyecto, buscarían los votantes que deciden emitirlo en señal de protesta política.

4. Para terminar, se plantea un cuestionamiento al potencial de la propuesta contenida en el proyecto para canalizar adecuadamente la protesta política de los electores y para contribuir a la autorreforma del sistema de partidos. El cuestionamiento se funda en dos ideas centrales. Primero, en el eventual impacto negativo de la reforma respecto de la garantía de pluralismo político y en la participación electoral. Segundo, en el contrasentido de manifestar eficazmente insatisfacción con las opciones que ofrece el proceso electoral por medio de uno de los más convencionales instrumentos dirigidos a manifestar apoyo al mismo, en una democracia representativa. De resultados, aunque el cómputo de los votos en blanco emitidos en cada elección pueda ser útil como indicador de insatisfacción electoral, es altamente dudoso que la atribución de validez al voto en blanco pueda traducirse en una reforma significativa del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDASHEV, Gani; MASTROBUONI, Giovanni, "Invalid Ballots and Electoral Competition", *Political Science Research and Methods* (2016), pp. 1-22.
- ÁLVAREZ, R. Michael, D. KIEWIET, Roderick; NÚÑEZ, Lucas, "A Taxonomy of Protest Voting", *Annual Review of Political Science* 21 (2018), pp. 1-28.
- BASKARAN, Thushyanthan; LOPES DA FONSECA, Mariana, "Electoral thresholds and political representation", *Public Choice* 169 (2016), 117-136
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 15. Derecho de Sufragio. Recuperado el 01.11.2017 de: www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/367/4/HLArt15CPR.pdf.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003.
- BOBILLO, Francisco J., "El voto estéril en las elecciones generales españolas", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 62 (1988), pp. 69-88.
- BRENNAN, Geoffrey; HAMLIN, Alan, "Expressive voting and electoral equilibrium", *Public Choice* 95 (1998), pp. 149-175.
- BREWER-CARÍAS, Allan, "La nulidad de los actos electorales: Una perspectiva constitucional comparada", en IIDH/CAPEL, *Transición democrática en América Latina: reflexiones sobre el debate actual. Memoria III Curso Anual Interamericano de Elecciones*, IIDH/CAPEL, San José, 1990, pp. 89-137.
- BRICHARD, Nathalie, *Blank Vote in the Upcoming Elections*, Mission of Electoral Observation MOE Colombia, 2014. Recuperado el 01.11.2017 de: [http://www.gndem.org/sites/default/files/Article_5_Blank_Votes%20\(1\).pdf](http://www.gndem.org/sites/default/files/Article_5_Blank_Votes%20(1).pdf).
- BROWN, Adam R., "Losing to nobody? Nevada's 'none of these candidates' ballot reform", *The Social Science Journal* 48 (2011), 2, pp. 364-370.
- CAPOCCIA, Giovanni, "The Political Consequences of Electoral Laws: The German System at Fifty", *West European Politics* 25 (2002), 3, pp. 171-202.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo III, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013.

- CHATTERJEE, Somdeep; SZABÓ, Andrea; UJHELYI, Gergely (25 de octubre de 2017), "None Of The Above Votes in India and the Consumption Utility of Voting". Recuperado el 30.12.2017, de: <http://www.uh.edu/~aszabo2/nota12.pdf>.
- DAMORE, David F.; WATERS, Mallory M.; BOWLER, Shaun, "Unhappy, Uninformed, or Uninterested? Understanding 'None of the Above' Voting", *Political Research Quarterly* 65 (2012) 4, pp. 895-907.
- DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Harper & Row, New York, 1957.
- DRISCOLL, Amanda; NELSON, Michael J., "Ignorance or Opposition? Blank and Spoiled Votes in Low-Information, Highly Politicized Environments", *Political Research Quarterly* (2014), pp. 1-15.
- ENGELEN, Bart, "Why Compulsory Voting Can Enhance Democracy", *Acta Politica* 42 (2007), pp. 23-39.
- GALATAS, Steven, "'None of the Above' Casting Blank Ballots in Ontario Provincial Elections", *Politics & Policy* 36 (2008), 3, pp. 448-473.
- HERNÁNDEZ BRAVO, Juan, "Los sistemas electorales", en Del Águila, Ramón (dir.), *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 349-390.
- HILLMAN, Arye L., "Expressive behavior in economics and politics", *European Journal of Political Economy* 26 (2010), 4, pp. 403-418.
- HOOGHE, Marc; MARIEN, Sofie; PAUWELS, Teun, "Where do Distrusting Voters Turn to if there is no Viable Exit or Voice Option? The Impact of Political Trust on Electoral Behaviour in the Belgian Regional Elections of June, 2009", *Government and Opposition. International Journal of Comparative Politics* 46 (2011), 2, pp. 245-273.
- IBARZABAL, Nora; LARUELLE, Annick, "Ghost Seats in the Basque Parliament", *European Journal of Operational Research* (2017), pp. 1-10.
- LOZANO GARCÍA, Mario Alexander; RODRÍGUEZ CASALLAS, Diego F., "Voto en blanco, voto nulo y abstención: expresión de rechazo de la ciudadanía boyancense, en los comicios parlamentarios", *Revista Vía Iuris* 18 (2015), pp. 135-150.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, "Notas sobre el contenido del principio de la democracia", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 2 (2011), 1, pp. 9-36.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, "Partidos e independientes ante la constitución: el caso de la distribución del tiempo en la franja electoral", *Revista de Derecho (Valdivia)* 21 (2008), 1, pp. 45-60.
- MCMURRAY, Joseph, "Voting as communicating: Mandates, multiple candidates, and the signaling voter's curse", *Games and Economic Behavior* 102 (2017), pp. 199-223.
- MORA MOLINA, Juan Jesús, "El sistema electoral español, una propuesta realista", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 46 (2012), pp. 69-92.
- NICOLAU, Jairo, "Impact of Electronic Voting Machines on Blank Votes and Null Votes in Brazilian Elections of 1998", *Brazilian Political Science Review* 9 (2015), 3, pp. 3-20.
- NÚÑEZ, Lucas, "Expressive and Strategic Behavior in Legislative Elections in Argentina", *Political Behavior* 38 (2016), pp. 899-920.
- SAKWA, Richard, *Russian Politics and Society*, Routledge, New York, 2008.
- SCHEPIS, Giovanni, "Analisi statistica dei risultati", en Spreafico, Alberto, La Palombara, Joseph (a cura di), *Elezioni e comportamento politico in Italia*, Edizioni di comunità, Milán, 1963, pp. 329-406.
- SLOVAK, Mihkel; VASSIL, Kristjan, "Indifference or Indignation? Explaining Purposive Vote Spoiling in Elections", *Journal of Elections, Public Opinion and Parties* 25 (2015), 4, pp. 463-481.
- SUPERTI, Chiara (13 de marzo de 2015), "Vanguard of Discontent: Comparing Individual Blank Voting, Mobilized Protest Voting, and Voting Abstention". Recuperado el 30.12.2017, de

Department of Government, Harvard University: http://scholar.harvard.edu/files/csuperti/files/dissertationpaper1_spainitaly_0.pdf.

TROUMPOUNIS, Orestis, *Electoral systems and forms of abstention*, Tesis presentada ante el Departament d'Economia i d'Història Econòmica de la Universitat Autònoma de Barcelona, en cumplimiento parcial de los requisitos para optar al grado de Doctor en Economía. Disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/46323/1/tesis-Orestis-Troumpounis.pdf>.

TYSHKOVSKIY, Anton, *Does NOTA Option Availability Affect Voting in a Polarized Environment? Evidence from Ukrainian Parliamentary Elections 2006-2012*, Tesis presentada ante la Central European University, en cumplimiento parcial de los requisitos para optar al grado de Master of Arts in Economic Policy on Global Markets. Disponible en: www.etd.ceu.hu/2016/tyshkovskiy_anton.pdf.

UGGLA, Fredrik, "Incompetence, Alienation, or Calculation? Explaining Levels of Invalid Ballots and Extra-Parliamentary Votes", *Comparative Political Studies* 41 (2008), 8, pp. 1141-1164.

URDÁÑOZ GANUZA, Jorge, "Un nuevo sistema electoral", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 126 (2004), pp. 288-319.

ZULFIKARPASIC, Adélaïde, "Le vote blanc: abstention civique ou expression politique", *Revue française de science politique* 1 (2001), 51, pp. 247-268.

Jurisprudencia citada

CORTE Constitucional (Colombia), sentencia de fecha 23 de junio de 2011, C-490-2011.

CORTE Suprema de la India, *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* (2013) (10) S.C.C., sentencia de fecha 27 de septiembre de 2013.

TRIBUNAL Constitucional (Chile), sentencia de fecha 02 de junio de 2010, Rol Nº 567-2006.

Normas jurídicas citadas

CÓDIGO Electoral. Publicado en el *Diario Oficial*, tomo 318, El Salvador, con fecha 25 de enero de 1993.

CÓDIGO Electoral Colombiano (Decreto 2241 de 1986). Publicado en el *Diario Oficial* Nº 37571, Colombia, con fecha 01 de agosto de 1986.

CÓDIGO Electoral Nacional (Ley Nº 19.945). Publicado en el *Boletín Oficial*, Argentina, con fecha 19 de diciembre de 1972.

CONSTITUCIÓN Política de Colombia de 1991. Publicada en la *Gaceta Constitucional*, Colombia, Nº 114, con fecha 04 de julio de 1991.

CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile. Publicada en el *Diario Oficial*, Chile, con fecha 22 de septiembre de 2005.

CONSTITUCIÓN Política del Perú de 1993. Publicada en el *Diario Oficial* el Peruano, Perú, con fecha 30 de diciembre de 1993.

LEY 130 de 1994 (Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos). Publicada en el *Diario Oficial* Nº 41280, Colombia, con fecha 23 de marzo de 1994.

LEY Electoral. Publicada en *La Gaceta* Nº 168, Nicaragua, con fecha 04 de septiembre de 2012.

LEY General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, México, con fecha 23 de mayo de 2014.

LEY Nº 7.812, Ley de Elecciones. Publicada en el *Diario Oficial*, tomo LXXVIII, Nº 5691, Uruguay, con fecha 16 de enero de 1925.

LEY Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. Publicada en el *Diario Oficial*, Chile, con fecha 06 de mayo de 1988.

- LEY N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. Publicada en el *Diario Oficial*, Chile, con fecha 26 de julio de 2006.
- LEY Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* N° 147, España, con fecha 20 de junio de 1985.
- LEY N° 18.603, Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos. Publicada en el *Diario Oficial*, Chile, con fecha 23 de marzo de 1987.
- LEY Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859). Publicada en el *Diario Oficial el Peruano*, Perú, con fecha 01 de noviembre de 1997.
- LEY Orgánica de Procesos Electorales. Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5928E, Venezuela, con fecha 12 de agosto de 2009.
- NEVADA Revised Statutes (2015). Publicada en <https://www.leg.state.nv.us/NRS/> (versión oficial electrónica), Estados Unidos.
- MODIFICA la Carta Fundamental para reconocer validez al voto en blanco en elecciones populares, Boletín N° 11453-07.
- PROYECTO de reforma constitucional referido al efecto de los votos blanco, Boletín N° 7.397-07.

Desalojos forzosos en Chile con miras al Derecho Internacional de Derechos Humanos

*Tatiana Torres Montenegro**

RESUMEN

De la política habitacional chilena se pueden desprender variadas consecuencias, una de ellas es la cantidad de población que habita hoy en asentamientos irregulares o precarios y que son objeto de desalojos forzosos por parte de particulares o del Estado. Este trabajo pretende indicar cuáles son los parámetros internacionales respecto de los desalojos forzosos y analizar la normativa existente en Chile que los regula. De esta manera, permitirá un análisis más exhaustivo al momento de encontrarnos frente a una situación de desalojo, y que sirva de apoyo a aquellos que intenten recursos de protección en orden a detener dichas órdenes.

Desalojo forzoso – derecho internacional de los Derechos Humanos – desahucio

Forced evictions in Chile in relation with International Human Rights Law

ABSTRACT

Several consequences can be derived from the Chilean housing policy, one of which is the number of people who live in irregular or precarious settlements today, and who are subject to forced evictions by individuals or the State. This work aims to indicate what are the international parameters regarding forced evictions and analyze the existing regulations in Chile that regulate them. In this way, can allow a more exhaustive analysis when faced with an eviction situation, and that will serve as a support to those who seek protection resources in order to stop such orders

Forced eviction – international Human Rights law – eviction

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Correo electrónico: tatitorresmontenegro@gmail.com.

Artículo recibido el 2 de abril de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Como resultado de una política habitacional general con falta de enfoque de derechos humanos, en Chile es posible apreciar la existencia de numerosas familias que viven actualmente en asentamientos informales, con falta de acceso a servicios básicos, en donde los elementos integradores del derecho a la vivienda adecuada no se visualizan y la expresión de vivir en dignidad, seguridad y paz en alguna parte, parece un rezo ajeno a toda realidad.

De conformidad con lo indicado por la Organización de las Naciones Unidas, se entiende por asentamientos informales un grupo de más de 10 viviendas en terrenos públicos o privados, construidos sin permiso del dueño, sin ninguna formalidad legal y sin cumplir con las leyes de planificación urbana¹. Lo que caracteriza a este tipo de asentamiento es su precariedad en los servicios, falta de habitabilidad y de seguridad jurídica de la tenencia.

Pero además estamos frente a una situación en la actualidad en la que incluso personas a las que les fuera otorgado en dominio viviendas para que autoagenciaran su vida, han sido desprovistas de ellas producto de los remates, lo que ha sido observado por la Relatora especial para la vivienda adecuada² doña Raquel Rolnik, indicando que “El paradigma que consideraba la propiedad de la vivienda como la forma de tenencia más segura ha resultado ser falso, dado que uno de los principales resultados de las crisis recientes ha sido el aumento de las ejecuciones hipotecarias”³.

Si bien puede considerarse suficientemente grave el hecho que por distintas razones existan 40.541 familias en el 2017⁴ viviendo en condiciones que atentan no tan solo contra el derecho a la vivienda adecuada, sino que también, en virtud del principio de interdependencia de los derechos humanos, atentan contra el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la alimentación adecuada, el trabajo, la salud, entre otros; nos encontramos con otra situación igualmente preocupante asociada a esta forma de vida, y que tiene que ver con los desalojos.

¹ HÁBITAT WORLDMAP, 2017.

² “Un relator especial es un experto independiente designado por el Consejo de Derechos Humanos para examinar la situación de un país o un asunto concreto de derechos humanos, e informar al respecto. Ejerce el cargo a título honorario y no forma parte del personal de las Naciones Unidas ni percibe un sueldo por el desempeño de su mandato. Los relatores especiales forman parte de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos”.

³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 11.

⁴ TECHO, 2017.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS EN CUANTO A LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO

Este tema ha sido objeto de análisis profundo por parte de la doctrina nacional, y por motivos de extensión de este trabajo solo indicaremos que existe consenso que los tratados internacionales respecto de derechos humanos se aplican al derecho interno.

En virtud de la norma del artículo 5° de la Constitución Política de la República que indica que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, se entiende que una vez que los tratados acerca de derechos humanos han cumplido con los trámites legislativos establecidos en la Constitución, estos son aplicables al derecho interno y los derechos contenidos en ellos constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía.

La discusión radica en torno a la jerarquía normativa que dichos tratados tienen en la estructura legal del país, para algunos (entre ellos Claudio Nash⁵) tendrían rango constitucional; para otros (entre ellos Bertelsen⁶) las normas internacionales serían de rango infraconstitucional, siendo la posición mayoritaria en los tribunales de justicia la de dar mayor prevalencia a las normas constitucionales internas que a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lo anterior tiene relevancia para efectos de su aplicación práctica y exigibilidad en los tribunales.

Resulta útil para efectos de determinar la aplicación de estándares internacionales en el derecho interno, tener en consideración la construcción doctrinal del bloque constitucional de derechos fundamentales, que se entiende como

“el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena vigente”⁷.

Así, a base del referido bloque las normas sobre derechos fundamentales deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales, con las claves hermenéuticas del Derecho

⁵ NASH, 2012.

⁶ BERTELSEN, 1996.

⁷ NOGUEIRA, 2009, p. 149.

de los Derechos Humanos y sus órganos de aplicación (como por ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)⁸.

En este contexto existen distintas posiciones respecto de reconocer como fuente del derecho internacional al denominado *soft law*, como fuente distinta a las contenidas en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se ha indicado que el *soft law* está compuesto por un conjunto de decisiones de los Estados o de organizaciones internacionales cuyo carácter no es jurídicamente vinculante respecto de los Estados⁹. También, se ha señalado, que este término busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica¹⁰.

De conformidad con la mayoría de la doctrina, la utilidad del *soft law* es aceptada por cuanto permitiría avanzar en el sistema de protección de derechos humanos mediante la determinación progresiva de estándares más avanzados. No obstante lo anterior, otro sector de la doctrina estima lo contrario, que la extrema elasticidad de las normas de *soft law* no hace sino incrementar el poder de las instituciones internacionales como las Cortes y los comités especializados, los que impondrían sus decisiones a Estados que, por ejemplo, no formaron parte de la causa específica sujeta al conocimiento del tribunal¹¹.

Para efectos de este trabajo, entendemos que las normas del *soft law* constituyen una herramienta para interpretar el derecho a la vivienda adecuada, y que por tanto sirven de Carta Gantt para los Estados al momento de cumplir con su obligación de promover, proteger, respetar y consagrar los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes.

III. DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

El derecho a la vivienda adecuada se entiende como aquel gracias a que se puede vivir en dignidad, paz y seguridad en algún lugar¹², de conformidad a lo indicado en la observación general Nº 4 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en adelante el Comité. Se considera además como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 11 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante el Pacto, y en el artículo 25 de la Declaración Universal de las Naciones Unidas.

En Chile se ha entendido por parte de la Administración Pública como el bien material que brinda cobijo a las personas¹³, atendiendo a su funcionalidad y composición física, en contraposición al valor que presta al ser humano. Así se puede desprender de

⁸ NOGUEIRA, 2009, p. 150.

⁹ CANDIA, 2016, p. 39.

¹⁰ DEL TORO, 2006, p. 519.

¹¹ D'ASPROMONT, 2011, p. 134.

¹² CONSEJO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1991, p. 2.

¹³ INDH, 2012, p. 253.

la definición otorgada por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones que indica en su artículo 1.1.2 que la vivienda es la edificación o unidad destinada al uso habitacional¹⁴.

También se ha definido como el espacio construido donde un grupo familiar puede concretar la vida de interrelación de sus miembros, así como el desarrollo de las actividades personales de cada uno de ellos sin conflictos respecto de las pautas de comportamiento propias de su cultura. Debe además tener la capacidad de insertarse y vincularse satisfactoriamente a un contexto ambiental que responda tanto a requerimientos objetivos de salubridad, accesibilidad y servicios urbanos como a los requerimientos valorativos culturales que hagan posible a la familia participar de un grupo o comunidad¹⁵.

Es en el contexto de la vivienda donde se satisfacen múltiples necesidades humanas, psicológicamente satisface necesidades de privacidad y espacio personal, físicamente protege del ambiente y del clima, y socialmente constituye un punto de reunión esencial en el que se forjan y nutren importantes relaciones interpersonales¹⁶.

Diversos cuerpos normativos han regulado la adquisición de viviendas por parte de familias vulnerables o de sectores medios, financiadas con subsidios habitacionales otorgados por única vez por el Estado. Tanto la adquisición como construcción de la vivienda objeto de los programas habitacionales tienen como base la definición otorgada por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, siendo relevante las características constructivas y las condiciones de habitabilidad, que han ido variando a lo largo del desarrollo de la política habitacional chilena. Hoy es posible abstraer de esta última que se tiene como prioridad disminuir tanto el déficit cuantitativo como el cualitativo de vivienda, mejorar la ubicación y localización de la misma, propender a la integración social y territorial, realizar acciones afirmativas respecto de población especialmente vulnerable, como las mujeres, adultos mayores, migrantes y niños, niñas y adolescentes, entre otras.

Por lo anterior, para configurar el derecho a la vivienda desde el punto de vista meramente legal chileno, entenderemos que se refiere al acceso a la edificación que sirve de refugio y habitación a personas, con características de habitabilidad aptas para el desarrollo de la vida diaria en condiciones de salud e higiene, localizadas en proximidad de centros de salud y escuelas (las viviendas urbanas), y que recoge las características propias culturales de cada grupo o familia.

Sin perjuicio de lo referido, lo efectivo es que el derecho a la vivienda adecuada, tal cual lo plantean los organismos internacionales, no tiene consagración constitucional en nuestro país. Esto último ha sido objeto de observaciones por parte de la relatora especial para el derecho a la vivienda adecuada, mas no se condice con la situación que es posible observar en otros países latinoamericanos.

¹⁴ DECRETO SUPREMO N° 47, 1992.

¹⁵ DE LOS RÍOS, 2008, p. 130.

¹⁶ NASH Y PAREDES; 2011, p. 204.

Así tenemos el caso de Colombia, que contempla el derecho a una vivienda digna en su texto constitucional en el artículo 51¹⁷, el que tiene un carácter de asistencial que requiere un desarrollo legal previo y que debe ser prestado directamente por la administración, no otorgando a la persona un derecho subjetivo de exigir en forma inmediata del Estado su plena satisfacción, pues requiere de condiciones jurídico-materiales que lo hagan posible¹⁸.

Por su parte, Argentina consagra el derecho a una vivienda digna en el artículo 14 bis¹⁹ de la Constitución Nacional, configurándolo como la disposición de un espacio físico adecuado, constituyendo un derecho humano fundamental, y que conlleva un deber de parte de las autoridades públicas de garantizar un nivel mínimo de efectiva vigencia, al menos en un estadio básico²⁰.

Desde el punto de vista internacional entendemos que para configurar el derecho a la vivienda debemos estar frente a determinados elementos que han sido identificados por el Comité en su observación general N° 4, y que son²¹:

1. Seguridad jurídica de la tenencia, al que nos referiremos más adelante.
2. Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras; una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.
3. Gastos soportables, los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas.
4. Habitabilidad, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.
5. Asequibilidad, la vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda.
6. Lugar, que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales.

¹⁷ Artículo 51 Constitución Política de Colombia: Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

¹⁸ OLANO, 2006, p. 111.

¹⁹ Artículo 14 bis Constitución Nacional de la República Argentina: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá [...] la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

²⁰ AUGUSTO, p. 254.

²¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1991, p. 3.

7. Adecuación cultural, la manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

IV. DESALOJOS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dentro de los elementos que constituyen el derecho a la vivienda adecuada mencionados anteriormente, nos encontramos con la seguridad jurídica de la tenencia, respecto de ella el Comité señala que “Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas”²². Por lo anterior, aparece como primer cuestionamiento a qué se refiere el Comité cuando habla de desahucio.

Como una primera aproximación es del caso señalar que la palabra desahuciar es una palabra compuesta por el prefijo des-, que proviene del latino *dis-* y que indica inversión de una acción, y del arcaico verbo afuciar, formado con a-, del latín *ad-*, y el verbo latino *fiduciare* que significa dar confianza, avalar o garantizar. Desahuciar es pues quitar toda confianza, igual si lo aplicamos a despedir a un arrendatario (se retira la confianza que en él se tenía y se produce el desahucio).²³

Por otra parte, entendemos desahucio de conformidad con lo que indica el Diccionario de la Real Academia Española, como la “acción y efecto de desahuciar”²⁴, la que a su vez es definida en su tercera acepción como “Dicho de un dueño o de un arrendador: Despedir al inquilino o arrendatario mediante un acción legal”²⁵. En virtud de lo anterior podemos entender que el término utilizado por el Comité se refiere al significado referente a una propiedad, en cuanto corresponde a un término legal. No obstante, el Comité en sus posteriores observaciones ha utilizado como sinónimo de desahucio el término desalojo, que es menos técnico y al que nos referiremos a continuación.

La palabra desalojar, proviene de des (ya explicado) y alojar, por su parte alojar proviene del germánico *launja*, enramado por medio del provenzal antiguo *alotjar*, y que significa hospedar o aposentar²⁶, por lo que desalojar significaría quitar o expulsar a quien se hospeda, o sacar o hacer salir de un lugar a una persona o cosa.

El mencionado diccionario expresa como significado de desalojo, la “acción de desalojar”²⁷, siendo esta última en su primera acepción, “sacar o hacer salir de un lugar a alguien o algo”²⁸, y en su cuarta acepción como “dejar el hospedaje, sitio o morada

²² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1991, p. 3.

²³ ETIMOLOGÍAS DE CHILE, 2018.

²⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2018.

²⁵ *Ídem.*

²⁶ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992.

²⁷ *Ídem.*

²⁸ *Ídem.*

voluntariamente”. De esta manera, por sí solo, el concepto no tiene una connotación negativa que pudiese llevarnos a pensar en su prohibición, o que constituya en sí mismo una violación a los derechos humanos. Lo que hace la diferencia radica en el adjetivo forzoso, el que cambia el sentido de la palabra, dándole una connotación obligatoria, contra voluntad o ineludible, e incluso violenta.

En cuanto a qué entendemos por hostigamiento, este es la acción y efecto de hostigar, que significa “incitar con insistencia a alguien para que haga algo”²⁹, de esta manera es posible que una persona sea objeto de injerencias en la vida diaria producto del no pago de una deuda hipotecaria, o bien por estar viviendo en un terreno que no le pertenece, lo que genera efectos psicológicos adversos, en especial si dicha insistencia está acompañada de violencia.

Lo expresado nos permite comprender de mejor forma la definición entregada por el Comité en su observación general Nº 7 respecto del desalojo forzoso, según este, es “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otro índole ni permitirles su acceso a ellos”³⁰. El Comité señala además que “considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y solo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”³¹.

Se ha señalado por parte de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, reiterando la idea señalada por la Comisión de Derechos Humanos en la resolución 1993/77,

“que la práctica del desalojo forzoso constituye una violación grave de un amplio conjunto de derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada, a conservar la vivienda, a la libertad de circulación, a la vida privada, a la propiedad, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad de la vivienda, a la seguridad de la persona, a la seguridad de tenencia de la vivienda y a la igualdad de trato. [...] Recomienda también a todos los gobiernos que velen por que todo desalojo que se considere legal se lleve a cabo de manera tal que no viole ninguno de los derechos humanos de las personas desalojadas”³².

Podemos apreciar, por tanto, que aquellos desalojos que se efectúen de conformidad con las disposiciones de los pactos internacionales sobre derechos humanos no se encuentran prohibidos por el derecho internacional, por lo que los Estados deben tener en consideración los estándares, y aplicarlos en cada procedimiento que se haga necesario ejecutar frente a una ocupación irregular de un inmueble; pudiendo desprenderse del

²⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2018.

³⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1997, p. 1.

³¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1991, p. 6.

³² SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2003, p. 2.

carácter de prohibición, que el Estado puede proceder o permitir los desalojos solo de manera excepcional. En conclusión, todo aquel procedimiento que no cumpla con lo antes dicho, se encuentra prohibido y constituye una violación a los derechos humanos, siguiendo el razonamiento de lo expresado en los párrafos anteriores.

En cuanto al fundamento legal de la prohibición a los desalojos forzosos, según lo indicado por el propio Comité, se encuentra en el párrafo 1° del artículo 11 del Pacto donde se dispone que

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”³³.

Esto en relación con el artículo 17 párrafo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (similar a la contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11 párrafo 2°³⁴), que indica que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”³⁵.

A propósito, podemos encontrar lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos respecto del artículo 17 ya citado conociendo de una denuncia por violación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que indica:

A este respecto, el Comité recuerda que el término “domicilio”, empleado en el artículo 17 del Pacto, debe entenderse en su acepción de lugar donde una persona reside o ejerce su ocupación habitual [el subrayado es nuestro]. En la presente comunicación, es indiscutible que la comunidad de Dobri Jeliaskov, donde están ubicados los domicilios de los autores y donde han residido ininterrumpidamente, ha existido desde hace más de 70 años con la aquiescencia de las autoridades del Estado parte, y que el domicilio de los autores figura en los registros de la policía. En estas circunstancias, el Comité considera que las viviendas de los autores en la comunidad de Dobri Jeliaskov son sus “domicilios” en el sentido del artículo 17 del Pacto, independientemente del hecho de que los autores no sean los propietarios legítimos de la parcela de tierra en que se construyeron esas viviendas³⁶.

Como corolario, el derecho a la vivienda adecuada conlleva en uno de sus elementos integradores la prohibición de los desalojos forzosos por cuanto estos atentan contra la seguridad jurídica de la tenencia, y al mismo tiempo afectan la vida privada de la persona,

³³ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1976.

³⁴ Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Artículo 11 párrafo 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 1976.

³⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2012, p. 14.

su familia y su domicilio, constituyendo una violación a los derechos humanos, en la medida que dichos desalojos no cumplan con los estándares internacionales.

Respecto de la importancia de cumplir con los estándares internacionales, el Comité, quien conociendo de una denuncia presentada contra España por un proceso de desalojo ordenado en virtud de un proceso ejecutivo de cobro de crédito hipotecario, ha indicado entre sus recomendaciones que España debe:

“Adoptar medidas legislativas pertinentes para garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria y las normas procesales establezcan requisitos [...] y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a una subasta de una vivienda o a un desalojo, en observancia del Pacto y tomando en cuenta la observación general núm. 7 del Comité”³⁷.

En consecuencia, en virtud de la obligación legal que tienen los Estados establecida en el artículo 2º del Pacto de utilizar todos los medios apropiados para promover el derecho a la vivienda adecuada, y por ende prohibir el desalojo forzoso efectuado en los términos ya relatados, es que se hace necesario adaptar la legislación nacional, tomando las siguientes medidas:

- a. “Que brinden la máxima seguridad de la tenencia posible a los ocupantes de las viviendas y tierras,
- b. Se ajusten al Pacto
- c. Regulen estrictamente las circunstancias en que se pueden llevar a cabo los desalojos”³⁸.

Se debe tener en especial consideración la relación que existe entre los desalojos forzosos y la discriminación a grupos vulnerables, pues es de toda notoriedad que quienes se ven expuestos a estos procedimientos son personas en situación de grave vulnerabilidad social o de escasos recursos, que además son mujeres jefas de hogar, niños, niñas y adolescentes en edad escolar, migrantes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad. En este sentido se ha razonado que “la pobreza es tanto una causa como una consecuencia de los desalojos. Por un lado la falta de opciones y de seguridad de la tenencia y la imposibilidad de acceder a la vivienda pueden obligar a los pobres a vivir en asentamientos informales y con el temor de ser desalojados. Por otro, los hechos demuestran que los desalojos forzosos suelen dar lugar a un mayor empobrecimiento o indigencia”³⁹.

Lo dicho parece demostrar la existencia de un círculo perverso, en donde las personas se ven obligadas por la realidad a asentarse irregularmente, en virtud de la necesidad

³⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2015, p. 17.

³⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1997, p. 3.

³⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 27.

propia de un hogar, y respecto del cual carecen de toda seguridad jurídica de la tenencia entre otros elementos, exponiéndose a múltiples vulneraciones de derechos, culminando el proceso con un desalojo forzoso que los obliga a sumirse en una pobreza aún mayor. Siguiendo la misma línea, “El Comité también ha reconocido las devastadoras consecuencias del desalojo de familias y comunidades y ha establecido que no debería permitirse si va a dar lugar a una falta de hogar”⁴⁰.

V. DESALOJOS LEGALES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Respecto de los desalojos legales permitidos en situaciones excepcionales, se ha sugerido por el Relator para la Vivienda Adecuada don Miloon Kothari, en su informe A/HRC/4/18, que se deben cumplir ciertos requisitos, cuales son:

- a. “Estar autorizados por la ley;
- b. Llevarse a cabo de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;
- c. Hacerse únicamente con el fin de promover el bienestar general;
- d. Ser razonable y proporcional;
- e. Estar reglamentado de tal forma que se garantice una indemnización y rehabilitación completas y justas; y
- f. Realizarse de acuerdo con las directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, anexo de Informe A/HRC/4/18”⁴¹.

Respecto de estar autorizados por la ley, se ha indicado que

“una resolución administrativa o judicial por sí sola no se traduce necesariamente en un desalojo legal o justificado. Incluso si un tribunal nacional ha fallado a favor de un desalojo o si el desalojo se lleva a cabo de conformidad con la legislación nacional, la situación todavía puede constituir un desalojo forzoso si no cumple con las normas internacionales de derechos humanos y las obligaciones del Estado al respecto”⁴².

De conformidad con los lineamientos que ha entregado el Comité deben considerarse ciertas garantías en el evento que sea del todo necesario practicar un desalojo, y que están contenidas en la Observación General N° 7, las que son⁴³: consulta a los afectados, plazo razonable de notificación a los mismos, información respecto del proceso de desalojo,

⁴⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 15.

⁴¹ Ob. cit., pp. 6-7.

⁴² OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 5.

⁴³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 1997, p. 4.

presencia de funcionarios públicos, identificación de personas que efectúan el desalojo, no realizarlos en la noche o de mal tiempo, ofrecer asistencia jurídica y recursos judiciales.

Indica además el Comité que “cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”⁴⁴.

Por tanto, vemos que es posible realizar desalojos en la medida que se cumpla con los estándares internacionales del Derecho internacional de los derechos humanos, y para actuar en dicho procedimiento podemos distinguir actuaciones que se deben cumplir en distintas etapas: en forma previa al desalojo, durante y con posterioridad.

En forma previa al desalojo, lo principal está centrado en la participación de los afectados por el mismo, debiendo incluirse avisos a todos quienes pudieran verse afectados, difusión, plazo razonable para la formulación de observaciones, facilitar asesoramiento jurídico y audiencias públicas para impugnar la decisión de desalojo⁴⁵:

Durante el desalojo deben asistir obligatoriamente funcionarios gubernamentales o representantes en su lugar, quienes deben estar debidamente identificados y presentar una autorización oficial para proceder al mismo⁴⁶. Es importante que el uso de la fuerza legal respete los principios de la necesidad y la proporcionalidad y que no se realicen de noche o durante las fiestas de una determinada comunidad.

Es posible desprender la necesidad de que exista una justificación para proceder al desalojo, la que debe ser comunicada a los afectados. Así también lo ha entendido la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso denominado “Connors v. Reino Unido”, el que al resolver respecto de un desalojo realizado a una comunidad de gitanos indicó que:

“En conclusión, el Tribunal considera que el desalojo del solicitante y a su familia del sitio de la autoridad local no cumplió con el requisito de garantías procesales, a saber, el requisito de establecer una justificación de la grave injerencia en sus derechos y, en consecuencia, no puede considerarse justificado por una ‘necesidad social apremiante’ o proporcional al objetivo legítimo que se persigue”⁴⁷.

Con posterioridad al desalojo se ha señalado como lineamiento que el gobierno debe proporcionar una indemnización justa y un alojamiento alternativo suficiente, además de asegurar el acceso a alojamiento básico y vivienda, vestimenta y alimentos esenciales, servicios médicos, y educación para los niños⁴⁸:

Teniendo claro el marco internacional dentro del que se puede actuar tratándose de desalojos, y cómo este cuando es forzoso se encuentra proscrito por el derecho internacional, procederemos a analizar la situación normativa actual en Chile.

⁴⁴ Ob. cit., p. 4.

⁴⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS I, 2007, pp. 9-10.

⁴⁶ Ob. cit., p. 11.

⁴⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 27.05. 2004, Caso “Connors versus Reino Unido”.

⁴⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 12.

VI. PROCESO DE DESALOJO EN CHILE

En primer término no existe un registro o conteo de los procesos de desalojos, desahucios o lanzamientos ejecutados en Chile, por lo que no es posible tener un real acercamiento acerca de cuántas personas se ven afectadas diariamente por ellos.

Para comprender de mejor manera la situación es necesario realizar una distinción respecto de los desalojos de terrenos o inmuebles que pertenecen a privados, de aquellos que pertenecen al Estado, pues su tratamiento será distinto. Así, si hablamos de terrenos privados la única manera de obtener el desalojo en caso de ser ocupado de manera ilegal, sin tener título alguno sobre él, será por intermedio de los tribunales de justicia, quienes dictarán la orden judicial y solicitarán el auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario.

Al respecto es posible iniciar un juicio para hacer efectiva la hipoteca, interponer un recurso de protección para obtener el restablecimiento del derecho vulnerado, o bien alguna de las acciones reivindicatorias o posesorias establecidas en el Código Civil o también la acciones derivadas del contrato de arrendamiento. Una de las acciones más utilizadas para obtener la restitución de inmuebles que están siendo ocupados irregularmente y de esta manera solicitar desalojos en el ámbito judicial, corresponde al precario establecido en el artículo 2.195⁴⁹ del Código Civil. En estos casos, existiendo resolución judicial⁵⁰ que ordene el lanzamiento o desalojo, se puede recurrir al auxilio de la fuerza pública, y se debe practicar en la presencia del auxiliar de la administración de justicia denominado receptor judicial.

Para estos efectos no existe procedimiento reglado para proceder al desalojo, sin embargo dependerá del funcionario policial a cargo la observancia de determinadas conductas, lo que deja abierto a la arbitrariedad. Sin perjuicio de ello, el uso de la fuerza sí se encuentra regulada por la Circular N° 176 de fecha 13 de marzo de 2013 que establece los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en el uso de la misma, además de su uso diferenciado y gradual⁵¹.

⁴⁹ Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Artículo 2.195, Código Civil.

⁵⁰ Si no ha habido oposición al cumplimiento de la sentencia solicitado conforme al artículo 233 o ella ha sido desestimada por sentencia de primera o segunda instancia, se procederá a cumplirla, siempre que la ley no haya dispuesto otra forma especial, de acuerdo con las reglas siguientes:

1° Si la sentencia ordena entregar una especie o cuerpo cierto, sea mueble o inmueble, se llevará a efecto la entrega, haciéndose uso de la fuerza pública si es necesario [...].

De los juicios especiales del contrato de arrendamiento: Artículo 595: Si, ratificado el desahucio, llega el día señalado para la restitución sin que el arrendatario haya desalojado la finca arrendada, este será lanzado de ella a su costa, previa orden del tribunal notificada en la forma establecida por el artículo 48. Código de Procedimiento Civil, artículo 235.

⁵¹ Circular N° 176 de Carabineros de Chile, 2013.

Pero tratándose de terrenos del Estado, sin perjuicio de tener las acciones señaladas anteriormente, la figura es diferente, pues mediante ley se le ha entregado la competencia para realizar desalojos, o en otras palabras, obtener la restitución del inmueble por la vía administrativa al Gobernador Provincial, o más bien actualmente al Delegado Presidencial Provincial. Este procedimiento se encontraba regulado mediante Oficio Circular Nº 19 de 7 de marzo de 2017, emanado del Subsecretario del Interior, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el que citaba entre sus fundamentos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La referida circular contemplaba un procedimiento participativo de las familias que viven en los inmuebles a recuperar administrativamente, fijando plazos prudentes de notificación y velando por el principio de la información, asegurando la presencia de funcionarios del Estado que cautelaran la seguridad y la integridad de las personas, teniendo especial consideración a personas que se encontraban en situación de especial vulnerabilidad, como los niños, niñas y adolescentes, o adultos mayores, entre otras facultades.

Dicha circular fue dejada sin efecto por la Resolución Exenta Nº 2.137 de la misma Subsecretaría ya indicada, fundamentalmente porque adolecería de vicios de ilegalidad y atentaría contra el Estado de Derecho, restringiendo las facultades que la Ley Nº 20.502 le confería a dicha Subsecretaría, reconociéndose finalmente que en caso de presentarse situaciones urgentes, de tipo social o humanitaria, deberán emitirse los correspondientes actos administrativos que generen un procedimiento adecuado, a cuya conformación deberán concurrir todos los órganos implicados, velando por el resguardo del Estado de Derecho y el apego irrestricto a las normas constitucionales y legales vigentes⁵².

Lo ocurrido nos parece un retroceso en materia de respeto y promoción por los Derechos Humanos, por cuanto si bien concordamos en que la forma jurídica no era la adecuada, sí era y es necesario para la regulación de los procedimientos de desalojos administrativos que se cuenten con reglas claras, participativas y que no dejen en la indefensión a los pobladores de asentamientos irregulares, debiendo haberse dictado el acto administrativo correspondiente de manera paralela al acto que dejaba sin efecto la Circular Nº 19 ya señalada.

VII. NORMATIVA APLICABLE AL DESALOJO ADMINISTRATIVO

Tratándose de desalojos de inmuebles de dominio del Estado existen 3 normas centrales, el artículo 4º literal h) de la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 22 de 1959, Orgánica del servicio de Gobierno Interior de la República, y el artículo 19 del

⁵² Resolución Exenta Nº 2.137 de 25 de abril de 2018, obtenida por medio del procedimiento establecido por la Ley de acceso a la información pública, Nº 20.285.

Decreto Ley N° 1.939 de 1977, que dispone normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.

La Ley N° 19.175 establece en su artículo 3° que en cada provincia existirá una Delegación Presidencial Provincial, cargo creado por la Ley N° 21.073 de 2018, los que según las disposiciones transitorias de esta última ley y la Ley N° 21.074, mientras no asuman los gobernadores regionales electos, ejercerán estos primeros sus funciones y atribuciones⁵³. Por su parte el artículo 4° señala respecto de las atribuciones del Delegado Presidencial Provincial, que podrá realizar lo siguiente:

“h) Ejercer la vigilancia de los bienes del Estado, especialmente de los nacionales de uso público.

En uso de esta facultad, el delegado presidencial provincial velará por el respeto al uso a que están destinados, impedirá su ocupación ilegal o todo empleo ilegítimo que entorpezca su uso común y exigirá administrativamente su restitución cuando proceda”.

En cuanto al Decreto con Fuerza de Ley N° 22 de 1959, su artículo 26 dispone que el Gobernador

“Tendrá las siguientes atribuciones:

f) Exigir administrativamente la restitución de cualquier bien de propiedad fiscal o perteneciente a entidades del Estado con patrimonio distinto al del Fisco, o nacional de uso público, que esté indebidamente ocupado. En caso de oposición, podrá hacer uso de las facultades que le otorga la presente ley.

Si el ocupante exhibe un título aparente de ocupación o de mera tenencia, enviará los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado para su pronunciamiento, dando cuenta a los Ministerios del Interior y Seguridad Pública y de Tierras y Colonización. En el intertanto, se abstendrá de actuar.

Los Conservadores de Bienes Raíces estarán obligados a comunicar al Gobernador las inscripciones de propiedades de particulares que no tengan título anterior inscrito”.

⁵³ Ley N° 21.073, Artículo 1° inciso 5° transitorio: Las disposiciones contenidas en los numerales 20; 24; 25; 28, letra d); 29; 32; 33; 35; 39, y 40 del artículo 1 de esta ley, así como los artículos 5, 6, 7 y 8 entrarán en vigencia una vez que asuman los primeros gobernadores electos. Mientras no asuman los gobernadores regionales electos, ejercerán sus funciones y atribuciones los delegados presidenciales regionales, con excepción de las funciones del presidente del consejo regional. Asimismo, mientras no asuman dichas autoridades, las disposiciones que establece la ley referida a los delegados presidenciales regionales y a los delegados presidenciales provinciales serán aplicables a los intendentes y gobernadores, respectivamente.

Ley N° 21.074 Artículo séptimo: Mientras no asuman los gobernadores regionales electos, las normas legales de la presente ley que hagan referencia a dichas autoridades se entenderán referidas al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo de los gobiernos regionales; y las que hacen referencia al delegado presidencial regional, al intendente como representante del Presidente de la República. www.bcn.cl

Finalmente el Decreto Ley Nº 1.939 de 1977 en su artículo 19 mandata que

“La Dirección [de Tierras y Bienes Nacionales], sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, cuidará que los bienes fiscales y nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que estén destinados. Impedirá que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, en su caso.

Los bienes raíces del Estado no podrán ser ocupados si no mediare una autorización, concesión o contrato originado en conformidad a esta ley o de otras disposiciones legales especiales.

Todo ocupante de bienes raíces fiscales que no acredite, a requerimiento de la Dirección, poseer alguna de las calidades indicadas en el inciso anterior, será reputado ocupante ilegal, contra el cual se podrán ejercer las acciones posesorias establecidas en el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Civil, sin que rija para el Fisco lo establecido en el número 1 del artículo 551, del citado Código”.

Las normas recientemente citadas fundan los actos administrativos que ordenan proceder a la restitución administrativa de los terrenos ocupados ilegalmente, y que sirve de base para el desalojo, dictados por las Gobernaciones Provinciales, en especial las contenidas en los artículo 4 letra h) de la Ley Nº 19.175, y el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 22 de 1959. Ello resulta de importancia, por cuanto se ha discutido en tribunales a propósito de determinados recursos de protección interpuestos por grupos de pobladores de asentamientos irregulares, acerca de la procedencia de la aplicación de la restitución administrativa, si esta es legal o si existe una derogación tácita de algunas normas por sobre otras. Seguir una u otra postura, sostener la derogación o que la actuación se encuentra dentro del marco legal, marcará la diferencia entre lograr la paralización de un procedimiento de desalojo administrativo basándose solo en la normativa legal vigente.

A modo de ejemplo, en causa Rol 118-2017 seguida ante la Corte de Apelaciones de Arica, pobladores de la población Cerro Chuño interpusieron un recurso de protección a objeto de impedir se cumpliera con la orden de desalojo producto de la restitución administrativa que perseguía la Gobernación Regional respecto de un terreno de dominio del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Arica y Parinacota. Al respecto el tribunal sustentó una tesis que puede parecer a lo menos discutible pero útil para detener que se llevara a cabo el proceso administrativo, esto es, que la facultad entregada al gobernador en virtud del artículo 4º letra h), solo se puede hacer efectiva respecto de bienes nacionales de uso público y que tiene importancia, pues el inmueble ocupado irregularmente no tenía dicho carácter; para ello indica cuatro motivos principales⁵⁴:

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Arica. 10.03.2017, rol 118-2017.

- Una interpretación literal de la norma contenida en la letra h) del artículo 4° de la Ley N° 19.175, según este, la atribución del Gobernador Provincial para efectos de decretar el desalojo dice relación con bienes que poseen el carácter de nacional de uso público, debido a que circunscribe su atribución especialmente a aquellos que poseen el carácter de bien nacional de uso público.
- Una interpretación lógica, ya que “del propio tenor del artículo 4° de la Ley N° 19.175, aparece que las atribuciones del Gobernador Provincial dicen relación con bienes nacionales de uso público, *verbi gracia*, la letra c) referente a la autorización de reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público”.
- Una interpretación sistémica, en donde “las atribuciones de conservación de los bienes nacionales de uso público, radicadas en el Gobernador Provincial, igualmente aparecen reflejadas en tal sentido en otros cuerpos normativos, otorgándoles facultades para ordenar su restitución administrativa”.
- Finalmente una interpretación histórica, ya que se basa en el mensaje con el que fue enviado el proyecto de ley que buscaba la modificación del artículo 19 del D.L. N° 1.939, al Congreso Nacional”.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Arica deduce que la aplicación del artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 22 no corresponde por cuanto fue derogada tácitamente por la norma establecida en el artículo 4° letra h) de la Ley N° 19.175.

De esta manera, sosteniendo el argumento recientemente expuesto, la Corte resuelve en lo que nos importa, que el actuar del Gobernador Provincial de Arica resulta ilegal, atendiendo a la naturaleza jurídica del inmueble objeto de la restitución, que en este caso corresponde a un bien fiscal que no tiene el carácter de bien nacional de uso público, siendo por tanto procedente la aplicación de la norma del artículo 19 del Decreto Ley N° 1.939 de 1976 y no el artículo 4° letra h) de la Ley N° 19.175, señalando además que su obrar ilegal se basaba en haber fundado su actuar en el artículo 26 letra f) del Decreto con Fuerza de Ley N° 22, de 1959, el que se encuentra derogado tácitamente. Lo anterior se encuentra firme y ejecutoriado al haberse interpuesto recurso en su contra, y haberse confirmado por la Corte Suprema⁵⁵.

A este respecto, llama la atención que no se haya hecho referencia alguna al derecho a la vivienda adecuada relacionándolo con el derecho a la vida que sí tiene consagración constitucional, y que como ya se ha indicado por la relatora especial para la vivienda adecuada Leilani Farha⁵⁶, está íntimamente relacionado con el primero en tanto la violación de uno trae aparejado la vulneración del otro, y que el derecho a la vivienda adecuada forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

Sin perjuicio de haberse logrado detener un proceso de desalojo fundado en las motivaciones indicadas, en nuestro país impera el principio del efecto relativo de las sentencias establecido en el artículo 3° del Código Civil, a causa de ello “Las sentencias

⁵⁵ CORTE SUPREMA, 26.10.2017, rol 10.203-2017.

⁵⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2016.

judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren⁵⁷". Debido a ello es posible encontrar tribunales con criterios distintos al ya referido, como sucedió en la causa Rol 174-2018 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, quien conoció por la vía del recurso de protección interpuesto por pobladores de los campamentos Américas Unidas, Unión y Esperanza y Ecuachilep de la ciudad de Antofagasta, quienes se dirigían en contra de la orden de desalojo dictada por la Gobernadora Provincial de Antofagasta.

En la sentencia dictada el 27 de febrero de 2018 a propósito de la diferencia entre los bienes nacionales de uso público y el resto de los bienes fiscales en el artículo 4º letra h) de la Ley Nº 19.175, la Corte señala que en dicha norma "precisamente por la definición legal no puede el intérprete pretender que cuando la norma habla de *todo empleo ilegítimo que entrabe su uso común* se esté refiriendo exclusivamente a los bienes nacionales de uso público"⁵⁸.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del artículo 19 del D.L. Nº 1.939 la Corte indica que la facultad en dicha norma contenida es "sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales"⁵⁹.

En cuanto al argumento de la derogación tácita del artículo 26 del D.F.L. 22 de 1959 se indicó que:

"No es efectivo que el Decreto Ley Nº 1.439 de 1976 derogara tácitamente la normativa señalada en el párrafo anterior, pues se limitó a indicar, en el contexto del proceso de regionalización que entregara (sic) en vigencia ese mismo año, que las atribuciones y deberes que la legislación vigente señala para los Intendentes provinciales y Gobernadores departamentales, mientras no se dictaren normas definitivas en la materia, lo que no puede predicarse, en términos absolutos con pretensión de exclusión de cualquier otro texto normativo, ocurriera con la dictación de la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

Dicha sentencia se encuentra firme al haber sido confirmada por la Corte Suprema.

Es posible observar que lo referido es una situación que actualmente es objeto de discusión, pero para nosotros parece clara que la facultad entregada por la Ley Nº 19.175 se puede ejercer respecto de todo tipo de inmuebles que sean de propiedad del Estado, no tan solo de los bienes nacionales de uso público. Sí aparece de manifiesto que resultaba necesario haber hecho referencia en las sentencias a la obligación de proceder con pleno respeto de la dignidad humana en los procesos de desalojos, más en los casos mencionados las Cortes decidieron referirse solo a la aplicación de la normativa citada, y no pronunciarse respecto del fondo del asunto.

⁵⁷ CÓDIGO CIVIL, 1857.

⁵⁸ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 27.02.2018, rol 174-2018.

⁵⁹ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 27.02.2018, rol 174-2018.

Por último mencionar que la Ley N° 17.635 que establece normas sobre cobro ejecutivo de créditos por parte de los Servicios de Vivienda y Urbanización o SERVIU, fija un procedimiento especial ante los tribunales de justicia para obtener el pago de los créditos insolutos, e incluso para rematar viviendas en caso de incumplimiento de la obligación de habitar que pesa sobre los beneficiarios del subsidio habitacional. En estos casos, se ordena el embargo y se procede el remate de la vivienda, pudiendo adjudicarse en dominio al SERVIU respectivo, quien podrá reasignarla a otra familia con urgente necesidad habitacional. Igualmente, para obtener el desalojo se debe contar con el auxilio de la fuerza pública.

Esta última norma afecta directamente a la población más vulnerable del país, quien por ley se encuentra obligada a habitar personalmente y/o su grupo familiar la vivienda financiada con subsidio habitacional, permitiéndoles solo en casos fundados excepcionar su cumplimiento por parte de la administración pública.

VIII. CONCLUSIONES

Como primer asunto preocupante aparece la falta de regulación y control que existe respecto del actuar de las autoridades de orden y seguridad para proceder a los desalojos cuando estos son requeridos por orden judicial o por orden administrativa. Al no existir un marco legal específico, queda a la arbitrariedad de quien está a cargo del proceso el horario en que se realizará, si se comunica con otras entidades, y si cautela en especial los derechos de personas en situación de vulnerabilidad, entre otros asuntos. Lo anterior nos lleva a concluir que es posible que, tanto en los desalojos de terrenos privados como públicos, se incumplan con los estándares internacionales y se constituyan como forzosos, afectando la dignidad de las personas que son objeto de ellos.

Es de público conocimiento que en algunos de estos procedimientos de desalojos⁶⁰, incluso en los de terrenos de dominio público, se hacía (o hace) uso desmedido de la fuerza en contra de personas indefensas, lo que ha sido visibilizado por la prensa nacional. Y en general, dichos desalojos ocurren respecto de personas en situación de vulnerabilidad económica, con baja escolaridad, y pocas posibilidades de defenderse o ejercer alguna acción en su protección.

Constituía un avance en esta materia la dictación de la Circular N° 19 de 7 de marzo de 2017 de la Subsecretaría del Interior, al pretender hacer aplicable a los procedimientos de desalojos administrativos llevados adelante por la Gobernación Regional, reglas que tuvieran en el centro la dignidad de las personas, haciéndolas partícipes del proceso, y cautelando su integridad, incluso al otorgar soluciones habitacionales transitorias. Lamentamos que el Ministerio del Interior haya decidido dejarla sin efecto, perdiendo de esta manera la oportunidad de guiar su actuar de conformidad con los estándares

⁶⁰ Revisar entre otras noticias, <http://www.eldesconcerto.cl/2016/11/10/brutal-desalojo-en-campamento-de-colina-la-vulneracion-al-derecho-a-la-vivienda-y-a-la-no-discriminacion-en-chile/>; <http://impresa.lasegunda.com/2016/08/11/A/FN301252/D83014GU>

internacionales, lo que no obsta para que en un futuro se dicte un nuevo procedimiento, de conformidad a lo establecido en la propia Resolución Exenta Nº 2.137 de 25 de abril de 2018.

Añadir que los estándares internacionales son claros y específicos, y han sido establecidos para servir de guía a los Estados que han ratificado el Pacto, y que no hacen más que cautelar el respeto por los derechos y la dignidad humana. A raíz de lo anterior, Chile no puede abstraerse de su cumplimiento y, por tanto, urge una regulación a nivel legal respecto del procedimiento de desalojo, en orden a cumplir y respetar el derecho internacional de los derechos humanos.

Aparece como de gran importancia señalar que es necesario el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda adecuada, entre otros derechos económicos, sociales y culturales, y que este tenga la debida protección jurisdiccional, haciendo caso de la recomendación efectuada por el Comité respecto del informe de Chile en el 2015⁶¹.

Al respecto una posibilidad para otorgar seguridad jurídica de la tenencia una vez producido el desalojo, podría encontrarse en la facultad entregada por vía glosa de ley de presupuesto al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de financiar la adquisición de terrenos a organizaciones que no persiguen fines de lucro para que las entreguen en arriendo a beneficiarios del Decreto Supremo Nº 52 que establece el programa de arriendo⁶². Si se actúa interministerialmente por medio del Departamento de Asentamientos Precarios⁶³ del Ministerio de Vivienda y Urbanismo quienes son los encargados de proponer la política habitacional para la atención de los asentamientos indicados; y coordinadamente con estas fundaciones u organizaciones sin fines de lucro, es posible entregar una solución al menos transitoria a las personas, que les facilite un lugar para vivir en dignidad, paz y seguridad.

Finalmente señalar que la relevancia de los criterios jurisprudenciales indicados en este trabajo harán la diferencia en cuanto permitir la paralización de un proceso de desalojo, unidos estos argumentos a los mencionados tratándose de los estándares internacionales tanto en materia de desalojo forzoso como el derecho a la vivienda adecuada. De esta

⁶¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2015.

⁶² Glosa 3, letra i), asociada a subtítulo 33, ítem 01 de la ley de presupuestos para el sector público año 2018, Ley Nº 21.053. Disponible en www.bcn.cl o <http://www.dipres.gob.cl/597/w3-multipropertyvalues-15199-24043.html>

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante los Servicios de Vivienda y Urbanización, podrá otorgar subsidios de los Programas Habitacionales vigentes, a personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro que tengan por objeto construir viviendas o transformarlas en residencias multifamiliares o mejorarlas, las que serán destinadas en todos los casos al arrendamiento a familias que cumplan con los requisitos del Programa regulado por el D.S. 52, (V. y U.), de 2013.

El otorgamiento de los referidos subsidios, los gravámenes y sus plazos asociados a las edificaciones y las condiciones de los llamados se regularán por resolución exenta del Ministro de Vivienda y Urbanismo, visada por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, la que podrá dictarse una vez publicada la Ley de Presupuestos del Sector Público para el 2018.

⁶³ Decreto Nº 15 de 18 de abril de 2017 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que establece estructura orgánica y funciones de unidades de la división de desarrollo urbano y de la división de política habitacional, en la subsecretaría de vivienda y urbanismo. Disponible en www.bcn.cl

manera aludir a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en virtud de la ratificación del Pacto, permitirá causar un pronunciamiento adecuado por parte de los tribunales superiores de justicia respecto de la pertinencia del procedimiento de desalojo llevado a cabo, y cuestionar de esta manera el actuar de la administración, ya sea que proceda a un desalojo de terreno privado o público.

BIBLIOGRAFÍA

- AUGUSTO, Isaac, El derecho a la vivienda en Argentina. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3052/12.pdf>
- BERTENSEN, Raúl, Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Nº 2 y 3, Tomo I, pp. 211-222, 1996. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14645/000179000.pdf?sequence=1>
- CANDIA, GONZALO, Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis, doctrina y jurisprudencia. 2016.
- CIRCULAR Nº 176 de 13 de marzo de 2013, http://deptodddh.carabineros.cl/assets/circular_digcar_1756_13032013_usodelafuerza.pdf
- CÓDIGO CIVIL, publicado con fecha 14 de diciembre de 1855.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, publicado con fecha 30 de agosto de 1902.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Observación General Nº 7. Los desalojos forzados. E/1998/22. 1997. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm7s.htm> [Fecha de consulta: 05.02.2018].
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Comunicación 2/2014, 13 de octubre de 2015. Disponible en <http://juris.ohchr.org/Search/Results> [Fecha de consulta 27 de marzo de 2018].
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, punto 7, 2015. Disponible en <http://acnudh.org/24619/> [Fecha de consulta: 16 de marzo de 2018].
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General Nº 4, 6º período de sesiones, 13 de diciembre de 1991. [Fecha de consulta: 05.02.2018].
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2073/2011, 27 de noviembre de 2012. Disponible en <http://undocs.org/es/CCPR/C/106/D/2073/2011> [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2018].
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU. Informe de la Relatora Especial para la Vivienda Adecuada, La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Leilani Farha, A/71/310. 2016. Disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?s=35 [Fecha de consulta: 02.02.2018].
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU. “Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo”, anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. A/HRC/4/18, 2007. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf [Fecha de Consulta: 06.02.2018].
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ONU. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Raquel Rolnik. A/67/286. 2012. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286_sp.pdf [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2018].

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile con fecha 5 de enero de 1991.
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 27 de febrero de 2018, rol 174-2018.
- CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Sentencia de fecha 10 de marzo de 2017, rol 118-2017.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Connors versus Reino Unido”, 27 de mayo de 2004. Disponible en inglés en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n14597620384884950241259_pointer
- D’ASPREMONT, Jean, Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules. 2011, en CANDIA, Gonzalo, Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis, doctrina y jurisprudencia. 2016.
- DE LOS RÍOS, Silvia. El Derecho a la vivienda y las declaraciones constitucionales en *Revista INVI* N° 62, volumen 23, mayo 2008. Disponible en <http://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/422>
- DEL TORO, M., El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional, en anuario mexicano de derecho internacional, 2006, vol. VI; en FELER, Alan, Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas, 2015. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, vigésima primera edición, Madrid, 1992, Espasa-Calpe.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en www.rae.es [Fecha de consulta: 18.03.2018].
- ETIMOLOGÍAS DE CHILE, 2018. Recuperado el 20.03.2018: www.etimologias.dechile.net
- FUNDACIÓN TECHO-CHILE, Centro de Investigación Social (CIS), Monitor de Campamentos. Disponible en línea <http://chile.techo.org/cis/monitor/> [Fecha de consulta: 18.03.2018].
- HABITAT WORLDMAP, palabras claves. 2017. Recuperado el 05.03.2018 del sitio web de la organización: <http://habitat-worldmap.org/es/palabras-clave/asentamientos-informales/>
- INDH, Informe Anual 2012, situación de los derechos humanos en Chile, 2012. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/296/informe-anual-2012.pdf?sequence=1>
- LEY N° 19.175, Publicado con fecha 11 de noviembre de 1992.
- NASH, Claudio, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. 2012. Disponible en <http://www.libros.uchile.cl/371>
- NASH F., PAREDES G. 2011, Análisis crítico de las políticas de vivienda social en Chile, fundamentos para el reconocimiento del derecho a la vivienda. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111577/deNash_Fernanda.pdf?sequence=3
- NOGUEIRA, Humberto, 2009, Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano, en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, 2009. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007
- OLANO, Hernán, 2006, El derecho a la vivienda digna en Colombia. Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1349>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS, ONU, 2014, Folleto informativo N° 25 Los Desalojos Forzosos y los Derechos Humanos. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet25sp.pdf> [Fecha de consulta: 03.02.2018].
- OFICIO CIRCULAR N° 19 de 07 de marzo de 2017, del subsecretario del interior, ministerio del interior y seguridad pública, gobierno de Chile. Disponible en <http://www.techo.org/paises/>

chile/informate/interior-aprueba-protocolo-de-desalojo-impulsado-por-techo-chile/ [Fecha de consulta: 05.02.2018].

ONU, Definición de relator especial <http://www.lan.ohchr.org/SP/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx> 20.03.2018

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Publicado en Chile con fecha 29 de abril de 1989.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Publicado en Chile con fecha 27 de mayo de 1989.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 2.137 de 25 de abril de 2018, de la subsecretaría del interior, del Ministerio del Interior, obtenida a través de la ley de acceso a la información pública, N° 20.285.

SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, Resolución N° 2003/17. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3246.pdf?view=1> [Fecha de consulta: 15.03.2018].

La armonización normativa de los impuestos indirectos en la Comunidad Andina

*Juan Pablo González Bustos**

RESUMEN

La armonización fiscal normativa en la Comunidad Andina tiene por objetivo la aproximación de las legislaciones tributarias de los países miembros. Con ella se busca eliminar las barreras al comercio fluido de bienes y servicios que puedan incidir negativamente en la conformación del mercado común. Esta labor le fue encomendada a la Comisión y a la Secretaría General, quienes, en cumplimiento de sus atribuciones, han llevado adelante varias actividades tendentes a acercar las legislaciones tributarias de los países miembros. Nuestras conclusiones señalan que se han dado los pasos necesarios para seguir avanzando en esta materia, aunque también es cierto que la armonización fiscal en la Comunidad Andina es aún incipiente.

Comunidad Andina – armonización fiscal – impuestos indirectos

The normative harmonization of indirect taxes in the Andean Community

ABSTRACT

The regulatory fiscal harmonization in the Andean Community aims to approximate the tax laws of the member states. It seeks to eliminate barriers to fluid trade of goods and services, which may have a negative impact on the formation of the common market. This work was entrusted to the Commission and the General Secretariat, who, fulfilling their powers, have carried out several activities to bring closer the tax laws of the member states. Our conclusions indicate that the necessary steps have been taken to continue advancing in such matter, although it is also true that fiscal harmonization in the Andean Community is still incipient.

Andean Community – tax harmonization – indirect taxes

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Técnica de Oruro, Bolivia. Doctor en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona, España. Doctor en Economía y Empresa, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, España. Profesor de Derecho, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, España. Correo electrónico: juanpablo.gonzales@urv.cat.

Artículo recibido el 30 de abril de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas tributarios de los países miembros de la Comunidad Andina (CAN) fueron establecidos a lo largo de los años 70 y 80 como respuesta al modelo imperante de apertura económica del momento. Este nuevo contexto exigía la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios en la región. Una de estas barreras lo venían a constituir los sistemas tributarios de los países, los que podían llegar a constituir auténticas barreras a la libre circulación de bienes y servicios, de modo que se hacía necesario revisarlos y adecuarlos¹ a la nueva realidad económica del momento².

La aproximación de legislaciones en materia fiscal en la CAN data ya de principios de los años setenta. En opinión de algunos autores³, el tema de la armonización de políticas económicas, entre estas, la armonización fiscal, se encuentra presente ya desde los orígenes mismos del proceso de integración. Esto se pone de manifiesto cuando se observa que el propio Acuerdo de Cartagena previó la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de legislaciones nacionales en las materias pertinentes.

Sin embargo, y a pesar de lo que acabamos de mencionar, en los primeros años de constitución del entonces Grupo Andino (hoy CAN) el desarrollo de este campo fue bastante limitado. No fue hasta 1989 cuando se planteó retomar el tratamiento de este tema, poniendo en marcha un ambicioso programa de trabajo que culminó con la aprobación de un conjunto de decisiones con las que se dio inicio al proceso de armonización de los impuestos indirectos, las que dieron paso a la aprobación de otro conjunto de decisiones con las que se establecieron las bases de la armonización de los impuestos tipo valor agregado y selectivo al consumo.

Esta labor armonizadora le fue encomendada a la Comisión y a la Secretaría General, quienes, en cumplimiento de sus respectivas atribuciones, han llevado adelante ciertas actividades tendentes a acercar las legislaciones de los países miembros en esta materia.

Hasta donde conocemos, son pocos los trabajos que analizan de forma directa el proceso de armonización de los impuestos indirectos en la CAN. Esta ausencia de estudios específicos respecto de armonización fiscal es sorprendente, porque la CAN representa, tras la Unión Europea (UE), una de las organizaciones internacionales más desarrolladas⁴, integrada por un conjunto de órganos e instituciones, cuyo objetivo fundamental es la de velar por el interés general de la Comunidad.

La poca dedicación que la investigación ha prestado al estudio de la armonización fiscal en la CAN, pone en evidencia la necesidad de estudiar y atender esta temática. De este modo, con este estudio pretendemos aportar mayor claridad en la comprensión de este tema.

¹ Este extremo ya había sido advertido por Gonzalo Ruiz en 1978 cuando afirmaba que los sistemas tributarios de los países podían llegar a influir el comercio de bienes y servicios en la medida que se vaya consolidando una zona de libre comercio en la región. RUIZ, 1978, p. 583.

² VELAYOS *et al.*, 2007, p. 3.

³ ABUGATTAS, 1994, p. 16.

⁴ ACOSTA, 2006, p. 5; SALMÓN, 2003, pp. 29-30; SALAZAR, 1983, p. 26.

Precisamente al análisis de la armonización fiscal normativa en la CAN dedicaremos las siguientes líneas. Para ello, luego de esta introducción, describiremos brevemente esta organización internacional. A continuación abordaremos el análisis y significado de este tipo de armonización. Acto seguido analizaremos las disposiciones legales del Acuerdo de Cartagena en las que se basa esta armonización. A continuación centraremos nuestro análisis en la armonización de los impuestos tipo valor agregado y selectivo al consumo, donde identificaremos las principales características de los mismos. Por último, expondremos las principales conclusiones a las que se ha llegado en el trabajo.

II. LA COMUNIDAD ANDINA

En 1969, los gobiernos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, reunidos en la Cumbre de Jefes de Estado, suscribieron el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), dando inicio al proyecto de integración conocido como “Grupo Andino”. El mismo, habiendo superado los requisitos establecidos por el artículo 110, entró en vigor el 16 de octubre de 1969.

Este Grupo fue constituido con los objetivos de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y generar ocupación; así como facilitar su participación en el proceso de integración regional con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

El Protocolo de Quito, suscrito en mayo de 1987, significó la primera gran modificación del Grupo Andino. Mediante este instrumento se introdujeron importantes enmiendas al Acuerdo, por ejemplo, la incorporación del Tribunal de Justicia y del Parlamento Andino como órganos principales del mismo. El Protocolo de Trujillo, firmado en marzo de 1996, introdujo reformas estructurales en el Grupo Andino. Este instrumento creó la Comunidad Andina y la dotó de personalidad jurídica internacional. Transformó la Junta del Acuerdo de Cartagena en la Secretaría General de la CAN e institucionalizó las reuniones del Consejo Presidencial Andino y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como nuevos órganos de orientación y dirección política. Asimismo, estableció seis órganos principales, dos instituciones consultivas, dos instituciones financieras y una Universidad. Todo ello con el objetivo de profundizar la integración andina y promover su proyección internacional.

Actualmente la CAN se encuentra integrada por los Estados soberanos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, así como por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI). Los órganos e instituciones del SAI cuentan con una frondosa estructura institucional a la que se le ha asignado diferentes competencias, desde políticas y normativas, hasta jurisdiccionales, deliberantes, ejecutivas, financieras, educativas y consultivas.

En sus más de cuarenta años de existencia, ha logrado alcanzar importantes logros que no se limitan al campo comercial, al contrario, estos se extienden a diversas áreas de su agenda de integración. Entre los más sobresalientes son dignos de destacar, por

ejemplo, el fortalecimiento de un ordenamiento jurídico comunitario; el desarrollo de una política exterior común; la consolidación de una zona de libre comercio con características propias de un mercado interior; un régimen común para evitar la doble tributación; la armonización de impuestos tipo valor agregado y selectivos al consumo; y la libre circulación de personas, productos, servicios y capitales. Actualmente emprende un proceso de revisión y reingeniería de la estructura institucional y funcionamiento del SAI con el que se pretende adecuar las instituciones comunitarias a los nuevos retos del contexto internacional.

Todo lo que acabamos de mencionar ha llevado a varios autores a señalar que la CAN es un esquema de integración similar al de la Unión Europea⁵. Según estos autores, en el continente americano no existe otro proceso de integración con el tejido institucional y organizacional como el de la CAN; siendo el primero en exhibir una red completa de órganos e instituciones comunitarias⁶, agrupados dentro de una sofisticada y estable estructura, situándolo a la vanguardia de los procesos de integración en Latinoamérica⁷.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ARMONIZACIÓN FISCAL NORMATIVA

La doctrina tributaria ha desarrollado una amplia teoría alrededor de la armonización fiscal y, como consecuencia de ello, se han producido varias definiciones acerca de lo que debe entenderse por esta figura, existiendo cierto consenso en cuanto a su alcance y contenido. No obstante, y en tanto que el estudio de la armonización fiscal nos interesa como punto de partida del proceso de armonización normativa propiamente dicho, conviene dar inicio a nuestro análisis definiendo qué es lo que entendemos por armonización normativa.

La misma puede ser definida como *la adopción, a nivel comunitario, de reglas vinculantes que tienden a asegurar el buen funcionamiento del mercado común y a las que deben conformarse las legislaciones nacionales*⁸; o, como *aquella norma o conjunto de normas (...) de naturaleza vinculante emanadas de los órganos comunitarios*⁹.

De las definiciones que acabamos de señalar, se puede inferir que la armonización normativa hace referencia, principalmente, a la aprobación de normas de Derecho comunitario por parte de las instituciones comunitarias. Dichas normas deben ser jurídicamente vinculantes en todo su contenido, de tal forma que su aplicación sea de cumplimiento obligatorio por parte de todos los países miembros. Así pues, la forma que finalmente tomará la armonización normativa, consistirá siempre en la aprobación de

⁵ FUENTES, 2007, p. 364.

⁶ SOLARES, 2010, p. 184; CASAS Y CORREA, 2007, p. 598; VELA, 2007, p. 427; ACOSTA, 2006, p. 5.

⁷ QUINDIMIL, 2006, p. 50.

⁸ WÄGENBAUR, 1975, p. 9.

⁹ ROCHE, 2000, p. 34.

actos normativos y de contenido general¹⁰. Dichas normas, en lo que a nuestro tema de estudio respecta, deberán hacer referencia, por ejemplo, al tipo de impuestos objeto de armonización, a los criterios de valoración a emplear y a los tipos de gravamen a aplicar.

Estas normas, tras su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC), entran a formar parte del ordenamiento jurídico comunitario, así como parte de los respectivos ordenamientos jurídicos de los países miembros. Este hecho hace que nos encontremos frente a dos legislaciones, una legislación comunitaria y una legislación nacional. La legislación comunitaria, gracias a los principios de primacía y efecto directo, se impone a las normas nacionales de los países miembros, creando derechos e imponiendo obligaciones en todo el territorio comunitario, debiendo los países miembros modificar sus legislaciones nacionales y adecuarlo a lo dispuesto en ellas.

IV. DISPOSICIONES DEL ACUERDO DE CARTAGENA EN LAS QUE SE BASA LA ARMONIZACIÓN NORMATIVA

Expuesto los fundamentos teóricos acerca de la armonización normativa, pasamos a examinar las disposiciones legales del Acuerdo de Cartagena en las que se basa esta armonización. El Acuerdo de Cartagena prevé, de forma general, una amplia potestad armonizadora en diferentes temas. Una de ellas hace referencia a la armonización de legislaciones en materia fiscal. Respecto de esta, el citado texto contiene una limitada cantidad de preceptos que facultan a sus instituciones llevar adelante esta actividad.

Uno de los primeros preceptos que faculta a la CAN llevar adelante esta actividad armonizadora es el artículo 3 del Acuerdo de Cartagena. Dicho artículo contempla mecanismos tendentes a alcanzar los objetivos previstos por el mismo, entre estos: *La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes*. Esta labor, según se desprende de la literalidad del artículo 58 de la misma norma legal, le fue encomendada a la Comisión, quien, a propuesta de la Secretaría General y tomando en cuenta los avances y requerimientos del proceso de integración, es la encargada de aprobar normas y definir plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas de los países miembros. Dichas normas, según reza el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, tendrán por objetivo prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la libre competencia entre los países miembros.

Junto con estas disposiciones de carácter general, el Acuerdo de Cartagena contiene también un reducido número de preceptos legales específicos acerca de armonización fiscal, entre los que podemos mencionar los artículos 54 inc. e), 57, 72, 73, 75, 76, 77, 99 y 100. De entre estos, quizá el que constituya la pieza fundamental para la armonización fiscal en la CAN sea el artículo 54 inc. e). Este precepto llama a los países miembros a llevar adelante acciones tendentes a alcanzar *la armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal*.

¹⁰ CAYÓN *et al.*, 1990, p. 10.

Según se desprende de la literalidad de este precepto, los países miembros, en cumplimiento de este mandato, están llamados a coordinar sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizar gradualmente sus políticas económicas y sociales. Proceso que deberá cumplirse paralela y coordinadamente con el de formación del mercado común y de la constitución de un Programa de liberación comercial.

El Programa de liberación comercial, el que será automático e irrevocable y que comprenderá la universalidad de los productos de la subregión, tiene por objetivo la eliminación de los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan directamente en la importación de productos originarios del territorio de cualquiera de los países miembros (artículo 72). Al mismo tiempo, ambos (la eliminación de los gravámenes y las restricciones de todo orden) constituyen una condición *sine qua non* para el establecimiento de un auténtico mercado común.

Como se puede observar de los preceptos señalados arriba, la CAN cuenta con disposiciones legales que facultan a sus instituciones llevar adelante un proceso de armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en distintos ámbitos, entre estos, en el ámbito fiscal.

V. LA ARMONIZACIÓN NORMATIVA DE LOS IMPUESTOS INDIRECTOS EN LA CAN

La armonización fiscal en la CAN se remonta a la Declaración de Galápagos de 1989. Es a partir de esta Declaración que el proceso de armonización fiscal adquirió una nueva dinámica gracias al impulso recibido por parte de los presidentes de los países miembros. Estos, en sucesivas reuniones realizadas entre 1989 y 2004, acordaron profundizar la integración subregional mediante, entre otras cosas, la constitución de una zona de libre comercio y de un mercado común. Esto implicaba avanzar hacia la armonización gradual de las políticas económicas directamente vinculadas con el funcionamiento del mercado común.

De entre todas las Declaraciones de los presidentes, en lo que a nuestro tema concierne, quizá la que mayor trascendencia haya adquirido sea la Declaración de Sucre (1997), ya que tuvo gran importancia en la aprobación de las Decisiones 599 y 600. La importancia de esta Declaración radica en el hecho de que fue en esta donde los presidentes instruyeron la creación de un Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, bancos centrales y responsables de planeación económica (Consejo Asesor), al que encomendaron, entre otras funciones, la elaboración de una agenda de trabajo para la armonización de las políticas monetarias, cambiarias, financieras y fiscales¹¹.

Con la constitución y puesta en marcha del Consejo Asesor en abril de 1997, se dio inicio a la armonización de los aspectos sustanciales y procedimentales del Impuesto al Valor Agregado (IVA) y del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC).

¹¹ SECRETARÍA GENERAL, 1998a.

La II Reunión del Consejo Asesor de octubre de 1998¹² marcó un antes y un después en el proceso de armonización. En dicha reunión se acordó limitar su agenda de trabajo a dos temas, siendo uno de ellos la armonización de los impuestos indirectos. A este fin, instruyó a la Secretaría General dar inicio a los estudios necesarios para analizar este tema.

En cumplimiento a este mandato, la Secretaría General solicitó a los países miembros la designación de expertos gubernamentales para llevar adelante una reunión preparatoria, la misma tuvo lugar en julio de 1999. En ella se solicitó a los países miembros la elaboración de amplios y profundos informes acerca de sus respectivos esquemas de tributación. Asimismo, con la colaboración del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) se acordó la contratación de un grupo de consultores para la elaboración de informes de consultoría que permita la identificación de etapas y la propuesta de un cronograma de trabajo para la armonización de los impuestos indirectos. Fruto de estas consultorías fue la elaboración de sendos trabajos; de entre estos, especial mención mereció el trabajo desarrollado por el consultor Mauricio Plazas Vega, quien presentó un informe completo titulado *Condiciones para la armonización tributaria en los países andinos en lo que atañe a los impuestos indirectos*¹³. Este documento identificó un conjunto de temas a ser abordados en el proceso de armonización fiscal y propuso un cronograma de trabajo por etapas. Este trabajo sirvió como documento base para posteriores trabajos, propuestas y proyectos de decisiones.

Estos documentos fueron enviados a los países miembros para que formulen sus respectivas consultas y observaciones¹⁴. Asimismo, se convocó a una primera reunión de expertos para noviembre de 1999, en la que se pretendía analizar dichos documentos y empezar a trabajar en una propuesta de Decisión; empero, dicha reunión no se llevó a cabo por falta de *quórum*. Sin embargo, en ella se llegaron a unos acuerdos preliminares acerca de su tratamiento¹⁵ y se acordó realizar reuniones de expertos, lo que no fue posible y el tema se mantuvo fuera de la agenda de trabajo de los países miembros.

En un intento de dar continuidad al proceso, la Secretaría General tomó la iniciativa de presentar al BID un proyecto de cooperación, el que pretendía acercar posiciones en cada uno de los tópicos identificados en el informe de consultoría presentado por Mauricio Plazas¹⁶. Este nuevo proyecto tenía como objetivo desarrollar propuestas de decisiones respecto de armonización de los impuestos indirectos. En esta oportunidad, el informe fue encomendado a los consultores Luis Alberto Arias y Mauricio Plazas Vega. Dicho informe fue entregado en mayo de 2002 y remitido a los países miembros en julio del mismo año¹⁷.

¹² SECRETARÍA GENERAL, 1998b.

¹³ SECRETARÍA GENERAL, 1999a.

¹⁴ SECRETARÍA GENERAL, 1999b.

¹⁵ SECRETARÍA GENERAL, 1999c.

¹⁶ SECRETARÍA GENERAL, 2000.

¹⁷ SECRETARÍA GENERAL, 2002.

Este nuevo informe¹⁸ contenía recomendaciones puntuales acerca de la armonización de los impuestos indirectos y tres Proyectos de Decisión. El informe contempló también una hoja de ruta a seguir en el proceso de armonización. En ella se presentó un programa de estudios y un cronograma de instrumentación. Dentro del programa de estudios se contempló la realización de un conjunto de trabajos para determinar el alcance y el impacto de las recomendaciones del informe, todos a realizarse durante el año 2003. Por su parte, el cronograma previó tres etapas, las que debían concluir a fines de 2003, 2005 y 2007; en cada una de ellas se debía alcanzar objetivos específicos. Empero, esto no fue posible y dicho programa no pudo cumplirse. Por su parte, la Secretaría General tuvo a bien elaborar varios documentos complementarios¹⁹. Estos documentos contenían un análisis minucioso de las principales diferencias del IVA y del ISC, los mismos fueron remitidos a los países miembros para su análisis.

Contando con estos documentos, en febrero de 2003, funcionarios de la Secretaría General, del BID y los consultores contratados, realizaron una gira conjunta por los países miembros con el objetivo de conocer de primera mano las observaciones a los documentos enviados²⁰. A la culminación de la gira, la Secretaría General consideró que había llegado el momento de dar inicio a las negociaciones y convocó a la I Reunión de Expertos Gubernamentales²¹. Las propuestas de Decisión analizadas por los expertos fueron:

- a) Propuesta 1: Proyecto para armonizar aspectos sustanciales del Impuesto sobre el Valor Agregado;
- b) Propuesta 2: Proyecto por el que se armonizan aspectos procedimentales del Impuesto al Valor Agregado; y
- c) Propuesta 3: Proyecto sobre régimen andino de Impuestos Selectivos al Consumo.

En esta I Reunión se aprobó un cronograma y una metodología de trabajo para las cuatro primeras reuniones a desarrollarse en abril, junio, agosto y septiembre de 2003. En cada una de ellas se programó abordar el análisis de determinados artículos de las tres propuestas de Decisión. En principio, se había previsto concluir la ronda de negociaciones en estas cuatro reuniones, pero pronto se vio que esto no iba a ser posible. Esto obligó a realizar más reuniones de las que en principio se había previsto.

En las tres primeras reuniones²² se analizaron todos los artículos de la primera propuesta de decisión. Es importante resaltar que en la mayoría de ellos no hubo dificultad para llegar a un consenso, ya que las modificaciones, adiciones o supresiones a dichos artículos fueron mínimas y no presentaron mayores inconvenientes. Sin embargo, quedaron pendientes de consulta la redacción de siete artículos. Estos artículos fueron

¹⁸ ARIAS Y PLAZAS, 2002a; 2002b.

¹⁹ SECRETARÍA GENERAL, 2003a.

²⁰ SECRETARÍA GENERAL, 2003b.

²¹ SECRETARÍA GENERAL, 2003c.

²² SECRETARÍA GENERAL, 2003c; 2003d; 2003e.

analizados en la IV Reunión de septiembre de 2003²³, en esa oportunidad solo tres fueron consensuados.

No habiendo concluido el análisis de las tres propuestas, se tomó la decisión de convocar a una V, VI, VII y VIII Reunión de expertos. En la V Reunión de diciembre de 2003²⁴ se abordó el análisis de la segunda y tercera propuesta. El análisis de la segunda propuesta no presentó mayores inconvenientes y todos los artículos fueron consensuados. Además, se acordó que el mismo forme parte de la primera propuesta de Decisión. En cambio, el análisis de la tercera propuesta sí presentó dificultades y no fue posible llegar a un consenso.

En febrero de 2004 (VI Reunión)²⁵ se finalizó el análisis de la tercera propuesta; empero aún permanecían pendientes de análisis algunos artículos observados en anteriores reuniones. Estos artículos fueron analizados en la Reunión de Viceministros y Directores de Administraciones Tributarias de febrero de 2004²⁶. En ella se llegó a acuerdos respecto de las observaciones, lográndose un texto consensuado. Al final de la reunión solo quedó pendiente la redacción de los artículos que hacían referencia a la modalidad de entrada en vigor de las decisiones. Debido a la sensibilidad del tema, se encomendó a la Secretaría General preparar un informe.

En la VII Reunión de marzo de 2004²⁷ se dio por aprobado el texto final de ambos proyectos de Decisión, quedando pendiente la redacción final del artículo 25 de la primera propuesta, ya que el mismo había sido observado por parte de Perú. En esta reunión se retomó el análisis acerca de la modalidad de entrada en vigor de ambas propuestas de decisión. En este punto, la Secretaría General dio a conocer el contenido de dos informes de consultoría²⁸. Ambos informes coincidían en que la naturaleza jurídica de los proyectos de decisión y la materia en ellas regulada, exigía que su entrada en vigor opere de manera simultánea en todos los países miembros. Estos informes fueron objeto de un profundo análisis por parte de los delegados de los países miembros²⁹. No habiendo sido posible llegar a un consenso, los expertos acordaron someter esta decisión a nivel ministerial.

En julio de 2004, la Secretaría General convocó a una nueva reunión de expertos (VIII Reunión) para tratar la redacción final del artículo 25 que había quedado pendiente³⁰, para esta fecha Perú aún mantenía sus observaciones. Luego de un intercambio de opiniones, la delegación de Perú propuso una nueva redacción para el referido artículo. Esta nueva redacción fue acogida por las demás delegaciones, con lo que la propuesta de Decisión quedó consensuada a nivel técnico, quedando pendiente solo la modalidad

²³ SECRETARÍA GENERAL, 2003f.

²⁴ SECRETARÍA GENERAL, 2003g.

²⁵ SECRETARÍA GENERAL, 2004a.

²⁶ SECRETARÍA GENERAL, 2004b.

²⁷ SECRETARÍA GENERAL, 2004c.

²⁸ SECRETARÍA GENERAL, 2004e.

²⁹ SECRETARÍA GENERAL, 2004f.

³⁰ SECRETARÍA GENERAL, 2004g.

de entrada en vigor de las mismas. Este punto fue abordado por la VIII Reunión del Consejo Asesor de julio de 2004³¹. En esta reunión, desoyendo las recomendaciones de los informes de consultoría, se acordó que ambas decisiones sean incorporadas al Derecho interno de los países miembros.

Es en este contexto y en estos antecedentes que la Comisión, en reunión ampliada con los ministros de Economía, Hacienda o Finanzas, celebrada en la ciudad de Quito el 12 de julio de 2004, tuvo a bien aprobar las Decisiones 599 y 600, relativas a la *Armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado y sobre Armonización de los impuestos tipo selectivo al consumo*.

1. *Armonización de aspectos sustanciales y procedimentales del IVA. Decisión 599*

El IVA aprobado en la CAN adoptó las mejores prácticas internacionales para evitar distorsiones comerciales por diferencias en los sistemas tributarios de los países miembros, asegurando la neutralidad, simplicidad, competitividad, equidad horizontal entre los contribuyentes y la coordinación entre las diferentes administraciones tributarias³². Asimismo, recuperó el IVA en las inversiones y en las exportaciones para asegurar que la carga tributaria recaiga única y exclusivamente sobre el consumo. Por otra parte, al estar grabadas prácticamente la totalidad de las transacciones económicas, facilitó la fiscalización del impuesto a lo largo de la cadena de producción y distribución del bien³³.

En lo formal, la Decisión 599 contiene dos Títulos (el primero dedicado a los aspectos sustanciales del IVA y el segundo a los aspectos procedimentales), 13 Capítulos, 40 artículos y 14 disposiciones transitorias.

En lo sustancial, la Decisión comienza señalando su ámbito de aplicación (artículo 1), para luego ingresar a definir un conjunto de disposiciones (artículo 2), así como los plazos y términos aplicables al mismo (artículo 4).

En cuanto al hecho generador, el IVA comunitario adoptó una variante de tipo consumo, en el que los bienes de capital se gravan, pero se asegura la devolución oportuna del mismo mediante crédito fiscal. Los países miembros que a la fecha de entrada en vigor de la Decisión no se adaptan a esta disposición, podrán continuar adoptando la variante de su IVA hasta seis años después de la entrada en vigor de la Decisión³⁴.

El IVA comunitario grava la venta o transferencia de bienes, la prestación o utilización de servicios en territorio nacional y la importación de bienes corporales muebles (artículo 5). Quedan exentas de este impuesto las operaciones de reorganización empresarial, como fusiones; absorciones; escisiones; transformación de sociedades; venta o transferencia total de negocios; cesión o cualquier tipo de transferencia de acciones, participaciones o títulos y valores; aportes de bienes a sociedades en constitución; aportes

³¹ SECRETARÍA GENERAL, 2004h.

³² ARIAS *et al.*, 2004, p. 16; BARREIX Y VILLELA, 2005, p. 4.

³³ VELAYOS *et al.*, 2007, p. 21; BARREIX Y VILLELA, 2005, p. 5.

³⁴ ARIAS *et al.*, 2004, pp. 17-18.

temporales de bienes a consorcios; y, demás formas de reorganización empresarial (artículos 6, 7 y 9).

Con relación a los servicios de construcción y venta de bienes inmuebles, la Decisión delegó en los países miembros la obligación de implementar los mecanismos necesarios para la determinación de la base imponible que corresponda a esta materia (artículo 10). Asimismo, estableció que solo podrá gravarse con el IVA la primera venta de los bienes inmuebles. Aunque en una disposición transitoria dispuso que los países miembros, que a la entrada en vigor de la Decisión gravaran la segunda y posteriores ventas de inmuebles, podrán continuar haciéndolo; sin establecer una fecha límite para dicho cobro.

Los artículos 12, 13 y 14 hacen referencia a los aspectos territoriales del hecho generador del IVA comunitario. El artículo 12 establece un conjunto de reglas para la determinación de la territorialidad de la prestación de servicios cuando estos trasciendan las fronteras nacionales. Según lo dispuesto por este artículo, el hecho generador por la prestación de servicios tendrá lugar ahí donde se realicen materialmente los servicios.

Para que una operación sea considerada como exportación de servicios, el mismo debe cumplir ciertos requisitos, como: i) que el exportador esté domiciliado o sea residente en el país exportador; ii) que el usuario o beneficiario del servicio no esté domiciliado o no sea residente en el país exportador; iii) que el uso y/o aprovechamiento del servicio por parte del usuario tenga lugar íntegramente en otro país miembro; y, iv) que el pago efectuado como contraprestación no sea cargado como costo o gasto en el país exportador por parte de la empresa o persona que desarrolle el servicio (artículo 13). En estos casos, la exportación de servicios estará sujeta a un régimen de tasa cero. No obstante lo que acabamos de señalar, los Países miembros que a la fecha de entrada en vigor de la Decisión gravaren alguna de las actividades señaladas o los sometieran a un régimen distinto al de tasa cero, podrán continuar haciéndolo hasta seis años después de la entrada en vigor de la Decisión.

El servicio de transporte fue objeto de una reglamentación especial. En ella se presentaban casuísticas diferentes que hacían necesario diferenciarlas de las demás. A este efecto, conviene distinguir entre servicio de transporte nacional e internacional; transporte de carga o pasajeros; transporte terrestre o aéreo. Cada una de ellas fue objeto de una reglamentación específica.

En cuanto al servicio de transporte internacional de carga, se acordó aplicar reglas de transición hacia un régimen de tasa cero, aunque sin plazos definidos. En cambio, el servicio de transporte internacional de pasajeros sí estará sujeto a una tasa, el que se causará solo en el país de embarque inicial según las reglas vigentes de dicho país. Por su parte, el servicio de transporte nacional de carga y de pasajeros, así como el servicio de transporte aéreo de pasajeros, estarán sujetos al pago del IVA en el respectivo país miembro. El plazo para adecuarse a esta nueva regulación fue de diez años.

En cuanto al aspecto temporal del hecho generador del impuesto, la Decisión dispuso que el mismo se genere de forma instantánea (artículo 15), y se causare en los siguientes momentos: i) en la venta o transferencia de bienes y prestación de servicios, con la entrega total del bien o terminación del servicio; ii) en los contratos de tracto sucesivo, a medida que se haga exigible cada cuota y en proporción al mismo; iii) en el

caso de los servicios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación interna de cada país miembro; iv) en la importación, con la nacionalización de bienes; y, v) en la utilización en el país miembro de servicios prestados por no domiciliados o no residentes, al momento de la prestación del servicio.

El Capítulo III vino a reglamentar todo lo relativo a la base gravable del impuesto. En ella se dispuso que la base gravable del IVA debe incluir tanto la erogación principal como las accesorias o complementarias. Así, la base gravable del impuesto debía incluir, entre otros, los gastos de acarreo, transporte, instalación, montaje, seguros, gastos de financiación y moratorios. En lo que concierne a las importaciones, la base gravable estará constituida por el valor en aduana del bien. En todos los casos, la determinación de la base gravable estará sujeta a la legislación propia de cada país miembro (artículo 17).

En cuanto a la tasa del impuesto, la Decisión dispuso la adopción de un máximo de dos tasas: una tasa general, la que no podrá ser superior al 19% con inclusión de toda sobretasa o recargo distinto de los impuestos selectivos; y una tasa preferencial, la que no podrá ser inferior al 30% de la tasa general para todos aquellos bienes y servicios que a la fecha de entrada en vigor de la Decisión se encuentren excluidos del impuesto (artículo 19). Esto implica que en los países miembros en los que existan tasas múltiples, deberán efectuarse las modificaciones pertinentes para adecuarlas a lo ahí dispuesto³⁵.

El Capítulo V reglamentó todo lo relacionado con la exclusión de bienes y servicios y el régimen de tasa cero. En ella se dispuso que el régimen de tasa cero solo será aplicable para las operaciones de exportación de bienes y servicios (artículo 20); y se otorgó a los países miembros el plazo de cinco años para ajustar sus legislaciones.

En lo que concierne a la exclusión de bienes y servicios, se dispuso un conjunto reducido de bienes y servicios que permanecerán excluidos del pago del IVA (artículos 23 y 25). Todas aquellas exclusiones que no se encuentren previstas en ambos artículos deberán ser eliminadas gradualmente en el lapso de diez años a partir de la entrada en vigor de la Decisión. Además, la Decisión prohibió a los países miembros crear nuevas exclusiones de bienes o servicios, así como ampliar las ya existentes en sus legislaciones internas. Al final de dicho período, solo podrán estar excluidos del IVA aquellas operaciones expresamente señaladas en los artículos 23 y 25 de la Decisión.

Por último, los artículos 22 y 24 consagraron el principio de imposición en el país de destino, salvo lo dispuesto para el caso de la exportación de servicios. Por consiguiente, toda importación de bienes o servicios estará gravada con el IVA, a menos que se trate de un bien o servicio excluido; asimismo, los bienes o servicios que se exporten estarán sujetos al régimen de tasa cero.

El Capítulo VI reglamentó todo lo relacionado con la determinación del impuesto. En ella se dispuso la determinación del impuesto a pagar (artículo 26), el derecho a crédito fiscal (artículo 27), el crédito fiscal a los activos fijos o bienes de capital (artículo 28) y, la proporcionalidad de los impuestos descontables (artículo 29). Para cada uno de ellos se estableció unos requisitos formales a determinar por cada legislación nacional.

³⁵ BARREIX Y VILLELA, 2005, p. 7.

En cuanto a las excepciones del hecho generador del impuesto, la Decisión facultó a los países miembros, previa autorización de la Secretaría General, adoptar unas medidas correctivas para hacer frente a la existencia o amenaza de crisis fiscal a nivel del gobierno central o para atender situaciones de emergencia nacional sobrevenidas. Cuando una de las situaciones contempladas exigiera acciones inmediatas, el país miembro podrá aplicar las medidas correctivas que considere necesarias, inclusive sin contar con la autorización de la Secretaría General; pero deberá comunicar la aplicación de dichas medidas a la Secretaría General en un plazo no mayor a cinco días, para que esta se pronuncie respecto del mismo, ratificándola, modificándola o suspendiéndola. En todo caso, dichas medidas tendrán un carácter transitorio y se eliminarán progresivamente a medida que desaparezca o mejore la situación que las motivó. Asimismo, no podrá ser discriminatoria entre los demás países miembros, ni podrá adoptarse con el fin de proteger a un determinado sector de la industria nacional (artículo 30).

En cuanto a la armonización de los aspectos procedimentales del IVA, la Decisión contempló significativos avances. En primer lugar, se acordó que el impuesto sea liquidado y pagado por el sujeto pasivo en el formato de declaración que dispongan las administraciones tributarias de cada país miembro; la que no podrá ser superior a dos meses. En las operaciones de importación de bienes, el impuesto podrá ser liquidado y pagado conforme dispongan las respectivas legislaciones internas de cada país miembro (artículo 31).

En cuanto a la devolución y compensación de los saldos a favor (artículo 32), la Decisión dispuso que los sujetos pasivos del IVA, que por efecto de la aplicación del régimen de tasa cero, liquiden saldos a favor por exportaciones en sus declaraciones tributarias, tendrán derecho a recuperar dicho saldo de acuerdo con lo previsto por la legislación interna de cada país miembro. Cuando no exista en la legislación interna un plazo para la devolución de dichos impuestos, transcurridos dos meses a partir de la determinación del monto a devolver sin que se efectúe la devolución, el sujeto pasivo tendrá derecho a percibir los correspondientes intereses legales a cargo de la Administración Tributaria (artículo 33).

A efectos de proceder a la devolución de los impuestos antes mencionados, los países miembros establecerán con precisión los requisitos de forma a ser presentados por los contribuyentes, así como las causales de inadmisión de las solicitudes por causas formales. De darse el caso de una inadmisión, la administración tributaria deberá señalar los motivos de la misma; además, deberá señalar la forma, condiciones y plazos para subsanarlas (artículo 34).

Una vez analizada la solicitud y habiéndose cumplido con los requisitos de forma y de fondo, la administración tributaria procederá a su devolución o compensación. En este último caso, los saldos a favor del sujeto pasivo con derecho a devolución podrán ser compensados por la administración tributaria contra las deudas tributarias exigibles administradas por la misma institución y correspondiente al mismo contribuyente (artículo 36). Por el contrario, de no verificarse el derecho a la misma, especialmente por no haberse materializado la operación de exportación, la administración tributaria podrá negar dicha devolución. Asimismo, dichas solicitudes podrán ser denegadas por

presentación extemporánea, conforme con la legislación interna de cada país miembro (artículo 35).

En cuanto a los requisitos de la emisión de facturas para proceder al descuento del crédito fiscal correspondiente a las operaciones de compra de bienes o uso de servicios en el mercado intrasubregional, la Decisión acordó unificar los requisitos mínimos que estas deben incluir (artículo 37). Asimismo, delegó en los países miembros la implementación de los sistemas de control de impresión, emisión y uso de dichas facturas. La aplicación de esta disposición es inmediata.

Sin perjuicio de lo dispuesto en párrafos anteriores, la Decisión facultó a los países miembros crear regímenes especiales que comprendan a los impuestos tipo valor agregado para pequeños agentes económicos, simplificando las obligaciones fiscales (artículo 39).

Por último, la Decisión dispuso que, tras su entrada en vigor, los países miembros deberán establecer mecanismos de seguimiento para verificar, cada dos años, los avances que se registren en la materia de reducción gradual de las exclusiones, así como para dar cumplimiento a todo lo dispuesto por la Decisión. Debe señalarse también que, para aquellos aspectos no regulados en la Decisión, será de aplicación la legislación interna de cada país miembro, siempre y cuando no entre en contradicción con lo dispuesto en esta Decisión.

2. *Armonización del impuesto selectivo al consumo (ISC). Decisión 600*

El ISC aprobado por la Decisión 600 adoptó las mejores prácticas internacionales para evitar las distorsiones comerciales por diferencias entre los sistemas tributarios de los países miembros, asegurando la neutralidad, simplicidad, competitividad, equidad horizontal entre los contribuyentes y la coordinación entre las diferentes administraciones tributarias.

Esta Decisión fue aprobada como consecuencia de la desigualdad de características de este tipo de impuesto en los cinco países miembros. Sin embargo, la aprobación de esta Decisión no despertó la misma importancia y trascendencia que la Decisión 599, aún más, su aprobación no presentó mayores inconvenientes. Algunas posibles explicaciones de ello pueden encontrarse en el hecho de que la misma vino de la mano del proyecto principal de armonización del IVA, esto hizo que la mayor atención, tanto en recursos como de tiempo, fueran dedicadas a la armonización del IVA y no así a la armonización del ISC; además, una buena cantidad de sus disposiciones no hacen otra cosa que remitir a lo dispuesto en la Decisión 599.

En lo formal, la Decisión contiene 9 capítulos, 12 artículos, y a diferencia de la Decisión 599, ninguna disposición transitoria, lo que en principio da a entender que todas sus disposiciones son de cumplimiento inmediato a partir de su entrada en vigor.

En lo sustancial, la Decisión comienza señalando su ámbito de aplicación (artículo 1), en la que prevé la adecuación de los regímenes tributarios de los países miembros a lo dispuesto en ella, adecuación que deberá realizarse en los plazos ahí previstos.

En cuanto a la naturaleza del impuesto (artículo 2), se dispuso que este impuesto gravará toda importación y consumo en el mercado interno de determinados bienes

y servicios, sea de forma individual o con carácter adicional al IVA. A este impuesto le son aplicables todas las normas generales que regulan el IVA, en especial, todo lo relacionado con el momento de la causación del impuesto; los principios relativos a la territorialidad; los aspectos generales que regulan la materia imponible en relación con la venta de bienes y servicios; y las definiciones de los sujetos pasivos en relación con las operaciones gravadas siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza (artículo 3).

En lo que concierne al hecho generador del impuesto (artículo 4), este grava las importaciones y la primera venta o transferencia de bienes que realice el productor, así como los servicios que se generen por razón de su prestación. No obstante ello, el retiro de bienes no susceptibles de comercialización por cualquier causa justificada según la legislación interna de cada país miembro no estará sujeto a gravamen (artículo 5).

En cuanto al sujeto pasivo del impuesto (artículo 6), la Decisión estableció cuatro categorías de sujetos pasivos, estos son: i) los productores de bienes gravados, ii) los importadores de bienes gravados, iii) los prestadores de servicios gravados y, iv) los usuarios o destinatarios del servicio.

El Capítulo V reglamentó todo lo relativo a la base gravable del impuesto (artículo 7). En ella se dispuso que la base gravable del ISC esté definida en la legislación interna de cada país miembro, con la única salvedad de no producir un tratamiento discriminatorio entre productos nacionales e importados. Para el caso de las tarifas *ad valorem*, se dispuso no incorporar en ellas el IVA ni el ISC. En cuanto a la carga tributaria del impuesto, la Decisión dispuso que las mismas sean objeto de armonización en los tres posteriores años de entrada en vigor de la Decisión, con el fin de fijar cargas tributarias mínimas en todos los países miembros, principalmente para los productos derivados del tabaco, cerveza y bebidas alcohólicas.

En cuanto a la armonización de los aspectos formales del impuesto, la Decisión precisó que el mismo sea autoliquidado por el sujeto pasivo en los formatos de declaración que disponga cada administración tributaria (artículo 10). Asimismo, se dispuso que el período de declaración y pago estén sujetos a lo dispuesto en la normativa internada de cada país miembro. Para el caso de las operaciones de importación de bienes, se dispuso que el mismo sea declarado y pagado conforme a lo dispuesto por cada legislación interna.

En cuanto a la emisión de facturas, la Decisión dispuso que los sujetos pasivos, en cada operación que realicen, emitan una sola factura en la que se discrimine claramente el importe del IVA y del ISC. Además, dichas facturas deberán cumplir con los requisitos señalados por el artículo 37 de la Decisión 599.

Los plazos para adecuarse a esta nueva regulación ya han vencido, sin que se haya producido un acercamiento real a lo dispuesto por la Decisión. Tampoco se tiene constancia de la puesta en marcha de ningún tipo de mecanismo de seguimiento para la verificación de los avances y cumplimiento de los objetivos de esta Decisión.

3. *Modificación de las Decisiones 599 y 600*

Con la aprobación de las Decisiones 599 y 600 sobre armonización de los aspectos sustanciales y procedimentales del IVA y del ISC, dio inicio una nueva etapa en el

proceso de armonización fiscal en la CAN, en la que se esperaba que los países miembros dieran cumplimiento a lo dispuesto en ellas. A este efecto, lo primero que se esperaba era que los países miembros llevaran adelante actos legislativos para incorporar ambas Decisiones a sus respectivos ordenamientos jurídicos, para que, una vez depositados los respectivos instrumentos de incorporación en la Secretaría General, ambas Decisiones entren en vigor y se comience a aplicar lo dispuesto en ellas. Pero pronto se evidenció que esto no iba a ser posible, pues, habiendo transcurrido aproximadamente un año desde su aprobación, ningún país miembro había dado inicio al proceso legislativo para incorporar dichas normas en su Derecho interno; aún más, no se preveía su tratamiento en el futuro próximo.

Ante este escenario nada alentador, la Secretaría General tuvo a bien convocar una nueva reunión del grupo de expertos (IX Reunión)³⁶ en mayo de 2005. Esta reunión tuvo como objetivo fundamental analizar la modalidad de entrada en vigor de las Decisiones 599 y 600. En dicha reunión, la Secretaría General dio a conocer su preocupación por la no entrada en vigor de ambas Decisiones, y planteó la posibilidad de modificar las mismas en lo relativo a la modalidad de su entrada en vigor, pero no fue posible llegar a un acuerdo y solo se previó un plazo para que los países miembros incorporen ambas Decisiones a su ordenamiento interno.

En un intento de dar viabilidad a la vigencia de ambas Decisiones, la Secretaría General encomendó la realización de informes técnicos sobre las implicancias jurídicas, tributarias y económicas de la implementación de ambas Decisiones. Paralelamente, se llevaron adelante seminarios y talleres de discusión de expertos en todos los países miembros. Dichos seminarios, que se desarrollaron a lo largo de abril, julio, agosto y septiembre de 2005, tenían como objetivo principal dar a conocer las bondades de las Decisiones 599 y 600, así como las modificaciones a realizar por los países miembros en sus respectivas estructuras tributarias.

No habiendo sido posible que los países miembros incorporasen a su Derecho interno las Decisiones 599 y 600 y, habiendo transcurrido en exceso el plazo acordado en la IX Reunión de expertos, la Secretaría General tuvo a bien presentar a la IX Reunión del Consejo Asesor³⁷ una propuesta de modificación de la modalidad de entrada en vigor de ambas Decisiones, en la que proponía sustituir los artículos 40 y 12 de las Decisiones 599 y 600, y establecer como fecha de entrada en vigor de ambas Decisiones el primero de enero de 2008, con la posibilidad de que, si algún país miembro lo considera conveniente, prorrogar su entrada en vigor a una fecha posterior. Atendiendo a las explicaciones de la Secretaría General, el Consejo Asesor acordó recomendar a la Comisión aprobar dicha propuesta.

Es en estos antecedentes que la Comisión tuvo a bien aprobar la Decisión 635 referente a *Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado y armonización de los*

³⁶ SECRETARÍA GENERAL, 2005a.

³⁷ SECRETARÍA GENERAL, 2005b.

impuestos tipo selectivo al consumo. En esta Decisión, la Comisión, a tiempo de ratificar el contenido de ambas Decisiones, dejó sin efecto el artículo 40 de la Decisión 599 y el artículo 12 de la Decisión 600 y dispuso que ambas Decisiones entren en vigor el uno de enero de 2008.

La misma Decisión dejó abierta la posibilidad, a solicitud de un país miembro, de prorrogar hasta en tres años la entrada en vigor de ambas Decisiones. Esta opción de prórroga no fue solicitada por ningún país miembro. En consecuencia, el uno de enero de 2008 ambas Decisiones entraron en vigor y forman parte del Derecho comunitario derivado. Las mismas gozan de los principios de primacía, aplicación directa, efecto directo, autonomía y complemento indispensable frente a las disposiciones legales internas de los países miembros; por lo mismo, son de obligado cumplimiento por parte de los países miembros.

Así pues, con la entrada en vigor de ambas Decisiones a partir del uno de enero de 2008, se dio inicio una nueva etapa en el proceso de armonización fiscal en la CAN, en la que se esperaba que los países miembros, ahora sí, dieran cumplimiento a lo dispuesto en ellas. Pero pronto se evidenció que esto no iba a ser posible, pues, ya en plena vigencia de ambas Decisiones, algunos países aprobaron reformas tributarias que se alejaban de lo dispuesto en ambas Decisiones.

VI. CONCLUSIONES

La armonización de los impuestos indirectos en la CAN se remonta a la Declaración de Galápagos de 1989. El proceso se inició con un estudio base encomendado a consultores especializados, continuó con varias giras por los países miembros y concluyó con la celebración de ocho reuniones de expertos gubernamentales y otras dos de altas autoridades tributarias, todas ellas organizadas por la Secretaría General. La aprobación de estas Decisiones fue el fruto de la voluntad política de altas autoridades de los países miembros, de la capacidad de los expertos gubernamentales y de la constancia de la Secretaría General.

Con la aprobación de ambas Decisiones se pretendía, entre otras cosas, promover la neutralidad del IVA y del ISC, con el fin de que dichos impuestos no lleguen a causar distorsiones en el comercio de bienes y servicios en el mercado común. Ambas Decisiones buscaban garantizar unas condiciones de competencia equitativa entre los países miembros, evitando la introducción de obstáculos a las corrientes de comercio intracomunitario, así como ofrecer mayor seguridad jurídica y estabilidad a los regímenes tributarios nacionales.

La armonización aquí propuesta debe entenderse como un proceso gradual a ser administrado por cada país miembro y no por la Comunidad. Por la magnitud de los cambios que implica, ambas normas comunitarias están diseñadas para ser aplicadas de manera gradual y prevén amplios plazos para que los países miembros adecuen su legislación interna a lo dispuesto en ella.

BIBLIOGRAFÍA

- ABUGATTAS, Luis, 1994, "Convergencia fiscal y tributaria en los procesos de integración en América Latina: Perspectivas del Grupo Andino", *Revista Integración Latinoamericana*, volumen 19, pp. 15-21.
- ACOSTA, Jaime, 2006, "La desintegración andina", *Revista Nueva Sociedad, Democracia y Política en América Latina*, n. 204, pp. 4-13.
- ARIAS, Luis y PLAZAS, Mauricio, 2002a, *Armonización fiscal de impuestos indirectos en los países de la CAN. Elaboración de recomendaciones y políticas sobre: Armonización de impuestos indirectos*. Informe final.
- ARIAS, Luis y PLAZAS, Mauricio, 2002b, *La armonización tributaria de los impuestos indirectos en la CAN. Elaboración de recomendaciones y normativas sobre armonización de tributos indirectos*, Lima: BID.
- ARIAS, Luis; BARREIX, Alberto; VALENCIA, Alexis y VILLELA, Luis, 2004, *La armonización de los impuestos indirectos en la CAN*, Lima: BID.
- BARREIX, Alberto y VILLELA, Luis, 2005, *Procesos de integración y tributación: Experiencias de la CAN y la Unión Europea*, Lima: BID.
- CASAS, Andrés y CORREA, María Elvira, 2007, "¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones – CAN?", *Revista Papel Político*, volumen 12, pp. 591-632.
- CAYÓN, Antonio; FALCÓN, Ramón y DE-LA-HUCHA, Fernando, 1999, *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: Incidencia y convergencia*, Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- FUENTES, Alfredo, 2007, "Situación actual y perspectiva de la Comunidad Andina", *Revista OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, n. 12, pp. 361-365.
- QUINDIMIL, Jorge Antonio, 2006, *Instituciones y derecho de la Comunidad Andina*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROCHE, Irene, 2000, *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados Miembros*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUIZ, Gonzalo, 1978, "La armonización de los impuestos internos sobre bienes y servicios en el Grupo Andino", *Comercio Exterior*, volumen 28, pp. 583-587.
- SALAZAR, Felipe, 1983, "La personalidad jurídica internacional de la organización creada por el Acuerdo de Cartagena", *Revista Integración Latinoamericana*, n. 84, pp. 19-43.
- SALMÓN, Elizabeth, 2003, "Evolución institucional de la Comunidad Andina: Perspectivas y problemas", en NOVAK, FABIÁN (Dir.), *Derecho Comunitario Andino*, Lima: Fondo Editorial, pp. 19-56.
- SOLARES, Alberto, 2010, *Integración: Teoría y Procesos. Bolivia y la Integración*, La Paz: Edición electrónica gratuita. [Texto completo disponible en: www.eumed.net/libros/2010e/814/]
- VELA, Bernardo, 2007, "La encrucijada del proceso andino de integración", *Revista Oasis: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, n. 12, pp. 425-432. VELAYOS, Fernando; BARREIX, Alberto y VILLELA, Luis, 2007, *Integración regional y armonización tributaria: Desafíos y experiencias en América Latina*, Inter-American Development Bank.
- WÄGENBAUR, Rolf, 1975, "Les fondements juridiques d'une politique fiscale des Communautés Européennes", *Revista Revue de Science Financière*, n. 1, pp. 5-23.

Normas comunitarias citadas

- SECRETARÍA GENERAL, 1998a, *Armonización de políticas macroeconómicas en la CAN: Una primera aproximación*. SG/di 58.

- SECRETARÍA GENERAL, 1998b, *II Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de Planeación Económica*, 24 de octubre de 1998.
- SECRETARÍA GENERAL, 1999a, *Condiciones para la armonización tributaria en los países andinos en lo que atañe a los impuestos indirectos*. SG/dt 73.
- SECRETARÍA GENERAL, 1999b, *Informe de la SGCA sobre los avances en el cumplimiento de las Directrices dadas por el XI Consejo Presidencial Andino*. SG/di 212.
- SECRETARÍA GENERAL, 1999c, *Cumplimiento de las Directrices del XI Consejo Presidencial Andino*. SG/dt 79.
- SECRETARÍA GENERAL, 2000, *Reunión preparatoria del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales, Planeación y Gerentes Economía de la CAN*. SG/RP. CAMHBC/di 2.
- SECRETARÍA GENERAL, 2002, *Informe de Actividades de la SGCA (julio 2001-junio 2002)*. SG/di 429.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003a, *Armonización de impuestos indirectos en los Países miembros de la CAN: Impuesto al Valor Agregado (IVA), Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) - documento preliminar*. SG/dt 200.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003b, *Informe sobre el Proyecto de armonización de impuestos indirectos. A la Sexta Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de Planeación Económica de la CAN*. SG/CAMHBC/VI/dt 2.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003c, *Informe I Reunión de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*. SG/REG.AI/I/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003d, *Informe II Reunión de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*. SG/REG.AI/II/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003e, *Informe III Reunión de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*. SG/REG.AI/III/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003f, *Informe IV Reunión de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*. SG/REG.AI/IV/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2003g, *Informe V Reunión de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*. SG/REG.AI/V/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004a, *Informe VI Reunión de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*. SG/REG.AI/VI/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004b, *Informe: Reunión de Viceministros y Directores de Administración Tributaria*, SG/VM.DAT/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004c, *Informe Séptima Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de Planeación Económica de la CAN*. SG/CAMHBC/VII/ACTA/Rev. 2.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004d, *Informe VII Reunión de Expertos Gubernamentales para la Armonización de Impuestos Indirectos*, SG/REG.AI/VII/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004e, *Informe sobre la entrada en vigencia del proyecto de Decisión Armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos al valor agregado*. SG/di 619.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004f, *Informe: Armonización impuestos indirectos. Octava Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de Planeación Económica de la CAN*, SG/CAMHBC/VIII/di 1/Rev. 2.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004g, *Informe VIII Reunión por videoconferencia de Expertos Gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*, SG/REG.AI/VIII/Informe.
- SECRETARÍA GENERAL, 2004h, *VIII Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de Planeación Económica de la CAN*. SG/CAMHBC/VIII/ACTA/Rev. 1.
- SECRETARÍA GENERAL, 2005a, *IX Reunión por videoconferencia de expertos gubernamentales para la armonización de impuestos indirectos*, SG/REG.AI/IX/INFORME.

SECRETARÍA GENERAL, 2005b, *Novena Reunión ordinaria del Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y Responsables de Planeación Económica de la CAN*, SG/CAMHBC/IX/ACTA.

El rol del juez laboral en la admisibilidad del procedimiento monitorio

*Jordi Delgado Castro**

*Diego Palomo Vélez***

RESUMEN

El procedimiento monitorio laboral se ha consolidado como uno de los instrumentos más importantes para impartir justicia en el orden laboral. Sin embargo, existen desajustes prácticos que ameritan una correcta reflexión teórica con el objetivo de proponer mejoras y criterios de interpretación acordes a la técnica monitoria. Además, este artículo realiza una propuesta a la actuación del juez en este tipo procedimental.

Procedimiento monitorio laboral – rol del juez laboral

Labor for payment procedure: advocating for the best practice of the for payment procedure at the service of a better and more efficient judicial protection

ABSTRACT

The labor for payment procedure has established itself as one of the most important tools for justice in labor litigation. However, there are practical mismatches that call for a correct theoretical reflection with the objective of proposing improvements and interpretation criteria according to the best for payment procedure technique. In addition, this paper makes a proposal to the role of the judge in this type of proceedings.

Labor for payment procedure – role of the workers court judge

* Licenciado y Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. España. Profesor de derecho procesal, Universidad de Talca. Correo electrónico: jdelgado@utalca.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de derecho procesal, Universidad de Talca. Correo electrónico: dpalomo@utalca.cl.

Este trabajo corresponde a parte de los resultados del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular Nº 1160832, titulado: “Estudio crítico del procedimiento monitorio laboral chileno: O sobre cómo un deficiente diseño legislativo puede abrir la puerta a más problemas que soluciones”, del que los autores son investigadores y al que se hace presente el agradecimiento por la financiación de este estudio.

Artículo recibido el 23 de enero de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El procedimiento monitorio laboral se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante la promulgación de la Ley Nº 20.087, de 3 de septiembre de 2006. Como otras instituciones que se han adoptado en nuestro ordenamiento aparece sin una acabada justificación legislativa generando muchas dudas ya antes de su implementación¹. Del mismo modo, se han descrito algunos problemas en su desarrollo² que, por lo que pareciera, conducen a su segunda reforma importante mediante la Ley Nº 20.974, de 3 de diciembre de 2016³.

Lamentablemente, aquellas dudas han debido ser resueltas por la jurisprudencia de forma creativa conjugando los intereses de las partes con los principios del Derecho del trabajo⁴. En ocasiones, entonces, las soluciones han sido más originales de lo conveniente y pareciera que algunas prácticas han sido definitivamente instauradas, formando una suerte de procedimiento monitorio nacional que, en todo caso, amerita una evaluación desde su prístino significado y desarrollo⁵. En este sentido, entonces, nos centraremos en un problema particular de este procedimiento: la fase de admisibilidad y el rol del juez. La selección de este problema responde, precisamente, a que la práctica forense ha mostrado casos que distan del origen y evolución histórica de esta técnica procedimental⁶.

II. MONITORIO Y JUSTICIA ACELERADA

El procedimiento monitorio es un procedimiento sencillo y rápido⁷. Sin embargo, desde su instauración generó varios interrogantes, ya que sus tintes aparentemente inquisitivos

¹ PEREIRA, 2008, pp. 22-24.

² Entre otros, CONCHA, 2015, pp. 3 y ss.

³ En rigor, se trataría de la tercera reforma tras las modificaciones incorporadas por la Ley Nº 20.260 y 20.287. Para su análisis, PEREIRA, 2008, pp. 3-5.

⁴ GAMONAL, 2013, pp. 425 y ss.

⁵ Sin caer en consecuencia en esa tópica contraposición entre “teoría” y “práctica” en el Derecho que con el acierto al que nos tiene acostumbrados ha subrayado el profesor Andrés de la Oliva: “5. En esta misma línea, no cabe entender por ‘profesionales del derecho’ o ‘profesionales de la justicia’ a ‘los prácticos’, por oposición a ‘los teóricos’. ‘Profesionales del derecho’ o ‘profesionales de la justicia’ son –o somos– todos los que se ocupan, o nos ocupamos, como profesión –con mayor o menor dedicación, pero profesionalmente–, en asuntos jurídicos o en los asuntos de la justicia, que son casi todos los asuntos jurídicos en cuanto pueden ser llevados a los tribunales. No se trata de desembarazarse de la incómoda y peyorativa etiqueta de ‘teórico’, aunque librarse de ella sea del todo justo y legítimo. Se trata de volver a pensar sin desvaríos. Pero no está de más, de paso, defender el trabajo teórico y, sobre todo, el universitario”. DE LA OLIVA, 2004, pp. 74 y 75.

⁶ En efecto, desde su origen alto medieval, el procedimiento monitorio surge para evadir el largo y costoso enjuiciamiento ordinario accediendo, sin cognición, a las peticiones del demandante. Su origen y renacimiento en Europa (siglo XX) siempre han estado inspirados en esa lógica (DELGADO, 2015, pp. 23-29).

⁷ CALAMANDREI, 2006, p. 209, caracterizaba a los dos modelos (puro y documental) como eminentemente sencillos: “La estructura de estos dos procedimientos no es fundamentalmente diversa: ambos, en efecto, están destinados a crear rápidamente el título ejecutivo, invirtiendo la iniciativa del contradictorio

lo hacían distar del modelo acusatorio/adversarial impulsado desde la reforma procesal penal⁸. Adicionalmente, fue —desde el inicio— una figura de complejo encaje atendido el rol del juez laboral⁹. El sistema de resolución de los conflictos laborales determinaba una fase administrativa previa y obligatoria¹⁰ cuyo objetivo era tratar de desjudicializar el máximo número de desavenencias constituyéndose en un elemento disuasorio de la jurisdicción ordinaria¹¹. El juez laboral también parecía impregnado de aquella idea de evitar el enjuiciamiento tradicional, y su rol ha sido discutido, en ocasiones, por tratar de llevar a extremos insostenibles su afán por remediar la desigualdad material en las relaciones laborales, mediante el Derecho del trabajo¹².

En este escenario claramente inspirado y marcado por la celeridad¹³, el procedimiento monitorio laboral tiene por objetivo dar una respuesta rápida en determinados supuestos que, atendida su naturaleza, podríamos catalogar de simples y necesariamente urgentes¹⁴.

Por tanto, encontramos claros elementos que van dando contenido al principio formativo del proceso consagrado en el art. 425: la celeridad¹⁵.

En resumidas cuentas, se incorporó a nuestro ordenamiento procesal laboral un instituto que debiese partir de la condena del demandado (el juez acoge de inmediato ante la mera petición) en aras a dotar de un mecanismo suficientemente efectivo al trabajador que nunca está en condiciones de soportar la demora de la justicia. En la búsqueda de un punto de equilibrio, el contrapeso necesario que el empleador posee es oponerse sin mayores exigencias a esa condena inmediata y, en ese caso, se abre una instancia de enjuiciamiento “más clásica”, en una audiencia oral¹⁶.

sobre el deudor y utilizando como motivo de declaración de certeza del crédito la falta de reacción del deudor dentro de un término preestablecido”.

⁸ HERNÁNDEZ, 2012, pp. 367-369.

⁹ PALAVECINO, 2011, pp. 117 y ss.

¹⁰ ORELLANA, 2009, p. 275. Fase que se “eliminó” del procedimiento monitorio como tal, pero que sobrevive, a la postre, debido a que se ha convertido en un requisito para accionar (ORELLANA, 2010, pp. 63 y 64). También, puede consultarse cómo se modificó este engranaje entre la fase administrativa y judicial en PEREIRA, 2008, pp. 24 y ss.

¹¹ UGARTE, 2008, pp. 193 y 194.

¹² PALOMO y MATAMALA, 2012, pp. 439-456.

¹³ Así la Ley N° 20.260, de 2008, dejó en claro que uno de sus objetivos es: *Profundizar los principios de celeridad y concentración, que resultan claves para la oportuna resolución del conflicto, la que viene exigida por la naturaleza de los derechos que se reclaman en sede laboral*”, además de “Introducir reformas a los procedimientos monitorio y de reclamación de multas, con el fin de simplificarlos y darles un carácter más breve y expedito. Mensaje N° 455-354, 2007, p. 4.

¹⁴ DELGADO, 2015, p. 274.

¹⁵ Aspecto, este, que no siempre se cumple derivado de otras circunstancias. Un ejemplo del clásico es la parte que derechamente se oculta: queda de manifiesto en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 5.1.2016, rol M-1-2016. Procedimiento en que se acogió de inmediato la pretensión en 3 días desde su presentación, pero que, sin embargo, a enero de 2017 todavía no ha podido ser notificada. Otro ejemplo, en Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 6.1.2017, rit M-5-2016.

¹⁶ Hay que tener en cuenta que esa “reclamación” con la que cuenta el demandado monitorio es sencilla y ni siquiera exige fundamento. Por tanto, se trata de abrir la oportunidad de convertir al procedimiento en contradictorio, por el mero hecho de solicitarlo. Así por ejemplo, en la causa del Juzgado de Letras del

En este último punto, lo cierto es que el monitorio laboral chileno no adoptó la clásica premisa civil o comercial en que el deudor carga con el deber de oponerse fundadamente¹⁷. Esta estructura monitoria permite al deudor generar dilaciones indebidas, sin sanción¹⁸. El monitorio laboral chileno no posee un mecanismo para equilibrar la tensión entre el derecho a ser oído y la ausencia de consecuencias jurídicas derivada de la inacción e, incluso, obstrucción al proceso del demandado¹⁹. Esta imprevisión puede provocar la generación de un expediente meramente formal y contrario a su propia naturaleza.

Confianza, así, en la colaboración real de las partes en el proceso, se instaura un procedimiento que se relaja en exigir altos estándares de lo que entendemos por debido proceso²⁰ a cambio de entregar justicia inmediata en supuestos en que las circunstancias lo ameritan²¹.

III. DE LA CELERIDAD A LAS DEMORAS INNECESARIAS

Actualmente un procedimiento cuya vocación es la entrega rauda de la solución al conflicto²², se caracteriza por ser rápido, pero no siempre inmediato²³. En este contexto, la institución monitoria no ha terminado de arraigar completamente alguno de sus postulados en todos los tribunales del país²⁴, como veremos en lo sucesivo.

El principal problema, del que probablemente provengan todos los demás, es la incomodidad que genera la condena *inaudita altera parte*²⁵. Por formación, parece que los jueces, en ocasiones, son asaltados por la duda que supone evadir todas las etapas de los llamados momentos jurisdiccionales. Así, a la luz de lo que acontece muchas veces en la práctica forense, pareciera que no todos se sienten cómodos con arribar

Trabajo de Curicó, 11.1.2016, rit M-2-2016 el demandado solamente señaló: "solicito se cite a las partes a una audiencia de conciliación, contestación y prueba, de acuerdo a lo previsto en la norma..." y, con esta sencilla petición, el juez está obligado a llamar a audiencia. En idéntico sentido, pueden consultarse las causas: Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 11.1.2016, rit M-3-2016; Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 14.1.2016, rit M-4-2016 y Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 14.1.2016, rit M-5-2016.

¹⁷ Como sí sucede, por ejemplo, en la conformación del último monitorio civil español tras la reforma del 2015, en que se señala que la oposición debe ser fundada, motivada y razonada (art. 815 Ley de Enjuiciamiento Civil española); o, de un modo menos enfático, pero que no resulta absolutamente libre en el art. 101 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social española que exige una oposición sucinta.

¹⁸ MÉNDEZ, 2010, p. 32.

¹⁹ Un ejemplar análisis de este problema en PÉREZ y ORELLANA, 2007, pp. 13-44.

²⁰ Si bien es cierto que, actualmente, la doctrina es conteste a la hora de indicar que, el derecho a ser oído como parte del debido proceso, se trata de la posibilidad real de defenderse con independencia de que se ejerza o no aquel derecho. Véase, en este sentido, BORDALÍ, 2016, pp. 204-209.

²¹ CALAMANDREI, 2006, pp. 206 y 207.

²² ORTELLS, 2010, p. 430.

²³ NAVARRO, 2011, p. 54.

²⁴ PALAVECINO y RAMÍREZ, 2010, pp. 73 y ss.

²⁵ GUTIÉRREZ-ALVIZ, 1978, p. 17.

prácticamente a la fase de ejecución soslayando, de alguna forma, las fases de conocimiento y enjuiciamiento, pero precisamente esta es la característica más relevante de la técnica monitoria.

Por tanto, se produce una situación, que resulta errónea, en que cuando surge la *mínima duda*, el juez laboral llama inmediatamente a audiencia²⁶. Nadie cuestiona que se trata de una previsión legal, pero no se condice absolutamente con lo que está contemplado en la tradición de esta figura y en el diseño legislativo²⁷. A su vez, produce un problema de evaluación temprana de la teoría del caso que no parece responder al espíritu del monitorio.

IV. LAS OPCIONES DEL JUEZ ANTE UN MONITORIO: ¿ACOGE O RECHAZA?

Lo cierto es que el principal contrasentido que se produce con nuestro monitorio laboral está, en gran parte, determinado por un diseño tímido que, unido a un cambio de paradigma, no puede sino generar dudas en los aplicadores del sistema.

El mandato que contempla el art. 500 del Código del Trabajo es claro en su primera oración: si las pretensiones están suficientemente fundadas, el juez debe acoger la demanda y, en caso contrario, debe rechazarla de plano²⁸. Entonces, la clave para el demandante es consignar razones suficientes o motivos bastantes que permitan entender al juez que las peticiones no son antojadizas. A mayor abundamiento, en el derecho comparado esta es la forma en que se ha descrito el procedimiento monitorio²⁹ (técnica³⁰).

²⁶ NAVARRO, 2011, p. 56.

²⁷ Ya por ejemplo en la revisión de la Historia de la Ley N° 20.087 que introdujo este mecanismo se puede ver diáfamanamente como se entendía que: “Eso permite a trabajadores modestos, de rentas bajas, acceder a un procedimiento que se inicia en la Inspección del Trabajo con el respectivo comparendo de conciliación. Si esta no se produce, los antecedentes pasarán al tribunal del trabajo y el juez resolverá de plano” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2006, p. 747).

²⁸ Pese a que el “primer” monitorio diseñado en la Ley N° 20.087 era bastante caótico, lo cierto es que el art. 499 CT contemplaba solamente estas dos opciones y, probablemente era mucho más acertado en el punto.

²⁹ Una obra colectiva que recoge perfectamente los principales modelos europeos, RECHBERGER Y KODEK, 2001. Para muestra del Derecho comparado un ejemplo extremadamente sencillo en GARCÍA, 2013, pp. 59 y 60: “El proceso monitorio ‘sin prueba’ se caracteriza básicamente por la inexistencia de evaluación alguna del fundamento de la deuda por parte del órgano jurisdiccional. El requerimiento o mandato de pago condicionado se emite por la autoridad competente a base de la sola afirmación, unilateral y no probada del acreedor”.

³⁰ Técnicamente es tratado por parte de la doctrina como una técnica más que como un auténtico proceso (procedimiento). Esta expresión fue acuñada por LORCA, 2000, p. 34, quien destacaba que este expediente se caracteriza por la inversión del contradictorio, por sobre otras características. Entre nosotros, LETELIER, 2015, p. 109, cit. 26, sintetiza claramente las ideas de la doctrina moderna al indicar: “Dudamos que el procedimiento monitorio constituya un verdadero proceso jurisdiccional, pues estamos de acuerdo en que es esencial en un proceso que la decisión jurisdiccional de relevancia sea adoptada respetando el principio –a la vez que garantía– de la bilateralidad de la audiencia.

Además, parece lo más ajustado a un mecanismo que pretende entregar la respuesta judicial en un tiempo extremadamente breve, ahorrando el desarrollo de una o más audiencias³¹. Para proteger al demandado, como contrapeso de igual sencillez, simplemente basta su mera oposición para que el asunto se convierta en controvertido y deba despacharse de una forma más tradicional.

En realidad, la técnica legislativa no fue lo más preciso que encontramos en la regulación procesal del Código del Trabajo. El hecho de encontrarse, o no, una petición fundada debiese estar en íntima relación con la plausibilidad de la petición y con el grado de argumentación que gira en torno a ella. Sin embargo, alguna jurisprudencia ha venido entendiendo que se trata de la presencia³² o ausencia de antecedentes³³.

Esta forma de actuar se aleja de la tradicional técnica monitoria³⁴, en tanto que inevitablemente el juez realiza un análisis de mérito de los antecedentes³⁵. En esa lógica, debe entrar a observar cuán justa es la petición, o cuán ajustada a derecho, para poder tomar su decisión de acoger o rechazar. Pareciera, en esta lógica, una suerte de

³¹ Argumento, además, que estuvo presente a la hora de reformar el procedimiento monitorio por la Ley Nº 20.260 (véase, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2008, pp. 10, 33, 37, 60 y 64, entre otras) Pero que, sin embargo, condujo a incorporar ese llamado a audiencia oficioso que terminó por hacer complejo el panorama.

³² Un caso completamente paradigmático, en este sentido, es el contenido en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, 5.1.2016, rit M-3-2016. En esta causa, primeramente, es destacable que el acogimiento del monitorio viene precedido de una somera argumentación al más puro estilo de una sentencia; adicionalmente, en el segundo apartado de título "Vistos" enumera como "fundamento de su pretensión" un total de seis documentos individualizados allí y, concluye, entonces en el apartado tercero "Que con el mérito de los antecedentes se estiman suficientemente fundadas las pretensiones del demandante y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, se resuelve: Que SE ACOGE la demanda". En muy parecidos términos, se pronuncia la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, 6.1.2016, rit M-4-2016.

³³ Así se declara recurrentemente en nuestros tribunales. Basten algunos ejemplos: sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 9.5.2013, rit M-499-2013; sentencia del 1º Juzgado de Letras de San Carlos, 8.4.2014, rit M-9-2013; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, 22.12.2014, rit-M-322-2015; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, 6.1.2016, rit M-2-2016; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, 11.1.2016, rit M-4-2016; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, 11.1.2016, rit M-5-2016; sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2016, rit M-3-2016, y la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, 3.3.2016, rol 11-2016.

³⁴ Fue Lorca Navarrete quien acuñó esta expresión. De este modo se usa la técnica monitoria "cuando los hechos aparecen claramente establecidos y parece cierto que el denunciado es el autor de la infracción" LORCA, 1988, p. 17.

³⁵ Así podemos encontrar fórmulas poco afortunadas de llamamiento a audiencia que, significativamente, implican un enjuiciamiento somero de antecedentes: "No estimándose suficientes los antecedentes aportados para emitir un adecuado pronunciamiento", en causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, 20.1.2016, rit M-1-2016. En parecidos términos, el Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán señala: "sin que existan antecedentes suficientes para resolver de plano", Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, 2.1.2016, rit M-1-2016, Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, 4.1.2016, rit M-2-2016, Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, 5.1.2016, rit M-3-2016 y Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, 5.1.2016, rit M-4-2016. Cuestión que también observamos en las causas revisadas en 2017: Por todas, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, 10.1.2017, rol M-3-2017.

prejuzgamiento que, sin duda, no se condice con los objetivos para los que fue creado el monitorio³⁶ y, por otra parte, genera el pernicioso problema clásico del monitorio³⁷: juzga quien ya juzgó³⁸.

La otra opción que presenta el procedimiento monitorio, a tenor de lo dispuesto en esa primera oración del artículo 500 CT, es el rechazo de plano de la demanda³⁹. Para ello, y según lo enunciado, debe existir una ausencia de fundamentos. Entonces, nos encontraremos ante peticiones que no son razonadas y que no expresan en qué forma el demandado monitorio ha vulnerado con su actuar el ordenamiento jurídico⁴⁰. En este

³⁶ Lo exponía con excelente maestría CHIOVENDA, 1925, p. 244: “para determinados créditos aunque no resulten de documentos, introdujose en nuestro derecho medioeval la costumbre de no citar en juicio al deudor sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación y notificar esta al deudor: la orden era acompañada y justificada por la cláusula de que si el deudor quisiese hacer valer excepciones pudiese formular oposición dentro de un cierto término (cláusula justificativa). La oposición privaba de todo efecto a este *mandatum* o *preceptum de solvendo* (*preceptum executivum sine causae cognitione*) e iniciaba un juicio ordinario”.

³⁷ BONET, 2014, pp. 104 y ss.

³⁸ Por ello, es imprescindible evitar pronunciamientos como el emitido en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, 7.1.2016, rit M-3-2016: “De los antecedentes acompañados, analizados conforme las reglas de la sana crítica, es posible inferir que el trabajador prestó servicios para la demandada por el período y remuneración que indica y que fue despedido en forma verbal sin que conste el pago de las prestaciones que reclama, de lo que se desprende la plausibilidad de la acción, razón por la cual se acogerá la demanda en la forma que se señalará en lo resolutivo”. No es el momento procesal oportuno para entrar a juzgar el caso y, por lo tanto, no se podrá valorar nada conforme a las reglas de la sana crítica. El mensaje que emite el juez es impreciso al valorar por una parte (y adquirir su convicción) y hablar tan solo de plausibilidad, que en realidad es lo que el monitorio demanda. No entender esta particularidad procedimental genera la distorsión que describimos en este trabajo. Señalamos, entonces, como alternativa más ajustada a Derecho lo realizado por el Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno en sus causas Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, 4.1.2016, rit M-1-2016; Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, 5.1.2016, rit M-2-2016; Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, 5.1.2016, rit M-3-2016 y Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, 6.1.2016, rit M-4-2016: “Que SE ACOGE, con costas, la demanda...”. Otra fórmula judicial correcta sería la empleada por el Juzgado de Letras de Puerto Montt, 4.1.2016, rit M-1-2016: “Que, de los antecedentes acompañados por el actor, se estiman suficientemente fundadas sus pretensiones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, se resuelve: Que se acoge la demanda (...)”; en idéntico sentido causa del Juzgado de Letras de Puerto Montt, 4.1.2016, rit M-2-2016; Juzgado de Letras de Puerto Montt, 4.1.2016, rit M-3-2016; Juzgado de Letras de Puerto Montt, 4.1.2016, rit M-4-2016 y Juzgado de Letras de Puerto Montt, 4.1.2016, rit M-5-2016. También, del mismo modo las cinco primeras causas monitorias del Juzgado de Letras del Trabajo de Castro. En parecidos términos, la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 4.1.2016, rit M-2-2016. Con el mismo acierto de destacar lo temprano de la decisión, Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 4.1.2017, rol M-1-2017, que señala: “Que del mérito de los antecedentes se desprende que, en esta etapa procesal, que las pretensiones del demandante son fundadas y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 496 y 500 del Código del Trabajo, se resuelve: Que SE ACOGE la demanda interpuesta (...)”.

³⁹ Un claro ejemplo de cómo rechazar, sin necesidad de esgrimir mayores argumentaciones, en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, 5.1.2016, rit M-1-2016: “Atendido el mérito de autos, lo dispuesto por el artículo 500 del Código del Trabajo y antecedentes aportados, SE RECHAZA la demanda interpuesta”.

⁴⁰ No se comprende, entonces, cómo en la causa del Juzgado de Letras de Rancagua, 4.1.2016, rit M-3-2016 una demanda de diecisiete fojas y en la que se acompañan documentos fundantes (cotizaciones previsionales, justificantes de pago, planillas de asistencia, credenciales del trabajador...) que ni tan siquiera

punto, es mucho más fácil observar cómo el acompañamiento indiscriminado de antecedentes escritos no puede convalidar la regla entregada al juez para rechazar el asunto.

De forma más sencilla: no se le puede pedir al juez que observe la cantidad y calidad de los documentos aportados para que forme su juicio y acoja la demanda⁴¹. El órgano jurisdiccional, en este evento, no está habilitado para realizar un auténtico juzgamiento del asunto ni cargar de razones a quien no pudo presentarlas⁴².

En este segundo escenario, parece más fácil comprender que la operación intelectual del juez pasa por una evaluación de los fundamentos y no de los antecedentes. Lo contrario, importaría un auténtico enjuiciamiento de fondo *in audita altera pars*. La

se exigen para tomar la decisión, fuera finalmente rechazada. Es complejo, porque vuelve a sugerir un análisis de fondo de la decisión, por una parte, y porque la resolución carece de fundamento.

⁴¹ De lo contrario, se produciría algo parecido a lo descrito por NIEVA a propósito de la caracterización del sistema de prueba legal o tasada en que, finalmente, los jueces terminaban literalmente “pesando” las evidencias para observar quién tenía la razón (NIEVA, 2015, p. 183). Sin embargo, nuestra jurisprudencia, así lo ha entendido, en ocasiones, como en la resolución del Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, 5.1.2017, rol M-1-2017: “Que la demanda deducida aparece suficientemente fundada, atendido, especialmente, la copia de liquidación de remuneraciones del mes de diciembre de 2016, copia de la carta de término de contrato y copia del Acta de Comparecencia ante la Inspección del Trabajo de Coyhaique, de fecha 20 de diciembre de 2016, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 160, 162, 168, 173, 183 A y siguientes, 425, 432, 446, 454, 496 y siguientes todos del Código del Trabajo, SE RESUELVE: Que se ACOGE la demanda en procedimiento monitorio (...)”. Del mismo tenor sentencia dictada en causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, 5.1.2017, rol M-2-2017 del mismo tribunal. Pero no es exclusivo de este tribunal, sino que resulta una práctica bastante extendida y afianzada, sirvan como ejemplo: 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2017, rol M-2-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 6.1.2017, rol M-3-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, 20.1.2017, rol M-5-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Castro, 16.1.2017, rol M-2-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 6.1.2017, rol M-3-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 5.1.2017, rol M-2-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 11.1.2017, rol M-2-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 6.1.2017, rol M-1-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, 6.1.2017, rol M-1-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, 11.5.2017, rol M-1-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, 9.1.2017, rol M-2-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, 26.1.2017, rol M-2-2017; Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, 17.1.2017, rol M-3-2017.

⁴² Precisamente, es la labor que parece entender el tribunal en causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, 21.1.2016, rit M-5-2016 al indicar literalmente: “No estimándose suficientes los antecedentes aportados para emitir un adecuado pronunciamiento”. De peor factura técnica, pues no parece razonable que, antes de celebrarse un juicio, se le exija acreditar al demandante la relación laboral. Tenemos lo resuelto por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 9.1.2017, rol M-4-2017: “Que los antecedentes acompañados por la actora resultan insuficientes para fundamentar la existencia de una relación laboral entre las partes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, se resuelve: Que SE RECHAZA la demanda en procedimiento monitorio (...)”. Mismo tenor lo resuelto por Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, 18.1.2017, rol M-5-2017. Al contrario, y en concordancia con nuestra tesis, parece muy razonable lo señalado en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 4.1.2016, rit M-1-2016. En idéntico sentido, Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 5.1.2016, rit M-2-2016; Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 5.1.2016, rit M-3-2016; y Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 5.1.2016, rit M-5-2016. No sucedió lo mismo ante circunstancias parecidas en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 5.1.2016, rit M-4-2016, si bien es destacable que el órgano estaba compuesto por otra juez. Apostando, entonces, por una genuina aplicación del monitorio y, acogiendo sin mayores visos de enjuiciamiento de los antecedentes, puede también consultarse: Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 4.1.2016, rit M-1-2016; En términos muy evidentes, Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 6.1.2016, rit M-4-2016.

técnica monitoria se caracteriza por la inversión del contradictorio y no por cercenar la posibilidad de defensa de ninguno de los intervinientes⁴³.

Por tanto, se puede afirmar categóricamente que en el procedimiento monitorio laboral se debiese aplicar el enjuiciamiento de las razones⁴⁴: la existencia de buenos argumentos, y no por la cantidad de antecedentes que se aporten⁴⁵.

V. EL PRINCIPAL PROBLEMA DE DISEÑO: EL LLAMADO A AUDIENCIA

Ante la claridad del mandato al juez para que acoja o rechace de plano, debemos exponer cuál ha sido el elemento disruptivo del modelo. En primer lugar, literalmente el art. 500 CT habla de los antecedentes. De este modo, ha sido el propio legislador quien, quizá no muy impregnado de este modelo de enjuiciamiento⁴⁶, le brindó al juez la posibilidad de citar a una audiencia cuando considerase que no existían antecedentes suficientes.

A mayor abundamiento, este escenario se hace complejo por otro mandato que se le impone al órgano jurisdiccional. Antes de señalarle la posibilidad de llamar a audiencia cuando no se sienta seguro⁴⁷: se le indica que para acoger o rechazar deberá tener en

⁴³ DELGADO Y VALLESPÍN, 2016, p. 273. Véase la aclaración que realizan respecto de la técnica monitoria, el derecho a defensa y el debido proceso.

⁴⁴ Es destacable el esfuerzo que realizan nuestros tribunales de justicia cuando oficiosamente rechazan procedimientos por vicios tan palpables como la incompetencia del tribunal por la inexistencia de conexión territorial de la parte demandante. Así, por ejemplo, Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, 19.1.2016, rit M-4-2016 y Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 4.1.2016, rit M-3-2016. Por otra parte, como es de suyo entenderlo, los Tribunales de Justicia deberán tener siempre a la vista las normas comunes a todo procedimiento y, por ejemplo, no dar curso a la demanda, sin tan siquiera entrar al dilema de acoger o rechazar, cuando no se constituya mandato. Véase, en este sentido, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 4.1.2016, rit M-3-2016. O, por otra, parte debe declararse la caducidad de oficio cuando esta sea percibida por el Tribunal: 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5.1.2016, rit M-5-2016. Incluso, nuestros tribunales con acierto exigen la corrección del procedimiento, cuando por ejemplo deben tramitarse conforme al procedimiento especial para multas administrativas (véase, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2016, rit M-3-2016; 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2016, rit M-4-2016 y, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2016, rit M-5-2016) u otros vicios (Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, 7.1.2016, rit M-5-2016).

⁴⁵ Un caso de difícil comprensión es el acaecido en la causa del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2016, rit M-1-2016, en que tras ser revocada la declaración de caducidad por la Corte de Apelaciones, el Juzgado de Letras rechazó la petición. Pareciera que se trataba de una petición, pudiésemos decir, estándar, y sin embargo el tribunal sorprende con su rechazo. Afortunadamente, la parte agraviada puede reclamar. En todo caso, es una potestad que compete exclusivamente a ese tribunal y que entra dentro del marco de lo posible. Sería esperable, eso sí, que más peticiones monitorias fueran rechazadas si se aplicase el criterio de forma constante.

⁴⁶ En la Historia de la Ley N° 20.974 se puede leer como el Subdirector del Trabajo, Rafael Pereira Lagos, recordó que en el proyecto original esta posibilidad de llamar a audiencia no existía y, entonces, se ajustaba estrictamente a la técnica monitoria (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 6).

⁴⁷ Un temor similar, parece tener el abogado patrocinante en la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, 19.1.2016, rit M-3-2016, quien en su escrito de solicitud monitoria señaló: "Con relación a lo

cuenta tres elementos: complejidad del asunto, comparecencia en la fase administrativa y la existencia de pagos liquidados por el demandado. Si bien parecieran *a priori* criterios razonables, lo cierto es que distan mucho de corresponderse con la técnica monitoria clásica y, al contrario, no hacen sino distorsionar la posible decisión.

El monitorio se caracteriza por acoger o rechazar y, para ello, no se debiesen tener en cuenta otros factores que el fundamento⁴⁸. Pero si se van a establecer, estos tampoco parecen los más apropiados. Así, no debiese ser determinante la complejidad del asunto. En primer lugar, porque es difícil y estrictamente casuístico realizar un catastro de aquello que ha de entenderse por complejo y, subjetivamente, todos podrán considerar su asunto de alta complejidad. Normalmente los demandantes creerán que su asunto es de sencilla resolución, porque faltó el pago, o los motivos que conforman un despido justificado, por ejemplo. A su vez, porque conocer si un asunto es complejo o no, determina necesariamente la evaluación de los antecedentes aportados y hace peligrar la imparcialidad debida ante un incierto llamado a audiencia y, finalmente, porque en el derecho comparado⁴⁹ no se ha conformado como un criterio relevante, sino que existe una petición que debe ser acogida, solamente cumpliéndose con criterios mayoritariamente formales.

Menos relevante, si es posible todavía, es la disposición del demandado de haber concurrido a la vía administrativa previa. Esta es una facultad que no entraña sanción y que, por tanto, goza de un grado de disposición absoluta. Mostrar voluntad a cooperar con una alternativa al proceso, no puede significar un beneficio o un perjuicio.

Finalmente, la existencia de pagos parciales tampoco parecen revelar como motivo para acoger o rechazar el monitorio. La finalidad del monitorio es otorgar el cobro rápido de la deuda; así lo es desde sus orígenes históricos⁵⁰, que debiesen trasponerse sin problemas al conflicto derivado de la relación laboral. El principal motivo es evitar una espera que, siempre, va a generar una necesidad de negociación a la baja a quien se encuentra sin disfrutar de, probablemente, su principal fuente de ingreso. El hecho de existir pagos parciales no exonera del pago íntegro de la obligación y no debiese constituirse en una especie de morigeración de los derechos del demandante.

La solución, entonces, pasa por apegarse a la literalidad de la ley y acoger toda petición que se encuentre suficientemente fundada. Esta apuesta llevaría aparejada la consecuencia de acoger prácticamente todas las peticiones acaecidas a propósito de

dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, es preciso señalar que, en el caso de autos, la pretensión que contiene la demanda, cumple con todos los requisitos exigidos por la ley para ser acogida inmediately. El legislador ha entregado a V.S. determinados parámetros, a efectos de clarificar esta fundamentación, y, por tanto, para acoger la respectiva demanda". Es destacable en este caso, eso sí, que finalmente se acogió la corrección de procedimiento debido a que se excedía la cuantía. Quizá ello sí hubiera sido motivo suficiente para rechazar la petición y dejar a la parte expedita la vía procesal correspondiente. En suma, se puede señalar un cúmulo de circunstancias que solamente perjudican a la correcta administración de justicia.

⁴⁸ Podría ser el monitorio documental, nada más.

⁴⁹ Un buen panorama del Derecho comparado europeo y latinoamericano que reafirma nuestra observación en NIEVA *et al.*, 2015.

⁵⁰ TOMÁS Y VALIENTE, 1960, p. 33.

un procedimiento monitorio. Y, siendo coherentes con el discurso propuesto, ello no tendría nada malo.

No debemos olvidar una cuestión que pareciera perderse de vista, no obstante su evidencia: el demandado puede reclamar. La mera oposición⁵¹ determina automáticamente la realización de la ya mencionada audiencia. Entonces, si el demandado lo pide, va a producirse una audiencia con todas las garantías en que cada parte defenderá sus intereses como mejor proceda. Por tanto no debiese cargarse al juez con la posibilidad de abrir un espacio de defensa del demandado con todas las consecuencias que este ejercicio puede terminar implicando, sino que bajo el esquema monitorio –y en rigor bajo cualquier prisma– le corresponde a este defender su derecho cuando lo considere necesario.

VI. ALGUNOS CASOS EN QUE SE LLAMÓ A AUDIENCIA

Para la realización de este apartado tomamos, metodológicamente hablando, los cinco primeros monitorios ingresados durante el 2016 y 2017 en todos los tribunales especializados del país. De este modo, podemos realizar una suerte de etnografía aleatoria del funcionamiento del procedimiento monitorio en el ámbito laboral⁵².

El elemento duda o falta de antecedentes asociado a complejidad del caso parece ser el motivo que conduce al resultado que entendemos errado, es decir, el llamado a audiencia sin que las partes lo pidan. En efecto, las causas tramitadas por monitorio tienen una cuantía moderada que no permite pensar en que la trascendencia económica pueda generar distorsiones. Precisamente, este sería otro argumento para preferir una justicia que, sin complejos, otorgase este tipo de peticiones en forma casi automática.

Pero, del mismo modo que sucede en el proceso penal, es difícil imaginar que un abogado acostumbrado a litigar no presente en forma suficientemente fundada su teoría del caso⁵³. Un ejemplo de ello es la causa M-1-2016 tramitada ante el Juzgado de Letras de Arica en que la demanda monitoria presentaba a cabalidad el caso y, a su vez,

⁵¹ Y señalamos “mera oposición” porque basta señalar que se interpone la reclamación y, por decirlo de algún modo, los escritos son excesivamente breves y carentes de motivación. Se permite una fórmula mínima como suficiente para citar a audiencia. Puede consultarse un ejemplo, Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 6.1.2016, rit M-3-2016.

⁵² En los siguientes tribunales durante el año 2016, los 5 procedimientos monitorios fueron acogidos (o bien, alguno adolecía de algún vicio que no permitió tramitarlo): Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta; Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

⁵³ Incluso en aquellos escritos que parecen más tímidos, se suele cumplir con todos los requisitos legales y quizá solamente se percibe poca convicción en los abogados. Probablemente, sea un fenómeno motivado por el convencimiento del foro local acerca de la facilidad que los jueces tienen para llamar a audiencia. Así, por ejemplo, en causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, 6.1.2016, rit M-5-2016, el abogado de la Defensoría esgrime sus peticiones con poca convicción y, en especial, podemos observar que solicita la absolución de posiciones del representante señalando que esta es fortuita, pero intuyendo que se va a realizar. Por otra parte, hay ocasiones en que inexplicablemente los abogados no son suficientemente precisos y, por ejemplo, no cuantifican las prestaciones demandadas, cuestión que determina parte esencial del petitorio y

acompañaba documentos, y para el evento de no ser acogida de inmediato ya solicitaba absolucón de posiciones y exhibición de documentos. El caso es relativamente sencillo y paradigmático: un despido que principia solicitándose la nulidad, por no cumplir con los requerimientos para ser encasillado en la causal de necesidades de la empresa. Lo cierto es que la demanda da cumplimiento absoluto de lo previsto en el art. 446 CT con una detallada y circunstanciada narración de los hechos y, a su vez, las peticiones concretas que se someten al tribunal. En este contexto, lo deseable hubiera sido su acogimiento sin mayor trámite. Ahora bien, el propio demandante sabía que pudiera generar dudas en el tribunal y, realiza peticiones subsidiarias, para aquel evento⁵⁴.

Ante un supuesto prácticamente incontrovertible y con hechos sencillos, finalmente, el tribunal acogió idénticamente las peticiones que fueron señaladas en la demanda. Lamentablemente, para ello transcurrieron 10 días, se generó incertidumbre, se tuvo que agendar una audiencia, y hubo que condenar en costas⁵⁵.

De mayor complejidad resulta una forma específica de no acoger este instrumento procesal. Como señalamos, si bien no se entregan fundamentos (cuestión discutible) respecto de qué antecedentes faltan y qué dudas presenta el acogimiento de la demanda, lo cierto es que se señala que estos no existen. La fórmula utilizada, por ejemplo, por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique⁵⁶ es, derechamente, citar a audiencia con los apercibimientos legales previstos. Desde luego que no es de recibo que nuestros tribunales de justicia no motiven las decisiones⁵⁷, pero en este contexto en que, por decirlo de algún modo, lo más sencillo pareciera ser acoger sin mayores miramientos, resulta derechamente extraño llamar a una audiencia y no señalar por qué se hace⁵⁸.

Otro tópicó que nos genera mucha inquietud es una forma de llamar a audiencia fundada en el art. 201 CT. En efecto, en la causa RIT M-1-2016, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, de 5 de enero de 2016, el tribunal señaló: “A lo principal, atendida la materia y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 174, 201 y 496 del Código del Trabajo, se resuelve: por interpuesta demanda de desafuero maternal, cítese

que, en este caso, además acarrea la elección del procedimiento correcto. En este sentido, véase, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4.1.2016, rit M-2-2016.

⁵⁴ Llama poderosamente la atención que tanto el segundo como el tercer otrosí hacen énfasis en que para el evento de no ser acogida sin más trámite la petición, conformando de este modo una defensa eventual ante una situación que no parece generar certeza en el abogado.

⁵⁵ En este mismo tribunal suceden hechos prácticamente a los narrados en la causa Juzgado de Letras de Arica, 19.1.2016, rit M-4-2016; Por el contrario, sí se acogió en circunstancias casi idénticas en las causas Juzgado de Letras de Arica, 21.1.2016, rit M-2-2016 y Juzgado de Letras de Arica, 26.1.2016, rit M-5-2016.

⁵⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 4.1.2016, rit M-1-2016.

⁵⁷ ACCATINO, 2003.

⁵⁸ Así, por solamente dar un ejemplo, resulta pasmosa la naturalidad con la que la praxis ha entendido este ejercicio. Una resolución que sirve como paradigmática de las demás (es decir, que demuestra la ausencia de fundamentos y, por tanto, su imposible control): “Téngase por admitida demanda en procedimiento monitorio: No existiendo antecedentes suficientes para emitir pronunciamiento y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 500 del Código del Trabajo, cítese a las partes a audiencia única de contestación, conciliación y prueba” Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, 10.1.2017, rol M-2-2017.

a las partes a audiencia de conciliación, contestación y prueba”. Desconocemos cuál es el criterio para llamar de inmediato a audiencia, pareciendo que se realiza fundado en la materia y, lo cierto, es que no tiene nada que ver una cosa con la otra.

Sin embargo, y pese a todo lo señalado hasta el momento, sí existe un supuesto tipo en que no parece tan descabellado llamar a audiencia, aunque preferible pareciera rechazar de plano. Es aquel caso en que la pretensión se plantea en forma equívoca y no permite al juez acoger de inmediato, ya que más allá de una cuantía cierta, no se invoca una causal determinada. En otras palabras, el procedimiento monitorio debiese plantearse en términos certeros y con peticiones extremadamente precisas, evitando fórmulas que se han convertido en excesivamente usuales como “en la cantidad mayor o menor que Us. considere pertinente”. Por tanto, no es posible sostener la petición en forma alternativa o con opciones subsidiarias.

Así, en las causas M-1-2016 y M-3-2016 sustanciadas ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Calama se presentan dos ejemplos acerca de lo que aludimos. El demandante solicita que se consideren los hechos descritos como despido injustificado, indebido o improcedente⁵⁹, sin precisar exactamente qué tipo corresponde. En este entendido, solo una mala calificación jurídica que genere la duda suficiente permitiría visos de abrir una audiencia.

Ante este panorama de duda o incertidumbre parece recurrente que los abogados presenten sus escritos acompañando documentos⁶⁰. Lo cierto es que el art. 446 CT señala expresamente que el momento procesal oportuno es la audiencia preparatoria, cuestión que determinaría automáticamente que nuestro monitorio laboral es, sin duda, un monitorio “puro”. En este caso, al no existir esa audiencia, debiera ser en la única audiencia posible. Pero el funcionamiento forense ha entendido que antecedentes significa algo equivalente a lo que nuestros tribunales civiles mal entendieron mucho tiempo por comprobantes que constituyan presunción grave⁶¹ al resolver respecto de solicitudes

⁵⁹ Existe una importante diferencia y discusión que bien se plantea en: ROJAS, 2013, pp. 128-130.

⁶⁰ Solamente es obligatorio acompañar, como requisito de procedibilidad, el acta emitida por la Inspección del Trabajo, que da cuenta de haber tratado una conciliación previa a la vía jurisdiccional. En este sentido véase cómo la causa del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5.1.2016, rol M-4-2016 no prosperó por este motivo.

⁶¹ En efecto, tratándose de las medidas precautorias es clásico distinguir respecto de sus presupuestos entre la exigencia del *periculum in mora* y la exigencia de *fumus in boni juris*. Pues bien, respecto del segundo presupuesto, durante mucho tiempo nuestros tribunales entendieron que detrás de ella se recogía la obligación de apoyarse en documentos que respaldaran el planteamiento cautelar. Con el paso de los años, y acogiendo una mejor lectura de la institución de las medidas cautelares, la jurisprudencia ha abierto la puerta, no sin pocos repliegues, ni sin contradicciones, a ir superando poco a poco estas exigencias derivadas de una errónea interpretación de la expresión “comprobantes”, avanzando a contentarse con una apariencia de derecho, con una “presunción grave” de que el actor logrará la declaración o ejecución de su derecho, que no necesariamente deban traducirse en documentos, sino que por ejemplo, puedan extraerse del mérito de la propia presentación o del mérito de autos. De este modo, a nuestro juicio, se logra avanzar también hacia un mejor punto de equilibrio que resguarde más eficientemente el *periculum in mora*, la eficacia del proceso civil y la técnica de las medidas cautelares. Relacionado con este tema, y especialmente acerca de los aspectos principales a los que debiese avocarse una reforma a la tutela cautelar civil, véase: CORTEZ, 2006, pp. 521 y ss.

de medidas precautorias (art. 288 CPC). Se abre así la posibilidad de pensar en que las demandas monitorias que no acompañan documentos no podrán prosperar. Un caso ejemplificador de este problema es el sucedido en el monitorio M-2-2016 sustanciado ante el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena. En este caso, lo ideal –probablemente– hubiera sido acoger el monitorio. Finalmente, el demandante no pudo acreditar la existencia de la relación laboral, pero pareciera que no le correspondiera al juez buscar un llamado a audiencia aduciendo que existen pocos documentos para fallar⁶².

En otro orden de ideas, otra forma de proceder, que pareciera razonable por parte de los abogados, es aquella que pretende soslayar el llamado a audiencia, correlacionando sus dichos con las exigencias legales. Así, por ejemplo en la causa M-3-2016, de 7 de enero, del Juzgado de Letras de La Serena el abogado patrocinante organizó su libelo conforme a los requerimientos normativos: exposición de los antecedentes de hecho de la relación laboral; los antecedentes referidos al término de la misma y los trámites posteriores al despido (y previo a señalar los antecedentes de derecho); el abogado narró la fundabilidad de las pretensiones, distinguiendo lo sencillo que resultaba el asunto (falta de complejidad), la ausencia de comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación ante la Inspección del Trabajo y la existencia de impagos previsionales y del fondo de cesantía. Pero ni de este modo pudo evitar la duda. Y, en definitiva, parece corroborarse la idea que los jueces no siempre se sienten cómodos fallando sin un conocimiento acabado del asunto⁶³. Finalmente, se produce el efecto paradójico de esta situación: el demandado venció totalmente y sus pretensiones fueron totalmente acogidas.

En cualquier caso, no pareciera tener mucha relevancia la forma de intentar la petición con lo que resuelva el tribunal. En la causa M-4-2016 del mismo juzgado, no hubo mayor justificación a la petición y la demandante solamente aduce que cuando trató de ingresar a su lugar de trabajo, las puertas estaban cerradas y no atendieron el teléfono. Otro ejemplo necesariamente claro para acoger de inmediato el monitorio. Sin embargo, el tribunal hizo llamado a audiencia, el demandado no compareció y por efecto del art. 453 N° 1 inciso séptimo, del mismo modo se le tuvo por confeso. Así pues, la diferencia con la aplicación rigurosa del monitorio radica en otorgar la posibilidad de eventual defensa. El resultado, sin embargo, fue el mismo, un procedimiento sin contradicción que terminó acogiendo todas las peticiones del demandante.

⁶² Más compleja parece la causa del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 5.1.2016, rit M-2-2016, a la que se acompañó un certificado que acreditaba la situación de encontrarse la persona jurídica demandada en un procedimiento concursal y que, finalmente, pareciera haberse acogido esta demanda inmediatamente, por esta razón. No creemos que deban tenerse en cuenta, otros antecedentes y menos circunstancias totalmente ajenas a la estricta relación laboral.

⁶³ En un ejercicio ejecutado en una forma muy parecida el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción sí acogió de inmediato pareciendo más razonable su decisión. Es interesante fijarse en que el escrito está organizado en prácticamente una forma idéntica y, por otra parte, la Defensoría en la ciudad de Concepción incluyó un apartado de “conclusiones”. Puede consultarse todo el contenido en Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 4.1.2016, rol M-4-2016.

De modo que, en términos muy generales, observamos llamados a audiencia única en que la controversia pudiera haberse encauzado acogiendo. En algunos casos, la demandada ni tan siquiera se defiende en aquella audiencia⁶⁴ y, en otros, el demandante debe renunciar a parte de sus pretensiones por una conciliación que pareciera resultarle perjudicial⁶⁵.

VII. EL ROL DEL JUEZ: A MODO DE CONCLUSIÓN

Ante todas estas dificultades que se observan juega un papel altamente relevante el juez. Desde la reforma a la Justicia de Familia se asentaron en nuestro entorno jurídico-cultural ciertos principios que han justificado un papel más activo del juez en el proceso.

Principios como impulso procesal de oficio, intermediación, buena fe y, en general, una exacerbada comprensión de la técnica de la oralidad como rectores del proceso⁶⁶, determinan un aceptado y, a veces, preocupante poder absoluto del juez que, cual movimiento pendular perfecto, pasa de un papel totalmente pasivo en que ni de oficio realizaba actuaciones que la propia ley diáfananamente le imponía, a exagerar algunas potestades rebasando la línea de lo tolerable en la posición de tercero imparcial que se espera del mismo modo en un sistema procesal contemporáneo⁶⁷.

Este funcionamiento, descrito en este trabajo, resulta adicionalmente llamativo atendida la particularidad que se predica desde hace tiempo respecto del juicio laboral: si el juez fuera activista en favor del trabajador, su intervención en el procedimiento monitorio llamando a audiencia solamente produce beneficios en el empresario, quien, junto con la dilación del procedimiento, podrá defenderse en un supuesto en el que probablemente no podía sino esperar su condena.

No podemos coincidir con este resultado que nos muestra la aplicación práctica del monitorio laboral, pues si bien puede ampararse en alguna debilidad de diseño por parte del legislador, consideramos que invierte totalmente el sentido que debe darse a un instrumento de tutela que debe honrar, antes que cualquier otro previsto en la reforma procesal laboral, el sentido de celeridad en la respuesta jurisdiccional.

⁶⁴ A veces, ni tan siquiera comparece a defenderse. Por ejemplo, Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, 5.1.2016, rit M-1-2016; Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 5.1.2016, rit M-1-2016.

⁶⁵ En parecidos términos a lo ya descrito y en consonancia a lo señalado en esta conclusión preliminar puede consultarse: Juzgado de Letras de Valparaíso, 4.1.2016, rit M-1-2016; Juzgado de Letras de Valparaíso, 4.1.2016, rit M-2-2016; Juzgado de Letras de Valparaíso, 4.1.2016, rit M-3-2016; Juzgado de Letras de Valparaíso, 4.1.2016, rit M-5-2016.

⁶⁶ PALOMO, 2010, pp. 327 y ss.

⁶⁷ Situaciones desbordadas y arbitrarias de las que hemos sostenido una lectura crítica. Véase PALOMO, 2015, pp. 381 y ss.

No está aconteciendo perfectamente de este modo, lo que debe ser corregido por una actuación sin complejos por parte de los jueces, que no termine torciendo la propia esencia de un mecanismo que por su propia naturaleza debe estar al servicio de una tutela rápida. La actuación de los jueces que hemos descrito en las líneas precedentes se transforma en un verdadero contrasentido que en un propósito (inconfesado) de resguardar el derecho al debido proceso del demandado, ignora las cautelas que ya abriga este mecanismo y, de paso, contradice las propias actuaciones o intervenciones que, en franca oposición a esta presunta preocupación por el debido proceso, materializan no pocos jueces en el ámbito laboral, en el marco del procedimiento ordinario.

Más claro aún, si es posible. Mientras menos actividad muestren los jueces laborales en el ámbito del procedimiento monitorio, mayor coherencia mostrarán en la tutela de los derechos de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, 2003, "La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de las judicaturas modernas?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XV, Nº 2.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2006, "Historia de la Ley Nº 20.087. Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo". Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5683/HLD_5683_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [Fecha de consulta: 1.12.2017].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2008, "Historia de la Ley Nº 20.260. Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley Nº 20.087, que establece un Nuevo Procedimiento Laboral". Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5211/HLD_5211_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [Fecha de consulta: 1.12.2017].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, "Historia de la Ley Nº 20.974. Modifica normas sobre procedimiento de tutela laboral y procedimiento monitorio". Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5977/HLD_5977_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [Fecha de consulta: 1.12.2017].
- BONET NAVARRO, José, 2014, *Los Procedimientos Monitorios Civiles en el Derecho Español*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 2016, *Derecho Jurisdiccional*, Valdivia: Derecho Austral.
- CALAMANDREI, Piero, 2006, *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires: Librería El Foro.
- CONCHA TAPIA, Robert, 2015, "Visión crítica del procedimiento monitorio laboral a la luz del debido proceso. Problemas prácticos y su posible solución", *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, volumen 21.
- CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL, 2015, Labor jurisdiccional Tribunales de primera instancia. Disponible en <http://www.pjud.cl/documents/10179/4632630/3.3+Labor+Jurisdiccional+de+Tribunales+de+Primera+Instancia+2015.PDF/8c207268-f25a-4a49-a094-a553c29cc393> [Fecha de consulta: 1.12.2017].
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, 2006, "La reforma del proceso cautelar", en José Silva Prado y otros (Editores), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*, Santiago, P. Universidad Católica de Chile, Instituto Libertad y Desarrollo y Universidad Autónoma de Madrid, pp. 521-551.

- CHIOVENDA, Giuseppe, 1925, *Principios de Derecho Procesal Civil*, (3ª edición), Tomo I, Madrid: Editorial Reus S.A.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, 2004, “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Versión electrónica, N° 4.
- DELGADO CASTRO, Jordi y VALLESPÍN PÉREZ, David, 2016, “Problemas de diseño del procedimiento monitorio civil chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, volumen 23, N° 2.
- DELGADO CASTRO, Jordi, 2015, “El (anti)monitorio laboral: una criticable creación original”, en Diego Palomo Vélez, *Proceso y Justicia laboral: Lecturas a contracorriente*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 273-301.
- DELGADO CASTRO, Jordi, 2015, “Estudios a propósito de la llegada del monitorio civil a Chile”, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, 2013, “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, volumen 11, N° 1.
- GARCÍA CANO, Sandra, 2013, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADI, Faustino, 1978, *El procedimiento monitorio. Estudio de Derecho comparado*, Sevilla: Anales de la Universidad Hispalense.
- HERNÁNDEZ JARA, Patricio, 2012, *Procedimiento monitorio laboral. Estudio crítico a la luz del debido proceso y del derecho comparado*, Santiago: Librotecnia.
- INE, 2016, “Justicia, informe anual”. Disponible en <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia> [Fecha de consulta: 1.12.2017].
- INE, 2017, “Justicia, informe anual 2016”. Disponible en <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia> [Fecha de consulta: 1.12.2017].
- LETIELIER LOYOLA, Enrique, 2015, “Reflexiones entorno a la oposición del deudor en el procedimiento monitorio propuesto para Chile”, en Jordi Delgado Castro (Director) *Estudios a propósito de la llegada del monitorio civil a Chile*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, 1988, *El procedimiento monitorio civil*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, 2000, *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con especial referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Madrid: Dykinson.
- MÉNDEZ TOMÁS, Rosa María, 2010, *El proceso monitorio*, Barcelona: J. M. Bosch.
- MONTERO AROCA, Juan, 2013, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO ALBIÑA, René, 2011, *El juicio monitorio en el Derecho procesal laboral chileno. Dogmática y praxis*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- NIEVA FENOLL, Jordi, 2015, *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA, J.; RIVERA, R.; COLMENARES, C. y CORREA, J., 2015, *El procedimiento monitorio en América Latina: Pasado, presente y futuro*, Bogotá, Ed. Temis.
- ORELLANA TORRES, Fernando, 2009, *Comentarios al nuevo proceso laboral*, Santiago: Librotecnia.
- ORELLANA TORRES, Fernando, 2010, “Cuestiones procesales del procedimiento monitorio regulado en el Código del Trabajo y la forma de proceder en los casos de aplicarse las normas sobre régimen de subcontratación”, *Revista Chilena de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, volumen 1, N° 2.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, 2010, “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, volumen 16, N° 1.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio y RAMÍREZ SOTO, Cristian, 2010, “Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral”, *Revista chilena del trabajo y de la seguridad social*, volumen 1, N° 2.

- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, 2011, "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Nº 13.
- PALOMO VÉLEZ, Diego y MATAMALA SOUPER, Pedro, 2012, "Los problemas de los poderes ex officio del juez laboral. Ahora a propósito de la potestad conciliatoria", *Revista Ius et Praxis*, volumen 18, Nº 1.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, 2010, "Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?", en Diego Palomo Vélez (compilador), *Reforma procesal civil, oralidad y poderes del juez*, Santiago, Ed. Abeledo Perrot, pp. 327-354.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, 2015, "Proceso laboral chileno y la tutela judicial efectiva: sobre el difícil avance hacia un mejor modelo que no sacrifique los postulados elementales del debido proceso", en Diego Palomo Vélez (coordinador), *Proceso y Justicia laboral: lecturas a contracorriente*, Santiago, Ed. Jurídicas de Santiago, pp. 381-429.
- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo, 2007, "El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile", *Revista Laboral Chilena*, noviembre 2007.
- PEREIRA LAGOS, Rafael, 2008, *El procedimiento monitorio laboral*, Santiago: Abeledo Perrot LegalPublishing.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORELLANA TORRES, Fernando, 2007, "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil", *Revista Ius et Praxis*, volumen 13, Nº 2.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, 2006, "En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 19, Nº 1.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, 2015, *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, Madrid: La Ley.
- RECHBERGER, Walter, y KODEK, Georg, 2001, *Order for payment in European Union/L'injonction de payer dans l'Union Européenne*, The Hague: Kluwer.
- ROJAS MIÑO, Irene, 2013, "La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Nº 41.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, 1960, "Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio", *Revista de Derecho Procesal*, Nº 1.
- UGARTE CATALDO, José Luis, 2008, "Inspección del Trabajo en Chile: Vicisitudes y desafíos", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Nº 6.

Normas jurídicas citadas

- MENSAJE de la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el libro V del Código del Trabajo y la Ley Nº 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral. Mensaje Nº 455-354, 2007.

Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia

*José Alberto Allende Pérez de Arce**

RESUMEN

En el presente trabajo propondremos el fortalecimiento del trámite de la conciliación que considera el Código de Procedimiento Civil como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia, inspirados en la corriente internacional que desde hace algunas décadas impulsa el uso de mecanismos alternativos de resolución de controversias para lograr sistemas civiles de justicia más eficientes y eficaces. Para lograrlo se propone la adopción de varias medidas a corto plazo, sin necesidad de una reforma legal.

Conciliación – solución de controversias – descongestión de tribunales

Strengthening the Conciliation Stage as a mechanism to decongest the Civil Courts of Justice

ABSTRACT

In this work will be analysed the strengthen of the judicial conciliation regulated in the Civil Procedure Code as a mechanism to reduce the case load of civil courts of justice, inspired in the international tendency that for some decades has encouraged the use of alternative dispute resolution methods to achieve more efficient civil procedural systems. Different steps are proposed to be taken in the short term, without the need for a legal reform.

Conciliation – dispute resolution – case load reduction

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes, Chile. Magíster en Derecho (LLM), University College London, Inglaterra.

Artículo recibido el 26.2.2018 y aceptado para su publicación en este número el 18.1.2019.

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO DEL ASUNTO

Para nadie es un misterio que el sistema procesal civil chileno no da abasto para conocer de manera eficiente de todos los asuntos que se promueven ante los tribunales de justicia¹. Dos son los factores principales que explican esta situación: por un lado, el alto número de causas que ingresan a los tribunales civiles y, por el otro, la ausencia de un procedimiento civil acorde a nuestros tiempos².

Las cifras son asombrosas. Solo el 2016 ingresaron 2.220.401 demandas a los tribunales civiles del país³, lo que implica un aumento de más de 20% en comparación con el número de ingresos del 2010⁴. Si a eso sumamos que nuestro procedimiento civil rige desde 1902, y que hoy mantiene intactas ciertas características propias de esa época, no debe sorprendernos el que nuestra justicia no logre actuar como se espera que lo haga. La existencia de un proceso eminentemente escrito⁵, la presencia de anticuados formalismos⁶, la falta de mecanismos alternativos de solución de controversias⁷, son algunos de los resabios históricos que tienen a nuestra justicia civil al borde del colapso. Es demostrativo de lo anterior el que un juicio ordinario al año 2009 tardaba en promedio 821 días (más de dos años) en terminar por sentencia definitiva de primera instancia⁸, mientras que en los juicios sumarios el promedio de duración de los juicios —que son por esencia breves— es de 226,7 días (al 2009)⁹.

Diversas propuestas han surgido para terminar con la congestión de los tribunales civiles, y lograr una justicia más eficaz¹⁰. De hecho hoy se encuentra estancado en el Congreso un proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil (en adelante el “Proyecto de Ley” y el “CPC”, respectivamente) cuyo objeto es modernizar el sistema judicial civil¹¹. Nadie sabe si dicho proyecto verá alguna vez la luz, por lo que los problemas que pretende corregir están lejos de terminar. Peor aún, el 2015 entró en vigencia la Ley N° 20.886, que instituyó el denominado sistema de “Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales”, una ley parche que vino a solucionar, provisoriamente,

¹ LARROUCAU, 2017, p. 196.

² MATURANA y RIVERO, 2012, p. 20.

³ <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia>

⁴ <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia>

⁵ ROMERO, 2012, p. 179.

⁶ En la interrogación de testigos, por ejemplo, los abogados no están facultados para dirigir directamente preguntas al testigo, sino que todas deben ser conducidas por medio del receptor judicial.

⁷ MATURANA y RIVERO, 2012, p. 31.

⁸ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2011, p. 22. Este informe fue elaborado por encargo del Ministerio de Justicia al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en el contexto del proyecto de reforma al CPC presentado al Congreso el 2009.

⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰ Para un análisis más profundo acerca de los distintos cambios que se han propuesto respecto del proceso civil ver las distintas obras contenidas en AGUIRREZABAL (ed.), 2012.

¹¹ Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, despachado el 12 de marzo de 2012 por medio del Mensaje N° 432-359.

algunas de las carencias del proceso en comento. Lamentablemente dicha ley tuvo como efecto secundario suprimir –al menos en apariencia– la urgencia del Proyecto de Ley, quedando pendiente todavía una reforma substancial al proceso civil que corrija los problemas de los que padece.

La situación anterior es la que motiva la elaboración del presente trabajo. Creemos que el fortalecimiento de la figura de la conciliación¹² es clave para lograr un rápido y positivo impacto en la carga de trabajo de los tribunales civiles de justicia. Ello basado en las siguientes dos razones: en primer lugar, esta estrategia ya ha sido implementada de manera exitosa en países como Inglaterra y Estados Unidos, lo que permite aprovechar dicha experiencia y no partir desde cero. En segundo lugar, la conciliación ya se encuentra regulada en nuestro ordenamiento procesal civil, existiendo los mecanismos suficientes para que su correcta implementación y fortalecimiento no necesiten de una reforma legal previa. En el presente trabajo abordaremos ambos argumentos, y nos haremos cargo de las críticas que pudieran existir respecto del fortalecimiento de la figura de la conciliación.

II. ORDENAMIENTOS QUE YA HAN UTILIZADO LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE DESCONGESTIÓN DE LOS TRIBUNALES CIVILES DE JUSTICIA

Las jurisdicciones del mundo anglosajón han sido pioneras en el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias. En Inglaterra, por ejemplo, hace algunas décadas se reformó de forma sustancial el sistema procesal civil, siendo el fortalecimiento de la conciliación uno de los pilares fundamentales de la reforma¹³. Con ese propósito se impuso a los tribunales la obligación de asistir a las partes en la búsqueda de un acuerdo¹⁴ y de recomendarles la solución del conflicto por medio de un mecanismo distinto del litigio¹⁵, e incluso se los facultó para que, bajo ciertas circunstancias, apliquen sanciones económicas a aquella parte que habiendo recibido una oferta válida de arreglo la rechaza, y luego obtiene en el juicio un resultado menos favorable que la oferta que rechazó¹⁶.

En Estados Unidos, por su parte, las *Federal Rules of Civil Procedure* –que regulan el procedimiento civil en las Cortes civiles de dicho país– también incluyen algunas disposiciones destinadas a incentivar, e incluso forzar, la búsqueda de un acuerdo entre las partes. En ese sentido, y previo al inicio del juicio, se faculta al tribunal para que cite

¹² Entiéndase conciliación como el arreglo alcanzado entre las partes en el marco de un juicio, con la intervención del juez como amigable componedor, CORRAL, 2013.

¹³ Para un estudio más acabado acerca de la reforma en comento ver WOOLF, 1995.

¹⁴ Norma número 1.4.2.f.

¹⁵ Norma número 1.4.2.e.

¹⁶ Norma número 36.17 CPR.

a las partes implicadas a una conferencia, para facilitar un posible arreglo¹⁷. Asimismo considera una regla que sanciona a la parte que rechaza una oferta, en caso de que con la sentencia no haya obtenido más de lo que se le ofrecía en la oferta que rechazó¹⁸.

Finalmente hacemos mención a los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional¹⁹, los que recomiendan que el tribunal asuma un rol activo en la búsqueda de acuerdos, y que tenga la facultad de sancionar a las partes que no se comprometan fehacientemente con dicho propósito²⁰.

Lo dicho anteriormente demuestra que el fortalecimiento de la solución alternativa de controversias, y entre ellas la conciliación, es una estrategia que lleva varios años siendo aplicada en distintas jurisdicciones. Nótese que en Inglaterra en 1998 (un año antes de que la reforma procesal civil entrara en vigor) se iniciaron 114.984 casos civiles. El 2003, en tanto, se iniciaron tan solo 14.191 causas, lo que implicó una reducción del 800% de casos²¹. Ello demuestra la eficacia de los mecanismos alternativos de solución de controversias para descongestionar los tribunales de justicia.

III. SITUACIÓN EN CHILE

El segundo argumento por el que sugerimos que se fortalezca la conciliación como medida para descongestionar los tribunales civiles se refiere a que en Chile dicha figura ya se encuentra cabalmente regulada en materia civil, por lo que su debida implementación no requiere de una reforma legal previa.

1. *Contexto histórico en materia procesal civil*

El primer antecedente del trámite de conciliación en nuestra historia republicana se encuentra contenido en la Constitución “Moralista” de 1823, que en su Título XV, denominado “de los Jueces de Conciliación”, imponía a las partes la obligación de intentar una solución amistosa del litigio antes de su inicio. En ese sentido el artículo 167 disponía que “[n]inguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin

¹⁷ Regla 16.a.5.

¹⁸ Regla 68.d.

¹⁹ Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>, visitado el 4 de diciembre 2017. La versión en español se encuentra disponible en <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf>, visitado el 23 de febrero de 2018.

²⁰ En la norma número 24.1 se señala expresamente que “[E]l Tribunal, respetando la libertad de las partes de proseguir el litigio, deberá incentivar el acuerdo entre estas, cuando sea razonablemente posible”. Luego la norma 24.2 dispone que “[E]l tribunal deberá favorecer la participación de las partes en procedimientos alternativos de resolución de controversias durante cualquier etapa del procedimiento”. Finalmente la norma 24.3 ordena a las partes “cooperar con cualquier esfuerzo conciliatorio razonable”, para luego conceder al Tribunal la facultad de “ajustar la condena en costas para reflejar la irrazonable falta de cooperación, o la participación de mala fe en los esfuerzos conciliatorios”.

²¹ ROBERTS y PALMER, 2005, p. 69.

haber ocurrido a los de conciliación”; el artículo 168 por su parte que debía “llamarse a conciliación toda demanda civil y las criminales que admitan transacción sin perjuicio de la causa pública. Pueden llamarse también las eclesiásticas sobre derechos personales y acciones civiles”; el artículo 169 en tanto, que “[e]l ministerio de los conciliadores, es oír la solicitud de las partes con los justificativos que basten para dar alguna noción del asunto y excitar o proponer medios de conciliación, instruyéndola de sus derechos”. En igual sentido, la Constitución de 1828 también previó la existencia de “juzgados de paz”, cuyo propósito era “conciliar los pleitos en la forma que señale una ley especial”.

No obstante lo anterior, el CPC actual, al entrar en vigencia en 1903, no contenía ninguna mención al trámite de conciliación, situación que se mantuvo hasta 1944, cuando por medio de la Ley N° 7.760 se incluyó dicho trámite como facultativo del tribunal²². El cambio pretendía lograr un sistema de justicia civil más rápido y eficaz²³. No obstante el cambio, el trámite potestativo de conciliación no produjo los efectos pretendidos con la reforma, lo que motivó a que el mismo se transformara en obligatorio –en la mayoría de los procedimientos civiles– por medio de la dictación de la Ley N° 19.934 de 1994. Según se desprende del mensaje de la ley en comento, el propósito de esta segunda reforma fue disminuir la carga de trabajo de los tribunales:

“[D]entro del espíritu de las reformas que se aspiran a introducir a nuestro sistema judicial se deben consagrar preceptos que den mayor rapidez a la tramitación de las causas y que pongan término a las mismas en forma prudencial. La conciliación es un instrumento procesal que aplicado en la etapa anterior a la demanda propiamente tal podrá contribuir a solucionar contiendas que a veces suelen prolongarse innecesariamente”²⁴.

Es más, con el ánimo de evitar el gasto innecesario de recursos la moción parlamentaria proponía que el trámite de conciliación tuviera lugar antes de iniciarse el proceso. El objetivo era evitar que un conflicto susceptible de ser solucionado de forma amistosa por las partes siguiera adelante, consumiendo tiempo y recursos de los tribunales civiles²⁵. Si bien la pretensión de una conciliación prejudicial fue finalmente rechazada por

²² Con la reforma en comento se incluyó el siguiente texto: “En todo juicio civil y con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos IV, VI y XVIII, del Libro II, el juez podrá en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación y proponer bases de arreglo”.

²³ Como señala Tapia, “nuestro Código de Procedimiento Civil, promulgado por Ley N° 1552 de 28 de agosto de 1902, era criticado por parte considerable de la doctrina nacional, que estimaba que era “menester ponerle a tono con la época en que vivimos, en forma que la justicia que a través de él se administre pueda ser rápida, que es condición indispensable para que sea, también, eficaz”, en TAPIA, 1944, p. 295.

²⁴ Historia Fidedigna de la Ley N° 19.934, 1994, páginas 4 y 5, moción parlamentaria, primer trámite constitucional.

²⁵ Historia Fidedigna de la Ley N° 19.934, 1994, páginas 7 y siguientes, primer trámite constitucional, informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

el Congreso²⁶, el resto de la ley fue aprobada, y se convirtió en la regulación que hoy contiene nuestro CPC en materia de conciliación.

2. *La regulación de la conciliación en el procedimiento civil chileno actual*²⁷

El trámite de conciliación en el juicio ordinario se encuentra regulado en los artículos 262 y siguientes del CPC. El artículo 262 dispone que en todo juicio civil en que sea admisible la transacción (exceptuados ciertos procedimientos especiales, tales como los juicios ejecutivos, los juicios de declaración del derecho legal de retención, en los procedimientos de citación a evicción y en los juicios de hacienda), las partes deberán ser citadas por el Tribunal a una audiencia de conciliación, que tendrá lugar una vez agotada la etapa de discusión. En dicha audiencia el Tribunal obrará como amigable componedor y propondrá a las partes bases de arreglo, labor que no lo inhabilitará para seguir conociendo del asunto en caso de fallar la conciliación (artículo 263 del CPC).

Ese es el contexto general. Sumado a lo anterior, el CPC establece que las partes pueden concurrir por sí o representadas por apoderado, sin perjuicio de que el Tribunal pueda exigir la comparecencia personal de la parte (artículo 264); que en caso de pluralidad de partes la conciliación solo afecta a aquellas partes que la suscriban (artículo 264); que la audiencia puede suspenderse a solicitud de parte en aras de explorar el eventual acuerdo (artículo 265); que el Tribunal puede de oficio ordenar la realización de diligencias probatorias que faciliten el arreglo (artículo 266); que en caso de alcanzarse un acuerdo entre las partes este deberá constar en un acta, la que se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales (artículo 267); y que en caso de fallar la conciliación o no efectuarse el comparendo, se dará curso progresivo al procedimiento (artículo 268). En caso de fallar la audiencia de conciliación en comento, el tribunal se encuentra facultado para citar a las partes a una nueva audiencia, si estima que hay posibilidades de lograr un arreglo (artículo 262).

Para el juicio de menor cuantía el artículo 698 del CPC dispone que el juez deberá citar a las partes a una “audiencia de conciliación para un día no anterior al tercero ni posterior al décimo contado desde la fecha de notificación de la resolución”, mientras que el artículo 711 del CPC dispone que en los juicios de mínima cuantía, en la misma

²⁶ Según se desprende de la Historia de la Ley Nº 19.934, 1994, dentro de las razones por las que se rechazó la conciliación prejudicial destacan el que el tribunal estaría en mejor posición de conocer los hechos una vez que se diera término al período de discusión, luego de haber oído a ambas partes. Asimismo se prefirió evitar conflictos con el principio procesal de que la litis queda trabada, y los hechos objeto del proceso fijados, con la contestación de la demanda.

²⁷ Si bien en este trabajo solo nos referimos al trámite de la conciliación contenido en el CPC, se hace presente que esta institución ya se ha visto fortalecida en otros procedimientos contenciosos civiles de nuestro ordenamiento, como es el procedimiento colectivo regulado en la Ley de Protección al Consumidor (Ley Nº 19.496 de 1997, reformada en este tema por la Ley Nº 21.081 de 2018); el procedimiento regulado en el artículo 19 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; y el trámite de conciliación del procedimiento regulado en los artículos 132 y 132 bis del Código Tributario.

audiencia en la que el demandado contesta la demanda y opone sus excepciones, el tribunal “llamará a las partes a avenimiento”²⁸.

Finalmente el artículo 795 del CPC enumera dentro de los trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales (salvo aquellos expresamente excluidos), el llamado a las partes a conciliación. En los juicios de mínima cuantía la diligencia de conciliación también es considerada esencial, según el artículo 789 del CPC.

De lo anterior queda en evidencia que, al menos en el papel, la conciliación juega un rol importante en el desenvolvimiento del proceso civil. Lamentablemente, según veremos a continuación, los esfuerzos del legislador no han estado en sintonía con la ejecución que han recibido estas normas en la práctica.

3. *El trámite de conciliación del CPC en la práctica*

Es un hecho sabido que el trámite de la conciliación es generalmente enfrentado por el tribunal y por las partes sin la seriedad debida, y con el único propósito de cumplir con la formalidad. En otras palabras, lo normal es que la realización de este trámite no tiene por objeto lograr el arreglo entre las partes respecto de la cuestión disputada. A continuación relataremos brevemente la forma en que normalmente se lleva a cabo el trámite de la conciliación.

Una vez terminada la etapa de discusión en el juicio, las partes son citadas por el tribunal a una audiencia fijada especialmente para tal efecto, a realizarse en un determinado día a partir de la notificación por cédula de la resolución que la decretó. El día fijado en la resolución las partes son llamadas a viva voz por un funcionario del tribunal, quien en caso de que ambas asistan, las invita a ingresar a la sala de audiencias, para posteriormente preguntarles si es que existen o no posibilidades de arreglo. En caso de que la respuesta sea afirmativa, serán las partes las que llevarán adelante las conversaciones para afinar el potencial arreglo, y posiblemente solicitarán la suspensión de la audiencia para discutir con calma el cierre de la disputa. Es decir, el Tribunal queda en la práctica al margen del proceso conciliatorio. En caso de que la respuesta sea negativa –y que no exista posibilidad de arreglo entre las partes– el actuario procede a redactar un acta “tipo”, dejando constancia de que el arreglo no fue alcanzado (“llamadas las partes a conciliación, esta no se produce”). En caso de que solo una de las partes asista, la audiencia se lleva a cabo igualmente, variando solamente el contenido del acta redactada por el actuario, quien deberá dejar constancia tanto de la ausencia de una de las partes como del fracaso de la conciliación. Finalmente, en caso de que ninguna de las partes asista a la diligencia, la audiencia no se realiza, debiendo el tribunal certificar dicha circunstancia y luego dar curso progresivo al juicio.

²⁸ No compartimos la terminología utilizada por el CPC en este artículo, porque el hecho de que las tratativas de arreglo se hagan en presencia del tribunal convierte el resultado de las mismas en una conciliación y no en un avenimiento.

De lo anterior queda en evidencia que la audiencia de conciliación no es más que el cumplimiento de una mera formalidad en el juicio. Si bien las partes son citadas a conciliar, en la práctica el Tribunal no oficia como amigable componedor, ni propone bases de arreglo. Tampoco vierte opiniones que puedan facilitar el avenimiento, y mucho menos decreta diligencias probatorias con ese mismo fin. La realidad es que el juez rara vez interviene personalmente en las audiencias de conciliación (a pesar del mandato legal expreso que tiene de hacerlo), y el actuario que lo hace en su representación por lo general no ha revisado los antecedentes del caso.

La situación antes descrita se encuentra respaldada con cifras oficiales que maneja el Poder Judicial. Así como lo reflejan las estadísticas del INE, de las 2.220.401 causas civiles que el 2016 ingresaron a los tribunales civiles, tan solo 1.477 terminaron por conciliación (el 0,06%), mientras que 83.578 lo hicieron por sentencia definitiva²⁹. El resto de las causas que terminaron lo hicieron por otras razones. Si se distingue por tipo de procedimiento tenemos que al 2009 el total de juicios ordinarios iniciados fue de 12.278, terminando por conciliación solo 6 de ellos (el 0,05%)³⁰. El mismo 2009 se iniciaron 7.888 juicios sumarios, de estos, 92 terminaron en conciliación (el 1,17%)³¹. Las cifras hablan por sí solas. El trámite de la conciliación en nuestro país se ha convertido en una mera formalidad, y no produce efectos en la práctica.

4. *Consecuencias*

El que el número de litigios que termina en una etapa procesal temprana con el acuerdo entre las partes sea marginal respecto del número de causas que ingresan y del número de sentencias definitivas que se dictan, acarrea varias consecuencias negativas para el sistema.

En primer lugar, la realización de audiencias de conciliación implica que el Poder Judicial, y por tanto el Estado, destina día a día importantes recursos a nivel nacional solo para dar cumplimiento a esta formalidad. Nótese que el tribunal, para cada audiencia de conciliación que realiza, debe poner a disposición de las partes a un funcionario, un escritorio y un computador, los que permanecerán ocupados durante al menos treinta minutos, que es lo que estimamos dura en promedio este trámite desde el llamado a viva voz a las partes hasta la firma del acta por parte de los asistentes.

²⁹ Información obtenida del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia>. Se hace presente que no obstante ser estas cifras oficiales, existe un antecedente que puede llevar a confusión. No está claro, pero se asume, que la estadística se refiere al número de causas que ingresaron al sistema el 2016 y las que salieron del sistema ese mismo 2016, sin que necesariamente sean las mismas causas las que entran y salen ese año. Atendida la duración promedio de los juicios civiles, no es razonable pensar que las más de 83 mil sentencias definitivas dictadas lo fueron sobre causas ingresadas ese mismo año. No obstante lo anterior, utilizaremos las cifras del INE por ser oficiales, y por reflejar la realidad que se pretende transmitir con este trabajo.

³⁰ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2011, p. 23.

³¹ *Ibid.*, p. 26.

En segundo lugar las partes del juicio también deben incurrir en importantes gastos para que se lleve a cabo la formalidad en comento. Tener a un abogado a disposición de la causa durante al menos una hora (considerando la duración de la audiencia, desplazamiento al tribunal, etc.), tener que notificar por cédula la realización de la diligencia por medio de receptor judicial, son costos no menores que deben ser asumidos por las partes.

En tercer lugar, la realización de audiencias de conciliación no solo implica un desperdicio de recursos, sino que también constituye una fuente de demora para la tramitación de las otras causas de las que conoce el tribunal. Es decir, la formalidad de la conciliación no solo demora a la causa en la que se lleva a cabo la audiencia (la que se ve suspendida mientras se dicta y notifica la resolución que cita a la audiencia. Ello sin contar las eventuales suspensiones de la audiencia, los recursos que se interpongan en contra de la resolución, las eventuales nulidades que se promuevan, etc.), sino que también a todas aquellas otras causas que se tramitan ante ese mismo tribunal, que se ven demoradas en su tramitación por la destinación de importantes recursos para la realización de la audiencia.

La situación anterior es lamentable. No podemos entender que tengamos funcionando un costoso sistema que no cumple con el objetivo para el que fue creado. Creemos que existen solo dos alternativas posibles (si se quiere racionalizar el sistema): o el sistema actual se perfecciona o se elimina, pero no podemos tener al Estado despilfarrando recursos en el cumplimiento de una formalidad, mientras nos farreamos la posibilidad de beneficiarnos de las ventajas que ofrece un sistema de conciliación judicial bien implementado.

IV. MEDIDAS PARA FORTALECER LA FIGURA DE LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

Estando clara la importancia de que exista un sistema eficiente que promueva la conciliación entre las partes, a continuación realizaremos algunas propuestas que podrían ser implementadas en nuestro ordenamiento procesal civil.

1. *Cambios en el Poder Judicial*

Si bien es evidente que para fortalecer la conciliación tienen que existir cambios a nivel de los tribunales, estos cambios son menores. Como se ha expuesto, hoy nuestro CPC contiene una detallada regulación del trámite de la conciliación, que va desde la dictación de la resolución citando a las partes, hasta el levantamiento del acta respectiva. De ello se sigue que para fortalecer la figura de la conciliación no sería necesario introducir cambios substanciales en el procedimiento, sino que dichos cambios debieran concentrarse en la forma en que el Tribunal se involucra en la práctica de la diligencia.

El cambio que consideramos más importante por parte del Poder Judicial será que el juez (o el funcionario designado para tal efecto) llegue preparado a la audiencia, lo que implica haber revisado en detalle no solo la discusión de las partes, sino que también los

antecedentes probatorios que a esas alturas consten en el proceso. No hay forma alguna de que la audiencia sea provechosa si aquel llamado a oficiar de amigable componedor y a proponer bases de arreglo a las partes si ni siquiera se ha leído el expediente.

Sabemos que la implementación de este cambio puede ser complicada en un principio atendida la carga de trabajo de los tribunales. Sin embargo este obstáculo no es insuperable, sino todo lo contrario. En primer lugar, si se fortalece correctamente la conciliación el número de causas en el tribunal, y por tanto el trabajo de sus funcionarios, debiera reducirse considerablemente, permitiendo más tiempo a dichos funcionarios para preparar las audiencias en la forma propuesta. Es un círculo virtuoso: menos trabajo, y de mejor calidad. Por otra parte, se debe tener en cuenta que llegado el momento de dictarse la sentencia de la causa, el juez (o el funcionario designado para tal efecto) igual deberá estudiar minuciosamente el expediente —ahora con todos los antecedentes agregados durante largos años de tramitación—, por lo que en ningún caso la preparación de la audiencia puede considerarse una pérdida de tiempo en aquellos casos en los que no se alcance un arreglo entre las partes y el juicio deba proseguir con su tramitación³².

El segundo cambio que sugerimos implementar, que debe ser en conjunto con el anteriormente expuesto, será que cada tribunal destine parte de su personal exclusivamente a preparar la audiencia de conciliación, debiendo determinarse el número de funcionarios según la carga de trabajo del tribunal³³. Así, en cada juzgado existirían oficiales de conciliación, debidamente capacitados, cuya única labor sería estudiar los expedientes y proponer a las partes bases de arreglo en la etapa de conciliación³⁴.

Relacionado con lo anterior, el tercer cambio que proponemos es que tanto los jueces como los funcionarios que eventualmente se aboquen a la labor conciliatoria, deban capacitarse en el arte de la mediación, para ello creemos necesario que la Academia Judicial disponga de los mecanismos adecuados para hacerlo. Si bien tanto la conciliación como la sentencia tienen por objeto resolver disputas entre partes, las habilidades que se requieren para una y otra son distintas. Por ejemplo al explorar y proponer bases de arreglo, el juez debe ser cuidadoso de no emitir prejuicios³⁵, de no generar expectativas falsas o inadecuadas entre las partes, de no delatar una preferencia o debilidad que pueda ser aprovechada a futuro por alguna de las partes en caso de fallar la conciliación, entre

³² Una posibilidad para motivar que los jueces se tomen en serio esta diligencia podría ser que el descuido de la misma sea denunciado por las partes por medio de la queja disciplinaria regulada en el artículo 535 y 536 del COT. Esta opción, sin embargo, debe ser considerada con cuidado, toda vez que si la conciliación fracasa, será ese mismo juez el que seguirá conociendo del asunto, lo que podría generar algún grado de animadversión de este en contra de la parte que se quejó.

³³ Esta idea no es nueva, sino que se aplica a diario en los tribunales civiles respecto de otros asuntos. Es común encontrar actuarios dedicados únicamente a tramitar excepciones en juicios ejecutivos; otros que se dedican a preparar sentencias; otros que proveen demandas nuevas; entre otros casos.

³⁴ Coinciden con esta idea Núñez y Larroucau, quienes proponen que sea el secretario de cada Juzgado Civil quien asuma la labor de proponer las bases de acuerdo para cada caso. NÚÑEZ O., Raúl y LARROUCAU T., Jorge (2018), p. 696.

³⁵ Sin perjuicio de que el artículo 263 del CPC expresamente señala que las opiniones que emita en la instancia conciliatoria no inhabilitan al juez para seguir conociendo de la causa.

otras exigencias. Hay que asumir que fallar una causa no es lo mismo que intentar el arreglo de la misma –requieren habilidades distintas– y por tanto la capacitación en el rubro es imperiosa³⁶. Como lo exponen Palomo y Matamala, el fortalecimiento de los poderes del tribunal en la etapa de conciliación no puede perder de vista el real sentido de la administración de justicia, por muy loables que sean los objetivos que se tuvieron en mente al momento de reconocerle dichas potestades al órgano jurisdiccional³⁷.

Los cambios anteriores son perfectamente posibles de llevarse a cabo en el marco de la institucionalidad vigente. Como sabemos, la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de casi todos los tribunales de la República, incluidos los juzgados civiles³⁸. El ejercicio de estas facultades, por medio de auto acordados, permitiría a nuestro Máximo Tribunal adoptar las medidas que estime pertinentes para lograr el cambio en comento, aprovechándose de la normativa que ya existe en la materia³⁹. Por ejemplo, la Corte Suprema podría establecer pautas claras para la preparación de la audiencia de conciliación; exigir la designación de funcionarios de dedicación exclusiva para el trámite de conciliación, fijar incentivos a los funcionarios que se desenvuelvan correctamente, o sanciones para los que no lo hagan; entre muchas otras opciones que habrán de ser estudiadas en su mérito⁴⁰.

Si bien es cierto que la dictación de auto acordados para regular procedimientos judiciales ha sido blanco de importantes críticas por parte de la doctrina⁴¹, creemos que las mismas no resultan aplicables al fortalecimiento de la conciliación en la forma que aquí se propone. El principal cuestionamiento que se ha hecho respecto de los auto acordados ha sido que por medio de ellos la Corte Suprema estaría desarrollando una actividad legislativa que naturalmente le está vedada⁴². Pues bien, aun estando de acuerdo con dicha crítica, creemos que la misma no resulta aplicable al caso en estudio,

³⁶ BOK, 1983, p. 570.

³⁷ PALOMO y MATAMALA, 2012, p. 441

³⁸ El artículo 82 inciso primero de la Constitución dispone que “[L]a Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales”.

³⁹ El artículo 96 número 4 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “[C]orresponde a la Corte Suprema en pleno: 4º Ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan, sin perjuicio de las que les correspondan a las salas en los asuntos de que estén conociendo, en conformidad a los artículos 542 y 543. En uso de tales facultades, podrá determinar la forma de funcionamiento de los tribunales y demás servicios judiciales, fijando los días y horas de trabajo en atención a las necesidades del servicio”, lo que según lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 783-2007, implica que “[E]n aspectos de funcionamiento en que el legislador no ha establecido normas o que expresamente la Constitución no la ha reservado a este, el propio órgano judicial puede autorregularse”.

⁴⁰ Un caso reciente acerca del ejercicio de facultades administrativas de la Corte Suprema por medio de auto acordados tuvo lugar el 2016, en el que por medio del auto acordado número 37-2016, dicha Corte estableció varias regulaciones destinadas a dar aplicación a la Ley N° 20.886, que instituyó el denominado sistema de “Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales”.

⁴¹ Una explicación detallada al respecto en LARROUCAU, 2017.

⁴² BORDALÍ, 2016, p. 138.

toda vez que según ya explicamos, el trámite de la conciliación ya está detalladamente regulado en el CPC, y lo que habría que regular por medio de un auto acordado serían los detalles administrativos para dar aplicación práctica a esas normas, algo que según vimos, sería acorde con la Constitución⁴³.

2. *Cambios en las partes y sus abogados*

Las partes del juicio, y especialmente sus abogados, también tienen un rol importante que desempeñar en el fortalecimiento de la figura de la conciliación, ya que los litigantes tienen importante responsabilidad en el fracaso del modelo conciliatorio contenido en el CPC.

Según explicamos, la audiencia de conciliación se lleva a cabo ante el tribunal en presencia de las partes que asisten. No exageramos al afirmar que la labor de la mayoría de los abogados que asisten a las audiencias de conciliación se limita a presenciar el rito descrito previamente. Lo normal es que, consultados por el funcionario de turno si existen o no posibilidades de arreglo, los abogados presentes se limiten a responder de forma negativa, o bien, haciendo una propuesta de conciliación imposible de aceptar para su contraparte. Ahí se acaban los esfuerzos, y luego se procede a levantar el acta dando cuenta del fracaso de la diligencia. Esa actitud necesariamente debe cambiar⁴⁴.

En ese contexto proponemos (o invitamos) a que las partes y sus abogados comiencen a tomar más en serio la diligencia, y a enfrentarla con el real propósito de alcanzar un arreglo. Para ello lo primero será que el abogado analice con su cliente, antes de la audiencia, cuáles son las alternativas razonables para solucionar el conflicto de manera amigable. Que le exponga con transparencia cuáles son a su juicio las fortalezas y debilidades del caso, y transmitirle claramente cuál es el escenario al que se enfrenta en caso de dictarse un fallo adverso (nos referimos no solo al monto de la eventual condena, sino que a los costos en los que deberá incurrir en caso de interponer recursos). Asimismo el abogado debe hacerle saber al cliente los montos que se ahorraría en el caso de llegar a un arreglo (por ejemplo, todos los costos probatorios del caso exceptuados aquellos en los que ya se haya incurrido)⁴⁵.

Sumado a lo anterior, las partes deben entender, y sus abogados asistirlos en ese discernimiento, que el arreglo es muchas veces una mejor alternativa no solo por los dineros y tiempo que se ahorran con él, sino que también, por la relación comercial que mantienen con su contraparte. No son pocos los casos en los que las partes de un juicio han mantenido una relación comercial de larga data, y que la misma se deterioró por uno o varios conflictos puntuales que surgieron en ese contexto. Es obvio que dichos

⁴³ Tribunal Constitucional, sentencia rol 783-2007.

⁴⁴ CAPPELLETTI, 1999, p. 296.

⁴⁵ Un interesante estudio concerniente a los costos de litigación de los asuntos patrimoniales en Chile encontramos en JEQUIER L., Eduardo, 2018, p. 78 (63-113). La información levantada por el estudio en el que se basa la obra citada demuestra los altos costos de litigación asociados a conflictos patrimoniales y, por tanto, las ventajas que representa la conciliación en ese sentido.

conflictos deben ser resueltos, pero la litigación no parece ser el mecanismo más adecuado para lograrlo. Ello no solo por los altos costos que todo juicio trae aparejados, sino que también por el inevitable desgaste que una disputa en tribunales ocasiona a las partes intervinientes⁴⁶. Este es un factor que en medio de una disputa puede no parecer tan claro para la parte, siendo deber del abogado (y del juez) ilustrarla al respecto.

En tercer lugar hay que tener presente, y eliminar, los conflictos de interés que los abogados pueden tener al enfrentar un proceso conciliatorio en representación de sus clientes. Lamentablemente existen ocasiones en las que los abogados definen su actuar no por aquello que conviene a sus clientes, sino por aquello que resulta más provechoso a sus propios intereses⁴⁷. Lo anterior es especialmente claro cuando se trata de buscar un arreglo a una disputa, y el abogado tiene un acuerdo de honorarios que pueda influir su actitud en dicha instancia⁴⁸. En ese sentido, y sobre todo con clientes de gran envergadura, si el abogado tiene un acuerdo de honorarios que le permite cobrar sus servicios “por hora” (a más horas más honorarios), puede ser que su interés no esté en lograr un buen arreglo para su cliente, sino que en evitar que el juicio termine en una etapa procesal temprana con el fin de seguir cobrando sus honorarios. De la misma forma, y también asociado al conflicto de interés que podrían generar los honorarios, existen casos en los que el pacto de remuneraciones del abogado estará asociado al resultado del juicio, lo que se traduce en que el abogado se quedará con un porcentaje de aquello que recuperó su cliente (abogado demandante), o de aquello que el cliente dejó de pagar (abogado demandado). Nuevamente el actuar del abogado en la conciliación podría quedar condicionado a sus propios intereses económicos, si es que llegar a un arreglo pudiera implicar que sus propios honorarios se vieran reducidos⁴⁹.

La forma de hacerse cargo de esta amenaza —cuyos alcances reales no podemos conocer— es compleja. Los clientes son libres de negociar con sus abogados los honorarios que más convengan a sus intereses, decisión que engloba muchos más aspectos que aquel que estamos analizando. Sin embargo creemos que una manera factible de reducir la tentación de ciertos abogados de definir sus estrategias a partir de sus propios intereses, sería involucrando presencialmente a los clientes en la etapa de conciliación, o al menos en parte de ella. No cabe duda que el abogado tendrá una presión adicional de velar únicamente por los intereses de su cliente si es que él mismo lo acompaña en el trámite de la conciliación.

En cuarto lugar, somos de la opinión que las facultades de derecho a lo largo del país también deben jugar un rol en el fortalecimiento de la conciliación entre las partes. Hoy los estudiantes dedican aproximadamente tres años de sus estudios al derecho procesal,

⁴⁶ ZUCKERMAN, 2013, punto 1.126.

⁴⁷ LUBAN, 1995, p. 2624. El artículo 3 del Código de Ética del Colegio de Abogados de Santiago dispone que “[E]l abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio”.

⁴⁸ GALANTER y CAHILL, 1994, p. 1364.

⁴⁹ GALANTER y CAHILL, 1994, pp. 1376 y 1377.

y en la gran mayoría de los casos ni siquiera se les menciona que existen mecanismos alternativos de solución de controversias. Lo normal es que los alumnos egresen expertos en plazos, requisitos y formalidades, e incluso algunos logran desarrollar destrezas de litigación. Sin embargo son pocos, por no decir ninguno, aquellos estudiantes que se prepararon para llevar adelante una negociación, para mediar un conflicto entre partes, o incluso para ver un problema con una perspectiva más amplia que el mero texto legal⁵⁰. Es evidente que mientras nuestros abogados sigan siendo educados con esa perspectiva unidimensional, litigiosa, difícilmente tendrán lugar cambios significativos en la materia. Nuevamente conviene mirar hacia el extranjero para entender hacia dónde se mueven las tendencias modernas en materia procesal civil. Desde hace ya varios años que al menos en Estados Unidos e Inglaterra las más importantes facultades de derecho conceden gran atención a la enseñanza de los distintos mecanismos de solución alternativa de controversias⁵¹.

3. *Mecanismos procesales a disposición de las partes para lograr los cambios propuestos*

En nuestro ordenamiento procesal existen mecanismos a disposición de las partes para lograr que los tribunales civiles lleven a cabo de manera adecuada su labor en la etapa de conciliación.

En primer lugar vemos factible la interposición de una queja disciplinaria en contra del juez en caso de que este no haya cumplido con su labor de amigable componedor, y no haya propuesto a las partes bases de arreglo. En ese sentido el artículo 535 del COT inciso primero mandata a las Cortes de Apelaciones para que mantengan “la disciplina judicial en todo el territorio de su respectiva jurisdicción, velando inmediatamente la conducta ministerial de sus miembros y la de los jueces subalternos y haciéndoles cumplir todos los deberes que las leyes les imponen”, y luego el artículo 536 dispone que dichas Cortes “oírán y despacharán sumariamente y sin forma de juicio las quejas que las partes agraviadas interpusieren contra los jueces de letras por cualesquiera faltas y abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones; y dictarán, con previa audiencia del juez respectivo, las medidas convenientes para poner pronto remedio al mal que motiva la queja”. Debido a que el artículo 263 del CPC le impone al juez civil los deberes de oficiar como amigable componedor y de proponer a las partes bases de arreglo, el incumplimiento de los mismos permite a las partes quejarse de dicho actuar ante la Corte de Apelaciones respectiva, para que esta adopte las medidas convenientes para poner remedio a la conducta que motiva la queja.

⁵⁰ BOK, 1983, p. 570.

⁵¹ CAPPELLETI, 1999, p. 291. Así se desprende de la revisión de los sitios *web* de las distintas universidades: Harvard: <http://hls.harvard.edu/dept/opia/what-is-public-interest-law/public-interest-worktypes/alternative-dispute-resolution/>; Oxford: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/swiss-recms-programme-civil-justice-systems/alternative-dispute-resolution>; Stanford: <https://law.stanford.edu/courses/alternative-dispute-resolution-practicum/>; University College London: <https://www.ucl.ac.uk/laws/study/llm-master-laws/modules/alternative-dispute-resolution-lawsg094>. Esta es solo una muestra.

Otro mecanismo procesal que pueden utilizar las partes para asegurar el cumplimiento efectivo del procedimiento de conciliación es el recurso de casación en la forma. Dispone el artículo 768 del CPC que “[E]l recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: (...) 9ª: En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”. Luego el artículo 795 del mismo cuerpo legal dispone que “[E]n general, son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales: 2º. El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponde conforme a la ley”.

En conclusión, de la lectura armónica de ambas disposiciones se desprende que el recurso en comento es admisible cuando el Tribunal no ha cumplido con el trámite de la conciliación, lo que sin duda constituirá un incentivo adicional para que los Tribunales cumplan de manera correcta su obligación en materia de conciliación. Para los que eventualmente afirmen que lo que exige el artículo 795 antes citado es llamar a conciliación, pero no que el juez obre como amigable componedor y proponga bases de arreglo. No compartimos dicho argumento, porque el trámite de la conciliación se encuentra regulado en detalle en los artículos 262 y siguientes del CPC, por lo que es evidente que a lo que se refiere el artículo 795 es a llamar a las partes a conciliar, en los términos establecidos en la ley. Cualquier otra interpretación derivaría en que los artículos 263 y siguientes (es decir, todos menos el que establece el llamado propiamente tal) carecerían de valor y no producirían efecto alguno, cuestión que es repudiada por nuestro ordenamiento jurídico. Como regula el Código Civil, las normas deben ser interpretadas en armonía con el resto del cuerpo normativo en que se encuentran, lo que sirve para aclarar el sentido y alcance del artículo 795⁵².

V. PREVENCIÓN: LAS PARTES TIENEN EL DERECHO A CONCILIAR Y NO LA OBLIGACIÓN DE HACERLO

No quisiéramos dejar de hacernos cargo de una preocupación que ha tomado fuerza en relación con el poder que se otorga a los jueces en el manejo de las instancias conciliatorias, y concretamente, al nivel de presión que ejercen sobre las partes para lograr que lleguen a una conciliación. Este tema ha sido recurrente en el ámbito de la justicia laboral, donde la función conciliatoria de los jueces fue fortalecida con la dictación de la Ley N° 20.260 el 2008, que estableció el nuevo procedimiento laboral⁵³.

⁵² El artículo 22 del Código Civil, inciso primero, dispone que “[E]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, mientras que el artículo 24 del mismo cuerpo legal dispone que “[E]n los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

⁵³ PALOMO, 2014, p. 383.

En concreto, la crítica dice relación con el empoderamiento que se ha dado a los jueces mediante la figura de la intermediación, con el propósito de inyectar mayor celeridad a la tramitación de las causas⁵⁴. Ese poder ha llevado a que los magistrados lleven sus labores a límites impensados, particularmente en materia conciliatoria, con el propósito de reducir su carga de trabajo⁵⁵. Ello sin importar las vulneraciones a los derechos fundamentales de los litigantes, como la garantía del debido proceso en general y el derecho a la imparcialidad del juzgador en particular⁵⁶, las que han debido ser corregidas en diversas ocasiones por las Cortes de Apelaciones⁵⁷.

La situación que se denuncia, que ha sido confirmada por estudios empíricos respecto de la materia⁵⁸, es preocupante. Si bien se ha conseguido rebajar considerablemente el número de casos que terminan por sentencia (llegando el número de casos terminados por conciliación a 40%⁵⁹), el hecho de que ello haya sido producto de malas prácticas conciliatorias de los jueces –como presiones indebidas⁶⁰, coerciones y amenazas⁶¹– revela que no basta con fortalecer la figura de la conciliación y dejarla sobrevivir como mejor pueda. Es necesario un cambio cultural en los jueces, las partes y sus abogados. Así como señala Palomo, “la confianza depositada en los jueces debe ir siempre acompañada de límites explícitos que eviten que este mayor protagonismo judicial se traduzca en arbitrariedad, capricho o irracionalidad”⁶², sugiriendo luego que los abogados deben enfrentar estas instancias, y el poder del juez, con menos tolerancia y más reacción⁶³.

Además, es necesario que todos los actores tengan presente que la conciliación es una alternativa a disposición de las partes, y no una imposición hacia ellas⁶⁴. No hay que olvidar que esta figura es en esencia voluntaria. Por tanto el juez debe “proponer” bases de arreglo, no “imponer” bases de arreglo. Según hemos explicado, si esa propuesta es inteligente, fundada y expuesta de manera inteligente, sin duda que puede convencer a las partes de que es más atractiva que continuar litigando varios años más. Como lo sugieren Maturana y Rivero, “de lo que se trata es de poner a disposición de los ciudadanos vías de solución más adecuadas a la naturaleza y magnitud del conflicto que les afecta, más rápidas y desformalizadas, pero siempre con la posibilidad de acudir a un proceso civil que les permita satisfacer sus pretensiones con igual eficacia y rapidez”⁶⁵.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 386.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 389 y 390.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 384.

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 390 y 391.

⁵⁸ LILLO y ALCAÍNO, 2013.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 63.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 65.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² PALOMO, 2014, p. 393.

⁶³ PALOMO, 2014, p. 391.

⁶⁴ PALOMO, 2013, p. 386.

⁶⁵ MATURANA y RIVERO, 2012, p. 32.

La experiencia en el proceso laboral debe ser tenida en cuenta al momento de fortalecer la conciliación en el proceso civil. Por un lado, porque es evidente el descenso que ha habido en el número de causas que llegan a sentencia definitiva, y ese es el objetivo que creemos debe perseguir los cambios que se implementen. Por otro lado es evidente que ese descenso en el número de causas no puede estar fundado en malas prácticas judiciales que fuerzan a las partes a arreglar, y en la debilidad de los abogados que no saben resguardar de manera adecuada los derechos de sus representados ¿Es posible que esa eficiencia para descongestionar los tribunales sea alcanzada con cabal respeto de los derechos de los litigantes? Creemos que sí. Así lo demuestra la experiencia de aquellas jurisdicciones que llevan varias décadas aprovechándose de los mecanismos alternativos de solución de controversias en general, y de la figura de la conciliación en particular.

VI. CONCLUSIÓN

Diversas conclusiones se obtienen de lo expuesto en el presente trabajo. El punto de partida a todas ellas es el hecho innegable de que nuestro sistema procesal civil, como existe hoy, está obsoleto, y no sirve para dar respuesta eficiente a cada una de las causas que se promueven ante los tribunales.

En los últimos años han surgido diversas propuestas para corregir el sistema, siendo las más relevantes los dos proyectos de ley ingresados al Congreso para reformar por completo el procedimiento civil. Ambos proyectos no han avanzado de manera significativa. Es más, el primer proyecto (2009) fue reemplazado por el segundo (2012), y a esta fecha este último se encuentra descansando en las dependencias del Parlamento. Tan notoria es la demora en la reforma, que el 2015 entró en vigencia la ley sobre Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales, que vino a parchar, lo mejor que pudo, algunos de los arcaísmos e ineficiencias del proceso civil. El efecto práctico de esa ley es que vino a descomprimir una situación que ya era insostenible, restando por tanto urgencia a la reforma global que el proceso necesita.

Frente a lo anterior, no es mucho lo que se puede hacer para descongestionar los tribunales civiles de justicia. Los esfuerzos políticos hoy están centrados en otro tipo de asuntos, y es difícil que las autoridades quieran desgastarse, y distraer su tiempo, para algo que ya no es urgente.

En ese contexto la propuesta de fortalecer el trámite de la conciliación toma una gran relevancia. Según se expuso, hacerlo no requiere de la intervención del Poder Legislativo, y puede ser solucionado con la intervención exclusiva del Poder Judicial. Sus resultados por lo demás se encuentran probados, existiendo valiosa experiencia en el extranjero que demuestra que la solución alternativa de conflictos en general y la conciliación en particular es un eficiente mecanismo para aliviar la carga de trabajo de los tribunales civiles. Y si bien existen aprehensiones al respecto, particularmente por la experiencia vivida en las Cortes laborales del país, creemos que dichos problemas son perfectamente evitables si es que el fortalecimiento que proponemos es bien implementado, y todos los actores asumen y desempeñan correctamente el rol que les toca jugar.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL G., Maite (Editor), 2012, *Justicia civil: Perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Santiago: Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, Nº 23).
- BOK, Derek, 1983, "A Flawed System of Law and Practice Training", *Journal of Legal Education*, volumen 33.
- BORDALÍ S., Andrés (2016), *Derecho jurisdiccional*, Valdivia: Ediciones Derecho Austral.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, 2011, *Estudio de Análisis de Trayectoria de las Causas Civiles en los Tribunales Civiles de Santiago*, Santiago. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>. [Fecha de consulta: 23.02.2018].
- CAPPELLETTI, Mauro, 1999, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, *The Modern Law Review*, volumen 56, Nº 3.
- CORRAL T., Hernán, 2013, *Conciliación, avenimiento y transacción*. Recuperado el 22.02.2018 de *Derecho y Academia, el blog de Hernán Corral*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2013/05/19/conciliacion-avenimiento-y-transaccion/>, [Fecha de consulta: 22.02.2018]
- GALANTER, Marc y CAHILL, Mía, 1994, *Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, *Stanford Law Review*, volumen 46.
- JEQUIER L., Eduardo, 2018, *La mediación en asuntos civiles y comerciales y su vinculación con el proceso civil en Chile. Estudio de lege farenada a partir de los resultados de encuestas dirigidas a abogados, jueces y empresarios chilenos (junio-julio de 2016)* en VÁSQUEZ P., María Fernanda (Dir.), 2018, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, Santiago: Ed. Thomson Reuters.
- LARROUCAU T., Jorge, 2017, *Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile*, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 33, pp. 195 a 234. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0123-43662017000200195&lng=en&nrm=iso&tlng=es. [Fecha de consulta: 15.01.2019].
- LILLO, Ricardo y ALCAÍNO, Eduardo (Centro de Estudios de la Justicia de las Américas), 2013, *Reporte sobre el funcionamiento a la reforma a la Justicia laboral en Chile*. Disponible en http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1224/ReportesobreelFuncionamiento_ReformaJusticiaLaboralenChile.pdf?sequence=1&isAllowed=y, [Fecha de consulta: 23.02.2018].
- LUBAN, David, 1995, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, *Georgetown Law Journal*, volumen 83.
- NÚÑEZ O., Raúl y LARROUCAU T., Jorge, 2018, *La conciliación en los procedimientos civiles*, en VÁSQUEZ P., María Fernanda (Dir.), 2018, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, Santiago: Ed. Thomson Reuters.
- MATURANA M., Cristián y RIVERO H., Renée, 2012, *Un Nuevo Sistema Procesal Civil: Una Necesidad Social Impostergable o un Antojo Meramente Académico*, en AGUIRREZABAL G., Maite (Editor): 2012, *Justicia civil: Perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, volumen 23.
- PALOMO V., Diego y MATAMALA S., Pedro, 2012, *Los problemas de los poderes ex officio del juez laboral. Ahora a propósito de la potestad conciliatoria*, *Revista Ius et Praxis*, año 18, Nº 1, pp. 439-456. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100015. [Fecha de consulta: 15.01.2019].
- PALOMO V., Diego, 2013, *Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud*, en ARANCIBIA M., Jaime; MARTÍNEZ E., José Ignacio; y ROMERO S., Alejandro

- (Eds.), 2013, *Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública*, Thomson Reuters-Legal Publishing.
- PALOMO V., Diego, 2014, *Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas*, *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1, pp. 377-396. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100016. [Fecha de consulta: 23.02.2018].
- ROBERTS, Simon, y PALMER, Michael, 2005, *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making* (2 Ed), Cambridge: Cambridge University Press.
- ROMERO S., Alejandro, 2013, *¿Ejecución Provisional sin Caución? (el Proceso y los Datos)*, en AGUIRREZABAL G., Maite (Editor): 2012, *Justicia civil: Perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, volumen 23.
- TAPIA A., Hugo, 1944, *Las Reformas introducidas en el Libro I del C. de Procedimiento Civil por la Ley 7760*, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, volumen 50.
- WOOLF, Harry, 1995, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System of England and Wales*. Disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>. [Fecha de consulta: 22.02.2018].
- ZUCKERMAN, Adrian, 2013, *Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice*", 3ª Ed., Londres: Sweet & Maxwell.

Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores

*Carlos Cabezas Cabezas**

RESUMEN

El trabajo propone discutir críticamente los fundamentos y efectos de varias propuestas legislativas actualmente en discusión en nuestro país que proponen declarar imprescriptibles los delitos de violencia sexual contra menores de edad, enfrentando dichos fundamentos con los de la prescripción penal en general y de la acción penal en particular, planteando además recomendaciones en caso de que dichas propuestas legislativas prosperen.

Delitos sexuales – menores – imprescriptibilidad

Imprescriptibility of sexual crimes against children

ABSTRACT

The paper proposes to critically discuss the foundations and effects of several legislative proposals currently under discussion in our country to declare the offenses of sexual violence against minors not be subject to any statute of limitations, confronting those foundations with those of criminal statute of limitations in general and of criminal action in particular. And also put forward recommendations in the event that such legislative proposals are successful.

Sexual offenses – minors – statutes of limitations – imprescriptibility

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta. Magíster en Derecho y Procesos Penales, Universidad de Antofagasta. Doctor en Derecho, Universidad de Trento, Italia. Profesor de derecho penal, Universidad de Antofagasta.

Artículo recibido el 21 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. ANTECEDENTES

Desde fines de la década de los 90 los delitos que afectan la esfera de la sexualidad humana han recibido un creciente y justificado interés¹. Ya sea por su deficiente regulación previa, que los incardinaba en el confuso horizonte de los delitos contra la honestidad hasta la escasa cuantía de sus sanciones, los últimos años del siglo pasado y los primeros del presente fueron testigos de una abundante legislación que intentaba colocar a tono la legislación patria a los estándares internacionales de protección². Este ímpetu reformador, no exento de voces críticas respecto de alguno de sus extremos³, ha disminuido en los últimos lustros pero se sigue manifestando periódicamente, en especial respecto del castigo de conductas atentatorias contra bienes jurídicos cuyos titulares son menores de edad.

Organizaciones de derechos de la infancia, colectivos y ONG de protección de minorías sexuales han reencendido el debate acerca de varios de estos delitos y últimamente respecto de la prescriptibilidad de estas infracciones. Si bien la idea de sustraer estos delitos del efecto del paso del tiempo siempre ha estado en el trasfondo de muchas de estas reformas, ha sido solo recientemente que se ha tratado de legislar directamente bajo esa premisa⁴. Así tenemos los proyectos de ley individualizados en los boletines refundidos Nº 6956-07⁵, 8134-07, 10033-07, 10186-07, 10236-07, y 10784-07. Todos comparten fundamentos y parcialmente contenido. Más allá de algunas diferencias, en lo que es materia de este trabajo, todos declaran los delitos de los párrafos 5 y 6 del título VII del Código Penal (en adelante CP) imprescriptibles cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad⁶. A estas mociones actualmente vigentes se han sumado iniciativas como “Abuso sexual imprescriptible”⁷ patrocinado por psicólogos infantojuveniles y algunos

¹ En este trabajo se empleará el término “violencia sexual” en lugar de “abuso sexual”, término empleado por los promotores de la reforma, por ser más ilustrativo técnicamente del fenómeno que se pretende reformar (el abuso sexual es un delito específico de la parte especial del Código).

² Las leyes 19.617 y 19.927 de 1999 y 2004, respectivamente, cambiaron el rostro del Código Penal acerca de esa familia de delitos. Para un examen de ellas, véase RODRÍGUEZ, L., *Delitos sexuales*, Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pp. 95 y ss.

³ Esencial, GUZMÁN DALBORA, J.L., “Aprobación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en *Anuario de Derecho Penal*, Nº 1999-2002, pp. 201-244.

⁴ Ímpetu que podría afectar posteriormente a otros delitos: en Perú, recientemente, el Congreso ha aprobado una reforma constitucional que modificará el art. 41 de la Carta magna de ese país para declarar los delitos de corrupción y que afecten el patrimonio del Estado como imprescriptibles.

⁵ Este boletín ha recibido suma urgencia para su tramitación el 9 de marzo de 2018.

⁶ Algunas diferencias importantes valen la pena ser destacadas: solo el proyecto 10784-07, patrocinado por la exdiputada Karla Rubilar declara imprescriptible también la pena, extendiéndose además a los delitos de trata de personas del párrafo V bis del Título VIII del Libro II; el proyecto 10236-07 considera imprescriptibles solo los delitos cometidos contra víctimas menores de 14 años rigiendo en cambio la actual extensión del plazo del art. 369 *quater* para sujetos pasivos mayores de 14 años.

⁷ Actualmente la solicitud lleva 2.378 firmas de adhesión, las que se pueden revisar en la página <http://abusosexualimprescriptible.cl/>.

juristas que ha generado adhesión en círculos políticos y académicos, con el objetivo de apoyar las iniciativas legislativas antes individualizadas⁸.

La finalidad sería evitar que el no descubrimiento del delito deje a la víctima menor de edad en la total indefensión y permita la impunidad del agresor. Esta falta de descubrimiento puede originarse ya sea por el desconocimiento por parte del menor del contenido ofensivo de las acciones o por amenazas, coacciones u otro tipo de presiones bien del autor del delito, bien de la familia de la víctima o por el silencio de los propios padres y cercanos al menor como una forma de “protegerlo” o para proveer la impunidad al ofensor⁹. A causa de que estos delitos pueden afectar a un sujeto a edades muy tempranas de su formación, su descubrimiento puede no producirse de inmediato o simplemente quedar en el anonimato. La solución estaría en mantener abierta indefinidamente (al menos hasta la muerte del agente) la posibilidad de investigar y juzgar a estos sujetos, lo que implica, entonces, declarar imprescriptibles estos delitos.

En 2004 estos motivos fueron los catalizadores de la reforma que incorporó el art. 369 *quater* al CP, el que prevé que los delitos de los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II comiencen a prescribir solo desde la mayoría de edad de la víctima, lo que configura técnicamente una causal de suspensión del plazo¹⁰. El legislador presume que llegado un cierto momento, en este caso la mayoría de edad del ofendido, este posee la madurez suficiente o cuenta con los medios para desvincularse de las presiones o amenazas de las que pudo haber sido objeto y así revelar el delito, evitando de este modo la promesa de impunidad que supondría la llegada del plazo de prescripción de la acción penal¹¹.

Actualmente se juzga dicha modificación insuficiente. Apoyándose en literatura especializada y recomendaciones de organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), explican que estos plazos –en el mejor de los casos, diez años desde la mayoría de edad– serían muy exigüos, pues la evidencia apunta a que los momentos de revelación de estos actos acaecidos en la infancia se producen a edades más avanzadas y, en todo caso, luego de esos plazos máximos en los que la ley extiende la contingencia de persecución criminal que es el plazo de prescripción.

⁸ En este trabajo se utilizará preferentemente la locución “prescripción de la acción penal”, pues es la utilizada por nuestro Código Penal, prefiriéndola a “prescripción del delito” por ser ajena a nuestra tradición.

⁹ Cfr. moción parlamentaria que introdujo la introducción del art. 369 *quater* CP, boletín N° 3799-07.

¹⁰ En Chile no resulta tan evidente, toda vez que nuestra única causa de suspensión se produce según el art. 96 CP al momento del que “el proceso se dirija en contra del culpable”; otras legislaciones, en cambio, identifican la postergación del *dies a quo* como una causa de suspensión. Véase para el Derecho italiano FIANDACA, G., y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, Quinta edición., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 783; para el Derecho alemán Saliger, F., “§78 ff.”, en: KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U., y PAEFFGEN, H-U-. (Coords.) *NomosKommentar StGB*, 3ª edición, Nomos, Baden-Baden:, 2010, p. 2505. En Chile, en contra PEÑA, S., y SANTIBÁÑEZ, M., “La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.207”, *Microjuris* 2, enero 2008.

¹¹ Acerca de esta reforma y sus implicaciones jurídicas CABEZAS, C., “Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 *quater* del Código Penal”, en *Política criminal*, Vol. 8, N° 16 (diciembre 2013), pp. 386-407.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU FUNDAMENTO

1. *El fundamento de la prescripción de la acción penal*

Para juzgar estas propuestas es preciso determinar el fundamento político criminal de la prescripción de la acción penal. Los extremos de esta discusión son bien conocidos y creo que no es necesario repetirlos aquí, aunque vale la pena detenernos algunos momentos en cuáles fundamentos propuestos no son atendibles modernamente¹².

A menudo se postula que el fundamento de la prescripción de la acción radica en el debilitamiento que las pruebas experimentan con el paso del tiempo, lo que redundaría en un aumento en la posibilidad de dictar sentencias erróneas¹³, que es el denominado, a mi juicio incorrectamente, fundamento “procesal”. Aquí ante todo, existe una confusión entre el fundamento y los efectos benéficos de una determinada institución: porque la prescripción cancela la posibilidad de juzgar hechos acaecidos a mucha distancia es que, en teoría, disminuye la posibilidad de dictar sentencias erróneas por la mejor “calidad” del material probatorio, pero no al revés. Además, es cierto que algunas pruebas se ven mucho más afectadas que otras por el transcurso del tiempo, como la prueba testimonial, pero otras no experimentan estos problemas, como las pruebas documentales¹⁴.

En segundo lugar, parece poco apropiado esgrimir la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción. Ha sido el argumento preferido para oponerse a la imprescriptibilidad de ciertas infracciones, especialmente frente a proyectos de ley como el que analizamos aquí, por dos razones¹⁵: la misma imprescriptibilidad atentaría contra la seguridad jurídica, y debido a la imprescriptibilidad se debilitaría la seguridad jurídica de los imputados. La diferencia estriba en que para la primera posición los delitos que no prescriben jamás serían de por sí atentados contra la seguridad jurídica, al mantener al imputado eternamente en vilo a la espera de una eventual reacción de la justicia en su contra¹⁶; la segunda, es una combinación de los argumentos procesales: la imprescriptibilidad *debilita* la seguridad jurídica, pues ser juzgado a tal distancia temporal aumenta las posibilidades de sentencias erróneas.

¹² Buenos resúmenes de los mismos se encuentran, entre otros en PEDREIDA GONZÁLEZ, F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 133 y ss.; En Chile, forzoso es recurrir al único monografista de la materia, YUSEFF, G., *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 43 y ss.; BALMACEDA, G., “La prescripción en el Derecho penal chileno”, en CORRAL, H. (coord.), *La prescripción extintiva*, Cuadernos de extensión jurídica de la Universidad de los Andes, Santiago, 2011, pp. 175-194, pp. 176 y ss.

¹³ Véase BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 822 y ss.

¹⁴ Cfr. GIUNTA, F y MICHELETTI, D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del proceso*, Turín, Giappichelli, 2003, p. 41

¹⁵ Algo de ello aparece en la discusión legislativa de los proyectos antes mencionados. Véase MEDINA, G., “Observaciones a proyecto de ley relativo a imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad”, Santiago, 16 de noviembre de 2016. También en PEDREIDA, ob. cit., p. 148 y en SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 143 y ss.

¹⁶ Cfr. SILVANI, S., *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bolonia, Il Mulino, 2009, p. 45.

La primera posición no es sostenible, pues que un delito sea imprescriptible no atenta contra el núcleo central del principio de seguridad y certeza jurídicas que es la previsibilidad (seguridad subjetiva¹⁷), de las consecuencias de una acción. Si la imprescriptibilidad está declarada en la ley —y es irretroactiva, por cierto— el individuo sabe con anticipación que la amenaza de la reacción punitiva eventual puede extenderse por toda su existencia¹⁸. Con todo, la seguridad sí juega un rol determinante en la prescripción pero a propósito de su naturaleza, como veremos más adelante.

Modernamente, la doctrina considera que existen al menos dos fundamentos. El primero es aquel que sostiene que un delito se extingue por el paso del tiempo debido a que decae la necesidad de pena¹⁹, en el sentido que una acción humana que merezca pena, con el paso del tiempo pasa a formar parte de la historia, haciendo innecesario el castigo penal²⁰. En este sentido también se habla de “fuerza del tiempo” en el sentido que transcurrido un cierto plazo, el olvido se cierne sobre todas las actividades humanas²¹.

El segundo sostiene que la prescripción de la acción penal solo se explica por razones de humanidad, en el sentido que un mínimo respeto a la dignidad del imputado y una razonable restricción del *ius puniendi* estatal admite que uno de los vectores de dicha restricción sea el paso del tiempo²². De este modo, el tiempo en relación no con la comunidad, sino con el sujeto, se establece como una dimensión de limitación del poder del Estado; el Estado declara, como compromiso, no mantener la contingencia de punición permanentemente abierta como forma de protección del individuo²³, basado en la noción kantiana de dignidad que exige que el individuo sea el centro del mundo y de la sociedad²⁴. así, la prescripción se justifica pues es poco factible el pleno desarrollo del individuo ahí donde pende sobre él eternamente una espada de Damocles. Como principio, la humanidad exige, entonces, que la reacción penal se justifique no solo por

¹⁷ O seguridad de orientación; véase HENKEL, H., *Introducción a la teoría del Derecho*, GIMBERNAT, E. (trad.), Taurus, Madrid, 1968, p. 547; LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del derecho*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 48.

¹⁸ Cfr. RAGUÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 28.

¹⁹ En Italia, la gran mayoría de los autores juzga esta posición como correcta. STORTONI, L., “Estinzione del reato e della pena”, en *Dig. discp. pen.*, pp. 342-359, p. 346; SANTORO, A., “Estinzione del reato e della pena”, en *Nov. dig. it.*, vol. VI, Turín, 1960, pp. 991-996, p. 992; MARINUCCI, G., y DOLCINI, E., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 4ª edición, Giuffrè, Milán, 2012, p. 378; PANAGIA, S., “Voz Prescrizione del reato e della pena”, en *Dig. disc. pen.*, 1995, pp. 659-670, p. 661; DONINI, M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padua, 1996, p. 409.

²⁰ Habría que reconocer en estas vertientes a Balmaceda, ob. cit., p. 178 y Raguès, ob. cit., p. 45. Dichos autores se refieren a este fundamento como aquel orientado a los fines del Derecho penal.

²¹ Así VIGANÓ, F., “Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?” *Giur. cost.* 2010 p. 3017-3030 p. 3021 quien lo vincula a la prevención general de la pena.

²² Así en la doctrina nacional GUZMÁN DALBORA, J.L., “Crímenes internacionales y prescripción” en *Temas actuales del Derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 103-115, p. 108; también Cabezas, ob. cit., p. 394.

²³ MAÑALICH, J.P., *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago, 2010, p. 212.

²⁴ Esta noción de humanidad encuentra su origen en la filosofía de Miguel de Unamuno y en las obras de Rudolph Stammler, consideradas por Recasens Siches. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1961, pp. 531 y ss.

la conducta del sujeto (típica, antijurídica y culpable) sino también por los restantes presupuestos de la punibilidad, entre ellos, el factor temporal, irrogándose solo dentro de un espacio temporal delimitado por la ley. Esto se explica porque solo de este modo pueden asegurarse niveles de autorrealización aceptables, autorrealización que se vería amenazada por un estado de permanente “disponibilidad” del individuo para el poder punitivo del Estado, lo que a menudo podemos relacionar con la noción de pertinencia de la sanción penal²⁵. A la vez, desde esta perspectiva la seguridad jurídica se transforma no en fundamento de la prescripción del delito, sino en el fundamento de su naturaleza sustantiva en su concepción objetiva, es decir, como protección de la confianza o protección de la objetividad o no modificación de las reglas del juego²⁶.

La noción de necesidad de pena es criticable pues si el fundamento de la prescripción es la no necesidad de pena por el mero transcurso del tiempo, ello convierte al legislador en una suerte de clarividente que puede determinar cuándo, en el futuro, una comunidad considerará que un delito que merecía una sanción penal ya no la requiere. Por ello, en este trabajo, se sostiene como fundamento de la prescripción de la acción penal el respeto al principio de humanidad. Con todo, no está claro si el respeto a dicha humanidad sea exigible, en lo que a prescripción se refiere, para todo delito, especialmente con aquellos de gravedad superlativa, como veremos en el siguiente acápite.

2. *El fundamento de la imprescriptibilidad*

Lo anterior haría concluir, entonces, que los delitos, todos, *deberían* prescribir. Las legislaciones del derecho continental siguen mayoritariamente esta premisa, pero muchas consideran desde antiguo, delitos imprescriptibles y hoy el Derecho internacional y buena parte de las legislaciones del mundo cancelan la extinción de la responsabilidad penal por el paso del tiempo en los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra.

Sin embargo, hay que reconocer que el legislador no parece estar limitado *constitucionalmente* a la hora de declarar una infracción penal como imprescriptible. No se trata de una garantía expresa en el ordenamiento. Se trata de una decisión de política criminal respecto de las cuales el legislador es libre para decidir, aunque, por cierto, esa libertad se encuentra determinada y limitada por algunos fines.

Así, podemos observar que, desde antiguo, la prescripción penal existe como regla general en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, mientras la imprescriptibilidad aparece como una excepción. Según lo razonado en el acápite anterior, si la prescripción se fundamenta en principios, ahora entonces podría decirse que la mayoría de las infracciones penales deberían prescribir, mientras que, excepcionalmente, algunas

²⁵ LÓPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, p. 72.

²⁶ En este sentido me parece que se orienta la noción de seguridad jurídica construida por Pérez Luño A. “La Seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Nº 15, 2000, pp. 25-38, en el sentido que, luego de pasar revista a las situaciones en las que la seguridad jurídica es manipulada por regímenes *de facto* o totalitarios, concluye que esa noción de seguridad en la inseguridad “sin incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho.

infracciones podrían mantenerse indiferentes al paso del tiempo. Entre medio, existen muchas alternativas para alargar los plazos de prescripción, modulando los fundamentos de la institución a partir de otros fines contrapuestos.

Tradicionalmente, el criterio para considerar una infracción imprescriptible es la gravedad asociada al delito. Así lo demuestran las legislaciones que mantienen la prescriptibilidad como regla general pero reservan a algunos delitos esta característica, como el homicidio agravado. Es también el fundamento utilizado a menudo para justificar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. El fundamento es fácil de rastrear: a mayor gravedad material del ilícito, decaen los motivos que la fundamentan; así, de un delito muy grave por atentar contra bienes jurídicos de superlativa importancia (*v.g.*, la vida) no puede predicarse que deja de ser necesaria la pena solo por el largo transcurso del tiempo; o que el respeto a la humanidad del reo cede aquí por las también excepcionales consecuencias de su obrar. En cierto sentido, la prescriptibilidad de una acción medida de acuerdo con su ofensividad es un argumento para defender la naturaleza sustantiva de este instituto²⁷.

Sin embargo, si nos remontamos brevemente en la historia de la prescripción, podremos comprobar que este argumento no es del todo efectivo o al menos no explica del todo la institución²⁸. Vale la pena recordar el caso de Alemania, país que en dos oportunidades durante el siglo XX ha debido enfrentarse a esta delicada cuestión. La solución de la imprescriptibilidad fue la primera opción: con la ley de cálculo impulsada por las potencias vencedoras luego de la Segunda Guerra Mundial, se trabajó aun dentro de los márgenes de la prescripción penal, aplicando un típico instituto de esta: la suspensión. Se alegó que no era posible considerar el tiempo en que el horror nazi era una práctica del propio Estado alemán, pues ¿qué voluntad existiría de perseguir los delitos cometidos por propia iniciativa? En este caso ninguna contingencia de punición se habría activado: esta era del todo imposible. Solo después de comprender que la magnitud de esos crímenes superaba con creces las posibilidades y recursos de un Estado, se fue pasando sucesivamente hacia la solución de la imprescriptibilidad²⁹. Es, en el fondo, el reconocimiento que la monstruosa criminalidad del nacionalsocialismo fue un fracaso *del*³⁰ Estado de Derecho por lo que, malamente, pueden oponerse mecanismos como la prescripción que funcionan en situaciones de normalidad.

²⁷ Cfr. JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Mir Puig, S., y MUÑOZ CONDE, F. (trad.), tomo II, Barcelona, Bosch, 1978, p. 1239.

²⁸ Mientras que en la Antigüedad la regla era la imprescriptibilidad, después de la Revolución Francesa el criterio cambia radicalmente, pasando a ser la regla general la prescriptibilidad de todo delito. Ese período histórico se mantiene, con algunas excepciones, hasta la segunda mitad del siglo XX. Véase SILVANI, S., *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bolonia, Il Mulino, 2009, p. 17 y ss.

²⁹ Sobre este proceso DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 1993, p. 325 y ss y SAMBALE A., *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Kovac, Hamburgo, 2002, pp. 64 y ss; VASSALLI, G., *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milán, 2001, passim. Incluso se ha planteado derechamente y sin ambages que la solución tiene un fundamento meramente político: véase HONG, Y., *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Peter Lang, Frankfurt, 2005, p. 35.

³⁰ MAÑALICH, JP., *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago, 2010, p. 30.

En este orden de ideas, me parece que lo que justificaría la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad no es (solo) la gravedad material de estos delitos (la que no se desconoce³¹), sino su contexto: si la voluntad de perseguir dichos ilícitos no existe, entonces mantener los plazos de prescripción del derecho interno resulta absurdo, cuando no un auténtico fraude a las legítimas aspiraciones de castigo y reparación. Si la perpetración de un delito contra la humanidad importa un fracaso del Estado de Derecho —porque el mismo Estado es su perpetrador o lo ha permitido sin serlo— resulta entonces poco recomendable considerar que al tiempo de su comisión alguna posibilidad de persecución y castigo pudiese darse. Además, otra característica predicada de estos delitos, es decir, su escala más o menos industrial —de la que Auschwitz es su triste epígonos—, implica que estos atroces hechos difícilmente pueden ser realizados por una o algunas pocas personas, requiriéndose en la mayoría de los casos el concurso de aparatos estatales o de similares características. Esta escala (que abarque muchos ejecutores o que estos se hayan visto beneficiados por la cobertura del Estado para cometerlos y permanecer en la impunidad, o ambos) justifica el recurso al instrumento de la imprescriptibilidad.

En otras palabras, lo que justificaría la imprescriptibilidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad y genocidio es la gravedad material de estos delitos, acompañada de su ejecución a gran escala, lo que condiciona negativamente la posibilidad de su persecución y juzgamiento (imposibilidad fáctica).

Entiendo aquí por “gravedad material” aquella que se desprende del concepto de *antijuridicidad material* o lesividad del delito, es decir, grave tanto por la calidad y jerarquía del bien jurídico tutelado como por la forma del ataque que sufre³².

Ahora, cuando estamos en presencia solo de gravedad material, las legislaciones suelen reservar la imprescriptibilidad para delitos que atentan contra bienes jurídicos de superlativa relevancia, como la vida; es el caso del asesinato, imprescriptible en varias legislaciones³³. En cambio, cuando solo la posibilidad de juzgamiento (imposibilidad fáctica) se ve comprometida, las legislaciones reservan otro tipo de mecanismos para superar dichas imposibilidades, recurriéndose entonces a la suspensión o interrupción del plazo, de modo tal que el tiempo transcurrido entre el momento de la perpetración del delito y su descubrimiento sea inútil para cualquier cómputo. Este es el fundamento de normas existentes en nuestro ordenamiento, como el art. 101 CP y del 369 *quater* CP³⁴.

³¹ Con todo, es preciso notar que la gravedad de muchas infracciones del Derecho penal internacional no es equivalente a los más graves atentados contra la humanidad que allí se contemplan.

³² SÁNCHEZ OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 152; OSSANDÓN, María Magdalena, *La Formulación de tipos penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 469.

³³ En estos casos habría que reconocer que solo la antijuridicidad material justificaría la extensión de los plazos.

³⁴ Con todo, este segundo mecanismo ha sido utilizado también para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos por Estados no democráticos, como sucedió en el caso uruguayo al momento de juzgar a uno de sus dictadores, José María Bordaberry. Véase al efecto FORNASARI, G., “Dittatori alla sbarra: il caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay” en *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Nápoles, 2011, p. 2295 y ss.

3. *La imprescriptibilidad y su fundamento en los proyectos de ley*

Establecidas las bases tanto del fundamento de la prescripción como de la imprescriptibilidad, es el momento de hacerse cargo de los fundamentos presentados en los proyectos de ley antes reseñados.

Los diversos proyectos mencionados previamente se centran en la siguiente batería argumental: 1) los menores que sufren de este tipo de abusos no están en condiciones de revelar su acaecimiento dentro de los tiempos de prescripción ya modificados por la norma del art. 369 *quater*, pues la reconstrucción del relato se produce solo a edades más avanzadas difíciles de determinar con precisión; 2) documentos internacionales declaran que el abuso sexual infantil es asimilable a delitos como la tortura, lo que justifica un régimen similar; 3) aun levantando estas barreras, los denunciantes se enfrentan con un sistema no diseñado para ocuparse eficazmente de ellos, lo que nuevamente justificaría no contemplar plazo alguno.

3.1. La imprescriptibilidad sería la única forma de asegurar el acceso a la justicia de parte de las víctimas

Respecto del primer argumento se trata del principal para ampliar los plazos de prescripción o eliminarlos absolutamente: las víctimas no han tenido la oportunidad real de acceder a la justicia. Como hemos visto, las razones para declarar un delito imprescriptible (es decir, que la contingencia de la punición no esté limitada o condicionada por el tiempo) puede radicar en la gravedad material del delito y en la ejecución a gran escala de los mismos. Como reconocen los autores de la propuesta no sería este el motivo (a pesar de que se trata de delitos graves), sino la imposibilidad de ejercer la acción penal en forma tempestiva (es decir, la imposibilidad fáctica).

Como revisamos en el apartado anterior, la mera imposibilidad fáctica de perseguir un delito no transforma ese ilícito en nuestro ordenamiento *per se* en uno que merezca un régimen de imprescriptibilidad, sino uno de suspensión o interrupción de los plazos; a causa de que los menores víctimas de dichos ilícitos se encuentran encerrados en un círculo de abuso del que no pueden salir por sí mismos, una tutela adecuada de sus bienes jurídicos puestos en riesgo o lesionados exigiría no considerar el tiempo que media entre la comisión del ilícito y su descubrimiento. Pero, y ya que la imposibilidad no es absoluta, pues los autores de dichos delitos no pertenecen al aparato estatal o similares (es decir, no es criminalidad *del* Estado), el mantenimiento de la apertura de la contingencia punitiva no debería extenderse en forma indefinida, sino modularse estableciendo hitos en los que pueda, abstractamente, determinarse en qué momento esa imposibilidad relativa decae y las víctimas de los delitos están en condiciones de revelar lo sucedido. Es decir, los fundamentos del art. 369 *quater* del CP.

Quienes sostienen los proyectos de ley presentados no están de acuerdo. Para ello se apoyan en estudios criminológicos en que se ha determinado que la edad de revelación de los mismos es fluctuante, pero que superaría con creces incluso el plazo dispuesto ya

en el art. 369 *quater*³⁵. A ello se suma otro argumento: el derecho “al tiempo”³⁶ como patrimonio de las víctimas y que debiese ser respetado por el legislador, cancelando los plazos prescriptivos de estos delitos.

El derecho al tiempo consistiría en el derecho a perseguir delitos en el momento en que las víctimas estén en condiciones de hacerlo, sin estar sujetos a plazos u otras condiciones. El concepto de derecho al tiempo se basa en la noción de empatía, es decir, en un sentimiento de identificación de un sujeto con los demás, para “vivenciar de manera intersubjetiva las afecciones a las que puede llegar a abrigar, siempre tomando como referencia una situación límite o autoevidente, es decir, la facultad de reproducir lo que el otro siente, piensa o experimenta”³⁷. En este contexto, las exigencias derivadas del concepto de empatía en el Derecho obligarían a legisladores y jueces a colocarse en el lugar, en este caso de la víctima y respetar el proceso interno de elaboración de la propia memoria y reconstrucción de los hechos, habida cuenta de los severos daños neurocognitivos que producen los delitos de violencia sexual en los menores. En conclusión, impedimentos temporales de carácter legal deben ser removidos para permitir a las víctimas acceder a la justicia.

Ahora bien, más allá de considerar a la empatía como un concepto o principio vigente de nuestro ordenamiento, la pregunta es si su inclusión obliga o no a la reparación

³⁵ Entre los informes presentados a la comisión de legislación de la Cámara de diputados se encuentra la presentación de JACKSON, V., y HAMILTON, J., “Imprescriptibilidad del abuso sexual y derecho al tiempo”, presentación de 7 de septiembre de 2016. En él se indica que “la vulnerabilidad mayor en los seres humanos es durante la niñez, y los crímenes en esta etapa tienen un carácter único: por su edad, las víctimas no tienen cómo entender, resistir, escapar, protegerse o responder ante eventos que superan sus umbrales de defensa psíquica y física” (p. 3). Luego, se remiten a un estudio (Arredondo, V., Saavedra, C., Troncoso, C. & Guerra, C., “Develación del abuso sexual en niños y niñas atendidos en la Corporación Paicabi”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14 (1), 2016, pp. 385-399) para indicar que solo un tercio de los menores revelan tempranamente el haber sido víctima de un abuso (p. 8). Lo que la presentación olvida, es que para el estudio citado, revelación temprana es aquella que se produce en un plazo de 1 mes luego del abuso, intermedio aquel que se produce entre uno a seis meses y tardío cuando la revelación supera los 6 meses (Arredondo *et al.*, *op. cit.*, p. 389). La omisión es relevante, pues luego el informe de Jackson y Hamilton asegura que literatura internacional –que no es citada– el tiempo de revelación fluctúa entre 10 y 20 años.

³⁶ JACKSON y HAMILTON, *ob. cit.*, p. 12

³⁷ CARREÓN PEREA, M., “Apuntes sobre la empatía y los derechos humanos”, en *Iter criminis*, Nº 10, VI época, julio-septiembre 2015, pp. 79-90, p. 83. El origen del concepto de empatía puede rastrearse, a mi juicio, hasta los trabajos de Karen Gilligan acerca de la noción de cuidado (*care*). Acerca de algunos aspectos de estas teorías en sentido expositivo, me remito al trabajo de GARCÍA AMADO, J.A., “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, p. 13-42, quien resume así la contraposición entre un derecho masculino y uno femenino: “Para la ética de justicia o de derechos la reflexión moral consiste en la elección imparcial y racional de principios y en la aplicación de estos. Estos principios u reglas tendrían carácter y alcance general y sirven para otorgar derechos u obligaciones con ese mismo alcance, debiendo estar también jerarquizados esos derechos con el fin de poder ponderar, de modo objetivo y neutral, su respectivo peso en caso de conflicto. Por contra, para la ética del cuidado lo que cuenta por encima de la aplicación de cualquier principio o norma abstracta es la apreciación del contexto de cada conflicto y la consideración de las personas implicadas, haciendo prevalecer el elemento afectivo y emocional y la voluntad de ayuda sobre la frialdad y el distanciamiento de cualquier regla”, p. 16.

por vía penal. Es decir, si del respeto al tiempo de las víctimas se colige directamente la obligación de perseguir y condenar penalmente a un sujeto.

A mi juicio esta conexión no es del todo clara, porque de ella se seguiría, entonces, que la víctima tendría un derecho a la pena del autor. Es decir, que ese proceso de reconstrucción del severo trauma vivido en la niñez o adolescencia se repararía por medio de una sanción punitiva³⁸. Esta afirmación nos obliga a revisar, brevemente, el papel de la víctima en el Derecho penal.

Como sabemos, el proceso de “confiscación” (o neutralización) de la víctima tiene antecedentes en la historia³⁹ siendo precedido por un período de protagonismo y luego de redescubrimiento⁴⁰. En términos simples, la víctima quedó relegada a mero objeto dentro del proceso penal en pos de una progresiva racionalización del poder punitivo por varias razones: el conflicto penal dejó de ser un conflicto entre privados, al asignarse un interés prevalentemente público en su resolución (conflicto autor-autoridad)⁴¹ a ello se agrega el temor que la víctima, en ejercicio de atribuciones privadas, pueda desencadenar una venganza incontrolable contra el autor. Así, los conflictos penales fueron monopolizados por el Estado, relegando a la víctima a un rol menor y casi inexistente. También la diferencia de bindinguiana memoria entre pena y resarcimiento, en el sentido que la segunda, que beneficia al ofendido por el delito no puede considerarse sanción, sino anulación de una situación reparable contraria al derecho jugó un rol preponderante en esta relegación⁴².

Solo posteriormente a la Segunda Guerra Mundial la víctima, especialmente en el Derecho penal internacional, comenzó a ser revalorada como sujeto de derechos e individuo de importante significación en el tejido social⁴³. Luego, este progresivo redescubrimiento de la víctima fue traspasado al Derecho y proceso penal de cada Estado de la mano de movimientos como el abolicionismo que buscaban, en su empeño por humanizar el derecho penal, encontrar formas de solución de conflictos penales que

³⁸ Si bien es cierto las propuestas legislativas objeto de este trabajo no declaran en ningún momento inscribirse o desear inscribirse en el marco de las teorías de la justicia restaurativa, la utilización del término “reparación” invita al menos a observar, de pasada, si el derecho a la pena como forma de reparación puede contemplarse. La respuesta, por lo pronto, parece negativa. De hecho, las teorías acerca de la justicia restaurativa contienen en sí la noción de reparación, en la que no está pensada necesariamente –y diríase mejor, en forma precisamente excluyente de– la imposición de penas tradicionales. Véase por todos ROXIN, C., “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 129-156. Acerca de las dificultades que presenta el problema de las alternativas a la pena, véase GALAIN, P., “Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal”, en *Doctrina y jurisprudencia penal. Términos anticipados*, N° 24, Thompson Reuters, Santiago, 2015, pp. 3-36, p. 6.

³⁹ ZAFFARONI, E., *En torno a la cuestión penal*, BdF, Montevideo, 2005, p. 11.

⁴⁰ GARCÍA PABLOS, A., *Criminología*, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 62.

⁴¹ DUCE, M., “Algunas Reflexiones sobre los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal Chileno”, en VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica” *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Doc. 1, pp. 739-815, p. 741.

⁴² ESER, A., *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 61.

⁴³ BONET, M., *La víctima del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 2.

tuviesen a la pena como una posibilidad remota o inexistente⁴⁴. El éxito más importante de estos movimientos fue la noción de “mediación penal” englobada dentro del concepto de “justicia restaurativa”⁴⁵, la que presenta avances de importancia en la justicia punitiva anglosajona y, con menor extensión, en la alemana, justicia que busca que la reparación del daño causado por el delito se convierta en un insumo importante para acceder a mecanismos de reacción penal que otorguen mayor relevancia al ofendido por el delito, contribuyendo así a la humanización de las penas en general.

Este redescubrimiento de la víctima tiene muchos adeptos en el mundo político y en la comunidad en general, pero desde una perspectiva diversa: a causa de que se tiende a considerar al proceso penal como uno que se concentra casi exclusivamente en la protección de los imputados y poco en el perjudicado por el delito (situación injusta, según estos sectores), el redescubrimiento de la víctima presenta una faceta menos “saludable” de la mano de movimientos que buscan no dejar espacio a la impunidad y que ven el castigo (sin reparación) del imputado como un derecho de la víctima⁴⁶.

Con todo, existen a juicio de buena parte de la doctrina motivos para considerar con cautela este nuevo posicionamiento de la víctima, toda vez que se reconoce que el proceso de confiscación del derecho a castigar del Estado fue un triunfo de la racionalidad moderna. Se alega que difícilmente logra conciliarse con las finalidades de la pena⁴⁷ o que la presencia de la víctima como interviniente no solo en materia adjetiva sino sustantiva distorsiona el carácter eminentemente público del derecho penal; o que estas reformas en lugar de favorecer a la víctima han terminado por invisibilizarla más⁴⁸.

El otro peligro asociado a conceder más intervención a la víctima está determinado por el fenómeno del neopunitivismo o el derecho de la víctima a la justicia y el castigo, rasgos que se han desarrollado sobre todo gracias a la labor de la Corte Interamericana que estaría creando un verdadero catálogo de derechos de la víctima de espaldas a la legislación y a costa de una reducción de las garantías de los imputados⁴⁹. Es decir, el nuevo protagonismo asociado a la víctima aquí aparece como una decidida forma de

⁴⁴ CARNEVALI, R., “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, Semestre I), pp. 27-39, p. 30.

⁴⁵ DÍAZ, A., “La experiencia de la mediación en Chile”, en *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67, p. 2.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho a la víctima al castigo del autor”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, número 86-87, 2008, pp. 149-171, p. 160.

⁴⁷ CARNEVALI, ob. cit., p. 34.

⁴⁸ ORTIZ DE URBINA, I., “El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos”, en VV.AA., “La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica”, *Polít. crim.* Vol. 9, Nº 18 (Diciembre 2014), Doc. 1, pp. 739-815, p. 766.

⁴⁹ MALARINO, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-64, p. 46; SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 164. Muy crítico MATUS, J.P., “Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho penal internacional”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, Nº 81, julio-diciembre 2013, pp. 139-145.

limitar derechos del imputado, el centro de atención de la justicia punitiva desde la Revolución Francesa al menos.

¿Son los proyectos presentados manifestaciones de neopunitivismo asociados a la introducción de los derechos de las víctimas? Ello depende de las finalidades que persiguen estas medidas. Si la finalidad es siempre la punición del autor, la medida podría encausarse dentro del paradigma del “derecho al castigo” y, por tanto, ser objeto del blanco de las críticas reseñadas precedentemente.

Parece difícil desde este punto de vista desconocer el giro neopunitivista de las medidas presentadas a discusión legislativa. Algo de esos rasgos están en algunos documentos y presentaciones entregadas a la comisión de legislación y justicia de la Cámara de diputados⁵⁰, pues sostienen con vehemencia que la única forma de reparación a las víctimas está en la imposición de una pena, previa reconstrucción de la verdad de los hechos.

Aquí existen tres puntos que parece preciso tratar por separado: en primer lugar, no se encuentra consagrado ni a nivel internacional ni interno un derecho de las víctimas al castigo del autor⁵¹ que haga que cualquier medida que conduzca a la impunidad sea considerada ilegítima⁵². Segundo, que el derecho a la verdad exista como tal —esto es, a establecer la verdad de la ocurrencia de un hecho— y que, consecuentemente, ese derecho penal pueda ser realizado efectivamente en sede procesal es altamente discutible, cuando no una mera ilusión, debido a las características del proceso penal rodeado de garantías que se opone ontológicamente a la determinación de la “verdad” material⁵³ y, tercero, que de la averiguación de la verdad se siga deontológicamente una sanción penal, ni siquiera en materia de delitos contra la humanidad, es una afirmación con características de absoluta. En este último punto, no parece desdeñable la alternativa enmarcada en

⁵⁰ Por ejemplo el informe ya citado de Jackson y Hamilton: “no sé cómo, en nuestro sano juicio, podemos atrevernos a establecer límites mandatarios o siquiera ‘deseables’ para el dolor humano y su necesidad de contención, de testimonio, de trato justo. No se puede extinguir la posibilidad de justicia para víctimas que nunca renunciaron a derechos de denuncia y/o prosecución de acciones en la justicia. Simplemente no sabían, no podían; nunca estuvieron en condiciones de comprender el crimen, ni de elegir o renunciar a nada” (p. 9). O “muchos hemos querido pensar que la ética del cuidado humano no es separable de la justicia; que las leyes son herramientas al servicio de la sociedad, de la protección de la niñez, como una prioridad irrecusable. Pero aquí nos enfrentamos al argumento de tiempos transcurridos y prescripciones que, como certeza, *solo sirven a abusadores sexuales*” (p. 10, las cursivas son mías).

⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 166 para el caso español, cuyas conclusiones pueden extenderse al caso chileno.

⁵² En cuanto a nuestro sistema regional, el art. 63.1 de la CADH se refiere solo al derecho a la reparación, aunque es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido interpretando dicha norma en términos, por decir lo menos, amplios. Cfr. GALAIN, P., “Relaciones entre el derecho a la verdad y el proceso penal. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 249-282.

⁵³ Que el proceso penal es un mal “lugar” para la afirmación de la verdad. Así, según GALAIN, ob. cit., p. 265, “El proceso penal de nuestros días no tiene como objetivo la búsqueda de la verdad material, porque la lógica económica o de negociación se ha instaurado en el proceso penal, cambiando algunos paradigmas en el procedimiento de verificación de la responsabilidad penal”.

modelos de justicia restaurativa que impliquen la averiguación de la verdad (mediante investigaciones oficiales o con la propia confesión y admisión de responsabilidad del autor del delito), pero que no finalicen en una condena. Si el hecho de denunciar y dar a conocer el delito del que se fue víctima ayuda a repararla, entonces esa verdad oficial bastaría a efectos de la superación del trauma sin necesidad de recurrir a la pena⁵⁴.

A lo anterior se suman otras consideraciones. Nuestro régimen de determinación de los plazos de prescripción se encuentra notablemente constreñido por la normativa del Código que distingue fases o tramos de plazo dependiendo de la cuantía de la pena. Ello implica que si las sanciones son bajas, traerán como consecuencia un plazo de prescripción breve o exiguo. Si a ello se suma un régimen de suspensión e interrupción del plazo particularmente escueto, a diferencia de otros ordenamientos, entonces puede comprenderse que los autores de estas propuestas prefieran la imprescriptibilidad antes que perfeccionar un régimen de suspensión que, a juicio de parte de nuestra doctrina, aceptaría situaciones de paralización del plazo basados en la imposibilidad del ejercicio de la acción. Sin embargo, no me parece imposible e incluso necesario para otras categorías de delitos y víctimas que comparten algunas de las características enunciadas previamente.

Finalmente, este fundamento para la ampliación de los plazos no se justifica frente a la prescripción de la pena, pues en este caso el delito ha sido descubierto, juzgado y el autor condenado, por lo que malamente podría decirse que la víctima se ha visto privada del acceso a la justicia en este caso.

3.2. La imprescriptibilidad de los delitos de violencia sexual contra menores es exigible pues se asimila a la tortura

Un segundo argumento empleado por los promotores de la imprescriptibilidad de estos delitos proviene de la exigencia emanada de organizaciones internacionales en el sentido de asimilar la violencia sexual contra menores a la tortura. Esto aparece de manifiesto en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño de la ONU respecto de los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, en el que se recomienda al Estado chileno que “tenga en cuenta la recomendación formulada por el Comité contra la Tortura en 2009 (véase CAT/C/CHL/CO/5, párr. 10) e introduzca en el Código Penal una disposición en que se establezca que el delito de tortura de niños no prescribe”. Luego, combinando estas Observaciones con el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea General de la ONU que indica que “está demostrado que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura y malos tratos”; así entonces se construye el argumento: porque la tortura contra niños debe ser imprescriptible y que la violencia

⁵⁴ Así lo atestiguan los procesos de justicia restaurativa en general, que precisamente por medio de alternativas penales evitan la punición con una batería de mecanismos que van desde amnistías (no autoamnistías) hasta juicios de paz y comisiones por la verdad. Cfr. FORNASARI, G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2013, especialmente para la experiencia sudamericana pp. 61 y ss.

sexual contra menores es asimilable a la tortura, la violencia sexual contra menores debe ser imprescriptible.

Más allá de considerar más o menos correctas las recomendaciones de estos organismos internacionales, vale la pena detenerse en el procedimiento hermenéutico utilizado: el Informe del relator especial no asegura que la violencia sexual contra menores *sea* tortura, sino que *pueden* constituir torturas, es decir, allí donde participen de las características de la tortura como ilícito –que, de paso, justifican que sea un delito imprescriptible–, es decir: que estos tratos inhumanos y crueles de gravedad superlativas sean realizados al amparo de un aparato estatal (o similar) que elimine en forma absoluta la posibilidad de recurrir a su auxilio para detenerlas o sancionarlas^{55 56}. Asimilar –como parecen hacer los partidarios de la imprescriptibilidad– que la violencia sexual contra menores a la situación de absoluto desamparo de la víctima es un exceso interpretativo que más bien parece un forzado acomodo. Ciertamente los menores pueden verse privados en mayor o menor medida del acceso a la justicia estatal por las razones previamente dichas, pero ello no puede predicarse en términos absolutos o cuasi absolutos como cuando se trata de tortura cometida por aparatos estatales o por quienes desarrollen funciones públicas. El hecho que anualmente se denuncien, persigan y sancionen delitos de esta índole en forma más o menos constante permite discutir dicha afirmación.

⁵⁵ Recordemos las palabras de MAIHOFFER, W., *Estado de Derecho y dignidad humana*, trad. Guzmán Dalbora, J.L., BdF, Montevideo, 2008, p. 19: “De suerte que el funcionario público que me golpea y atormenta a su antojo, no solo lesiona únicamente mi cuerpo: destroza entre nosotros, con efectos tanto para sí mismo como para los demás, el contrato social dentro de cuyos límites ha de moverse, en la humana situación cultural, toda conducta hombre a hombre, sean cuales fueren su papel social o su condición”.

⁵⁶ Después de la introducción de la Ley N° 20.298 de 22 de noviembre de 2016, nuestro ordenamiento finalmente adoptó la terminología “tortura”, reemplazando los vocablos “tormentos y apremios ilegítimos” colocándose así a tono con la legislación internacional, especialmente con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984, cambiando así también el bien jurídico tutelado de la libertad y seguridad por la protección de la vida e integridad física o psíquica de la persona; pero se mantiene en la tipicidad la exigencia que se trate de un empleado público el sujeto activo o un particular que lo ejecuta en ejercicio de funciones públicas (Cfr. MATUS, J.P., y RAMÍREZ, M., *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 192 y ss.). Los tratados internacionales, en todo caso, son oscilantes en la materia. En ocasiones exigen que se trate de agentes estatales o similares (por ejemplo, el art. 1.1. de la Convención contra la tortura), en ocasiones no (por ejemplo, el art. 7.2 del Estatuto de la Corte penal internacional); la jurisprudencia internacional es aun más vacilante. Véase SANTALLA, E., “La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales penales internacionales”, en *Sistema interamericano de protección a los derechos humanos y Derecho penal internacional*, vol. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 229-262. Para el sistema interamericano es relevante hacer notar los requisitos que la Corte ha exigido para tener por configurada la tortura: que se trate de una acción deliberada o acto intencional; que la víctima sufra dolor o angustia físicos o psicológicos severos; que exista una finalidad para infringir tortura (p. 242).

3.3. La imprescriptibilidad de los delitos de violencia sexual contra menores es exigible pues nuestro ordenamiento jurídico está mal preparado para escuchar a las víctimas

Respecto del tercero, vale decir, la comprobación empírica que un régimen de este tipo tampoco solucionará la delicada situación de la infancia vulnerable en Chile, no parece ser un argumento decisivo para justificar esta medida. Que nuestro ordenamiento jurídico esté mal preparado para afrontar estos problemas –desde la conducta de autoridades y policías al recibir las eventuales revelaciones de menores de edad hasta como son tratados los menores en un aula de tribunales– pueden parecer atendibles como demostración y prueba del problema mayor que enfrenta nuestro país, pero no necesariamente como fundamento de la imprescriptibilidad. Si incluso en un régimen donde el paso del tiempo no tenga relevancia para su persecución los denunciantes se encontrarán, probablemente, con los mismos obstáculos que en la actualidad habla más bien a favor de introducir reformas de variada índole que incidan en ello, más que en alterar el régimen de prescripción. Reformas como la conformación de judicaturas especializadas, la capacitación de fiscales y defensores también especializados y el mejoramiento de los medios de prueba para estos delitos –tanto en cuanto a cómo se reciben los relatos de los menores vulnerados a cómo debe interpretarse de cara a la valoración del mismo– parecieran por lo demás estar más orientados a lo que la literatura especializada infantojuvenil recomienda, esto es, mejorar las posibilidades de revelación temprana. Una justicia más cercana temporalmente en el tiempo es preferible siempre a una que pueda llegar pero a una distancia temporal demasiado grande de los hechos si lo que deseamos es la tutela de los derechos de la infancia.

III. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN CASO DE APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

Ahora, en el escenario que alguna de estas propuestas prospere, me parece relevante indicar algunas observaciones:

En primer lugar, surge la duda acerca de aquellos casos en los que se ha descubierto el delito con mucha cercanía a su comisión. ¿Se mantiene la imprescriptibilidad del mismo? Esto es importante de cara a los casos de suspensión del plazo de acuerdo con el art. 96 del Código Penal, la única manifestación de “prescriptibilidad total” de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷. Al tratarse de un delito imprescriptible, el art. 96 no se aplicaría y, por tanto, la posibilidad de prolongar indefinidamente un proceso se vuelve muy real e innecesaria de acuerdo con los fines de la norma en caso que estas

⁵⁷ Se trata de un mecanismo para evitar que delitos prescriptibles se transformen en delitos virtualmente imprescriptibles solo mediante eventos interruptivos o suspensivos. Estas normas de deben probablemente al influjo de Carrara, quien veía con malos ojos cualquier mecanismo que alargase los términos prescripcionales: CARRARA, F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Prato, 1878, p. 102.

modificaciones se aprueben⁵⁸. Se podrá retrucar que cautela esta situación los plazos máximos de investigación del Código Procesal Penal, pero es admisible recordar que en estos casos estamos hablando siempre de investigaciones formalizadas, por lo que aquellas que se mantienen informalizadas pueden extenderse según el arbitrio del Ministerio público durante mucho tiempo.

En segundo lugar, si bien la gravedad del delito no sería aquí el argumento para declararlos imprescriptibles según lo que los propios promotores de la modificación indican, debe tomarse en consideración si se desea dar el paso a la imprescriptibilidad⁵⁹. Que la violación propia e impropia y los abusos sexuales agravados sean imprescriptibles parece razonable según los argumentos de quienes defienden esta propuesta; que un abuso sexual simple o una corrupción de menores también se beneficie de esta declaración de imprescriptibilidad me parece discutible, especialmente cuando estas conductas no son reiteradas⁶⁰. Una alternativa sería aquella que propone uno de los proyectos de ley actualmente en discusión en el Congreso, esto es, restringir la declaración de imprescriptibilidad para delitos de violencia sexual contra menores de 14 años, conservando la regla de suspensión para aquellos ilícitos que tengan como víctima a un menor de 18 pero mayor de 14.

IV. CONCLUSIONES

Los sucesivos proyectos de ley que postulan la imprescriptibilidad de estos delitos han sido elaborados de buena fe y con un objetivo loable, cual es la protección de la infancia que sufre de delitos tan horribles y traumáticos como los son aquellos que inciden en la libertad y la sexualidad humanas. Sin embargo, la aceptación de una modificación de esta clase no solo depende de sus buenas intenciones, sino también de su ponderación con el instituto al que pretenden modificar y, por otro lado, del peso de los argumentos planteados de cara a los resultados y principios a los que aspiran. Respecto de lo primero, como hemos revisado, buena parte de la respuesta depende de la postura que se sostenga acerca del fundamento y fines de la prescripción en materia penal. Para

⁵⁸ Es algo que parte de la doctrina exige tratándose de normas como nuestro art. 369 *quater*. Véase para el caso alemán STENBERG-LIEBEN, D.; Bosch, N., “§§78ff.” en: SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *StGB Kommentar*, 23ª edición, Munich, Beck, 2010, p. 3; en España, RAGUES, ob. cit., p. 153; en Chile, CABEZAS, p. 395 y ss. En este caso, dicha solución no parece factible, toda vez que se declaran imprescriptibles estos plazos, lo que haría imposible revivir el plazo común de los delitos como la solución adelantada propone.

⁵⁹ PEDREIDA, ob. cit., p. 157 y ss., considera la existencia de tres principios informadores de la prescripción: legalidad e irretroactividad, proporcionalidad de los plazos y apreciación de oficio y posibilidad de alegarla en cualquier momento. Respecto del segundo indica: “No serviría de mucho, desde el punto de vista de los derechos y garantías de los ciudadanos, que la pena y las restantes medidas restrictivas deban ser proporcionadas al hecho cometido, si posteriormente la posibilidad de imponerlas y la consiguiente situación jurídica expectante pudiera prologarse en el tiempo en forma indefinida o desproporcionada” (p. 165).

⁶⁰ Algo predicable también del vigente art. 369 *quater*. Cfr. CABEZAS, ob. cit., p. 403.

quienes sostenemos que ella se cimienta en consideraciones a la humanidad del reo, la imprescriptibilidad solo se justifica cuando las acciones cometidas son objetivamente de un nivel de injusto sumamente grave, como en el caso de las graves violaciones a derechos humanos cometidas de preferencia por aparatos estatales o de características similares. Además, y respecto de lo segundo, si bien es atendible que la justicia brinde protección a quien después de una dolorosa reconstrucción de hechos sufridos en la infancia se atreve a denunciarlos, primero habría que comprobar que una reforma de esta naturaleza mejora la situación de las víctimas y ello es muy dudoso, como espero haber demostrado. Finalmente, esa tutela no puede desatenderse de los fines de un derecho penal racional, y que por tanto debe retirarse ahí donde el paso del tiempo ha sido excesivo. Un magisterio punitivo que se restringe temporalmente responde mejor a la idea de justicia humana, esto es, una intrínsecamente defectuosa; y porque se sabe tal, no arrastra sus consecuencias sino hasta allí donde razonablemente puede actuar.

BIBLIOGRAFÍA

1. BALMACEDA, G., "La prescripción en el Derecho penal chileno", en Corral, H. (coord.), *La prescripción extintiva*, Cuadernos de extensión jurídica de la Universidad de los Andes, Santiago, 2011, pp. 175-194.
2. BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885.
3. BONET, M., *La víctima del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
4. CARNEVALI, R., "Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 2005, Semestre I), pp. 27-39.
5. CARRARA, F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Prato, 1878.
6. CARREÓN PEREA, M., "Apuntes sobre la empatía y los derechos humanos", en *Iter criminis*, N° 10, VI época, julio-septiembre 2015, pp. 79-90.
7. CERRADA MORENO, M., "La imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, fundamentos y regulación en el Derecho comparado y en el Derecho español", en *Cuadernos de política criminal*, N° 120, III, Época II, diciembre 2016, pp. 309-345.
8. DANNECKER G., *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, Mohr, 1993.
9. DÍAZ, A., "La experiencia de la mediación en Chile", en *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-67.
10. DUCE, M., "Algunas Reflexiones sobre los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal Chileno", en VV.AA., "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica", *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Doc. 1, pp. 739-815, p. 741.
11. ESER, A., *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
12. FIANDACA, G., y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte Generale*, Quinta edición, Zanichelli, Bologna, 2007.
13. FORNASARI, G., "Dittatori alla sbarra: il caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay", en *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Nápoles, 2011, p. 2295 y ss.
14. FORNASARI, G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Turín, 2013.

15. GALAIN, P., "Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal", en *Doctrina y jurisprudencia penal. Términos anticipados*, N° 24, Thompson Reuters, Santiago, 2015, pp. 3-36.
16. GALAIN, P., "Relaciones entre el derecho a la verdad y el proceso penal. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos humanos", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 249-282.
17. GARCÍA AMADO, J.A., "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 13-42.
18. GARCÍA PABLOS, A., *Criminología*, LexisNexis, Santiago, 2008.
19. GIUNTA, F. y MICHELETTI, D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del proceso*, Turín, Giappichelli, 2003
20. GUZMÁN DALBORA, J.L., "Aprobación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", en *Anuario de Derecho Penal*, N° 1999-2002, pp. 201-244.
21. GUZMÁN DALBORA, J.L., "Crímenes internacionales y prescripción", en *Temas actuales del Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 103-115.
22. HENKEL, H., *Introducción a la teoría del Derecho*, Gimbernat, E. (trad.), Taurus, Madrid, 1968.
23. HONG, Y., *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Peter Lang, Frankfurt, 2005.
24. JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Mir Puig, S., y Muñoz Conde, F. (trad.), tomo II, Barcelona, Bosch, 1978.
25. LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milán, 1968.
26. MAIHOFFER, W., *Estado de Derecho y dignidad humana*, trad. Guzmán Dalbora, J.L., Bdf, Montevideo, 2008.
27. MALARINO, E., "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-64.
28. MAÑALICH, JP., *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago, 2010.
29. MATUS, J.P., "Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho penal internacional", en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 9, N° 81, julio-diciembre 2013, pp. 139-145.
30. MATUS, J.P., y RAMÍREZ, M., *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
31. MEDINA, G., "Observaciones a proyecto de ley relativo a imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad", Santiago, 16 de noviembre de 2016.
32. ORTIZ DE URBINA, I., "El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos Problemáticos", en VV.AA., "La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica", *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Doc. 1, pp. 739-815.
33. PEDREIDA GONZÁLEZ, F., *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
34. PEÑA, S., y SANTIBÁÑEZ, M., "La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.207", *Microjuris* 2, enero 2008.
35. PÉREZ LUÑO, A. "La Seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 15, 2000, pp. 25-38.
36. RAGUÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.
37. RECASENS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1961.
38. RODRÍGUEZ, L., *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

39. ROXIN, C., “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc. Buenos Aires, 1992, pp. 129-156.
40. SALIGER, F., “§78 ff.”, en: KindhäUser, U., Neumann, U., y Paeffgen, H-U-. (Coords.) *NomosKommentar StGB*, 3ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2010.
41. SAMBALE, A., *Die Verjährungsdiskussion im Deutschen Bundestag*, Kovac, Hamburgo:, 2002
42. SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
43. SANTALLA, E., “La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales penales internacionales”, en *Sistema interamericano de protección a los derechos humanos y Derecho penal internacional*, vol. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 229-262.
44. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho a la víctima al castigo del autor”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, número 86-87, 2008, pp. 149-171.
45. SILVANI, S., *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bolonia, Il Mulino, 2009.
46. STENBERG-LIEBEN, D.; Bosch, N., “§§78ff.”, en: Schönke, A. y Schröder, H., *StGB Kommentar*, 23ª edición, Munich, Beck, 2010.
47. VASSALLI, G., *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milán, 2001.
48. VIGANÓ, F., “Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?”. *Giur. cost.* 2010, pp. 3017-3030.
49. YUSEFF, G., *La prescripción penal, Jurídica de Chile*, Santiago, 2009.
50. ZAFFARONI, E., *En torno a la cuestión penal*, Montevideo, BdF, 2005.

El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno*

*Luis Emilio Rojas Aguirre**

RESUMEN

El trabajo ofrece un panorama de las normas contenidas en la parte especial de la legislación penal que se relacionan con la idea general de solidaridad. Una aproximación al fundamento de cada norma, sin embargo, muestra que este, en todos los ejemplos mencionados salvo en el tipo de omisión de socorro, se aparta de una consideración exclusiva de solidaridad intersubjetiva. La pretensión del trabajo es todavía básicamente descriptiva y busca identificar las normas que tendrían un fundamento exclusivo en el deber general de solidaridad intersubjetiva.

Deber de solidaridad – parte especial – exposición

The reduced space of solidarity in the types of the Chilean Criminal Law's special part

ABSTRACT

This paper offers an overview of the norms contained in the special part of the criminal legal system that relate with the general idea of solidarity. An approximation to the basis of each norm, however, shows that in all of the examples mentioned, except for the type of omission of rescue, it departs from an exclusive consideration of intersubjective solidarity. The ambition of this document is still basically descriptive and seeks to identify the rules that would have an exclusive foundation in the general duty of intersubjective solidarity.

Duty of solidarity – special part – exposition

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Friburgo, Alemania. Profesor de derecho penal, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: lurojas@uahurtado.cl

Trabajo escrito en el marco del proyecto Fondecyt N. 1150178 sobre “Líneas básicas de una dogmática de los delitos propios de omisión: una aproximación al deber de solidaridad y al significado de su infracción”, en el que el autor cumple el rol de investigador principal; coinvestigadora en el proyecto es la Dra. María Soledad Krause; agradecimientos al ayudante de investigación, Claudio Quintana.

** Artículo recibido el 29 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo se reduce a ofrecer un panorama de los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno que describen un hecho cuyo injusto puede explicarse por la infracción a un deber general de solidaridad. Lo que se busca con este ejercicio es identificar las normas cuyo fundamento se explica *solamente* por consideraciones de solidaridad. Este esfuerzo sirve para así delimitar el conjunto de normas que exige una indagación en el problema filosófico-político del fundamento y ubicación de tal principio en un Estado de Derecho regido por la idea de libertad¹, cuestión que se pretende abordar con mayor profundidad en otro lugar.

Sin perjuicio de lo dicho, y para los efectos de la presente exposición, resulta no obstante conveniente explicitar antes una noción siquiera general de la idea de solidaridad. En este punto, y con ese fin, se entiende bajo tal idea un vínculo entre personas que se encuentran previamente unidas entre sí por determinadas características *comunes* —como historia, convicciones e intereses— y que insta a *responder* recíprocamente uno para el otro². Así comprendida esta idea, es posible adelantar que una revisión de la legislación penal vigente arroja como conclusión que su espacio en los tipos de la parte especial es extremadamente reducido, es decir, estamos frente a una legislación muy poco solidaria. Lo dramático es que esta expresión mínima de la solidaridad tampoco se debe a que la legislación penal sea extremadamente liberal. Si se tiene presente la sistemática del Código Penal chileno (en adelante: CP), cuya parte especial comienza con los delitos contra la seguridad del Estado, sigue con la protección de la libertad básicamente en su dimensión ambulatoria mediante las normas respecto de delito de secuestro, relega los delitos contra los derechos individuales de la persona (vida, integridad física, propiedad) a la parte final del Código y, sobre todo, no incluye un delito de coacciones, al mismo tiempo que lo reduce a una mera falta en el art. 494 N. 16, el diagnóstico debería concluir que esta legislación tampoco es una expresión decidida de liberalismo político^{3, 4}.

¹ Cfr. WILENMANN, 2014a, pp. 122 y ss., quien opone el principio de solidaridad al concepto formal de *autonomía*, sin que se excluyan entre sí: pues, la solidaridad “complementa o completa la libertad configurada mediante la autonomía formal”.

² Cfr. BAYERTZ, 1998, p. 21.

³ De otra opinión GUZMÁN, 2013, pp. 107 y s., aunque fundado más bien en las “ostensibles muestras” de liberalismo político en la parte *general* del Código.

⁴ Es importante tener presente que en el mensaje del CP, dirigido por el gobierno al Congreso en 1873, se pone en evidencia una preocupación encaminada más bien a proteger la institución y organización del Estado antes que los derechos y garantías de las personas. En este sentido, por ejemplo, en el párrafo XIV del discurso, se manifiesta que en la clasificación de los delitos se tomó como punto de partida a “la organización misma de la sociedad a cuya estable conservación debe proveer ante todo la ley”. A continuación, y como consecuencia de lo anterior, se declara que se examinaron aquellos hechos que importaban una merma a las bases del Estado (párrafo XV), para luego, recién, ocuparse de los preceptos que asegurarían las libertades individuales y todos los derechos que especialmente garantiza la Carta Fundamental, aunque solamente como consecuencia de asegurar el orden interior del Estado (párrafo XVI). Es decir, la protección de estos intereses obedeció más bien al resguardo del orden del Estado que a una preocupación genuina de corte liberal (CP, Mensaje, párrafos XIV, XV y XVI, 1874), CÓDIGO PENAL, República de Chile, “Mensaje”.

Sin embargo, ahora no se tiene la pretensión de juzgar cuán liberal es la legislación penal, sino que solamente de identificar el espacio que ocupa la solidaridad en su parte especial. En este sentido, entonces, la indagación siguiente ya supone que tal idea cumple algún rol en este marco, vale decir, parte de la premisa de la existencia de ese principio también en este contexto legislativo. Este supuesto, empero, no es para nada evidente, de ahí la necesidad de explicitarlo.

En este orden de consideraciones, si el contenido de la idea de solidaridad reside en un *vínculo* entre personas que comparten ciertas características comunes previas, derivadas de la pertenencia a una misma comunidad política, sucede que tal vínculo ya existía en el origen mismo del Estado de Derecho. Mas para volverse consciente de este origen, es necesario tomar distancia de una pretensión de fundamentación *absoluta* del Estado liberal de Derecho, en tanto ella genera la impresión de que este se habría desarrollado a partir de la nada –“el futuro necesita origen”⁵–. Ocurre que la justificada concentración en la legitimación y desarrollo del Estado de Derecho hizo tempranamente olvidar la existencia de dicho vínculo originario y, al mismo tiempo, llevó a pensar que podía ser protegido suficientemente con la prohibición también originaria del *ne aminem laedere* y sus manifestaciones. En esta concepción predominante, el Estado quedaba reducido a un mero vigilante del sagrado respeto a esta prohibición. Recién a fines del siglo 19, con el surgimiento y desarrollo del Estado *social* de Derecho, se hizo gradualmente consciencia de que dicho vínculo originario exigía una protección adicional mediante contribuciones recíprocas entre los ciudadanos⁶. Cuáles contribuciones recíprocas son necesarias y exigibles, eso depende de una definición del legislador democrático, sometida a férreos límites precisamente por su falta de obvedad en un Estado liberal de Derecho⁷. Una de estas contribuciones recíprocas, que es calificada de básica y mínima cuando un ciudadano se encuentra en una situación de peligro existencial, en el sentido de que esta pone en riesgo la existencia misma del vínculo originario, radica en el deber general de solidaridad⁸.

⁵ Cfr. MARQUARD, 2015, pp. 16 y ss., la vida del hombre es demasiado corta para fundamentaciones totales, inevitablemente este debe “conectar” (*Anknüpfen*) con el origen, con la tradición.

⁶ Cfr. DEPENHEUER, 1991/2009, pp. 166 y ss.

⁷ DEPENHEUER, 1991/2009, pp. 183 y ss., 219 y ss., la solidaridad resulta exigible solo mediante regulación legal y al mismo tiempo limitada por los derechos fundamentales.

⁸ HEGEL, 1970, § 127, en la sección sobre moralidad, reconoce un *derecho* de necesidad, pero momentáneo y limitado a la situación de conflicto entre el peligro existencial del sujeto y la propiedad del otro; en cambio, la ayuda para superar la pobreza y las necesidades de toda clase, es tratada posteriormente en el acápite sobre *eticidad*, a propósito de la policía y luego de la corporación (§§ 242 y ss.). Probablemente por ser dicha contribución básica y mínima, RAWLS, 1975, p. 135 y s., califica este deber de “natural” y lo menciona junto al deber de no dañar a otro; posteriormente, a propósito del concepto de distribución de bienes económicos y sociales (p. 349), advierte que el fin del Derecho penal radica en asegurar los deberes naturales básicos y que, evidentemente, este nada tiene que ver con dicha distribución. Esta diferenciación de deberes, que ya traza antes la filosofía moral y política, se pierde de vista cuando la dogmática jurídico-penal trata conjuntamente e incluso confunde, bajo la idea general de solidaridad, el deber básico de auxilio con un deber moral de promover el *bienestar* del otro.

Este deber de solidaridad tiene una *faz pasiva*, que explica el fundamento normativo de la justificación en la hipótesis del estado de necesidad agresivo –art. 10 N. 7 CP⁹–. Y tiene asimismo una *faz activa* en la forma de un deber de auxilio, cuya infracción funda la responsabilidad por el delito de omisión de socorro –art. 494 N. 14 CP–. En su faz activa, por consiguiente, la principal forma de infracción a este deber es mediante omisión. De ahí que la búsqueda se inicie con los principales tipos que describen una *omisión* –delitos *proprios* de omisión–.

Respecto del trasfondo de las reflexiones precedentes, a continuación se exponen solamente las manifestaciones del deber general de solidaridad en su *faz activa*, esto es, cuya infracción puede configurar el injusto de un delito tipificado en la parte especial del Derecho penal.

II. EL PARADIGMA DEL TIPO DE OMISIÓN DE SOCORRO (ART. 494 N. 14 CP)

En este sentido, parece conveniente empezar con el *paradigma* del tipo general de omisión de socorro, para luego ver cómo otras normas se apartan tendencialmente de él y, en esa medida, se apoyan en consideraciones distintas del deber general de solidaridad:

Art. 494 N. 14 CP: “El que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio”.

Es bien sugerente que este paradigma se encuentre relegado por el CP al capítulo de las faltas y, además, que la realización de su tipo se castigue con una pena de multa¹⁰. Pues, no obstante que el texto de la ley hace referencia nada menos que a una

⁹ VAN WEEZEL, 2016, pp. 223 y ss. También, WILENMANN, 2014b, pp. 221-222, 234-235.

¹⁰ La historia del tipo de omisión de socorro puede pesquisarse en las sesiones de trabajo de la comisión redactora del Código Penal de 1874. Específicamente, en las sesiones número 107, 108, 109 y 110, a partir de estas es posible inferir que dicha norma fue incorporada al programa criminal chileno mediante una transcripción textual del art. 486 N. 12 del Código Penal español de 1850. En efecto, en la primera de estas sesiones comenzó la discusión sobre el Libro III del CP, concerniente a las faltas, advirtiéndose que únicamente se tipificarían aquellas que afectaran a la seguridad y salubridad públicas. A continuación, en las sesiones 108 y 109, se dio inicio a la discusión de las faltas graves, sin referencias explícitas al precepto en cuestión. Luego, en la sesión 110, se mencionó por primera vez el artículo en comento, con la numeración 479 N. 12, señalándose en las actas que “*Los incisos 11, 12, 13 y 14 (del art. 479) fueron aprobados, sin alteración alguna [...]*”, transcribiendo expresamente el artículo del CP español de 1850, ver: CHILE, Valparaíso, 1974, pp. 445-450 (en adelante, para referirse a las actas de la comisión redactora se usará la siguiente abreviatura: ASCR. N. Fecha). No obstante, el origen histórico del precepto se remonta ya a un supuesto de omisión incluido en la Ley XVI, Título VIII, Partida VII, de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, según el cual se castigaba la omisión de socorro por parte de siervos, sirvientes e hijos respecto de sus señores o padres, respectivamente. Ahora bien, esta hipótesis ha sido calificada como un origen difuso del supuesto actual, ya que el deber estaba dirigido a sujetos especiales y no a cualquiera, cfr. ARÁUZ, 2006, p. 25. Posteriormente,

situación de peligro *existencial*, esto es, a una situación de peligro incluso para la vida de la persona y, por consiguiente, cuya norma puede ser interpretada como dirigida a la protección de este bien jurídico¹¹, contempla una pena irrisoriamente baja. Esta forma de regulación solo puede explicarse como un reconocimiento limitado de la existencia de un deber general de socorro, cuya infracción es valorada muy por debajo de la lesión a deberes negativos, que son manifestaciones específicas de la prohibición originaria del *neaminem laedere*, y de la infracción de deberes positivos especiales, que tienen un estatus equivalente a los deberes negativos¹². A todas luces, la inclusión de este deber general es sumamente restringida, en tanto su cumplimiento se supedita a una situación de peligro existencial que se presenta solamente fuera de la ciudad –“en despoblado”– y, además, que resulta exigible siempre que pueda prestarse el auxilio sin menoscabar los derechos propios del sujeto.

III. OTRAS FIGURAS RELACIONADAS CON LA IDEA DE SOLIDARIDAD EN EL CÓDIGO PENAL (ART. 494 N. 13 Y ART. 496 N. 2)

Otra expresión muy limitada de la solidaridad puede encontrarse en la falta del art. 494 N. 13, que complementa las normas sobre delito de abandono de los artículos 346 a 352 CP:

Art. 494 N. 13: “El que encontrando perdido o abandonado a un menor de siete años no lo entregare a su familia o no lo recogiere o depositare en lugar seguro, dando cuenta a la autoridad en los dos últimos casos”.

La ubicación de los delitos de abandono en el capítulo de los ilícitos contra el orden de la familia, la moralidad pública y ahora también la integridad sexual, revela que el interés originario del Código Penal radicaba en la protección de la familia. Sin embargo, esta ubicación sistemática no le impide a la doctrina reinterpretar estas normas desde una perspectiva moderna de protección a bienes jurídicos, como la vida o la salud. Según esta relectura, estos tipos de la parte especial describirían delitos de peligro concreto para la vida o la salud de la persona abandonada¹³. Su ubicación sistemática tampoco es óbice a una propuesta de normativización del fundamento de legitimación de estas normas

ya en el marco de la codificación, es posible identificarlo en el Código Penal español de 1822, específicamente en los artículos 123 y 698 del mismo, cfr. ARÁUZ, 2006, p. 25; RODRÍGUEZ, 1996, p. 25. Luego, el precepto de la omisión de socorro vuelve a aparecer en el Código Penal de 1848 como art. 472 N. 12 y, en la reforma de 1850, como art. 486 N. 12, sin cambios de fondo (lamentablemente, no existen actas de la elaboración de este Código Penal, ver: ANTÓN, 1965, p. 486). Finalmente, esta versión del tipo es la que aparecerá en el catálogo de faltas del CP de 1874, como art. 494 N. 14.

¹¹ POLITOFF *et al.*, 1993, p. 277; MATUS Y RAMÍREZ, 2017, pp. 215 y ss.

¹² Cfr. WILENMANN, 2016, pp. 286 y ss.

¹³ POLITOFF *et al.*, 1993, pp. 266 y ss.

desde el punto de vista de un deber general de solidaridad, al menos para las hipótesis típicas de abandono cometido por cualquiera –art. 346 (niño menor de 7 años en lugar no solitario) y art. 349 (niño menor de 10 años en lugar solitario)¹⁴–. Conforme con esta lectura posible, el tipo del art. 494 N. 13 CP describiría una hipótesis de omisión cuyo injusto radica en la infracción de un deber general de solidaridad en su faz activa¹⁵.

Sin embargo, la forma en que el tipo del art. 494 N. 13 describe la conducta de omisión, en los términos de no “entregar” a la familia o de no “recoger o depositar” en lugar seguro al niño menor de 7 años, pone en duda ya la interpretación del deber subyacente al tipo desde una óptica de “solidaridad intersubjetiva”, *i.e.* entre personas. Pues, se entrega, recoge o deposita a un objeto, mas no a una persona. La exigencia de que se entregue el niño a la familia o que, junto con recogerlo o depositarlo en lugar seguro, se dé “cuenta a la autoridad” –*v.gr.*: estatal– podría incluso ser interpretada en el sentido de una colaboración con el cumplimiento de los deberes de *tutela* de la autoridad familiar o estatal, más que de protección a la persona del niño. Ahora bien, si uno soslaya lo observado y al mismo tiempo parte de la interpretación del deber a partir de una posición de “solidaridad intersubjetiva”, bajo este supuesto resulta bien difícil justificar el tratamiento disímil para con un niño de 7, 8 o 9 años de edad que se encuentra perdido o abandonado en un lugar solitario, en cuyo caso la infracción del deber no se encuentra sancionada penalmente, pero sí el abandono del mismo en tal clase de lugar –art. 349 CP¹⁶–. Una vez más, y aún bajo ese entendido, se trataría de un reconocimiento muy limitado a tal deber en su ámbito de aplicación.

Otro ejemplo de reconocimiento del deber general de solidaridad, pero también limitado en su alcance ahora por encontrarse supeditado el cumplimiento del mismo a un requerimiento previo de la autoridad, se encuentra en la falta del art. 496 N. 2 CP:

Art. 496 N. 2: “El que pudiendo, sin grave detrimento propio, prestar a la autoridad el auxilio que reclamare en casos de incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, se negare a ello”.

Es interesante hacer notar que el supuesto fáctico del deber consiste aquí, a diferencia de los dos ejemplos precedentes, en una situación de peligro *general* para la comunidad. En cambio, en el tipo de omisión de socorro del art. 494 N. 14, el supuesto fáctico del deber radica en una situación de peligro puramente *individual*. Acá se trata de una situación de peligro común, frente a ella la norma presupone la *competencia* preferente de

¹⁴ Cfr. NAVAS, 2015, p. 688. Es importante tener presente que el autor distingue los supuestos en comento, en el siguiente sentido; por una parte, señala como fundamento del injusto contenido en el art. 346, la infracción de deberes positivos de carácter general; por otra, señala como fundamento del art. 347 CP, la infracción de deberes negativos originados por una asunción previa, cuyo reconocimiento estaría incluido en la frase “o personas que tuvieren al niño bajo su cuidado”, de donde se extraería que personas que han asumido dicho compromiso lo han vulnerado.

¹⁵ En cuanto al origen histórico de esta norma, se señala que fue incorporada en las mismas sesiones, y de igual forma, que el art. 494 N. 14 CP, ver nota número 10.

¹⁶ Cfr. MATUS Y RAMÍREZ, 2017, p. 215.

la autoridad para intervenir. Esta clase de situaciones de peligro para bienes jurídicos de la comunidad son asunto preferente del Estado y sus órganos. Sin embargo, para hacerles frente de manera eficaz, puede ser necesario exigir la colaboración de los ciudadanos. El Estado delega, entonces, en el ciudadano una parte de las tareas necesarias para enfrentar la situación de peligro general, *delegación* que se convierte en esta situación excepcional en un deber cuya justificación deriva de la condición del sujeto de ser miembro de la misma comunidad que se encuentra en peligro¹⁷.

Lo interesante es que esta separación entre el supuesto fáctico del peligro individual, descrito por el tipo de omisión de socorro del art. 494 N. 14, y el presupuesto de la situación de peligro general, característico de este tipo del art. 496 N. 2 CP, parte de la premisa al menos de que el alcance del deber subyacente a una y otra norma es diferente¹⁸. Pues el deber cuyo incumplimiento configura el injusto de la omisión de socorro descrita en el art. 494 N. 14 se infringe en desmedro de la víctima de la situación de peligro individual, mientras que el deber cuya infracción funda el injusto del tipo del art. 496 N. 2 CP se incumple frente al Estado y a la comunidad de la que se forma parte. Por consiguiente, el deber de auxilio, que otorga el fundamento de legitimación a la norma sobre omisión de socorro, tiene claramente un alcance *inter-subjetivo* en el sentido de que obliga en la relación directa entre personas *–vis á vis–*. En cambio, el deber de *colaboración*, que constituye el fundamento del tipo del art. 496 N. 2 CP, deriva abiertamente de la competencia y tareas propias del Estado, derivación que a su vez se funda en la condición del sujeto de ser miembro de la comunidad jurídicamente organizada¹⁹.

Este ejercicio de comparación entre ambos tipos permite confirmar la existencia de un deber general de solidaridad en sentido estricto y, en principio, con un fundamento autónomo²⁰.

¹⁷ En este sentido, PAWLIK, 1995, p. 363 y s., respecto del § 323 c del Código Penal alemán; sin embargo, es importante tener presente que el supuesto fáctico de este tipo de omisión de socorro incluye expresamente la hipótesis de “peligro general” junto con la situación de peligro (individual) y de necesidad; posteriormente, PAWLIK, 2012, p. 191 y s., complementa la fundamentación del deber de socorro con la idea general que subyace al Derecho de seguro, pensando, por cierto, en el sistema público de seguridad social arraigado en el Estado de bienestar; en consecuencia, no se trata de un deber que se tiene directamente con el conciudadano que cae en una situación de peligro –no se trata, entonces, de un deber puro de solidaridad *intersubjetiva–*, sino que de un deber que se tiene frente al conjunto de los ciudadanos y que se cumple, por ende, en representación de la comunidad para con la víctima.

¹⁸ No traza esta diferenciación PIÑA, 2010, p. 149 y s.

¹⁹ Cfr. art. 43 inc. 3º Constitución Política de la República sobre facultades del Presidente de la República en un estado excepcional de catástrofe.

²⁰ En una perspectiva histórico-legislativa, la norma del art. 496 N. 2 CP se menciona por primera vez en la sesión número 112 del trabajo de la comisión redactora del CP. En ella, el precepto estaba numerado como art. 481 N. 5 y a su respecto se señaló que debía incorporarse la frase “sin grave detrimento propio”, con el fin de no volver “ilusoria” la disposición, ASCR, sesión 112, 24 de agosto de 1872. De este modo, se reproducía la norma contenida en el art. 494 N. 2 del CP español de 1850. A su vez, el origen histórico comparado de esta última norma se remonta al Código Penal francés de 1810, específicamente a su artículo 475 N. 12, ver también PIÑA, 2010, p. 400, nota 558. Respecto de esta hipótesis, se ha dicho que estaba vinculada más bien con un supuesto de omisión frente a la autoridad y no así, propiamente, con

IV. FIGURAS RELACIONADAS CON LA IDEA DE SOLIDARIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: LEY DE NAVEGACIÓN (ART. 102 Y ART. 112) Y LEY DE TRÁNSITO (ART. 195)

El objeto del análisis precedente es solamente identificar el espacio que ocupa el deber general de solidaridad hasta ahora en la parte especial del Código Penal. Como se ve, la dimensión de la “solidaridad intersubjetiva” es bastante acotada al menos en esta parte de la legislación penal.

Esa aproximación se confirma al revisar la figura de omisión de denuncia sancionada en el art. 177 del Código Procesal Penal (en adelante: CPP) con la misma pena de falta del art. 494 CP. En la dogmática alemana se suele relacionar el tipo de omisión de socorro del § 323 c Código Penal alemán (en adelante: StGB) con la figura de omisión de denuncia tipificada en los §§ 138 y 139 del mismo código, porque se encuentra en el deber general de solidaridad un fundamento que sería común a ambas normas²¹. Lo mismo sucede en la doctrina española cuando esta relaciona la norma del art. 195 acerca de omisión de socorro con la del art. 450 del CP español respecto de omisión de denuncia. Sin embargo, esta relación se traza porque ambos tipos de omisión de denuncia se refieren a hechos constitutivos de un delito grave aún por cometerse y respecto de ello todo ciudadano se encuentra obligado a intervenir mediante denuncia, en lo posible antes de su realización –o a más tardar durante la misma–. En cambio, la norma pertinente a omisión de denuncia de los artículos 175 y 176, cuya infracción se encuentra sancionada por el art. 177 CPP antes citado, resulta aplicable solamente respecto de aquellos sujetos que se encuentran obligados especialmente a denunciar, según el art. 175, y, además, dentro de un plazo de 24 horas “*siguientes* al momento en que tomaren conocimiento del hecho criminal” –art. 176 CPP–, por esta razón, este tipo se refiere a hechos delictivos previamente cometidos.

El fundamento de esta norma, en consecuencia, no radica en un deber general de solidaridad cuyo sentido consistiría en evitar la realización de una situación de peligro para bienes jurídicos o la comisión de un delito. Más bien su fundamento podría encontrarse en un deber de colaboración, pero no con el cumplimiento de las tareas propias del Estado frente a los peligros generales y al delito, sino que solamente con el funcionamiento del sistema de justicia criminal²². De ahí su clasificación entre los delitos contra la “administración de justicia” y también su restricción a los sujetos especiales del art. 175 CPP.

el de omisión de socorro, diversa procedencia que implicaría un fundamento distinto, ver CUELLO, 1951, pp. 335-340. A partir de ese origen, la norma vuelve a aparecer en el CP español de 1848 como artículo 481 N. 2 y, finalmente, en el CP español de 1850 como artículo 494 N. 2.

²¹ Cfr. ROJAS, 2017, pp. 147 y ss.

²² Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2004, pp. 213 y ss., p. 348 y s., 370.

1. *¿Solidaridad en la navegación?*

A causa de que hasta el momento solo se han encontrado algunas manifestaciones del deber general de solidaridad en el acápite sobre faltas del Código Penal, parece necesario seguir en la búsqueda de otros tipos ahora fuera del mismo, vale decir, en la farragosa legislación especial. Lo anterior, también porque sería algo frustrante acotar el presente trabajo a la explicación del fundamento de meras faltas penales —a una “dogmática de las faltas”—.

En este ámbito de la legislación, es admisible mencionar la norma del art. 102 de la Ley de Navegación (Decreto Ley N. 2.222, de 1978: en adelante, LN), que obliga al capitán de nave a acudir en auxilio de otra nave en peligro, en los términos siguientes:

Art. 102 LN: “Toda nave tiene la obligación de acudir en auxilio de otra en peligro, salvo que ello represente un grave riesgo para su propia seguridad, la de su dotación o la de sus pasajeros.

Esta obligación cesa en cuanto se haya logrado asegurar la vida de la dotación y de los pasajeros de la nave en peligro. El capitán que no cumpliera con este deber, será sancionado con la cancelación de su título, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le afecte, a menos que justifique haber tenido una causa que razonablemente le haya impedido hacerlo.

El armador o naviero no será responsable en este caso por el hecho de su capitán”.

Esta norma se refiere a la situación en la que una nave se encuentra con otra en peligro, de modo tal que parte de la premisa de una obligación recíproca de socorro —*v.gr.*: art. 1135 Código de Comercio—. La referencia expresa al aseguramiento de la vida de la dotación y los pasajeros de la nave en peligro evidencia que su fin radica en la protección de este bien jurídico²³. No obstante, en el caso de incumplimiento de esta obligación, y

²³ En el origen de la legislación marítima nacional, concerniente a los “deberes de auxilio”, existía únicamente este supuesto de “asistencia marítima” y no el contemplado en el actual art. 112 LN para el caso de abordajes. En efecto, la fuente histórica de la legislación marítima nacional es la Ley General de Navegación de 1836, ley que tenía principalmente por objeto reglamentar la nacionalidad de los barcos, sin referencias a la asistencia marítima, ver: HUMERES, 1966, p. 26; ANSIETA, 1983, p. 118. Algunas décadas más tarde, se promulga la Ley de Navegación de 1878 donde se reconocen por primera vez los deberes de asistencia y salvamento marítimos, entonces previstos en el art. 130 LN; su incumplimiento se castigaba, sorpresivamente, conforme con lo dispuesto en el art. 492 CP (ver: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1878, p. 40; cfr. ANSIETA, 1983, p. 121; HUMERES, 1966, p. 14). Luego, en esta línea histórica, el 23 de septiembre de 1910 se celebraron en Bruselas dos convenios internacionales referentes a la materia en estudio; en el primero de ellos se unificaron las reglas de los Estados relativas a los casos de auxilio y asistencia marítima y, en el segundo, las reglas vinculadas a los casos de abordaje, que serían de suma importancia para la legislación venidera. Posteriormente, en 1978, se dictó el Decreto Ley N. 2.222 con el objeto tanto de unificar y actualizar la legislación marítima como de recoger las directrices internacionales en la materia (particularmente, los convenios de Bruselas), insertando la regulación de la asistencia marítima en el art. 102 y de la situación de abordaje en el art. 112 LN (BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, 1978, “Mensaje”, p. 309 y s.). En relación con el art. 102 LN, se declaró, al informar acerca del título VIII del proyecto titulado “Riesgos de la

para los efectos de la sanción a imponer, además de la cancelación del título de capitán, la norma remite a la responsabilidad penal que corresponda, sin aclarar la clase de responsabilidad a la que se refiere. En principio, esta no sería otra que la responsabilidad correspondiente a la omisión de socorro tipificada en el art. 494 N. 14 CP.

Otra norma pertinente de la Ley de Navegación es la contemplada en el art. 112 que, a diferencia de la disposición previamente citada, regula los deberes que han de cumplirse en una situación de colisión o abordaje entre naves:

Art. 112 LN: “Al producirse una colisión o abordaje entre naves, el capitán de cada una estará obligado a prestar auxilio a la otra, a su dotación y a sus pasajeros, siempre que pueda hacerlo sin grave riesgo de su nave y de las personas a bordo. Igualmente, cada capitán debe dar al otro las informaciones necesarias para su identificación.

El capitán que, sin causa justificada, no cumpliere con lo dispuesto en el inciso primero, será sancionado con la cancelación de su título, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda afectarle por este mismo hecho.

El armador de la nave no será responsable del incumplimiento por parte del capitán de las obligaciones que le impone este artículo”.

La norma cuya infracción se encuentra sancionada en el inciso 3º extiende la obligación de auxilio a una situación de colisión o abordaje entre naves –definida en el art. 1116 del Código de Comercio²⁴–. Aquí el equívoco en el que puede incurrirse, si la norma se lee precipitadamente desde la óptica de la dogmática jurídico-penal, es pensar que regula una hipótesis de *injerencia*, en el sentido de una posición de garantía para los efectos de la omisión impropia. Sin embargo, la situación de colisión o abordaje, que activa la obligación general preexistente de auxilio, puede haber sido causada tanto por caso fortuito o fuerza mayor como por culpa de una de las naves –art. 1120 Código de

Navegación y Servicios del Mar”, que se mantenían los principios del deber de socorro para todo navegante, con la prevención, no obstante, de haberse suprimido de la legislación marítima la denominación del párrafo respectivo como de auxilio, asistencia o salvamento, con el fin de unificar la prestación bajo el rótulo de “los servicios prestados a la nave que está en peligro”, con lo que el art. 102 LN se incorporaba definitivamente en el actual párrafo primero sobre “reglas generales” del título VIII (BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, 1978, “Mensaje”, p. 315 y s.).

²⁴ Es importante recordar que la omisión de auxilio en casos de abordaje aparece recién en la legislación mediante el Decreto Ley N. 2.222, de 1978, sin que se encuentre este supuesto en leyes marítimas anteriores, ver nota 23. Además, conviene tener en cuenta que, al informarse respecto del proyecto del Decreto Ley N. 2.222, se incorporó un epígrafe llamado “Abordajes”, en el que se incluiría definitivamente la disposición del actual art. 112 LN. Respecto de este epígrafe, se señaló que la materia en estudio modificaba las antiguas reglas del Código de Comercio, “dándose cabida a normas de mayor uso en el mundo marítimo y que provienen de la Convención Internacional sobre Indemnización de Perjuicios causados en Abordajes, suscrita en Bruselas en 1910”. De este modo, la distribución de los daños en casos de abordaje se fijaba en “proporción a la gravedad de la culpa que el tribunal asigne a cada responsable”, además de establecer que la prueba se apreciaría en conciencia (BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, 1978, “Mensaje”, p. 315 y ss.). Finalmente, el 31 de mayo de 1978, la regla entró en vigencia mediante la publicación del Decreto Ley en comentario.

Comercio—. El deber de auxilio se encuentra formulado en los términos de una obligación recíproca entre las naves que se encuentran en una situación de colisión o abordaje. El incumplimiento de esta obligación genera, según ordena la disposición del inciso 3º, además de la cancelación del título de capitán, responsabilidad penal, sin que la norma misma aclare de qué clase de responsabilidad se trata. Por tanto, esta podría consistir en la responsabilidad por un delito impropio de omisión, cuya posición de garante se funda en la injerencia por haber provocado la colisión, o simplemente en la responsabilidad propia del tipo general de omisión de socorro, en los demás casos.

Ahora bien, y esto es relevante para comprender el alcance de la siguiente y última norma a comentar en el marco del presente trabajo, el precepto del inciso 2º del art. 112 LN impone, además del deber de auxilio, la obligación también recíproca de dar información al otro que permita la identificación personal del capitán de nave —*v.gr.*: art. 911 del Código de Comercio—. En este aspecto se plantea la siguiente pregunta: ¿para qué efectos se impone esta obligación adicional de dar información al otro en el caso de colisión o abordaje? Pues bien, la respuesta surge de la lectura de las reglas sobre abordaje de los artículos 1116 y siguientes del Código de Comercio, que regulan fundamentalmente la responsabilidad civil generada en tales situaciones. Fin y sentido, entonces, de la norma del art. 112 inciso 2º LN radica en asegurar, mediante el cumplimiento de esa obligación de informar, el ejercicio de acciones civiles por los daños producidos a consecuencia de la colisión o abordaje, acciones que no podrían ejercerse en el caso de ni siquiera saber quién es el otro capitán de nave —mientras que el deber de auxilio puede cumplirse de manera perfectamente *anónima*—.

2. *¿Solidaridad en el tráfico rodado?*

Finalmente, y para concluir este panorama, conviene revisar el alcance de la norma del art. 195 de la Ley de Tránsito (en adelante: LT), cuyo texto fue reformulado por la muy conocida Ley N° 20.770:

Art. 195 LT: “El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que solo se produzcan daños, señalada en el artículo 168, será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de la licencia hasta por un mes.

El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales.

Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y con el comiso del vehículo

con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor conjuntamente con las que le correspondan por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”.

Sin todavía pretender analizar exhaustivamente esta norma, es necesario detenerse un momento en el alcance del tipo del art. 195 inciso 2º LT, pues este se encuentra construido también sobre la base de la infracción a un deber de prestar ayuda en el caso de un accidente de tránsito con resultado de lesiones corporales²⁵. En esta medida, por cierto que el fin y sentido del deber de prestar ayuda atañe a la protección de la salud y la vida de la víctima del accidente de tránsito frente al peligro originado en las lesiones corporales de un daño mayor a la salud o incluso para la vida de aquella²⁶. Este deber, y solamente en esta medida, puede justificarse desde una perspectiva de un deber general de solidaridad²⁷. Pero el injusto del hecho descrito en este tipo base se funda antes bien en el incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad policial. Ambos deberes se encuentran previstos por el art. 176, disposición a la que remite expresamente el art. 195 inciso 2º LT, frente a “todo accidente del tránsito en que se produzcan lesiones o muerte”. El sentido del deber de prestar ayuda parece claro, no lo es, empero, el de la obligación de dar cuenta a la autoridad policial²⁸. Para esclarecerlo, es preciso tener presente varios aspectos que surgen de una lectura desprejuiciada del texto de la norma²⁹.

²⁵ Cfr. VAN WEEZEL, 2014, pp. 194 y ss.

²⁶ En este sentido, MATUS y RAMÍREZ, 2017, p. 220 y s.

²⁷ En este sentido, ya la Corte de Apelaciones de Temuco señaló, respecto del entonces art. 69 de la Ley Nº 15.231 (norma que contenía los deberes incluidos en el artículo 176 de la actual LT), que la razón de las obligaciones allí previstas se fundamentaban en “obligaciones mínimas de humanidad y comportamiento social”, ver: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXVII, sección IV, trámite de consulta, sentencia de 01.10.1970, Corte de Apelaciones de Temuco, pp. 387-396.

²⁸ La jurisprudencia reciente referente al punto ha considerado que los tres deberes establecidos en la norma estarían dirigidos a proteger la vida y salud de las víctimas, incluido el deber de dar cuenta a la autoridad. Por eso, a su vez, se trataría de deberes de cumplimiento copulativo. Véase: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 30.05.2016, rol 59-2016, resolución N. 13760, cdo. 3º; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 30.05.2016, rol 60-2016, resolución N. 13755, cdo. 3º; e implícitamente, Corte de Apelaciones de La Serena, 16.03.2016, rol 37-2016, resolución N. 10751, cdos. 4º y 5º. De otra opinión, Corte de Apelaciones de La Serena, 30.05.2016, rol 156-2016, cdo. 5º, en tanto se trataría de “un solo deber con tres acciones, todas destinadas a la protección de la víctima y colaborar con la acción persecutora del Estado”.

²⁹ El art. 195 inc. 2º LT surge de la siguiente forma: fue en la Ley Nº 15.123, de 1963, donde aparecen por primera vez los deberes de detener la marcha, prestar la ayuda necesaria y dar cuenta a la autoridad más inmediata de todo accidente de tránsito en el que se produjesen lesiones o muerte, cuya contravención era catalogada como una “presunción de culpabilidad” (art. 60). Luego, en el seno de las discusiones sobre la Ley Nº 18.290, de 1979, cuando se discutía acerca de elevar dicha presunción a la categoría de delito, se

En primer lugar, se trata de una obligación de dar cuenta a la autoridad policial para los efectos de que esta luego denuncie, ya sea al Juzgado de Policía Local o al Ministerio Público –art. 178 LT–. Por consiguiente, no se impone una obligación de denunciar ni menos de autodenunciarse, sino que solo de dar información a la autoridad policial³⁰. El problema es que la propia LT no determina exactamente qué información debe darse a la autoridad. A este respecto, el texto tanto del art. 195 como del art. 176 LT precisa solamente que debe darse cuenta “de todo accidente del tránsito” con tal clase de consecuencias, es decir, se debe informar del hecho de un accidente del tránsito con tales resultados. En particular, no existe una obligación similar a la contemplada en el art. 112 inciso 2º LN de *identificación*. No obstante, en la medida en que los deberes se imponen al “conductor que participe en los hechos”, se sigue de esta referencia que el sujeto debe también informar acerca de que ha tenido participación en tal condición en el accidente de tránsito.

La pregunta que sigue atañe a los fines de esta obligación de dar cuenta a la autoridad policial. En este punto, conviene tener presente la ubicación de la norma de remisión del art. 176 en el título XVI sobre “procedimientos policiales y administrativos” LT, a continuación del título sobre “responsabilidad por los accidentes” de la misma ley. Esta consideración sistemática interna a la LT permite sostener la tesis que los fines de esta obligación dicen relación, primero, con posibilitar a los órganos del Estado iniciar un proceso para esclarecer la responsabilidad contravencional y eventualmente penal implicada y, segundo, con permitir a los interesados el ejercicio de acciones civiles por el daño producido –art. 165 LT³¹–.

insertó un art. 183 que establecía como obligaciones del conductor, que ocasionare un accidente del tránsito (únicamente) con lesiones, detener la marcha, prestar ayuda a los afectados y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1984, p. 118. El incumplimiento de estos deberes era castigado, en el art. 196 N. 16, como una contravención menos grave, con la pena de multa, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2005, p. 511 y s. A continuación, en el seno de las discusiones sobre la Ley Nº 20.068, específicamente, en el segundo informe de la Comisión de Obras Públicas de 1999, se presentó una moción que tenía por objeto elevar dicha infracción a la categoría de simple delito, agregando un inciso final al entonces art. 183 (actual art. 176). Sin embargo, en el contexto del segundo trámite constitucional de 2004, primó el criterio en orden a incorporar las penas para esos supuestos fácticos en un artículo autónomo, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2005, p. 581, pp. 623 y ss. De esta manera, surgió un art. 196 D1 que sancionaba la infracción de esos deberes, y solamente para la hipótesis con lesiones, como un simple delito, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2005, p. 678. Por último, ya en la tramitación de la Ley Nº 20.770, vuelve a aparecer la hipótesis de accidente con resultado de muerte. En efecto, fue en el contexto de la tramitación de esta ley donde se configura el art. 195 con una hipótesis de lesiones, por un lado, y con la de lesiones del art. 397 N. 1 CP, y muerte, por el otro. Esta última configuración aparece mediante una moción, según esta, era necesario distinguir las penas en virtud de los resultados producidos, pues de otra manera se favorecía la huida del lugar del accidente, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2014, p. 83. De esta forma, se procuraba tanto desfavorecer la impunidad del delito como también auxiliar a la víctima, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2014, pp. 121-123 y p. 157.

³⁰ De otra opinión VALENZUELA, 2015, p. 136 y ss., quien ve en este tipo una especie del delito de omisión de denuncia.

³¹ Al respecto, con mayor detalle, ROJAS, 2018.

En este sentido, y si uno se fija bien, el presupuesto fáctico del tipo base del art. 195 LT se encuentra descrito en términos muy diferentes que el presupuesto del deber de socorro en el art. 494 N. 14 CP. Este último tipo describe una situación de peligro, en cambio el tipo base del art. 195 LT describe un hecho consistente en un accidente del tránsito que *ya* ha producido lesiones corporales. Allá el momento determinante para el cumplimiento del deber de socorro es *anterior* a la realización del peligro, mientras que aquí el momento decisivo para el cumplimiento del deber es *posterior* al suceso del accidente de tránsito con tales consecuencias. Asimismo, debe informarse de “*todo accidente del tránsito*” con resultado de lesiones corporales en el que se haya participado como conductor, es decir, con independencia de la circunstancia de haber causado o no el accidente³². Por consiguiente, y como puede verse, no se trata aquí tampoco de una hipótesis de injerencia en el sentido de la dogmática de las posiciones de garante, que se encontraría especialmente legislada. Lo que ocurre es que si a partir de las lesiones corporales provocadas por el accidente, causado o no por el sujeto, deriva a su turno un peligro de daño mayor a la salud o incluso para la vida de otro, el art. 176 LT impone razonablemente además el deber de prestar la ayuda posible a la víctima del accidente.

Ahora bien, el cumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad policial del accidente de tránsito sirve a un interés jurídico distinto que la protección de la vida y la salud del otro participante en el suceso. Dicha obligación tiene un fundamento *propio*, que se vincula antes bien con la idea de “administración de justicia”. Pues, la comunicación a la autoridad policial funge solamente como una vía para canalizar el conflicto surgido del accidente ante un órgano jurisdiccional –la información recibida sobre el accidente de tránsito y la participación del sujeto en el mismo no se queda atascada en sede policial. Además, el art. 176 LT impone explícitamente el deber de detener la marcha, deber que solo tiene sentido frente al riesgo de que, luego de ocurrido un accidente, el sujeto abandone raudamente el lugar del suceso, sin que pueda esclarecerse su eventual responsabilidad civil, administrativa o penal eventualmente implicada. En el marco de esta norma, el incumplimiento del deber de ayuda adquiere una relevancia *secundaria*. El injusto propio de la figura surge del incumplimiento del deber de detener la marcha y de la obligación de dar cuenta a la autoridad policial del suceso del accidente. No se trata, en fin, de un delito de “omisión de auxilio en el tráfico rodado”, sino que de un delito de abandono del lugar del accidente de tránsito.

³² Cfr. la siguiente jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 30.05.2016, rol N. 59-2016, resolución N. 13760, cdo. 3º; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 30.05.2016, rol N. 60-2016, resolución N. 13755, cdo. 3º. De otra opinión: Corte de Apelaciones de Concepción, 11.03.2016, rol N. 77-2016, resolución N. 54743, cdo. 4º y 5º, según la cual, el art. 195 de la LT estaría dirigido a los conductores bajo los efectos del alcohol o en estado de ebriedad que causaren el accidente, mientras que sería la norma del artículo 201 N. 15 de la LT, la dirigida a todo participante en el accidente de tránsito.

V. CONCLUSIÓN

El análisis precedente permite arribar a la siguiente conclusión. En el ámbito de la parte especial del Derecho penal chileno, la *única* norma cuyo fundamento radica en un deber *puro* de solidaridad, entendido en el sentido estricto de un deber que obliga en la relación intersubjetiva entre ciudadanos, es la norma que subyace al tipo general de omisión de socorro del art. 494 N. 14 CP. El fundamento de las demás normas estudiadas, o bien supone la relevancia del deber de un tercero (familia o Estado) –*v.gr.*: art. 494 N. 13, art. 496 N. 2 CP– o su explicación surge de un contexto fáctico específico, ya sea que se trate de la navegación –*v.gr.*: art. 102, art. 112 LN– o del tráfico rodado –art. 195 LT–.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSIETA, Alfonso, 1983, “Las grandes líneas de la historia del Derecho Marítimo”, *Revista de Derecho* (PUCV) N° 7.
- ANTÓN ONECA, José, 1965, “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVIII, Fasc. III, pp. 473-495.
- ARÁUZ, Manuel, 2006, *El delito de omisión al deber de socorro, Aspectos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAYERTZ, Kurt, 1998, “Begriff und Problem der Solidarität”, en Bayertz (ed.), *Solidarität, Begriff und Problem*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, pp. 19-51.
- CUELLO, Eugenio, 1951, “La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación penal española (El nuevo artículo 489 bis del Código penal Ley N° 17 de julio de 1951)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo IV, Fasc. II, pp. 335-340.
- DEPENHEUER, Otto, 1991/2009, *Solidarität im Verfassungsstaat*, Norderstedt: Books on Demand GmbH.
- GUZMÁN, José Luis, 2013, “Reseña histórica de la Codificación penal y procesal penal en Chile”, en MAÑALICH, J.P. (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago: sin editorial, pp. 105-129.
- HEGEL, G.W.F., 1970, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- HUMERES, Luis, 1966, *Derecho Marítimo*, Santiago: Jurídica de Chile.
- INSUNSA, Sergio, 1970, “Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia 01.10.1970”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXVII, sección IV.
- MARQUARD, Odo, 2015, *Abschied vom Prinzipiellen*, Stuttgart: Reclam.
- MATUS, J. y RAMÍREZ M.C., 2017, *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVAS, Iván, 2015, “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal”, *Política Criminal*, vol. 10, N° 20, pp. 678-693.
- PAWLIK, Michael, 1995, “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 360-372.
- PAWLIK, Michael, 2012, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr/Siebeck.
- PIÑA, Juan Ignacio, 2010, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, Santiago: Abeledo Perrot.
- POLITOFF, S.; GRISOLÍA, F.; BUSTOS, J., 1993, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- RAWLS, John, 1975, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, M.; QUEZADA, V. y GUZMÁN, C. (coords.), 1974, “Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal”, en *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la comisión redactora, con un estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Valparaíso: Edeval.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, 1996, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid: Tecnos.
- ROJAS A., Luis Emilio, 2017, “Grundprobleme der allgemeinen Verbrechenslehre bei der unterlassenen Verbrechensanzeige – §§ 138, 139 StGB”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 147-161.
- ROJAS A., Luis Emilio, 2018, “Fundamento y estructura del delito contemplado en el art. 195 de la Ley de Tránsito”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, diciembre.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, 2004, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid: Editorial Civitas.
- VALENZUELA, Jonatan, 2015, “Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal”, *Informes en Derecho, Defensoría Penal Pública*.
- VAN WEEZEL, Alex, 2014, “Solidaridad en el tráfico motorizado”, *Doctrina y jurisprudencia penal*, año 5, número especial, pp. 191-204.
- VAN WEEZEL, Alex, 2016, “Necesidad justificante y solidaridad”, en Cárdenas, C. y Ferdman, J. (coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 213-230.
- WILENMANN, Javier, 2014a, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- WILENMANN, Javier, 2014b, “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVII, Nº 1, pp. 213-244.
- WILENMANN, Javier, 2016, “Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia”, en Cárdenas, C. y Ferdman, J. (coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 275-322.

Jurisprudencia citada

- CORTE de Apelaciones de Temuco, 01.10.1970, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVII, sección IV, trámite de consulta.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, 30.05.2016, rol 59-2016.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, 30.05.2016, rol 60-2016.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, 16.03.2016, rol 37-2016.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, 30.05.2016, rol 156-2016.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, 11.03.2016, rol Nº 77-2016.

Normas citadas

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1877: Proyecto de ley de navegación aprobado por la Cámara de Diputados.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1978: Historia Decreto Ley Nº 2.222.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1984: Historia de la Ley Nº 18.290.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2005: Historia de la Ley Nº 20.068.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2014: Historia de la Ley Nº 20.770.
- CÓDIGO PENAL, República de Chile, Edición Oficial.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Intervención en “razón de su cargo” del empleado público en el fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y Corte de Apelaciones de Valparaíso)

*Comentario de Jorge Toro Muñoz**

Quillota, cuatro de abril de dos mil dieciocho.

1. HECHOS ACREDITADOS

“DECIMONOVENO: Que este tribunal, ponderando con libertad los elementos de prueba enunciados en los motivos que preceden, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se han acreditado los siguientes hechos:

Durante el año 2012, C.M.V., a esa época funcionaria a contrata asimilada al estamento profesional, grado 8º, en el Servicio de Gobierno Interior y con desempeño en la Gobernación Provincial de Valparaíso, en el marco de las funciones relativas a la vinculación con diversas organizaciones comunitarias funcionales y territoriales, y siendo posteriormente electa Concejala por la Ilustre Municipalidad de Limache en la elección del día 28 de octubre de 2012, actuando infringiendo el deber de probidad que le obligaba a velar por la adecuada inversión social de los recursos públicos, se concertó con C.C.S., con el fin de obtener el pago de asignaciones o subvenciones por parte del Gobierno Regional de Valparaíso, mediante la postulación de proyectos fraudulentos, los cuales, o no se ejecutaron, o solo consistieron en algunas escasas actividades que no se condecían en modo alguno con el objeto y envergadura de tales proyectos y solo con el fin de aparentar su correcta y completa ejecución.

Fue así como C.M.V., en meses previos a las postulaciones al Fondo de Desarrollo Regional, junto a C.C.S. constituyeron una organización funcional denominada “Agrupación para el Desarrollo de la Familia”, y que obtuvo personalidad jurídica el día 14 de junio de 2011, y con domicilio en El Cobre, S/N, Población Juan Egaña, Limache, asesorando M. V. a C. S. para postular y obtener recursos públicos del referido fondo. Una vez

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: jortom48@gmail.com.

constituida dicha organización, C.M.V. se retiró de la misma y de su directiva, quedando C.C.S. en el cargo de Presidenta y como su representante legal, la que en los meses de abril y septiembre del año 2012, simulando la voluntad de ejecutar los proyectos, presentó ante el Gobierno Regional, dos proyectos en el marco del concurso de financiamiento público para iniciativas de seguridad ciudadana, con cargo al 2% del FNDR año 2012, denominados Proyecto “Más seguridad mejores Alumnos”, comuna de Limache, por el monto de \$ 16.998.990.- (seguridad ciudadana) y Proyecto “Limache más Seguro”, comuna de Limache, por el monto de \$ 19.998.990.- (seguridad ciudadana).

Una vez aprobados por el Consejo Regional, el Gobierno Regional de asignó desde cuenta corriente institucional del Banco Estado Nº 23909219477, hacia la cuenta de ahorro Banco Estado Nº 23761658603, de la cual es titular la mencionada agrupación, el monto íntegro de cada uno de los proyectos. Así, el día 23 de noviembre de 2012, se realizó una transferencia por la suma total de \$ 16.998.990, y el día 22 de agosto de 2012, se giró un cheque por la suma total de \$ 19.998.990, a nombre de la referida organización. C.M.V, gestionó activamente el retiro de los fondos y, estando los mismos en la cuenta de la “Agrupación para el Desarrollo de la Familia” desde el día 04 de octubre el 2012, los recursos ascendentes \$ 19.998.990, y desde el día 26 de noviembre de 2012, los recursos por la suma de \$ 16.998.990, gran parte de los mismos fueron desviados a fines ajenos a los mencionados proyectos, lo cual se colige de las escasas actividades que se ejecutaron, atendido el monto de las asignaciones obtenidas.

Requerida por el GORE, la representante de la organización C.C.S., rindió cuentas de los proyectos con fecha 09 de julio de 2013, mediante la presentación de facturas emitidas por la empresa ASG Producciones E.I.R.L. o G Producción de Eventos y otros, correspondientes al mismo emisor, quien nunca prestó los servicios consignados en los referidos documentos (...)

Esta acción tuvo por objeto evitar que el accionar de M.V. y C.S. fuera descubierto por la autoridad, rindiendo cuenta con los documentos mencionados, y en los que se hace aparecer a la empresa ASG Producciones E.I.R.L. y/o G Producción de Eventos y otros, mismo representante, como supuesta proveedora de la “Agrupación para el Desarrollo de la Familia”, en el marco de los proyectos no ejecutados o que escasamente lo fueron.

Las maniobras descritas provocaron a las arcas del Gobierno Regional de Valparaíso y al Estado de Chile un perjuicio ascendente a \$ 36.997.980, suma que no se ha reintegrado a la fecha”.

2. INTERVENCIÓN “EN RAZÓN DE SU CARGO”

“VIGÉSIMO: “Si bien es cierto que resultó acreditado que la “Agrupación para el Desarrollo de la Familia” se constituyó el día 31 de mayo de 2011 (...) es posible igualmente colegir que desde el 05 de septiembre de 2011 hasta el 7 de abril de 2014 la acusada C.M.V. tuvo la calidad de empleada pública, esto es, durante un período que abarca los años 2012 y 2013 respecto de los cuales resultaron acreditadas actividades realizadas por M. V. relativas a la elaboración y presentación de los proyectos “Limache

más seguro” y “Más seguridad y mejores alumnos” de la Agrupación para el Desarrollo de la Familia de Limache y a la gestión del retiro de los fondos adjudicados a esa agrupación por tales proyectos”.

(...) Por otra parte, en concepto de los juzgadores, la acusada M. V. en su calidad de empleada pública intervino en las aludidas operaciones con competencia para haberlas efectuado en razón de su cargo. Los profesores Rodríguez y Ossandón en la página 417 de su obra citada señalan que la intervención del empleado público en las operaciones puede ser de cualquier clase, pero entendiendo que en esa intervención al funcionario ha de caberle un cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y de las decisiones. Teniendo presente ello, estimamos los juzgadores que no es la competencia territorial, esto es, no es el ámbito geográfico donde desarrolla sus funciones el empleado público, ni tampoco su competencia funcional, entendida ésta como su determinado campo de acción en conformidad a un procedimiento administrativo, lo que debe considerarse para estimar configurado un fraude al Fisco, como aparece sugerir la defensa de la acusada M.V., ya que de esa manera, solo el funcionario que ejerce labores que les son propias a su cargo y solo en su espacio territorial en que las ejerce, podría cometer la actuación defraudatoria, en circunstancias que la intención legislativa con la modificación introducida al artículo 239 del Código Penal fue la de ampliar su ámbito de aplicación y no limitarlo solo a aquellos sujetos que tuvieran competencia específicas de orden contractual, y porque, además, la actuación defraudatoria asume normalmente una actuación fuera del marco de un procedimiento administrativo regular y siempre importará una vulneración al deber de probidad que permanente deben respetar los empleados públicos en los asuntos en los que participen y que estén relacionados con la Administración Pública.

En definitiva, para estos juzgadores, la competencia del empleado público para intervenir en las operaciones en razón de su cargo debe considerar la aptitud que tiene el empleado público, a partir de un cierto conocimiento y posición estratégica que le otorga su cargo, para poder realizar sus actuaciones defraudatorias, lo que sucedió en el caso de marras con la acusada C.M.V. (...).

3. PENA IMPUESTA

“I. *En cuanto a la acción penal:*

I.— Que se CONDENA a la acusada C.M.V., (...), ya individualizada, como autora en los términos del artículo 15 N° 1, del delito consumado de FRAUDE AL FISCO, previsto y sancionado en el artículo 239, ambos artículos señalados del Código Penal, cometido en carácter de reiterado los días 04 de octubre de 2012 y 26 de noviembre de 2012, en la comuna de Limache, a sufrir la pena de DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO y a las accesorias de multa del 10% del perjuicio causado y de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

II.– Que se CONDENA a la acusada C.C.S., (...), ya individualizada, como CÓMPLICE en los términos del artículo 16, del delito consumado de FRAUDE AL FISCO, previsto y sancionado en el artículo 239, ambos artículos señalados del Código Penal, cometido en carácter de reiterado los días los días 04 de octubre de 2012 y 26 de noviembre de 2012, en la comuna de Limache, a sufrir la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, y a las accesorias de multa del 10% del perjuicio causado y de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III.– Que considerando la extensión de la condena impuesta a cada una de las sentenciadas, no tienen derecho a pena sustitutiva alguna de la Ley Nº 18.216, de manera tal que deberán cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que se le ha impuesto a cada una (...).

Rit Nº 196-2017.

Valparaíso, veinte de junio de dos mil dieciocho.

1. CAUSAL NULIDAD INVOCADA

“DECIMOSEXTO: Que, para avalar este reclamo la defensa de la condenada C.M.V. postula, en lo fundamental, que los jueces de la instancia habrían cometido un yerro de derecho al calificar como fraude al fisco hechos que desde el rol de esta acusada en los mismos resultan atípicos, o que cabría desplazar a la estafa residual del artículo 473 del Código Penal, por faltar en ella la calidad de funcionario público a la época en que se produjo el ardid o el incumplimiento de deber funcionario que el considerando decimonoveno del fallo entiende parte de fraude al fisco. Apoya sus dichos señalando, además, que la sentencia impugnada opta por construir el tipo de fraude al fisco siguiendo la línea de Fraude por Engaño, y que “[...] entonces cabe reconocer que al mes de mayo de 2011 en que se constituyó la Agrupación para el Desarrollo de la Familia, que sería la modalidad de fachada que se usaría más tarde para presentar los proyectos al amparo del Fondo del 2% Regional, de acuerdo a la propia cronología que el mismo fallo da por establecida y siendo congruente con ella, se debió advertir al razonar y calificar la conducta punible que a esa fecha (...) M. no era funcionaria pública: No era Concejal, ni era Jefa de Gabinete de la Gobernación de Valparaíso (...) la acusada M. V. no era funcionaria pública ni a la etapa de la realización del engaño ni a la de presentación de los proyectos para su aprobación y pago posterior de los fondos adjudicados, sosteniendo, en definitiva, que de haberse aplicado correctamente el derecho penal sustantivo vigente, esta acusada debió quedar liberada de cargos (...) “[...] o bien aplicarle una pena menor (...)”.

2. RECHAZO CAUSAL NULIDAD

“VIGÉSIMO: Que, contrariamente a lo que plantea la defensa de la encartada M.V., el hecho que ella haya variado la función en que se desempeñaba dentro de la administración pública, sea como Concejal, sea como jefa de gabinete en el Gobierno Regional carece de relieve, porque tal variación no incide en el establecimiento de la calidad funcionario público como elemento del tipo penal, tal como ocurre en otras figuras, puesto que cualquiera de las dos satisface las exigencias del artículo 260 del Código Penal, que comprende tanto a los empleados públicos del Estado central como de la administración municipal, incluidos los de elección popular” (...)

“VIGESIMOPRIMERO: Que, en lo que respecta al argumento relativo a que esta sentenciada no era ni concejal ni jefe de gabinete del Gobierno Regional a la fecha de constitución de la organización funcional “Agrupación para el Desarrollo de la Familia” tampoco es atingente, puesto que se está en presencia de delitos consumados de fraude al fisco, siendo la fecha de comisión de los ilícitos las mencionadas precedentemente, cuando la encartada sí tenía la calidad que la defensa discute. Así, no cabe retrotraer los hechos hasta la ocurrencia de los primeros actos ejecutivos, como lo fue la postulación a los fondos concursables o, peor aún, hasta la realización de los actos preparatorios, esto es, hasta la constitución de la persona jurídica que posteriormente se utilizó para obtenerlos. Por último, incluso en el evento que la aludida enjuiciada no hubiere sido funcionaria pública al 31 de mayo de 2011, sí lo era cuando los fondos recibidos desde el Estado fueron retirados de la cuenta bancaria de la organización comunitaria en referencia, sustrayéndolos del destino para el cual fueron entregados por el Gobierno Regional, de forma tal que el supuesto yerro del tribunal, aun si se hubiere producido, no ha incidido de manera sustantiva en lo dispositivo del fallo”.

Rol N° 958-2018.

COMENTARIO

El denominado delito de fraude al Fisco sancionado en el artículo 239 del Código Penal establece en su inciso primero:

“Art. 239. El empleado público que en las operaciones en que interviere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Las decisiones judiciales en comentario expresan una tesis amplia acerca de la forma en que es posible concebir la intervención del empleado público en las operaciones constitutivas de fraude: estiman que basta con que el sujeto activo al momento de intervenir en las operaciones defraudatorias cuente con la calidad de funcionario público,

sin perjuicio de la ausencia de competencia funcional o territorial en el proceso que determina la disposición patrimonial fiscal.

Para nuestros efectos, nos limitamos a comentar la conducta establecida respecto de C.M.V. y la evaluación de su intervención en calidad de empleado público, dejando de lado varias otras consideraciones que la jurisprudencia comentada merece, pero que demandan una explicación adicional en otro lugar.

I. En primer lugar, la modificación legislativa del artículo 239 por Ley N° 20.341 de 22 de abril 2009 concierne solo al régimen punitivo vigente, conservando incólume el núcleo del tipo diseñado por el Código Penal originario de 1875. La reforma de 2009 tuvo un específico objeto de aumentar las penas para los casos de fraude, aplicando el aumento progresivo en razón del monto defraudado, modificando la norma solo en lo referente a las penas privativas de libertad y accesorias¹. Por tanto, el argumento del tribunal de grado fundado en que la reforma buscaba ampliar la aplicación de la figura de fraude a sujetos no comprendidos por su anterior texto, es inexacta. Lo único verificable es que el texto vigente es crítico confrontado con el mandato de determinación estricta de la conducta, corolario del principio de legalidad². Tal objeción se sustenta en los términos de que la locución “defraudare” rectora de la norma de sanción, ha sido entendida en sentido amplio, significando cualquier maniobra, técnica o ardid constitutiva de intervención en la operación fraudulenta desde el cargo público en ejercicio³.

La peligrosa amplitud del marco de operaciones susceptibles de adecuarse a una defraudación, se representan en la descripción de la intervención de C.M.V, quien se habría concertado –señala la sentencia de grado– con “el fin de obtener el pago de asignaciones o subvenciones por parte del Gobierno Regional (...) mediante la postulación de proyectos fraudulentos” no ejecutados o realizados de manera insignificante, con relación a las asignaciones en dinero obtenidas, aprovechando su vinculación con organizaciones sociales para luego promover la obtención de los fondos públicos.

II. La expresión “en razón de su cargo”. Al punto en discusión, la doctrina parece inclinarse hacia una opinión contraria a la sostenida por la sentencia. En general, se ha considerado que en la intervención debe existir algún grado de competencia o facultad en el proceso que determina la disposición patrimonial. En este sentido, Rodríguez y Ossandón: “(...) esto es, que tiene competencia para participar en ciertas operaciones.

¹ Historia de la Ley N° 20.341, Biblioteca del Congreso Nacional, Boletín N° 5725-07, de 16.01.2008, p. 3: “Lo que pretende este proyecto es reformar la penalidad de ciertos delitos contra la función pública. Específicamente: a) Aplicar al delito de fraude al fisco, el mismo criterio de penalización utilizado en las defraudaciones, o sea, el monto comprometido, pero estableciendo penas más elevadas, en razón de la gravedad que supone la ejecución del delito por un funcionario público”.

² HERNÁNDEZ, 2005, p. 235: “Las dificultades que ofrece el art. 239 CP. no se refieren entonces a la estrechez de sus términos, sino, más bien al contrario, a la desmesurada amplitud –apenas conciliable con el principio de reserva legal– de un delito que consiste simplemente, sin mayores precisiones, en “defraudar al Estado”.

³ Cfr. RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, 2005, pp. 414-431.

Como la disposición no distingue, podría tratarse de cualquier clase de intervención, pero entendiendo siempre que en ella al funcionario ha de caberle un cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y las decisiones, lo que fundamenta la mayor penalidad⁴.

Si se estima que intervenir “en razón de su cargo” prescinde de cualquier grado de competencia en la disposición patrimonial, la determinación de las operaciones en que cualquier empleado público puede manifestar algún grado de injerencia o interés en contribuir a la comisión del hecho punible, prescinde de la propia estructura de los delitos especiales contra la función pública. Si la categoría se distingue por la actividad del sujeto activo cualificado, la inteligencia de intervenir en razón del propio cargo, responde –por antonomasia– a la atribución oficial que ostenta el empleado público para participar o contribuir en la decisión como actividad “desde” su competencia orgánica. La tesis jurisprudencial expresa que la intervención punible se configura contribuyendo de cualquier forma en una operación defraudatoria, disponiendo del cargo para la consecución del propósito delictivo.

En los hechos establecidos, la intervención de C. M. V. se traduce en asesorar, gestionar y promover operaciones que resultaron luego en un incumplimiento de la obligación contraída por los gestores de los programas de inversión social, agregando la sentencia de grado que basta considerar “la aptitud que tiene el empleado público, a partir de un cierto conocimiento y posición estratégica que le otorga su cargo, para poder realizar sus actuaciones defraudatorias”. Pero la pregunta relevante para el caso es ¿en qué medida el cargo ejercido obedece a una actuación “en razón de su cargo”? Las decisiones judiciales en revisión se inclinan por desmarcarse de la competencia concreta. A nuestro entender, el fraude al fisco exige como requisito *sine qua non* que el sujeto activo intervenga en una operación delimitada por el marco de acción establecida por la competencia estamental.

Actuar en “razón de su cargo” significa obrar en función de la operación dirigida a quebrantar la vigencia de la norma constitutiva sobre asignación de recursos públicos. Para estar en presencia de una infracción a la norma especial de comportamiento establecida para su ejercicio, en términos que la actuación debe poseer la cualidad intrínseca distorsiva de la función pública que le compete. Si el funcionario presta su voluntad o asentimiento en la realización de operaciones que no representan una actividad derivada de su investidura oficial, no se interviene “en razón” de su competencia funcional o territorial, más bien significan lo que se ha denominado un “prevalimiento” de su cargo⁵, un actuar “con ocasión” de su posición al interior de una determinada repartición pública, pero en caso alguno tal actividad configura fraude al fisco como delito especial.

⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, 2005, p. 417.

⁵ En este sentido, criticando la tesis amplia GUZMÁN, 2011, pp. 162-163: “Sin embargo, dicha tesis hace violencia a la dicción legal, que no reza ‘prevaliéndose’ del cargo o de las oportunidades que este brinda, porque parte de la base de un abuso de ciertas atribuciones, y está impedido de abusar de ellas quien tampoco es capaz de ejercerlas porque no las posee. Esto aparte, semejante interpretación desnaturaliza el sentido del delito y anula la *ratio* de su individualidad, aquella que lo diferencia de un fraude vulgar, que no es otra sino la confianza funcional que la Administración cifró en el empleado y que él traiciona”.

Sobre todo –para el caso concreto– no puede eludirse para justificar el reproche de culpabilidad intrínseco que la norma castiga y la proporcionalidad de la pena impuesta, el empleado debe transgredir la propia competencia oficial “en referencia” al patrimonio público captado por la operación en que interviene, expresivo de una facultad o deber funcionario específico desvirtuado frente a terceros ajenos a la Administración pública. Como expresa Hernández “el art. 239 (del Código Penal) se refiere en realidad a los funcionarios que representan al Estado en operaciones en que deben intervenir por razón de su cargo”⁶, es decir, la función pública encomendada lo posiciona en la obligación de ejercer su cargo frente a la operación que se le presenta, como parte integrante de alguna de las etapas del proceso oficial en que la institución pública compromete el patrimonio que administra.

A mayor abundamiento, las maniobras desplegadas por C.M.V., si bien se realizaron bajo distintos nombramientos en calidad de empleado público (como sostiene el fallo de la Corte), ninguna de estas significó una intervención “en representación” de la oficina pública afectada. No se logra observar que la actividad desplegada se haya realizado “en nombre” de su investidura. En estas circunstancias no se verifica el injusto que fundamenta la entidad de la sanción impuesta, por el contrario, parece evidente que, si bien la acción acreditada configura la intervención en una operación destinada a defraudar, no se logra componer que tales maniobras se verifiquen “en razón de su cargo”. En concreto, se presenta lo que Mañalich advierte respecto de la tesis de fraude al Fisco como estafa, pero adoptando sus términos en analogía sobre el comportamiento de un funcionario *extraneus* al ámbito de competencia que define la prestación patrimonial, considerando sobre todo que “el injusto del fraude al fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”⁷.

III. La sentencia de grado plantea la infracción a la probidad administrativa como presupuesto integrante del injusto. Si bien es efectivo que respecto de todo empleado público constituye un principio inspirador de las normas de comportamiento estatutarias, en caso alguno la intervención típica puede satisfacerse con la infracción a deberes genéricos. La sentencia establece que C.M.V. habría obrado infringiendo “(...) el deber de probidad que le obligaba a velar por la adecuada inversión social de los recursos públicos (...)”, motivo por el que toda la actividad desplegada –entre las fechas establecidas– constituye una contravención constitutiva del injusto. Esta afirmación es objetable en atención a que en el hecho establecido no se determina cómo la contribución reprochada se manifiesta en un obrar que atenta en contra un “imaginario” deber general de corrección sobre los intereses patrimoniales y su erogación con fines de bien público, precisamente porque tal garantía de actuación solo corresponde a un deber específico de los funcionarios destinados a estas decisiones, competencia que no fue establecida para el caso de C.M.V.

⁶ HERNÁNDEZ, 2005, p. 238.

⁷ MAÑALICH, 2012, p. 373.

Semejante adecuación típica permitiría entender que todo empleado público debe velar por la inversión adecuada del erario de su repartición, conducta que en caso alguno siquiera importa un deber funcionario, salvo para aquellos que deben decidir respecto de la aprobación o inversión en proyectos de su competencia. La Corte Suprema estableció que los deberes propios del cargo (en un delito de cohecho) no se refieren a la infracción de la probidad administrativa común a todo funcionario, constituyendo solo acción típica la contravención de la competencia orgánica dispuesta para cada servidor público, estimando la Corte que en estos delitos el legislador sanciona la infracción a la “identidad de cada rol”⁸.

IV. Por último, anotamos la posibilidad de reconducir los hechos establecidos a una norma de sanción que comprenda una forma jurídica de restablecimiento de la vigencia de la norma –entendemos– conculcada por C.M.V., la que solo puede encontrarse en la estructura de los delitos comunes. Existe la alternativa de calificarlos al tenor del artículo 480 N° 7 del Código Penal, mal denominado “fraude de subvenciones”, entendiendo que el comportamiento ejecutado importa la intervención en una operación fraudulenta en que se obtienen unas prestaciones económicas del Estado⁹, estimándose la calidad de empleado público como una circunstancia agravante de la circunstancia 8ª del artículo 12 del Código Penal, esto es: “Prevalerse del carácter público que tenga el culpable” que por las razones expuestas, constituye el límite del obrar de C.M.V. Otra opción (como lo esboza la defensa) es considerar la intervención como estafa residual, pero entendemos también con la concurrencia de la agravante de “prevalimiento” referida. Entendemos que la calidad de empleado público contribuyó para facilitar las maniobras de los gestores, aprovechando esa posición en favor de la consumación, pero sin constituir una actuación “en razón de su cargo”.

⁸ En este sentido, sentencia de la Corte Suprema, 13.06.2013, rol 2560-2013: “Dentro de la administración pública, cada funcionario está llamado a ejercer un rol específico y es esa especificidad la que se encuentra concernida por el tipo penal del artículo 248 bis. No bastó al ordenamiento punir el atentado funcionario grave, pues no se constrictó a la protección de los vastos límites de la eficiente ‘servicialidad’ funcionaria sino que, desbordándola, extremó su amparo para cubrir de oprobio el atentado a la identidad de cada rol. No es otro el estándar del artículo 248 bis, a la luz del paradigma del artículo 19 N°3° inciso final de la Constitución Política de la República (Considerando vigesimoséptimo)”. Sin perjuicio de la distinta estructura típica del cohecho por deberes propios del cargo y el fraude al fisco, el concepto en juego referente a la identidad específica del rol del funcionario como expresión del principio de estricta legalidad, cumple la misma función en el papel del empleado público que actúa en razón de su cargo.

⁹ En sentido contrario, MAYER, 2009, pp. 301-304, quien, si bien estima que la enumeración de prestaciones estatales obtenidas que señala el precepto anotado es enunciativa, contemplando el tipo la posibilidad de configurar injusto otras erogaciones percibidas de manera fraudulenta, considera que el sujeto activo no se extiende a quienes, una vez obtenida la prestación económica estatal, han incumplido las condiciones o finalidades tenidas en vista al momento de la adjudicación. Anota que esta figura existe en forma expresa en el derecho español, en el artículo 308. 2 del Código Penal, en el siguiente tenor: “... al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas los aplique en una cantidad superior a ciento veinte mil euros a fines distintos de aquellos para los que la subvención o ayuda fue concedida...”.

La declaración de extemporaneidad de la acción de reclamación ambiental en la sentencia definitiva (Corte Suprema)

*Comentario de Carlos Ellenberg Oyarce**

Santiago, veintinueve de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 3572-2018, seguidos ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, se rechazó, por extemporánea, la reclamación interpuesta por doña Ana Stipicic Escauriaza en contra de la Resolución Exenta N° 10/D 50-2016, de 30 de junio de 2017, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, que, por una parte, suspendió el procedimiento sancionatorio seguido en contra de Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda., por diversas infracciones a las Resoluciones de Calificación Ambiental que permitieron el desarrollo de sus proyectos denominados “Mina Invierno” y “Portuario Isla Riesco”, relativos a la explotación, extracción, traslado y acopio de carbón provenientes del yacimiento Minero Invierno, ubicado en la comuna de Río Verde, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, y, por la otra, aprobó un Programa de Cumplimiento. Tanto la Superintendencia del Medio Ambiente, como las dos empresas involucradas cuestionaron la intervención de la Sra. Stipicic. La primera, esto es, la Superintendencia, sostuvo que la reclamante carece de legitimación activa porque no participó directamente en el procedimiento sancionatorio y tampoco durante la tramitación del Programa de Cumplimiento. Por su parte, Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda., se hicieron parte como terceros independientes dentro de los presentes autos y, en lo que interesa, también argumentaron la falta de legitimación activa de la reclamante, amén de la extemporaneidad del reclamo y la improcedencia del mismo por tratarse este de un acto trámite. En su sentencia, los jueces del Tercer Tribunal Ambiental abordan la alegada falta de legitimación activa y, en su mérito, declararon la extemporaneidad del reclamo, sin referirse al fondo del asunto debatido. En contra de dicha determinación la reclamante interpuso recurso de casación en el fondo, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho, University College de Londres, Inglaterra. Correo electrónico: c.ellenberg@gmail.com.

CONSIDERANDO:

(...)

SEGUNDO: Que para la adecuada comprensión y decisión del recurso en estudio es útil dejar asentado que son hechos de la causa, por haberlos establecido de ese modo los sentenciadores, los siguientes:

1. Minera Invierno S.A. es titular del Proyecto “Mina Invierno”, que tiene por objeto la extracción de carbón bituminoso del yacimiento Invierno, ubicado en la Isla Riesco, comuna de Río Verde, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Su estudio de impacto ambiental fue aprobado mediante la Resolución de Calificación Ambiental Nº 25/2011 de 21 de febrero de 2011, modificada en diversas ocasiones.

2. Por su parte, Portuaria Otway Ltda. es titular del proyecto “Portuario Isla Riesco”, que tiene por objeto el diseño, construcción y operación de instalaciones terrestres y marítimas para efectuar el acopio, procesamiento y posterior carga en naves, del carbón proveniente de los yacimientos de Isla Riesco, siendo aprobado su estudio de impacto ambiental por Resolución de Calificación Ambiental Nº 291/2009, de 1 de diciembre de 2009.

3. El día 2 de octubre de 2014, don Gregor Stipicic Escauriaza, en su calidad de persona natural, presentó ante la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente una denuncia en contra de Minera Invierno S.A., que motivó una fiscalización y el inicio del procedimiento sancionatorio en su contra.

4. La agrupación “Alerta Isla Riesco” carece de personalidad jurídica.

5. Con fecha 9 de noviembre de 2015, Ana Stipicic Escauriaza remitió a la Superintendencia del Medio Ambiente una carta con documentación adjunta, para reforzar la denuncia de su hermano Gregor Stipicic, sin presentar otra por separado. Si bien la carta tiene un membrete de la agrupación “Alerta Isla Riesco”, de su tenor los jueces no concluyeron que ella se haya acompañado representación de dicha organización y al firmar no hizo referencia alguna a su membresía, representación o vocería.

6. El 9 de agosto de 2016, la Superintendencia del Medio Ambiente, a través de la Res. Ex. Nº 1/Rol D-050-2016, formuló cargos contra Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda., por diversas infracciones a las respectivas Resoluciones de Calificación Ambiental que aprobaron sus proyectos denominados “Mina Invierno” y “Portuario Isla Riesco”, respectivamente.

7. En la referida resolución consta que dentro de la enumeración de los antecedentes que se tuvieron en cuenta para formular los cargos, se encuentra la denuncia presentada por la agrupación “Alerta Isla Riesco”, encabezada por Gregor Stipicic Escauriaza. Asimismo, su considerando Nº 14 indicó que con fecha 5 de noviembre de 2015, la reclamante, doña Ana Stipicic Escauriaza, acompañó antecedentes para complementar la denuncia original efectuada por su hermano. También se ordenó a las empresas investigadas presentar un Programa de Cumplimiento único, atendido que conformaban una unidad física.

8. Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda., presentaron un Programa de Cumplimiento, el que fue modificado a petición de la autoridad ambiental en reiteradas oportunidades.

9. Finalmente, el 30 de junio de 2017, la Superintendencia del Medio Ambiente publicó en su plataforma electrónica la resolución mediante la cual aprobó el citado Programa de Cumplimiento y ordenó suspender el procedimiento sancionatorio, ordenándose notificar ésta por carta certificada a Gregor Stipicic.

10. En tal virtud, el 10 de julio de 2017, se notificó por carta certificada a don Gregor Stipicic Escauriaza, la resolución referida en el numeral anterior.

11. La Sra. Stipicic compareció en estos autos como persona natural, sin señalar que actuaba a nombre de la agrupación “Alerta Isla Riesco”, sino que se limitó a mencionar en el cuerpo de su reclamación que era parte de la misma.

TERCERO: Que los jueces del fondo, resolvieron rechazar la reclamación por extemporánea, argumentando: “Que, consta en el expediente administrativo que la denuncia que dio origen al procedimiento administrativo en análisis fue presentada por el Sr. Gregor Stipicic, en su calidad de persona natural, como él mismo indicó y consta a fs. 334. Igualmente, consta que la SMA le reconoció la calidad de interesado al Sr. Stipicic, e incluso que en la resolución –que dio inicio al procedimiento sancionatorio contra los terceros en la presente causa– se le advirtió dicha situación expresamente, señalándose «[...] que la denuncia fue presentada por él como persona natural, sin acreditar representación de otras personas o instituciones» (fs. 265).

En el expediente no consta que el Sr. Gregor Stipicic haya repuesto dicha resolución alegando que su calidad de interesado no era solo como persona natural, sino que también actuaba a nombre de la agrupación «Alerta Isla Riesco», para que a ésta última se le tuviera como interesada.

Tampoco consta que la Sra. Stipicic haya comparecido y repuesto la resolución que dio inicio al procedimiento sancionatorio, alegando que ella era interesada como persona natural, y que actuaba a nombre de la misma agrupación, para que también se les tuviera a ambas en dicha calidad.

Tampoco consta que la Sra. Stipicic se haya apersonado de alguna forma, para tener la calidad de interesada, tal como indica el art. 21 N° 3 LPA.

De este modo, no queda sino concluir que, durante el procedimiento administrativo la Sra. Stipicic nunca tuvo formalmente la calidad de interesado, y por tanto era un tercero absoluto.

Además, que el Sr. Gregor Stipicic sí tuvo la calidad de interesado, pero únicamente como persona natural. En ese sentido, la notificación del acto administrativo solo tuvo efectos para el Sr. Gregor Stipicic en su calidad de persona natural, y no puede entenderse que se comunica o extiende a la agrupación «Alerta Isla Riesco».

Sobre la base de lo anterior, esto es, que la reclamante es un tercero absoluto, los jueces del grado resuelven que a esta se le entenderá notificada de la resolución impugnada desde que ese acto se hizo público, esto es, conforme a los artículos 31, 32 y 33 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuando fue incorporado a

una plataforma web, denominada SNIFA. En consecuencia, “la Sra. Stipicic interpuso su acción el 31 de julio de 2017. Dado que la Resolución Reclamada se publicó en SNIFA el 30 de junio de 2017, los 15 días hábiles administrativos del art. 56 LOSMA transcurrieron el 21 de julio de 2017. Por tanto, la reclamación de la Sra. Stipicic fue extemporánea y, por tanto, se accederá a lo solicitado por los terceros independientes” [sic].

CUARTO: Que, previo a entrar al análisis de las materias propuesta por el recurso de casación en el fondo, es esencial determinar, ante todo, su procedencia. Pues bien, tal como lo declaró esta Corte en los autos Rol 43.049-17, la decisión del Tercer Tribunal Ambiental reviste la naturaleza de las resoluciones indicadas en el inciso primero del artículo 26 de la Ley Nº 20.600, esto es, se trata de una decisión que hace imposible la continuación del proceso.

De modo que a su respecto solo era procedente el recurso de apelación que el inciso primero de la misma norma contempla, correspondiéndole su conocimiento a la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

Por el contrario, solo es posible la interposición de los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de las sentencias definitivas señaladas taxativamente en los incisos tercero y cuarto del artículo 26 de la Ley Nº 20.600.

En consecuencia, siendo la resolución cuestionada por la recurrente una de aquellas definidas en el inciso primero del citado artículo 26, por expreso mandato de la ley en su contra solo procede el recurso de apelación y no así el recurso de casación.

QUINTO: Que, de esta forma, la resolución objetada por la vía del recurso de casación en el fondo en examen, no reviste la naturaleza jurídica de sentencia definitiva, toda vez que no resuelve la cuestión o asunto objeto del pleito, razón por la cual no resulta procedente el expresado recurso de casación en el fondo.

SEXTO: Que, habiendo demostrado que la acción de nulidad intentada en estos autos no puede prosperar, cabe agregar una segunda razón por la cual debe ser rechazada, toda vez que es improcedente, atendida la naturaleza del acto administrativo que se intenta dejar sin efecto por esta vía.

(...)

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, SE RECHAZA el recurso de casación en el fondo deducido por la reclamante, en contra la sentencia de dos de febrero de dos mil dieciocho.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz quien fue de opinión acoger el recurso de casación en el fondo, anular la sentencia recurrida, sobre la base que la reclamante es una tercera interesada en el conflicto, por consiguiente, la acción que impetró no es extemporánea y, debiendo el tribunal ambiental pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido, por las siguientes razones:

1°.— Que la presente causa se inicia por reclamo de ilegalidad deducido por doña Ana Stipicic Escauriaza, conforme lo dispone el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 10 / D50-2016, de 30 de junio de 2017, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente que aprobó un programa de cumplimiento presentado por las empresas Minera Invierno S.A. y Portuaria Otway Ltda y, en su mérito, suspendió el procedimiento sancionatorio seguido en contra de aquellas; el que fue desestimado por el Tribunal Ambiental por extemporáneo, desde que los jueces de fondo calificaron a la reclamante como una tercera absoluta de dicho procedimiento.

2°.— Que, en este contexto, corresponde discurrir sobre los hechos no discutidos en la causa y que permiten determinar, en primer lugar, la naturaleza de la resolución recurrida (...).

3°.— Que el sistema regulatorio ambiental se construye sobre la base de los principios de prevención, eficacia y promoción del cumplimiento, en cuyo contexto se inserta el programa de cumplimiento (en adelante PDC) como instrumento de incentivo, que permite que un proceso sancionatorio no termine necesariamente con una sanción, sino que culmine con el desarrollo y puesta en marcha de un programa que materialice la protección del bien jurídico que a través de las infracciones constatadas se vio amenazado (Corte Suprema Rol N° 11.485-17), para lo cual se deben cumplir con el desarrollo de acciones concretas, sometidas a la fiscalización de su efectiva implementación.

4°.— Que, sin embargo, la proposición de un plan de cumplimiento no libera, no autoriza y no permite que las infracciones se sigan cometiendo; ello, por una parte, atentaría contra la finalidad preventiva y protectora del medio ambiente antes reseñada y, por otra, configuraría una forma de co-autoría de futuras infracciones entre el titular del proyecto y la autoridad. En efecto, prueba de ello es que la Administración goza de facultades que incluso le permiten, en el intertanto, la paralización del proyecto infractor, de lo que se sigue que el plan de cumplimiento nunca puede importar una especie de permiso para seguir perpetuando transgresiones a la normativa ambiental.

5°.— Que, en el caso de autos, la Resolución Exenta N° 10/2017 que aprobó y suspendió el procedimiento sancionatorio, se encuentra en una situación particular, que la hace impugnabile, desde que la misma se aprobó no obstante las diversas correcciones que de oficio dictaminó la Superintendencia del Medio Ambiente y que significó que en los hechos, el verdadero plan de cumplimiento se presentara por las empresas realmente el día 14 de julio de 2017 y no la fecha de la resolución que la aprobó, lo cual hace que dicho procedimiento necesariamente deba ser revisado, como un forma de resguardar el debido proceso y, esencialmente, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantía que constituye el fundamento y quid del ordenamiento ambiental.

6°.— Que, establecido lo anterior, cabe dilucidar sobre la posición jurídica que ocupa la recurrente en los presentes autos y con ello, determinar la fecha en que tomó conocimiento de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente que tuvo por aprobado el programa de cumplimiento presentado por las empresas requeridas, para contabilizar el plazo de la acción impetrada.

En este orden de ideas, es necesario destacar que la Ley N° 20.600, en su artículo 17 N° 3 otorga competencia a los tribunales ambientales para “Conocer de las reclamaciones

en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente”. Luego, en el artículo 18, incluido entre las normas comunes del procedimiento, específicamente en lo relativo a quienes serán consideradas partes en él, dispone su encabezado lo que sigue: “De las partes. Los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17”; en el número 3° del mismo artículo 18, se indica: “En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente”. Tal precepto es claro, en cuanto quien resulte afectado por el acto, reviste la calidad de parte.

A continuación, en su inciso final el texto en análisis establece: “En los procedimientos que se regulan en esta ley será aplicable lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil”. Como se observa, el precepto citado hace aplicable la norma del código de enjuiciamiento que establece que tendrán tal calidad de terceros quienes tengan un interés actual en el juicio.

7°.- Que lo hasta aquí reflexionado no puede ser interpretado como un obstáculo a la tutela judicial efectiva, toda vez que esta Corte no desconoce en modo alguno el derecho que asiste a los directamente afectados por los actos de la administración, en materia a medioambiental, a impugnar y/o, a participar en el contencioso administrativo, pero siempre que ello se verifique y concrete en la forma y por las vías que el ordenamiento jurídico establece.

8°.- Que determinado como está, conforme a las conclusiones que preceden, es lógico concebir a la reclamante como parte de la agrupación Alerta Riesco y, en esa condición, ser considerada tercera interesada en los términos del artículo 21 Nº 2 de la Ley Nº 19.880. Sin perjuicio de las formalidades asentadas por la Superintendencia del Medio Ambiente en relación a la participación individual que otorgó a los hermanos Stipicic dentro del procedimiento administrativo, lo cierto es que, en los hechos aquellos intervinieron en el proceso como parte de Alerta Isla Riesgo.

De la lectura del artículo 7 de la Ley Nº 20.500 y bajo la luz del principio de participación que cubre el ordenamiento ambiental, se permite la constitución de agrupaciones que no gocen de personalidad jurídica, como grupos de interés ciudadanos, quienes se encuentran facultados para ejercer su derecho a participar y emitir opinión, es dentro de ese concepto, que se reconoce a Alerta Isla Riesco como partícipe del proceso en análisis, porque este disidente no puede soslayar que en la resolución matriz del procedimiento sancionatorio, esto es, la formulación de cargos que se hizo a las empresas requeridas, se consideró, entre otros antecedentes, justamente la denuncia que hizo esta agrupación en contra de aquellas, que se identifica a Gregor Stipicic como líder de la misma e incluso es a él que en esa calidad se lo notifica de la decisión aquí impugnada, de todo lo cual se desprende que no existe, entonces, discusión en el interés que dicha agrupación tiene en relación a la cuestión de fondo.

9°.- Que, siguiendo el hilo conductor de lo expuesto, tampoco existe controversia en cuanto a que la reclamante es hermana del denunciante, que participó en el

procedimiento administrativo al acompañar documentación sobre la denuncia, incluso con escritos que llevaban el membrete de la agrupación y concurrió a reuniones con las autoridades ambientales en calidad de gestora de Alerta Isla Riesco, sin que se dejara constancia en aquéllas de una participación diversa, en estas condiciones, es evidente que se configura la hipótesis del artículo 21 N° 2 de la Ley N° 19.880, esto es, que la reclamante “sin haber iniciado el procedimiento tenga, derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopten”.

Habiéndose constatado todo lo anterior, es que no puede menos que entenderse que la Sra. Stipicic fue notificada de la decisión que aprobó el programa de cumplimiento en discusión, el día que lo hizo la agrupación a la cual pertenece, es decir, el 10 de julio de 2017 y, siendo deducido el reclamo el 31 de ese mes y año, estaría dentro del plazo de quince días que ordena el artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo cual el tribunal debió conocer de su reclamo.

10°.— Que en razón de lo señalado, este disidente estima que el fallo impugnado incurrió en los yerros jurídicos que se le imputan, motivo por el cual fue de opinión de acoger el recurso de casación en el fondo y dejar sin efecto la resolución impugnada así como también todas las otras que de ella deriven, en tanto hayan sido causadas y se relacionen con no considerar a la reclamante en calidad de parte —tercero interesado—, en la causa.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo al Abogado Integrante Sr. Pallavicini Magnere y del voto disidente su autor.

Rol N° 3572-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Arturo Prado P. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M.

Santiago, 29 de agosto de 2018.

COMENTARIO

Parece ser observación común en la doctrina que las normas que rigen el contencioso administrativo chileno se encuentran dispersas en un cúmulo de disposiciones y procedimientos sectoriales, normas que son interpretadas y aplicadas de manera diversa en la judicatura general y especializada. Dentro de este diagnóstico, el fallo extractado contribuye al debate porque su estudio integra un cuadro más amplio como es el control jurisdiccional de los actos de la Administración del Estado. En la sentencia, la procedencia de dicho control se advierte en dos momentos. El primero sería mediante la posible revisión de un acto trámite dictado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), en la especie, una resolución que aprobó un programa de cumplimiento, suspendiendo

un procedimiento sancionatorio contra dos empresas que constituían una unidad fiscalizable. El segundo momento se advierte con la impugnación vía casación de la sentencia definitiva recaída en el procedimiento de reclamación seguido contra la SMA, decisión que contiene un pronunciamiento sobre la oportunidad en el ejercicio de la pretensión de la reclamante. La extemporaneidad destinó la reclamación al rechazo en la sentencia definitiva, lo que a su turno, en la visión de la Corte Suprema, comprometió la naturaleza jurídica de dicha sentencia tornando improcedente el recurso de casación en el fondo intentado en su contra. En este comentario me concentro en este último aspecto.

El argumento primario para el rechazo del recurso de casación en el fondo consistió en que la sentencia del tribunal ambiental, al rechazar la reclamación por extemporánea, no resolvió la cuestión o asunto objeto del pleito (la anulación del acto), de manera que esa resolución no constituye una sentencia definitiva. El fallo entonces nos retrotrae a un tema clásico del derecho procesal, como es la naturaleza jurídica de la sentencia definitiva, principalmente en cuanto al contenido decisorio que hace que una sentencia sea, precisamente, definitiva. Al respecto, en la decisión del voto de mayoría parece encontrar asidero una doctrina de la Excelentísima Corte, en virtud de ella,

“Las resoluciones que incorporadas a la sentencia final deciden, junto con la cuestión de fondo controvertida, las peticiones que procesalmente hayan hecho las partes en el curso de la litis, no pierden el carácter que le es propio por la mera contingencia de orden procesal de haber sido pronunciadas en un solo acto con la dictada sobre el fondo”¹.

En consecuencia, una reflexión inicial pasa por determinar cuál sería la cuestión o asunto objeto del juicio. Resulta predecible que en nuestro derecho ello sea el juicio sobre la legalidad del acto que conlleva su mantenimiento o, por el contrario, su anulación parcial o total. Tomando como ejemplo el contencioso administrativo ambiental, normalmente ese juicio forma parte de una cadena argumentativa que, a partir de las alegaciones o defensas de los litigantes, se aborda en la sentencia con aspectos de oportunidad de la pretensión, legitimación, competencia material del tribunal y argumentos finales de conformidad del acto administrativo al ordenamiento jurídico². La aceptación

¹ Sentencia Corte Suprema de 13.6.2017, rol 92859-2016. En este fallo, la Corte se apoya en el clásico texto de Oscar Rojas y Raquel Venegas, “El proceso sumario de cognición” (1963), en especial, en el siguiente pasaje de la página 118, citado por el Máximo Tribunal: “Si por definición la sentencia definitiva pone fin a la instancia y resuelve el asunto controvertido entre las partes del proceso, y este lo forman las peticiones contenidas en la demanda originaria o reconventional y las defensas que contra ellas se oponen, quiere decir que el acto jurídico procesal sentencia solo puede mirar al fondo del debate y no a otras decisiones o resoluciones que se expidan junto o simultáneamente con el asunto que constituye el motivo principal del juicio. Puede el fallo en que se materializan estas decisiones aparecer integrado de manera compleja por todo el conjunto de tales resoluciones, las que desmembradas, disgregadas o desintegradas conceptualmente, adquieren, por su naturaleza, individualidad propia”.

² En materia de legitimación, por ejemplo, en general tanto los autores como la jurisprudencia de la Corte Suprema afirman que se trata de una cuestión de fondo que se resuelve en la sentencia definitiva.

de una de estas defensas hace innecesario el examen de las restantes, produciéndose en la sentencia definitiva, en mi parecer, una decisión de fondo en el asunto. En este sentido, si bien sentencia definitiva es aquella que normalmente resuelve el objeto principal del juicio, estimo que no pugna con el art. 158 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil sostener que sigue siendo definitiva aquella sentencia que dictada una vez agotados los trámites de discusión, y quedando el procedimiento en estado de fallo, se pronuncia sobre algún presupuesto procesal en la misma resolución de manera cronológicamente anterior al asunto principal³. Lo importante sería que la alegación constituya alguna parte o sección de la cuestión debatida⁴. Esta hipótesis justificaría la resolución en definitiva de cuestiones como falta de oportunidad en el ejercicio de la pretensión, falta de legitimación e incompetencia cuando no son manifiestas como para un rechazo *in limine* y se requiere abordarlas como cuestión de fondo, no desnaturalizándose por ello la sentencia definitiva.

En efecto, dentro del procedimiento de reclamación de la Ley N° 20.600, el juicio de oportunidad en el ejercicio de la pretensión se puede producir en dos momentos diversos. El primero corresponde a la admisibilidad de la presentación (art. 27), en que el estudio preliminar o formal del asunto obliga a determinar si el derecho se ejerció o no dentro de plazo. Si lo último, la resolución que declara la inadmisibilidad por extemporaneidad es susceptible de reposición con apelación en subsidio. No obstante, mientras no exista unanimidad para declarar la inadmisibilidad, el procedimiento seguirá su curso y el tribunal necesitará contar con el informe de la Administración y posterior vista de la causa, existiendo seguramente comparecencia de algún tercero apoyando la postura del reclamante o reclamado según fuera el caso. De esta manera, la alegación de extemporaneidad de la pretensión anulatoria pasará a ser una más de las cuestiones de fondo que formará parte del contenido decisorio de la sentencia definitiva. Esto ha ocurrido así en una variedad de casos vinculados a la aplicación de la denominada teoría de la invalidación impropia, donde el eje central de la discusión gira en torno al plazo que tiene una determinada categoría de actores para solicitar la nulidad de un acto administrativo, normalmente una resolución de calificación ambiental (RCA). La Tercera Sala también ha establecido criterios en un tema paralelo, como es la aplicación de plazos de días hábiles administrativos en sede judicial. En fin, en un plano más general, lo mismo ocurre con la persecución de infracciones y sanciones administrativas bajo el plazo de seis meses del Código Penal (arts. 94 y 97) o el general del Código Civil (art. 2515). Lo interesante es notar que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido cambiante⁵.

³ Cfr. ABAL OLIÚ, Alejandro, 2016: "Clasificación de las Resoluciones Judiciales", *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 40, pp. 21-22. Disponible en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652016000100002&script=sci_abstract [Fecha de consulta: 30.10.2018].

⁴ El argumento se inspira en sentencia de Corte Suprema de 13.11.2017, rol 8513-2017, cuando en su considerando quinto manifiesta: "Que la circunstancia de radicarse en la sentencia definitiva el pronunciamiento relativo a las costas no le permite participar de la naturaleza de esta resolución, por cuanto no constituye parte o sección alguna de la cuestión controvertida en el pleito (...)".

⁵ En la invalidación impropia, la delimitación de los escenarios posibles entre el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 y el art. 53 de la Ley N° 19.880 no ha sido una materia pacífica, de lo que da cuenta la variación

Por otro lado, en mi opinión se producen dos incompatibilidades con la decisión comentada cuando estima que la sentencia del tribunal ambiental se trata de una resolución que hace imposible la continuación del proceso.

La primera cuestión radica en una incompatibilidad con el régimen de impugnación de la Ley Nº 20.600. A pesar de una inicial inclinación por la apelación, la historia de la ley da testimonio final del alejamiento de dicho recurso como medio de impugnación de la sentencia definitiva, porque ello importaría la revisión de hechos establecidos por un tribunal especializado de composición mixta, como lo son los tribunales ambientales⁶. Esta razón explica la mantención de la revisión judicial de la sentencia definitiva de estos órganos jurisdiccionales por medio de un recurso de derecho estricto como es el de casación, quedando relegada la apelación a los casos limitados y precisos indicados en el art. 26 de la Ley Nº 20.600. En este ámbito, el fallo comentado es interesante no solo porque consolida una doctrina de la Tercera Sala ya avanzada por la Corte (rol 43.049-2017), sino también porque en ambos casos existieron votos en contra que estuvieron por admitir o acoger el recurso de casación⁷. En el caso en que incide la sentencia comentada, ello hubiese permitido un pronunciamiento en un asunto complejo dentro del contencioso administrativo ambiental, ya identificado por la doctrina⁸, como es la validez del mecanismo de notificación del acto administrativo respecto de un tercero

de criterios de mayoría y también de minoría existentes en los fallos. Una demostración de ello se ofrece en sentencia Corte Suprema de 25.6.2018, rol 44.326-2017. En similar sentido ocurre con la persecución de sanciones administrativas que no tienen plazo especial de prescripción. En general, la Corte Suprema ha mantenido que la aplicación de multas y sanciones administrativas corresponde a una manifestación matizada del *ius puniendi* estatal, rigiendo, por tanto, el plazo de 6 meses del Código Penal para perseguir el cumplimiento de tales sanciones. Dicho criterio, que parecía establecido, fue modificado por la Corte Suprema en sentencia de 28.08.2018, rol 8420-2017, donde con voto en contra y prevención se prefirió por mayoría la aplicación del art. 2515 del Código Civil, entre otros argumentos, amén de dar eficacia a la Administración en la represión de ilícitos y finalidad preventiva general de la sanción. En materia de plazos administrativos y judiciales, un criterio establecido se halla en sentencia Corte Suprema de 15.6.2016, rol 7396-2016.

⁶ Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2011: "Historia de la Ley Nº 20.600, Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados", p. 79. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4429/> [Fecha de consulta: 27.08.2018].

⁷ En sentencia Corte Suprema de 16.4.2018, rol 43.049-2017, el voto en contra de la ministra Sra. Egnem y abogado integrante Sr. Lagos estuvo por admitir el recurso y traer autos en relación, por cumplirse con el art. 781 del Código de Procedimiento Civil. Es admisible hacer presente que, con hechos diversos, dicho caso es similar al comentado en cuanto la sentencia del tribunal ambiental declaró extemporánea una reclamación deducida ante tribunal incompetente. Por medio del reclamo se reprochaba la legalidad de una resolución de la SMA que archivó una solicitud que denunciaba la caducidad de una RCA. El voto de mayoría de la sentencia de casación consideró que la decisión del tribunal ambiental no constituía una sentencia definitiva, con similares argumentos al caso que se comenta. No obstante, en el caso extractado, el voto en contra del ministro Sr. Muñoz plantea interesantes nociones en torno al reconocimiento por parte de la Excm. Corte a la tutela judicial efectiva que cabe a los directamente afectados por los actos de la Administración y la legalidad que la recurrente de casación estima quebrantada. Es posible la precisión que la disidencia estuvo por considerar que la acción no era extemporánea y que el tribunal ambiental debió resolver el fondo de la asunto.

⁸ Cfr. BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho Ambiental*, (2º edición), Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 538.

absoluto en el procedimiento sancionatorio, que en el caso concreto se practicó por medio de la inclusión del acto en el sitio *web* del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental y que determinó la extemporaneidad de la reclamación por el tribunal ambiental, fracasando el reclamo.

Enseguida, el concepto que la Corte Suprema ha dado de las llamadas resoluciones que hacen imposible la continuación del proceso, puede resultar conflictiva con la revisión judicial de los actos de la Administración. La Corte Suprema, en materia de abandono del procedimiento e incompetencia, ha dicho que este tipo de resoluciones son las que “impiden seguir el procedimiento en curso, sin perjuicio de poder iniciar otro proceso con idéntico objeto”⁹. En materia ambiental la impugnación de las resoluciones de la SMA está sujeta a un plazo especialmente breve, como es el de 15 días hábiles contados desde la notificación, de manera que, por ese solo capítulo, la posibilidad de reclamar contra el acto administrativo se desvanecerá. En otras palabras, la situación jurídica se consolidará con la declaración de extemporaneidad, no siendo admisible plantear la discusión en un nuevo procedimiento de reclamación.

En suma, el escrutinio judicial de las diversas maneras en que una reclamación ambiental cae en la extemporaneidad, concede un interesante margen para analizar el control de los actos de la Administración del Estado por medio del recurso de casación. Este ejercicio debiera materializarse a la luz de la finalidad que se le atribuya al procedimiento contencioso administrativo ambiental y una comunicación finalista de los conceptos procesales tradicionales hacia el procedimiento contencioso administrativo. En esta tarea hago notar la observación de Ferrada cuando dice que “los procesos generales y especiales a través de los cuales se hace la justicia administrativa en nuestro derecho están contruidos normalmente a partir de la protección de derechos subjetivos o intereses de los afectados por la actividad administrativa (...)”¹⁰. Tanto el voto de mayoría como el de minoría del fallo comentado invitan a reflexionar con mayor profundidad sobre si la mantención de un modelo subjetivo de justicia administrativa ambiental sería una aspiración o una realidad.

⁹ Corte Suprema, 29.5.2017, rol 11629-2017; Corte Suprema, 29.1.2018, rol 37377-2017.

¹⁰ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, 2012: “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXV, N° 1, p. 120.

RECENSIONES

Recensiones

PAUL DE GRAUWE, *The Limits of the Markets. The Pendulum Between Government and Market*, United Kingdom, Oxford University Press, 2017 (165 pp.).

La discusión en el debate público acerca de si necesitamos “más mercado” o “más Estado” es bastante antigua. Locke escribía, hace más de trescientos años, que los hombres abandonan su estado de naturaleza y se asocian con otros “con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones”¹. Luego Smith, Marx, Keynes y Hayek –por nombrar a algunos– se avocaron a este mismo problema. Gran parte de la filosofía y la economía políticas del último siglo se han hecho cargo de esta materia.

De Grauwe, profesor de la *London School of Economics*, es con alta probabilidad uno de los economistas más importantes en Europa en la mitad del último siglo. Además de estudios de economía en Bélgica y en Estados Unidos, cuenta con una extensa experiencia como académico y como político. Fue miembro durante doce años del Parlamento belga, como senador (1991-1995 y 1999-2003) y representante (1995-1999). Siendo un especialista en materias de economía europea, argumentó en su momento que el temor a la falta de liquidez en los mercados de deudas públicas podría llevar a un gobierno solvente a una situación de *default*. En estos casos, la intervención de los bancos centrales tradicionales –los mismos que los países de la eurozona carecen– era trascendental a la hora de poder solucionar esta tragedia mediante la estabilización de la economía.

Siendo un liberal de tomo y lomo, De Grauwe creyó cuando joven en la hipótesis del mercado eficiente: aquella que los libros de economía explican mejor de lo que el mundo evidencia. “Ya no me enamoro de la teoría”, contestó cuando le preguntaron acerca de por qué ahora reconoce limitaciones en el libre mercado; “debemos mantenernos críticos de nuestras teorías y de nosotros mismos”, agregó. El 2012, después de varios años como académico, De Grauwe alcanzó la edad de retiro obligatoria en Bélgica, y ante ello fue que la *London School of Economics* le ofreció la cátedra de Economía Política Europea.

Siguiendo lo que ya Polanyi había dicho hace más de setenta años, De Grauwe comienza *The Limits of the Market* explicando que la historia económica de los últimos dos siglos muestra que la relación entre mercado y Estado es cíclica². A ratos, los mercados libres han ganado la ventaja a costa de los gobiernos; luego, son estos quienes han alcanzado una relevancia, poniendo coto a aquellos, jugando un rol relevante en la mantención de una economía sana. El siglo XIX evidenció una expansión de los mercados libres, los que se vieron a sí mismos limitados tras la Segunda Guerra Mundial. Así, los gobiernos tuvieron un rol importante en el crecimiento de las economías nacionales. Pero en los 70 las economías controladas por los gobiernos estaban alcanzando ya sus límites. Hoy,

¹ LOCKE, 2014, p. 159.

² Aunque esta idea no es nueva. Cfr. POLANYI, 2001, p. 79.

el mercado se ha expandido de tal modo que, como escribe Sandel, prácticamente no hay ámbito de la vida pública que no esté en el comercio³.

El supuesto de partida de De Grauwe es dar por hecho que la discusión de “más Estado o mercado” está obsoleta. Siempre existirá una mezcla de ambos y la pregunta relevante a estas alturas consiste en determinar en qué proporción esa mezcla es la adecuada. De Grauwe comienza señalando que el capitalismo, con todas sus ventajas, reconoce ciertos límites que están dados por una incongruencia entre el interés individual y el interés de la comunidad en su conjunto. A diferencia de lo que había planteado Adam Smith en su momento, muchas personas buscando satisfacer su interés particular no lleva necesariamente a una situación en que sea óptima para todos⁴. De esta forma, el principal elemento del capitalismo y gracias al que ha alcanzado su éxito (su carácter descentralizado) es, al mismo tiempo, su principal limitación. El capitalismo genera así efectos –“efectos de sistema”, dirían aquellos que se dedican a las ciencias sociales– que lo acercan a su autodestrucción⁵.

Estos límites pueden ser externos, como ocurre en el caso de las emisiones atmosféricas, el calentamiento global o en el del funcionamiento de los mercados financieros (aquellos que los economistas llaman “externalidades”). En estos casos, la expansión del mercado hace más probable la intervención del gobierno como coto al capitalismo. Y esto se debe a que la expansión de un mercado conlleva un “doble efecto: un incremento en el daño público y una reducción del beneficio público”. Cuando el mercado alcanza sus límites, los gobiernos se ponen en acción con el fin de restringir dicha expansión⁶.

También el libre mercado reconoce límites internos que apelan a la sensación de insatisfacción que genera el mismo sistema en las personas. Una proporción significativa de la población no alcanza satisfacción bajo el capitalismo (inequidad social), mientras que el sistema, en sí mismo, propende hacia la individualidad racional, debilitando de esta forma la cooperación social (un buen ejemplo de ello se encuentra en el manejo de los bienes públicos, como la educación o un medio ambiente libre de contaminación)⁷. Así, siguiendo la clásica distinción psicológica de Daniel Kahneman entre el Sistema I (un sistema más emocional) y el Sistema II (un sistema puramente racional)⁸, De Grauwe plantea que el capitalismo inevitablemente nos arroja a cada uno de nosotros, en mayor o menor medida, a una tensión entre nuestros dos sistemas. A medida que el mercado se hace más exitoso, tendemos a preocuparnos más por la distribución del ingreso y por

³ SANDEL, 2013, pp. 15-16.

⁴ DE GRAUWE, 2017, p. 13.

⁵ Los “efectos de sistema” aparecen cuando las propiedades de un conjunto difieren a las propiedades de sus miembros, individualmente considerados. Muchas veces ocurre que aparecen efectos indirectos o con un cierto retraso, o que las relaciones entre dos actores están, en realidad, determinadas por sus relaciones con otros actores. De este modo, las relaciones e interacciones no son puramente “agregadas”. Cfr., al respecto, JARVIS, 1997, en especial, p. 6.

⁶ DE GRAUWE, 2017, p. 37.

⁷ DE GRAUWE, 2017, p. 37.

⁸ KAHNEMAN, 2012, pp. 32-132.

la cooperación social, lo que lleva a una insatisfacción, que nos hace mirar al gobierno como solución⁹.

Paradójicamente, el Estado es quien puede salvar al mercado de su autodestrucción. Para esto, la tarea fundamental de los gobiernos es promover el interés colectivo donde el mercado no lo hace, mediante el control de las externalidades, el financiamiento y asignación de los bienes públicos y la redistribución de la riqueza¹⁰. Pero el Estado también reconoce límites (internos y externos) que pavimentan el camino para el regreso del libre mercado. Los límites externos estarían dados por oposiciones de parte de los ciudadanos a la regulación estatal. Los internos, en tanto, se traducen en niveles de redistribución tan altos que conllevan graves pérdidas de eficiencia económica. Los problemas de riesgo moral derivados de los seguros sociales estatales son un buen ejemplo de estos.

Así, De Grauwe vuelve a la pregunta por la inevitabilidad del péndulo ofreciendo dos escenarios¹¹. Un escenario “pesimista” plantea que siempre existirá un movimiento pendular en los años que vienen. El mercado seguirá creciendo y los problemas que alguna vez fueron locales (la contaminación del pueblo) se van haciendo globales (el calentamiento global). Dos requisitos se hacen necesarios, cree De Grauwe, para que salgamos de este péndulo y caigamos en otro escenario más “reformista”. Primero, que las instituciones democráticas funcionen bien en cada país. Segundo, que los países estén preparados para trabajar codo a codo. Ambos requisitos deben darse para poder lidiar tanto en temas de medio ambiente como de inequidad que nos afectan hoy¹².

The Limits of the Market no es un libro ambicioso. Es un libro con una premisa sencilla pero efectiva. No es un tratado que aborde exhaustivamente materias de economía porque De Grauwe tampoco pretende aleccionarnos en ellas; tan cierto es esto, que no es un libro accesible, pues asume que el lector es versado en temas económicos y políticos, incluso, en los de más reciente ocurrencia. Pero, con todo, el libro de De Grauwe nos muestra algo verdadero y profundamente importante en el mundo de hoy. Un real punto de partida que nos indique hacia dónde queremos ir.

Pablo Méndez Ortiz
Profesor de Derecho Público
Universidad de Valparaíso

⁹ DE GRAUWE, 2017, pp. 53-54.

¹⁰ DE GRAUWE, 2017, pp. 65-70.

¹¹ DE GRAUWE, 2017, pp. 147 y ss.

¹² DE GRAUWE, 2017, p. 152.

SAMUEL MOYN. *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Harvard University Press, Estados Unidos, 2018 (296 pp.).

El título del libro de Samuel Moyn es provocador: *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Los derechos humanos, que en la actualidad simbolizan los más grandes ideales y principios de justicia, simplemente no son suficientes frente a la desigualdad económica y social que se extiende por el mundo. Pero, además de sugerente, el título refleja la mirada realista y la paradoja central que inspiran a su autor, esto es, cómo es posible que la edad de los derechos se haya convertido en un triunfo, pero un triunfo que marca la edad dorada de y para los ricos (p. 2, 5).

La contradicción entre la ética de los derechos humanos y las condiciones económicas que se verifican durante la época de su apogeo, es una interrogante central para el caso chileno y que obliga a estudiar las particularidades históricas de lo que es considerado el primer experimento neoliberal en el mundo¹. Por eso, la lectura de Moyn es relevante para Chile en cuanto a su temática, pero también por la forma en la que se aproxima a la relación entre el derecho y la economía.

Siguiendo la perspectiva metodológica de la historia del derecho que caracteriza su trabajo², Moyn presenta una reconstrucción general de los derechos humanos a partir de la historia de los derechos sociales y de la relación de complementariedad o de tensión entre los principios distributivos de la suficiencia y de igualdad. Esta historia intelectual rastrea la evolución de su significado en el tiempo con el objeto de comprender su “estado de secuestro” actual (p. 6), o cómo y por qué se desacoplaron del principio de igualdad material del que surgieron.

En efecto, los derechos humanos alcanzaron ese prestigio de estatus de moral universal al mismo tiempo que se extendía el fundamentalismo del mercado. Como lo denuncia Moyn, el “espíritu” de los derechos humanos se habría desplazado desde una ciudadanía igualitaria bajo el Estado-Nación, a las políticas globales de subsistencia o de mínimos (p. 6). Pero, a diferencia de la academia más crítica de los derechos humanos que los culpa por habilitar las políticas neoliberales, Moyn explícitamente se ubica como portavoz de “la posición más moderada entre aquellos que piensan que los derechos humanos no están relacionados a la economía política y a la injusticia distributiva y los que piensan que la revolución de los derechos humanos ha sido solo una farsa que busca disimular una forma de dominación inhumana” (p. xi).

Los tres primeros capítulos comprenden la conexión de los derechos con el estado de bienestar. El capítulo primero localiza el origen de la justicia social y de los derechos *sociales* en la Revolución Francesa. Para Moyn, el primer caso histórico de estado de bienestar es el Jacobino, que intenta compatibilizar la tensión inherente entre los ideales de suficiencia e igualdad. El capítulo segundo desarrolla la idea de los derechos como una forma institucional destinada en sus orígenes a reforzar el poder del Estado-Nación en sus esfuerzos redistributivos, y la distingue de aquella idea libertaria propia

¹ HARVEY, 2005.

² Véase MOYN, 2010.

del siglo XIX (p. 43). El período en el que se promulga la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y que marca el comienzo de los estados de bienestar, es especialmente relevante porque “el ambiente igualitario de los derechos sociales es crítico para comprender su carácter para la época y lo que ha cambiado desde entonces” (p. 42). Los derechos sociales representan el consenso general acerca de la necesidad de una mayor intervención estatal en la economía, y constituyen una “justificación indirecta para una nueva forma de Estado” (p. 67). Asimismo, mediante esta forma institucional se distingue la democracia liberal *bienestarista* de los estados de bienestar de carácter autoritario (p. 44).

El tercer capítulo se refiere a los alcances del estado de bienestar liberal de Estados Unidos y, en particular, al sentido histórico de la Segunda Carta de Derechos de F.D. Roosevelt. A su juicio, los fines originarios que animaron el *New Deal* no se satisfacían con la garantía de ciertos niveles mínimos de servicios sociales por medio del mercado, ni con la impronta judicial que caracteriza a los derechos en la actualidad (72, 76).

El capítulo cuarto avanza en las dificultades para la internacionalización del ideal distributivo en la era postcolonial. Moyn analiza diversas instituciones y normas internacionales, desde la Organización Internacional del Trabajo, la promulgación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la propuesta del Nuevo Orden Económico Internacional (NIEO por su sigla en inglés), lo que hace compleja su relación con los derechos sociales y el desarrollo económico.

El sistema de gobernanza internacional suponía que la justicia social se determinaba dentro de los límites del Estado-Nación y bajo el emblema de la autodeterminación colectiva. Si bien el estatismo y el nacionalismo económico era lo que ideológicamente se demandaba por los Estados postcoloniales (p. 103, 104), existían voces crecientes que veían la desigualdad material como una cuestión eminentemente geopolítica y proponían la extensión del Estado benefactor a nivel global, como lo demuestran los trabajos del economista del desarrollo Gunnar Myrdal a quien Moyn destina considerable atención.

El capítulo quinto avanza temporalmente a la década del setenta y se detiene en dos eventos decisivos para comprender la actualidad: la revolución en materia de derechos humanos y el giro hacia el concepto de las “necesidades básicas” en el área del desarrollo económico. La conexión entre ambos sucesos fue el catalizador de la transformación de los derechos humanos en una verdadera ética global (“otorgando a los derechos humanos su estatus de prestigio y su carácter obligatorio”, p. 121), que se detalla en el capítulo siguiente. Los derechos humanos pierden su vinculación con el proyecto *welfarista* estatal y se reconvierten en garantías del individuo frente a la arbitrariedad estatal. Esta ética global se caracteriza por el predominio del principio de la subsistencia, para ella los derechos humanos “son el medio para alcanzar un principio superior de la autodeterminación individual” (p. 159). “La visión cosmopolita de la justicia global impone un raciocinio donde los Estados son intermediarios entre principios universales y las personas, quienes son los sujetos últimos de la moralidad internacional” (p. 161). Los derechos humanos pasan a ser equivalentes a las necesidades básicas y a demandar niveles mínimos de bienestar.

Finalmente, el recorrido transformador de los derechos humanos concluye en la época neoliberal que Moyn desarrolla en el capítulo siete. Acá desarrolla su posición

teórica en donde la forma de los derechos depende de la economía política de su época (p. 8), pero desestima la relación simbiótica entre el auge de los derechos humanos y la economía política neoliberal. Si bien “los derechos responden al espíritu de su tiempo” (p. 31), la posición crítica que los ubica en complicidad con el giro neoliberal es débil, ya que más allá de la coincidencia temporal y el individualismo que marca a uno y otro, no existe un mayor desarrollo de su influencia. El neoliberalismo es culpa del neoliberalismo, y no de los derechos humanos (p. 192). Según la concepción unidireccional de Moyn, es la economía política neoliberal la que influye en su nueva redefinición, bajo ella los derechos humanos simplemente dejaron de tener un compromiso con la igualdad económica o el bienestar nacional. Lo anterior no implica que se hayan vuelto “débiles” o menos serios, sino que su objeto y fundamentación es otra. En la actualidad los derechos se concentran en alcanzar una igualdad individual de estatus que se basa en la promoción de las políticas de la identidad y en el desarrollo del derecho antidiscriminación. Es la autodeterminación individual y no la colectiva la que tiene prioridad, y para ello basta exigir bienes mínimos que aseguren las necesidades básicas de las personas. Los derechos de ahora no tienen nada que decir para contrarrestar la forma estructural que adopta la economía neoliberal, porque son indiferentes a los problemas de concentración de la riqueza y a las cuestiones distributivas que enfrentan las sociedades capitalistas modernas.

Paula Abumada Franco
Profesora de Derecho Público
Universidad de Chile

Instrucciones para los autores

1. *Política editorial*
 - a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas, promoviendo la discusión crítica y plural de problemas relevantes. La Revista se compone de tres secciones: investigaciones, jurisprudencia comentada y reseñas; en cada una de ellas se aceptan trabajos inéditos de cualquier disciplina jurídica.
2. *Envío de manuscritos*
 - a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.
 - b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página *web* www.revistaderechovaldivia.cl. En el archivo respectivo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, tanto en el archivo como en el texto mismo, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.
 - c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página *web* de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales, en especial lo detallado en los numerales 3, 8, 9 y 10.
3. *Colaboración original y autoría*
 - a. *Coautorías.* La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores.
 - b. *Colaboración inédita.* Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
 - c. *Traducciones.* Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
 - d. *Tesis.* En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor en una nota a pie de página inicial.
4. *Presentación*
 - a. *Título.* El autor titulará su trabajo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
 - b. *Resumen.* El trabajo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.

- c. *Palabras clave*. El trabajo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
 - d. *Límite de palabras*. Las colaboraciones correspondientes a *investigaciones* no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final. La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10) y excluido el contenido del fallo que deberá ser extractado por el autor. Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5).
5. *Contenido*
- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis*. Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.
 - b. *Subtítulos*. El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
 - c. *Citas textuales*. Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
 - d. *Notas a pie de página*. Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.
6. *Citas a pie de página*
- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c, ...) y el número de página. Ejemplo:
Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.
Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.
Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.
Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.
Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMAN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.
 - b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:
Ley 20.422, 2010.
Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.
 - c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.
Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.
Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.
7. *Referencias completas al final del trabajo*
- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía citada". Ejemplos:

Libro:

WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter & Co.

BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2º edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.

LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4º edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.

INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2º edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2º edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 ["Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2.

Documento en formato electrónico:

Goldenberg Serrano, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2, pp. 91-116. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200006&lng=es&nrm=iso. [Fecha de consulta: 1.12.2016].

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, José y YAÑEZ FUENZALIDA, NANCY "Propiedad ancestral indígena sobre las aguas". Informe en Derecho. Disponible en <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir47.pdf>

- b. Las referencias de las normas jurídicas citadas se incluirán en orden cronológico, bajo "Normas jurídicas citadas" y a continuación de la "Bibliografía citada".

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada con fecha 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada con fecha 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile con fecha 17 de junio de 1994.

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3815-07.

- c. Las referencias a la jurisprudencia citada se incluirán en orden cronológico, bajo "Jurisprudencia citada" y a continuación de "Normas jurídicas citadas".

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación*

- a. *Procedimiento de arbitraje y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, se iniciará el proceso de arbitraje. El arbitraje se realizará por dos evaluadores expertos del área y, en caso de discrepancia, se recurrirá al juicio de un tercer evaluador. En todo arbitraje se aplicará el sistema doble ciego (los árbitros no conocerán el nombre del autor del trabajo y el autor no conocerá el nombre de los árbitros). De acuerdo con el resultado del arbitraje, la Revista decidirá si acepta o rechaza la publicación del trabajo, pudiendo sugerir al autor la realización de cambios en el mismo. Dicho resultado se comunicará al autor a más tardar el 15 de julio, en la primera temporada, y el 15 de enero, en la segunda.
- b. *Pauta de arbitraje.* La pauta de arbitraje aplicada refiere a los siguientes aspectos: i) calidad y propiedad en el uso del lenguaje jurídico, así como de la exposición de las ideas y de la construcción de los argumentos; ii) existencia de un planteamiento ordenado y coherente de un problema jurídico; iii) claridad y originalidad de la tesis o planteamiento del autor; y iv) si el trabajo denota un conocimiento actualizado y sólido del saber jurídico, constituyendo un aporte novedoso o interesante al conocimiento jurídico. Los árbitros deberán indicar si recomiendan la publicación del trabajo sin observaciones, con observaciones menores o formales, o previas modificaciones sustantivas del autor; o si, por el contrario, no recomiendan su publicación, sea porque requeriría modificaciones sustantivas de tal entidad que implicarían su reelaboración o porque carece de la novedad o interés exigidos.
- c. *Criterios de exclusión.* En cualquier caso, serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos: i) no incidir en el ámbito disciplinar cultivado por la Revista; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptados por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de tres años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor (como autor único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.
- d. *Aceptación o rechazo.* Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba el aviso por escrito respectivo.
- e. *Decisión de publicar.* La *Revista de Derecho de Valdivia* se reserva el derecho de decidir respecto de la efectiva publicación de los trabajos arbitrados y, en su caso, el volumen y número específico en que se publicará.

9. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista, y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

10. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

a. *Deberes de los autores*

La revista condena éticamente el plagio y pretende combatirlo en cualquiera de sus manifestaciones.

Los trabajos que se envíen a la Revista deberán ser inéditos y el resultado de una investigación original. El trabajo o ideas ajenas deben ser reconocidos como tales mediante reglas de citación o registro.

La autoría se limita a quienes hayan contribuido sustancialmente al trabajo. Todos los autores deben haber aceptado el envío del mismo para su publicación.

Las fuentes utilizadas por el autor deben identificarse de manera que otros puedan acceder a ellas.

Los trabajos enviados a la Revista no podrán ser remitidos simultáneamente a otras. Tampoco podrá remitirse por segunda vez un trabajo que ya fue previamente rechazado.

En caso de existir una fuente de financiamiento del trabajo, el autor deberá comunicarlo al Director de la Revista al momento del envío, como asimismo cualquier conflicto de interés que pudiere repercutir en la imparcialidad de la investigación, como por ejemplo, el hecho de tratarse de un informe en derecho financiado por un tercero.

b. *Deberes del Consejo Editorial*

El Consejo Editorial de la Revista deberá velar tanto por los derechos de los autores como por las buenas prácticas editoriales. El Director deberá informar al Consejo acerca de cualquier tipo de plagio u otra conducta contraria a dichas buenas prácticas que detecte en su labor.

El Consejo deberá resguardar la imparcialidad y confidencialidad de los arbitrajes.

En caso que se presente un caso reñido con la ética, deberá garantizar un procedimiento justo en el que el autor pueda presentar sus descargos.

c. *Deberes de los árbitros*

Los árbitros deben evaluar si el trabajo enviado cumple con los requisitos de forma y fondo definidos por la Revista. Sus juicios deberán ser fundados, de tal manera que resulte claro por qué recomienda o no recomienda la publicación del trabajo y las eventuales modificaciones que sugiere.

El árbitro deberá desempeñar su labor de manera confidencial, objetiva y respetuosa. Asimismo, deberá informar al Consejo Editorial cualquier conflicto de interés que pudiere afectar su evaluación.

En especial, el árbitro deberá colaborar con el Consejo Editorial en la prevención del plagio y, por consiguiente, le informará de cualquier indicio que surja de su revisión.

11. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor cede a la Revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquiera nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica, requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

El autor recibirá por correo postal un ejemplar de la Revista.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

CIENCIAS DEL DERECHO

Contrahere obligationem en el derecho romano clásico, Adolfo Wegmann Stockebrand

¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas, Salvador Millaleo Hernández

DERECHO PRIVADO

Límites, alienación y cláusula de no competencia postcontractual. Cuestiones desde las nociones de subordinación y dependencia, Sebastián Andrés Pizarro Contreras

La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por Técnicas de reproducción humana asistida, Adriana Krasnow

La política de habitualidad y su efecto en la regulación de las operaciones con partes relacionadas, Gonzalo Islas Rojas, Osvaldo Lagos Villarreal

Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile, Fabiola Lathrop Gómez

DERECHO PÚBLICO

Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014: análisis crítico, Patricia Toledo Zúñiga, Francisca Riffo Aguilar, Pablo Torres Pedreros

La posible aplicación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* para abordar el daño ambiental transfronterizo en el ordenamiento jurídico hondureño, Claudia María Castro Valle

Validez del voto en blanco en Chile: un análisis crítico, Viviana Ponce de León Solís

Desalojos forzosos en Chile con miras al Derecho Internacional de Derechos Humanos, Tatiana Torres Montenegro

La armonización normativa de los impuestos indirectos en la comunidad andina, Juan Pablo Gonzáles Bustos

DERECHO PROCESAL

El rol del juez laboral en la admisibilidad del procedimiento monitorio, Jordi Delgado Castro, Diego Palomo Vélez

Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia, José Alberto Allende Pérez de Arce

DERECHO PENAL

Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores, Carlos Cabezas Cabezas

El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno, Luis Emilio Rojas Aguirre

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Intervención en “razón de su cargo” del empleado público en el fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y Corte de Apelaciones de Valparaíso). Comentario de Jorge Toro Muñoz

La declaración de extemporaneidad de la acción de reclamación ambiental en la sentencia definitiva (Corte Suprema). Comentario de Carlos Ellenberg Oyarce

RECENSIONES

Paul De Grauwe, *The Limits of the Markets. The Pendulum Between Government and Market*. Recensión de Pablo Méndez Ortiz

Samuel Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Recensión de Paula Ahumada Franco