

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XVIII, N° 38 – JULIO 2018



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José A. Riquelme González

Asistente de Redacción
Fairús K. Docmac Larraín

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez	Ignacio Covarrubias Cuevas
Jorge Ogalde Muñoz	José Manuel Díaz de Valdés Julia
Bruno Caprile Biermann	Julio Alvear Téllez

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

• Presentación	7
• Comentario del decano	9
I. TEMA CENTRAL: LA IGUALDAD ANTE LA LEY	
• Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la Ley Zamudio (José Manuel Díaz de Valdés)	15
• La importancia del Tribunal Constitucional en la defensa de la limitación al poder y en la protección de los Derechos Fundamentales (Enrique Navarro Beltrán)	35
• El orden público laboral y su configuración en clave unilateral o bilateral en materia de la potestad disciplinaria del empleador. Una aproximación crítica al estado del debate en el derecho chileno (Emilio Bécar Labraña)	63
• El abuso de la minoría en la Sociedad Anónima (Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Rutherford Parentti)	87
II. ESTUDIOS Y ENSAYOS	
• Elementos para un curso básico sobre razonamiento jurídico (Iván Aróstica Maldonado)	111
• Acerca de los vacíos legislativos y la proporcionalidad en las sanciones administrativas (Nicolás Enteiche Rosales)	129
• El funcionario castrense y la infracción administrativa disciplinaria en las Fuerzas Armadas (Sergio Cea Cienfuegos y Ricardo Coronado Donoso)	153
• La intermediación temporal en el proceso de ponderación y adjudicación dentro de un “mega juicio oral”. Un asunto a revisar (Fernando Sariego Egnem)	177
• De la falta de inocencia de la formalización de la investigación (Rodrigo Vera Lama)	203
• Reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia. El Proyecto definitivo (Renzo Munita Marambio)	223
• Derechos de los seres vivos no humanos (Raúl Campusano Droguett)	237
• Revisión crítica de la noción de trabajo esclavo: la idealización de la relación contractual: la servidumbre bajo contrato en su desarrollo en Inglaterra y su posterior trasplante a América (José Miguel Lecaros Sánchez)	259
• El <i>mobbing</i> o acoso laboral y su tutela en un escenario de subcontratación (Santiago Zárate González)	293

III. PROYECTOS DE LEY EN DISCUSIÓN

- Comentarios sobre el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo (Jimena Valenzuela del Valle) 315

IV. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES.

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, N° 12, abril de 2018 329
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, N° 40 de 2018 331

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo mediante la presente edición de la revista *Actualidad Jurídica*, ha querido contribuir al debate actual, respecto del principio de igualdad ante la ley, estando fuera de discusión su reconocimiento legal y constitucional. La igualdad ante la ley tiñe en diversos aspectos la vida de las personas en una sociedad que aspira a los necesarios niveles de libertad y responsabilidad; ya sea en el ámbito social, como el acceso a una educación equitativa, a atenciones médicas de calidad; a una justa tributación; control en la inmigración; igualdad en los derechos de las mujeres; discriminación o aspectos de la vida privada, como los casos del matrimonio igualitario y la adopción homoparental.

Así es como partiremos la presente edición, con una interesante reflexión del profesor Iván Aróstica, quien nos invita a volver a las raíces sobre el razonamiento jurídico. Seguiremos por destacar el interesante análisis cuantitativo propuesto por el profesor de nuestra facultad y doctor en Derecho José Manuel Díaz de Valdés, acerca de la acción especial de antidiscriminación.

La igualdad se nos presenta también en diversos ámbitos, como el que aborda el autor Enrique Alcalde, quien junto a la ministra de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Romy Rutherford trata la igualdad desde una mirada corporativa y los eventuales abusos de las minorías en las sociedades anónimas; por otro lado, nuestro profesor, Raúl Campusano, trata los derechos de los seres vivos no humanos; por su parte, la profesora Jimena Valenzuela se refiere en detalle a la discusión planteada respecto de la regulación del matrimonio de parejas del mismo sexo.

Por su parte, el profesor Enrique Navarro, nos propone una interesante revisión de antecedentes históricos del Tribunal Constitucional, centrando su atención en el importante papel que hoy tiene, en la defensa de la limitación al poder, y en la protección de los derechos fundamentales.

De manera más profunda, en la presente edición distintos autores trataron la igualdad ante la ley en materia laboral, desarrollando puntos de vista tan diversos como la potestad disciplinaria del empleador, por el autor Emilio Bécar; el *mobbing* o acoso laboral por Santiago Zárata y, finalmente, una revisión crítica de la noción de trabajo esclavo por José Miguel Lecaros.

También debemos destacar, los interesantes análisis del profesor Nicolás Enteiche acerca de los vacíos legislativos y la proporcionalidad en las sanciones administrativas, lo que va en línea con la notoriedad pública de recientes fallos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional; por otra

parte, se abordan las infracciones administrativas disciplinarias en las Fuerzas Armadas por los autores Sergio Cea y Ricardo Coronado. En otro ámbito, el profesor Fernando Sariego nos ilustra acerca de la inmediatez temporal en el proceso de ponderación y adjudicación dentro de lo que denomina un mega juicio oral, y, continuando con esta temática, el autor Rodrigo Vera nos plantea su hipótesis sobre la falta de inocencia de la formalización de la investigación.

Para cerrar, el profesor e investigador de nuestra casa de estudios, Renzo Munita, se refiere acerca de la reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia, mientras que Roberto Mirabelli, aborda el desarrollo de nuevos esquemas de integración tributaria en Latinoamérica.

Esperamos que la variedad de las temáticas propuestas y los análisis aquí planteados resulten de interés para el lector. En nuestra opinión, el actor del debate actual de nuestra sociedad podrá encontrar, en estas páginas, interesantes y contingentes argumentos.

EL DIRECTOR

COMENTARIO DEL DECANO

DESAFÍOS EN LA DOCENCIA DE PREGRADO

Hace unos meses el director de la Academia Judicial, Eduardo Aldunate, ha llamado la atención respecto a la calidad de la formación de las nuevas generaciones de abogados. A su juicio, ella es deficiente hasta el punto de dificultar encontrar candidatos idóneos suficientes para llenar los cupos que se ofrecen en los programas para la formación de jueces.

Esta crítica no es nueva. La misma se ha escuchado, con mayor o menor dureza, durante largo tiempo entre los diversos actores del mundo jurídico.

Las consecuencias de una deficiente formación profesional impactan no solo a los que se ven directamente perjudicados por ella –quienes la viven como una tragedia– sino, también, se proyectan sobre toda la sociedad y, en los peores casos, puede llegar a ser un pesado lastre para el desarrollo del país.

Agréguese a lo anterior que, así como ya se prefigura el futuro, las exigencias para los abogados serán mayores y siempre crecientes. Un ejercicio simple nos permitirá dimensionar la entidad y gravedad del desafío que enfrentan las escuelas de Derecho: sin siquiera especular sobre el aumento de la longevidad que puede tener lugar en las próximas décadas; un joven que hoy inicia sus estudios de Derecho, si logra convertirse en abogado, debiera ejercer, aproximadamente, hasta 2070. ¿Estamos preparando hoy a los abogados que Chile necesitará el 2070? No cabe duda que los enormes desarrollos científicos y tecnológicos de que hemos sido testigos y, con mayor razón, los que vendrán, modificarán a nuestra sociedad y, consustancialmente, también al Derecho, pues este se encuentra incardinado a aquella. Es de presumir, entonces, que buena parte de la normativa vigente y que constituye hoy el principal objeto de estudio en las escuelas de Derecho, no subsistirá ya en dicha época.

Además, los cambios no se limitarán a las regulaciones. La cada vez mayor complejidad que están adquiriendo los hechos y conflictos de relevancia jurídica, fruto de las mismas causas ya apuntadas, será creciente y creciente será, también, la necesidad de que los abogados estén dotados de conocimientos más o menos especializados en diversas materias –científicas, tecnológicas, ambientales, financieras, contables, de negociación, de liderazgo organizacional– solo por mencionar algunas. De ahí la importancia que ya ha adquirido la interdisciplina en el proceso de formación de los estudiantes de Derecho.

El panorama descrito implica un enorme desafío para las facultades de Derecho, que obliga a repensar los objetivos y métodos docentes hasta ahora practicados.

A nuestro entender, la única manera de enfrentar y sortear de forma exitosa este problema es a través de un cambio de paradigma que, sin hacer tabla rasa de la larga tradición de estudios jurídicos que existe en Chile, sino por el contrario, aprovechando todo lo rescatable y valioso que hay en ella, renueve los métodos imperantes.

La enseñanza del Derecho en Chile, al igual que, en general, en toda Hispanoamérica, ha girado tradicionalmente en torno al estudio de conceptos y categorías doctrinales y de normas emanadas del Poder Legislativo y de la administración, prevaleciendo casi sin contrapesos como método el uso de la clase magistral, que descansa en la figura del profesor, reservando un papel meramente pasivo a los alumnos. Se hace necesario mudar desde esta mirada, que estima que la principal misión de las escuelas de Derecho es informar respecto de las normas jurídicas vigentes, a otro que, como dijimos, sin desprestigiar lo anterior, se centre en enseñar a los alumnos capacidades y técnicas y formarles una serie de actitudes y valores (“competencias”) frente a las mismas, con la finalidad de hacerlos capaces de razonar jurídicamente. Solo de este modo podrán los futuros abogados enfrentarse con éxito a las transformaciones que el sistema normativo experimente y a sus defectos: antinomias, vacíos, etc. y también ser capaces de resolver los particulares problemas que el ejercicio profesional en sus distintas variables les demande: asesorar organizaciones públicas o privadas, debiendo conocer y equilibrar consideraciones no solo legales sino que prudenciales, comerciales y desde luego éticas, asesorar o defender en juicio a un cliente, decidir un caso judicial, etcétera.

Precisamente en esta mirada de futuro, el papel de los abogados en un área cada vez más relevante de su quehacer profesional, como lo es la asesoría en las organizaciones tanto públicas como privadas y de manera particular en el mundo de las empresas, ha ido cambiando y, además, ha ido crecientemente alcanzando mayor demanda e influencia.

En efecto, de un tiempo a esta parte, el ejercicio de la profesión de abogado, ya sea como asesor externo o como miembro del equipo legal de una organización empresarial o de institución o servicio público, ha dejado de ser uno meramente reactivo (ante las situaciones de infracción o incumplimiento), y ha pasado a ser, en buena hora, de carácter proactivo.

Hoy los abogados que se desempeñan en las empresas y en otras organizaciones, están llamados a transformarse en socios estratégicos. ¿Qué significa eso?, significa que deben ser líderes efectivos y ejercer su papel de asesor legal con una mirada que, al tiempo de asegurar el cumplimiento normativo, trascienda dicho cumplimiento y vaya más allá.

El abogado requiere ser capaz de anticiparse y entender a qué tipo de riesgos o amenazas legales y no legales se expone una organización. De

alguna manera, es un guardián de la institución y ello requiere entender con profundidad las iniciativas corporativas, los fines perseguidos, los propósitos y no solo los procesos, todo lo cual precisa competencias profundas en áreas legales, pero también en otras complementarias, tales como en: materias financieras, tecnológicas, de negociación, de liderazgo organizacional, de saber trabajar en equipo junto a la mirada de otras profesiones, etcétera.

En este nuevo papel, se espera que los abogados acompañen a las diversas áreas de una organización, de manera eficiente, en el proceso de toma de decisiones y las ayuden a navegar por complejas y cambiantes regulaciones, en un ambiente siempre dinámico. Para ello, deben estar preparados para brindar una asesoría sofisticada, altamente técnica, y acompañada de una buena capacidad para ejercer influencia.

En suma, en estos tiempos, más que nunca, es necesario se les enseñe a los alumnos no solo a hablar como abogados sino, además, a pensar como tales.

GONZALO RIOSECO MARTÍNEZ
Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

TEMA CENTRAL
“LA IGUALDAD ANTE LA LEY”

ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LA ACCIÓN ESPECIAL ANTIDISCRIMINACIÓN DE LA LEY ZAMUDIO

A QUANTITATIVE ANALYSIS OF THE ZAMUDIO LAW'S NON-DISCRIMINATION SPECIAL REMEDY

*José Manuel Díaz de Valdés J.**

RESUMEN: El trabajo analiza de forma cuantitativa, la jurisprudencia emanada de la acción especial de no discriminación creada por la Ley Zamudio, desde sus inicios y hasta noviembre de 2017. Se examinan variables numéricamente mensurables, tales como, la duración de las causas y los factores de discriminación invocados. La información se presenta a través de figuras y gráficos separados para primera instancia, segunda instancia y Corte Suprema.

PALABRAS CLAVE: Discriminación - Ley Zamudio - Acción Antidiscriminación - Igualdad - Jurisprudencia.

ABSTRACT: This is a quantitative analysis of the case law arising from the non-discrimination special remedy created by the Zamudio Law, since its beginning and until November 2017. It examines numerically measurable variables such as the length of the proceedings and the grounds of discrimination pleaded. The info is conveyed through graphics, which are specific for first instance, second instance and the Supreme Court.

KEYWORDS: Discrimination - Zamudio Law - Non-Discrimination Remedy - Equality - Case Law.

* Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Máster en Derecho, Universidad de Harvard. Máster en Derecho, Universidad de Cambridge. Licenciado y Magister en Derecho, PUC. Profesor de Derecho Constitucional UDD y PUC. Especiales agradecimientos al abogado Gaspar Jenkins, tanto por su labor de investigación como por la elaboración de los gráficos presentados en este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de julio de 2018 se cumplen seis años desde la dictación de la ley N°20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación. Esta norma es comúnmente denominada “Ley Zamudio”, en memoria del joven homosexual Daniel Zamudio, cuyo asesinato en razón de su orientación sexual destrabó la discusión parlamentaria de esta ley, acelerando de forma notoria su aprobación.

La Ley Zamudio ha sido objeto de abundantes críticas desde su entrada en vigencia, particularmente en razón de un conjunto de confusiones en su texto, y también de la omisión de contenidos esperables en una norma general antidiscriminación¹.

En términos generales, pareciera ser que el aporte más novedoso de esta norma es la creación de una acción especial (en adelante “Acción Especial Antidiscriminación” o “AEA”), la cual se agrega a los demás medios procesales existentes en materia de protección de derechos fundamentales, tales como el recurso de protección o la tutela laboral.

Transcurridos estos seis años, el presente texto tiene por objetivo analizar cómo ha operado la Acción Especial Antidiscriminación. Para ello, hemos analizado la jurisprudencia emanada de los tribunales ordinarios de justicia, con ocasión del conocimiento de esta acción, desde la puesta en vigencia de la Ley Zamudio, hasta el mes de noviembre de 2017. Para identificar estos fallos, se recurrió a la Dirección de Estudios del Poder Judicial, así como a otras fuentes complementarias, tales como ONG, artículos doctrinarios y funcionarios judiciales.

Destacamos que el análisis realizado no es cualitativo, sino cuantitativo. En otras palabras, este no es un estudio acerca del contenido dogmático de la jurisprudencia analizada², sino que se examinaron una serie de variables numéricamente mensurables, tales como: la duración de las causas, los factores de discriminación denunciados, las causales de término de los procesos, etc. Por lo mismo, la información presentada se ilustrará a través de figuras y gráficos. Hacemos presente, en todo caso, que los métodos cuantitativos utilizados son en extremo simples y, por tanto, no corresponden a estudios estadísticos propiamente tales.

En cuanto a la estructura de este trabajo, comenzaremos recordando brevemente las principales particularidades de la Acción Especial Antidiscriminación, para luego entrar de lleno a la presentación y análisis de los resultados obtenidos. Para su mayor comprensión, tales resultados han sido

¹ Una explicación más detallada en DÍAZ DE VALDÉS (2013). Véase también ALVEAR y COVARRUBIAS (2012); DÍAZ (2013); GAUCHÉ (2014); FARIAS (2014). Cfr. VIAL (2013); CASAS y LAGOS (2014).

² Véase MUÑOZ (2015); DÍAZ DE VALDÉS (2017); CASAS y LAGOS (2014).

divididos entre aquellos relativos a la primera instancia, a la segunda instancia, y a los recursos deducidos ante la Corte Suprema.

II. LA ACCIÓN ESPECIAL ANTIDISCRIMINACIÓN

El título II de la Ley Zamudio crea esta acción especial, la que se concede a los “directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria” (art. 3°), actuando por sí mismos o mediante su representante legal o “quién tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado” (art. 4).

El tribunal competente es el juez de letras del domicilio de la víctima o del victimario, a elección del denunciante (art. 3) y el plazo de deducción es de

“noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella”,

con el límite de un año desde la acción y omisión (art. 5). Se interpone en forma escrita, y en casos urgentes, verbal.

Interpuesta la acción, el tribunal debe controlar su admisibilidad, rechazándola en cinco hipótesis (art. 6):

- i) se ha recurrido de protección o amparo (declarados admisibles)³ o de tutela laboral;
- ii) se impugnan leyes vigentes;
- iii) se objetan sentencias judiciales;
- iv) carece de fundamento;
- v) el plazo se encuentra vencido. La declaración de inadmisibilidad es apelable (art. 13).

El tribunal tiene la facultad de suspender provisionalmente el acto en cuestión (art. 7), así como la obligación de requerir un informe al denunciado, cuya no contestación o demora no detiene la tramitación de la causa (art. 8). Esta continúa con la realización de una audiencia donde se llama a las partes a conciliación y se recibe la causa a prueba (art. 9). Posterior a ello, se realiza una o más audiencias para rendir aquella (“todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieran ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe”, art. 10), la que se aprecia según las reglas de la sana crítica. Luego, pueden dictarse medidas para mejor resolver, cuyo incumplimiento o demora tampoco detiene el procedimiento (art. 11).

³ Cuestión de dudosa constitucionalidad dada la naturaleza de estos recursos y el texto expreso de la Constitución.

Por último, el tribunal dicta su fallo en el plazo de quince días hábiles contados desde que la causa quedó en estado de sentencia (art. 12), la que tiene ciertos contenidos especiales, a saber:

- i) declarar si ha existido o no discriminación arbitraria;
- ii) dejar sin efecto u ordenar que se realice el acto respectivo, dentro de un “plazo perentorio prudencial”;
- iii) multar (5 a 50 UTM) a los responsables directos;
- iv) si la denuncia carece de todo fundamento, multar al denunciante (2 a 20 UTM).

Adicionalmente, el juez puede “adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

La sentencia definitiva de primera instancia es apelable ante la Corte de Apelaciones (cinco días hábiles), gozando de preferencia para su vista y fallo. Se deben oír alegatos si las partes así lo solicitan.

El procedimiento antes descrito se suplementa, en lo necesario, por las normas comunes a todo procedimiento y las reglas del juicio ordinario contenidas en el *Código de Procedimiento Civil* (art. 14).

Como puede apreciarse, se trata de una acción que intenta ser breve, pero no en la medida normalmente requerida por las acciones cautelares de derechos fundamentales. En concreto, se hace una comparación negativa a este respecto, en relación con el recurso de protección, con el cual comparte ciertas características⁴. Sobre este mismo punto, cabe destacar que la Corte Suprema, mediante informes emitidos durante la tramitación legislativa de la norma en estudio, rechazó de forma consistente la creación de la AEA, alegando su superfluidad en razón de la existencia de otras vías procesales, en particular el ya mencionado recurso de protección⁵.

III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS

1. Primera instancia

Comencemos señalando que, no obstante las expectativas causadas por la aprobación de la Ley Zamudio, la Acción Especial Antidiscriminación ha sido modestamente utilizada. Es así como a marzo de 2017, solo habían ingresado doscientas ochenta y cuatro causas a tribunales de primera instancia. Este número arroja un promedio aproximado de cincuenta AEA por año, o si se prefiere, algo más de cuatro acciones mensuales.

⁴ Sobre la relación entre esta acción y el recurso de protección, véase ROSALES (2014), pass.; RODRÍGUEZ (2013), pp. 200- 201.

⁵ Véase RODRÍGUEZ (2013), pp. 202-204; ROSALES (2014), pp. 256-258; FARIAS (2014), p. 81.

En términos de su evolución en el tiempo (figura N° 1), el número de causas comenzó siendo muy bajo en el año 2012, pero con un aumento constante hasta el año 2015, cuando se presentaron ochenta causas. El año 2016 se quebró la tendencia alcista, disminuyendo a sesenta y una nuevas acciones, si bien el año 2017 parece haber recuperado el impulso original, proyectándose un número superior al de 2015.

No obstante el aumento en el número de causas, nos parece que la utilización de la AEA es claramente marginal dada la magnitud y multiplicidad de los problemas de discriminación existentes en el país. Al respecto, solo podemos elucubrar acerca de las razones de este fenómeno. Una de ellas podría consistir en un problema de prueba, ya que de la revisión de todos estos procesos se puede apreciar que, en muchos de ellos, las víctimas no pudieron acreditar los hechos discriminatorios. Piénsese, por ejemplo, en situaciones en que se emitieron insultos con público ya ausente, ya desconocido y, por tanto, no contactable, ni disponible para atestiguar en juicio. Cabe también destacar que la Ley Zamudio no establece reglas especiales respecto a la carga de la prueba⁶, por lo que se aplica la regla general contemplada por el artículo 1698 del *Código Civil*. En otras palabras, y sin perjuicio de alguna jurisprudencia minoritaria, es el denunciante quien debe acreditar los hechos discriminatorios (no la discriminación, como señalan, de un modo erróneo ciertas sentencias, ya que esta no es un hecho –que es lo que debe probarse– sino una calificación jurídica sobre las cuales, las partes alegan, y sobre la que decide el tribunal), cuestión que redundan en un obstáculo importante para el éxito de la acción⁷.

Figura N° 1
Ingreso de causas AEA por año calendario

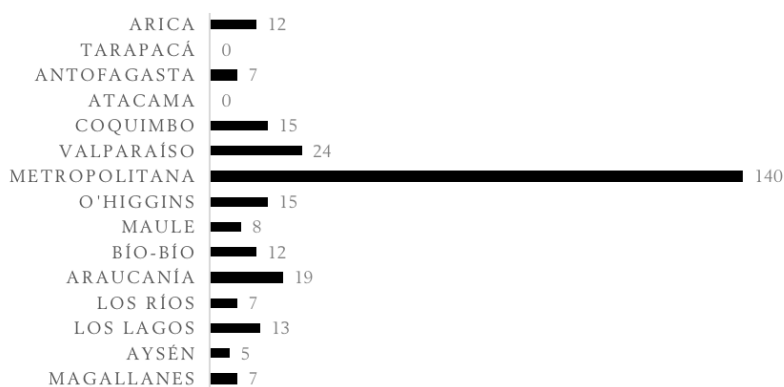


⁶ ROSALES (2014), p. 268 y ss. Contrastar con FARIAS (2014), pp. 85-87 y 90-94; CASAS y LAGOS (2014), pp. 130-131.

⁷ Cf. MUÑOZ (2015), pp. 159-160.

En cuanto a la dispersión geográfica de las AEA, la figura N° 2 parece demostrar al menos dos fenómenos. En primer término, existe una notoria concentración de estas causas en la Región Metropolitana, donde se presentan casi la mitad del total de denuncias en el ámbito nacional. Nuevamente en el campo de la especulación, esto podría reflejar ciertos condicionamientos sociológicos (*e.g.*, la capital ofrecería a su población más información en esta materia) o, incluso, pragmáticos (*e.g.*, más fácil acceso a tribunales, concentración en Santiago de ONG que asisten estos casos).

Figura N° 2
Causas AEA por región⁸



En segundo lugar, habría cierta correlación, esperable por lo demás, entre mayor población y más AEA. Es así como regiones tales como la de Valparaíso o del Biobío demuestran mayores números de causas que, por ejemplo, Aysén. Esta correlación, sin embargo, denota importantes excepciones. Por una parte, observamos regiones particularmente activas en esta materia en relación con el tamaño de su población, cual sería el caso de La Araucanía, y otras regiones que demuestran un comportamiento inverso, tal y como Tarapacá o Atacama.

Otro dato interesante a analizar es el factor de discriminación denunciado. Recordemos que el confuso artículo 2° de la Ley Zamudio establece una serie de criterios que pueden servir de fuente a la discriminación, tales como raza, sexo, religión, etc. Destacamos que, si bien existen algunos fallos en contrario⁹, los tribunales parecieran tener claridad en cuanto a que la

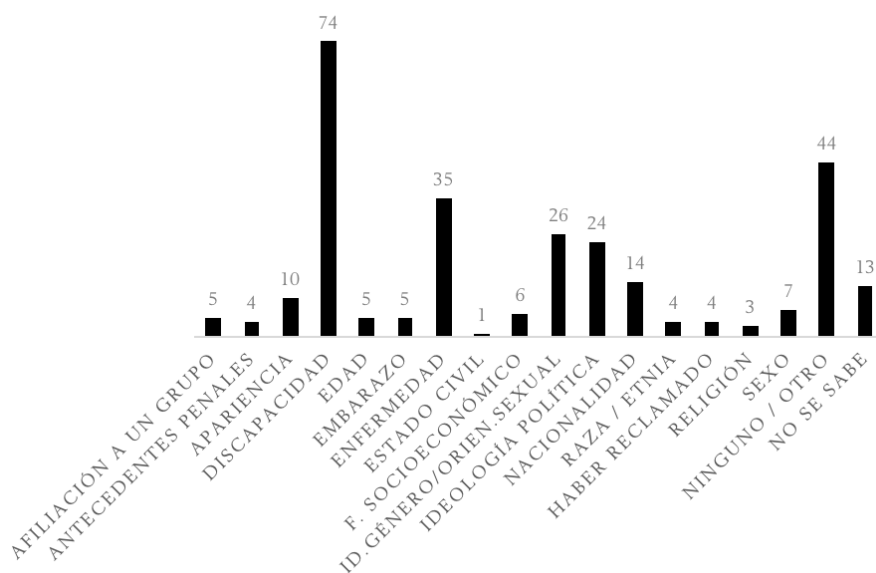
⁸ Se excluye la recién creada Región del Ñuble.

⁹ *E.g.*, 15° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 26206-2012, de 18 de julio de 2013 (cons. 12°), y más recientemente, 3er Juzgado Civil de Concepción, rol N° 407-2015, de 13 de julio de 2015 (cons. 10°); 3er Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 5058-2015, de 31 de marzo de 2016 (cons. 14°).

configuración de una discriminación arbitraria no exige la presencia necesaria de alguno de estos factores. En otras palabras, puede existir discriminación arbitraria aun cuando no concurra ninguno de ellos.

Las figuras N° 3 y N° 4 ilustran acerca de los factores de discriminación invocados por las AEA, manifestando varios aspectos sorprendentes. En primer término, si bien la Ley Zamudio tiende a asociarse con mayor intensidad a las minorías sexuales, los factores de identidad de género y orientación sexual no aparecen dentro de los criterios más utilizados por los denunciantes. En efecto, ellos representan, en su conjunto¹⁰, solo el 9% del total de AEA. Este fenómeno, unido a la variedad de factores invocados –según se evidencia en ambas figuras–, demostraría que la Ley Zamudio, no obstante sus falencias, sí sería percibida como una ley general antidiscriminación¹¹, al menos en el sentido de que intenta proteger una multiplicidad de colectivos.

Figura N° 3
Factores de discriminación invocados



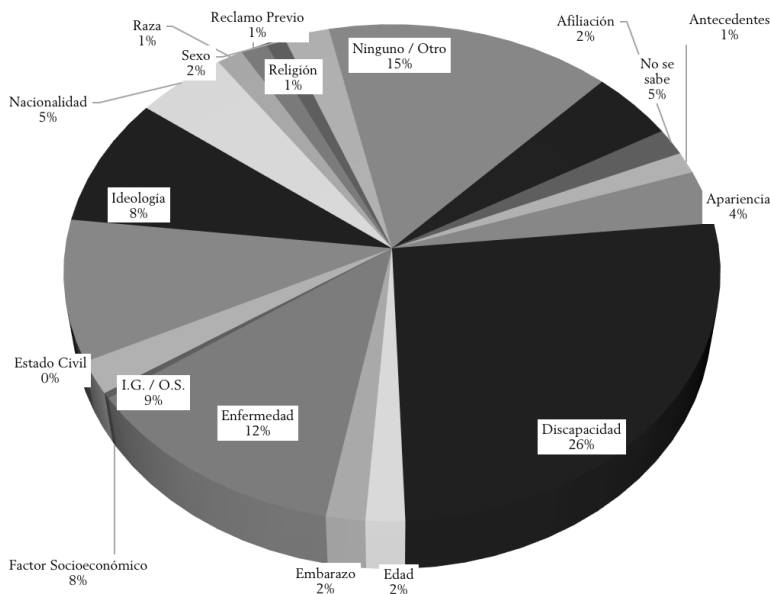
En segundo lugar, destaca que el grupo que, con diferencia, utiliza en mayor medida la AEA son los discapacitados, con un 26% del total (figura N°4). Así, este grupo más que duplica al que le sigue, esto es, las personas que invocan alguna enfermedad (figura N° 3). Este fenómeno sorprende si

¹⁰ Las figuras muestran ambos factores en conjunto ya que, adicionalmente a su posible concurrencia en ciertas situaciones, en algunos de los casos estudiados podía apreciarse la dificultad de los tribunales para distinguir entre ambos criterios.

¹¹ Véase la crítica de DÍAZ DE VALDÉS (2013).

se considera que existe tanto legislación como una acción especial antidiscriminación, específicamente destinadas a la protección de personas discapacitadas¹². Esta situación podría obedecer a diversos factores, pero al menos convendría revisar la efectividad de la acción especial antidiscriminación que los protege. Desde otra perspectiva, también podría reflejar una creciente concientización, tanto de los afectados como del conjunto de la sociedad, de la situación de discriminación sistémica que sufren los discapacitados, y de la necesidad de denunciar y exigir cambios al respecto.

Figura N°4
Factores de discriminación invocados



En tercer término, quisiéramos destacar el factor de ideología u opinión política, el cual aparece como el tercer criterio más invocado por los denunciadores de AEA (figura N° 3). Lo interesante es que este factor apareció con fuerza el año 2014, con ocasión del cambio de gobierno, y en relación con la situación de empleados públicos. Así, la Ley Zamudio fue invocada para impugnar una situación común en nuestra realidad nacional, cual es la cesación de funcionarios a contrata por razones políticas. Si bien, el éxito de tales acciones fue limitado, se sentó un precedente que podría ser relevante este año 2018, dada la instalación de un nuevo gobierno.

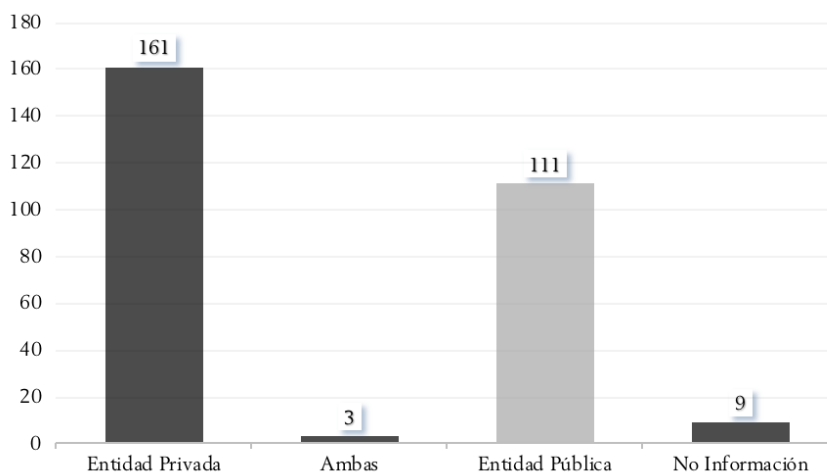
Finalmente, sorprende la casi nula aparición de los factores clásicos de discriminación del Derecho Comparado, tales como el sexo, la raza y la

¹² Ley N° 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad. La acción especial se encuentra en el título VI de la norma.

religión. El primero representa solo un 2% del total de causas (si bien podría sumarse a ello el 2% atribuido al criterio embarazo), mientras que tanto la raza como la religión corresponden al 1% cada una (figura N° 4) ¿Será un problema de desconocimiento de la ley? ¿O estos grupos tienden a identificarse con otros criterios? ¿Existirán otras vías de reclamo para ellos más consolidadas o eficientes? Cualquiera será la razón, no deja de sorprender dada la evidente y severa discriminación existente en estas materias.

En cuanto a la identidad o naturaleza de los denunciados, debemos destacar que la mayoría de las AEA se dirigen en contra de privados, si bien aquellas entabladas en contra de entidades públicas representan un significativo 39% del total de acciones (figura N° 5).

Figura N° 5
Naturaleza del denunciado



Este punto es relevante, ya que la prohibición de discriminación surge originalmente frente al Estado, y de manera gradual, se ha ido aplicando a las relaciones entre privados. Así, nuestra Constitución, en el artículo 19 N° 2, establece: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Este texto, en su literalidad, pareciera reflejar una prohibición de discriminación exclusivamente estatal. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia (en particular a través del recurso de protección), han desarrollado una interpretación extensiva que permitiría su aplicación a particulares¹³.

En este contexto de cierta indefinición constitucional, la Ley Zamudio estableció expresamente que la prohibición de discriminación se aplicaba a privados. Por añadidura, lo hizo en forma general, vale decir, no distinguió ámbitos específicos de relaciones sujetas a este mandato, como antes lo ha-

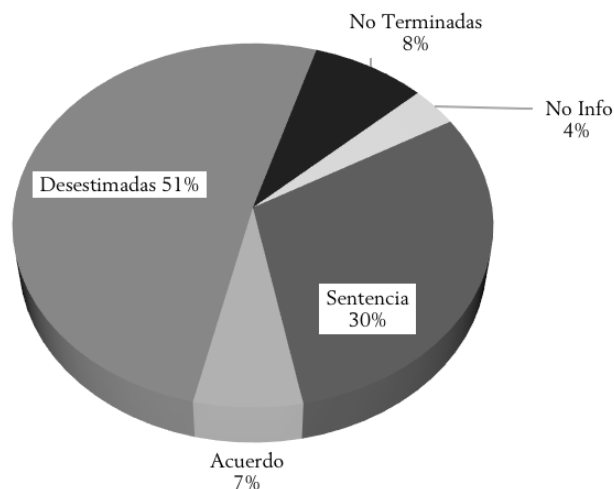
¹³ Más detalles de este proceso y sus razones en DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 154-161.

bían hecho otros cuerpos normativos. Nos referimos, en esencia, al artículo 2° del *Código del Trabajo*; al artículo 3 c) de la ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y a los artículos 10 y 11 de la ley N°20.370 General de Educación.

No obstante los problemas que una aplicación absoluta de tal prohibición podría producir, en términos de vulneración de otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos¹⁴, los datos analizados demuestran dos cosas. Por una parte, que las situaciones de discriminación ocurren muchas veces en el ámbito privado y que, por tanto, su regulación es necesaria si queremos combatir, de hecho, este problema. Por otra parte, que existe una mayor conciencia acerca de la posibilidad de imponer en efecto esta prohibición a otros particulares.

Ahora bien, en términos de “éxito” de la AEA, este ha sido más bien escaso. Según se aprecia en la figura N° 6, de las doscientas ochenta y cuatro causas consideradas, solo ochenta y seis (30%) habían alcanzado una sentencia de fondo a noviembre de 2017. A ello, deben agregarse diecinueve causas (7%) terminadas por acuerdo entre las partes. En contraste, la mayoría de las acciones (51%) fueron desestimadas por distintas razones antes de la sentencia, y quedaban aún pendientes un 8%.

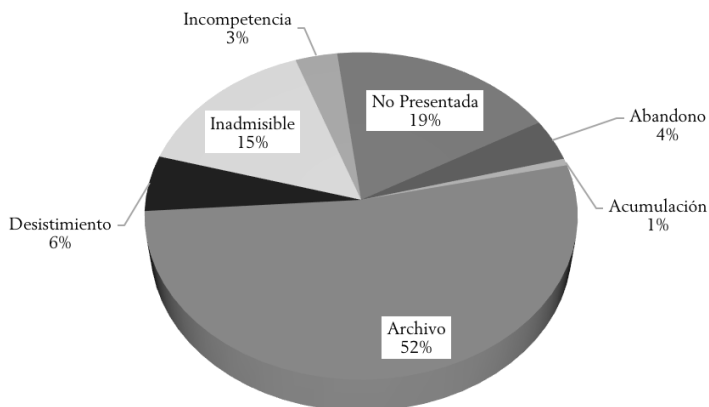
Figura N° 6
Formas de término de las AEA



Si analizamos con mayor detalle solo las acciones desestimadas (figura N° 6), la mayoría de ellas (52%) correspondió a causas archivadas, tenidas por no presentadas (19%) o declaradas inadmisibles (15%). Cabe también destacar la presencia de desistimientos y abandonos (10% en conjunto).

¹⁴ DÍAZ DE VALDÉS (2014), pp. 161-170.

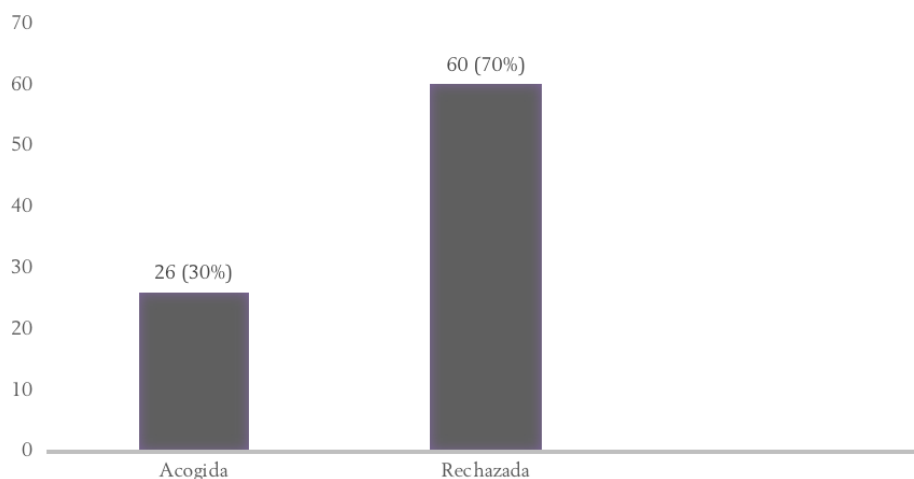
Figura N° 7
AEA Desestimadas antes de la sentencia definitiva



Pero no debe pensarse que todas las acciones que alcanzan sentencia definitiva son “exitosas”. En efecto, solo un 30% de aquellas son acogidas, mientras que un 70% es rechazado (figura N° 8).

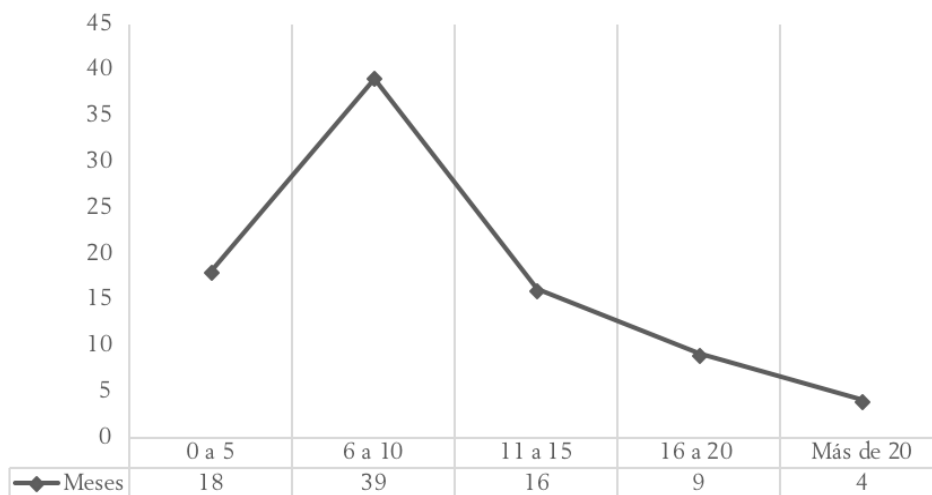
En definitiva, si consideramos la información presentada en su conjunto, al final del día, del total de AEA presentadas, en primera instancia, solo un 9% son acogidas por los tribunales de justicia, un 7% termina por acuerdo, y todo el resto concluyen de forma no favorable (salvo el porcentaje de causas aún pendiente, que en este estudio es del 8%).

Figura N° 8
Resultado de las sentencias definitivas
de primera instancia



Otro aspecto a considerar es la duración de estos procesos, es decir, cuánto tiempo transcurre entre la presentación de la AEA y la dictación de la sentencia definitiva de primera instancia. Al respecto, el promedio es de algo más de diez meses. Esta cifra, sin embargo, puede producir una impresión equivocada. En efecto, alrededor de dos tercios de las causas se falla antes de ese plazo (figura N° 9), pero existen unas pocas que se atrasan de manera sustancial (más de dieciséis o incluso veinte meses), cuestión que impacta al alza, en el promedio general. Este dato es importante, ya que procesos tan largos son más bien incompatibles con acciones realmente cautelares de derechos fundamentales, siendo más propios de otro tipo de acciones.

Figura N° 9
Duración de la tramitación de primera instancia



En cuanto al contenido de las sentencias, la Ley Zamudio establece en su artículo 12, ciertas normas especiales y adicionales a la declaración de existencia de discriminación arbitraria. Entre ellas, destaca la imposición de una multa de entre 5 a 50 UTM a los directamente responsables. Por el contrario, si la denuncia “carece[cía] de todo fundamento”, el juez debe imponer una multa de 2 a 20 UTM, al recurrente.

En ambos casos, el tenor de la norma indicaría que la imposición de las señaladas multas se trataría de una obligación para el juez si se cumplen los supuestos respectivos. En la práctica, sin embargo, la gran mayoría de las causas (74%) terminan con sentencias que no imponen multa alguna (figura N° 10).

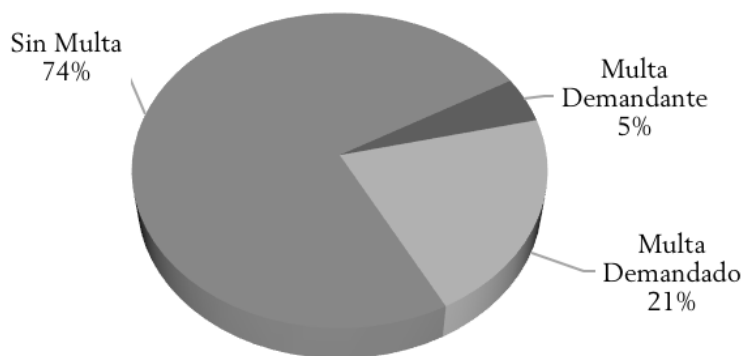
Más allá de los problemas que puedan surgir en relación con el principio de separación de funciones y de aplicación estricta de la ley por parte

de los jueces, la reticencia a aplicar las multas señaladas afecta las finalidades perseguidas por las mismas¹⁵. En el caso de la multa a quien discrimina, esta busca ser un disuasivo de conductas discriminatorias. Si bien puede discutirse la efectividad de estas medidas en relación con el fin comentado, o la conveniencia del monto de la multa fijado por la Ley Zamudio, su importancia aumenta al considerar que Acción Especial Antidiscriminación no permite reclamar una indemnización de perjuicios, siendo la multa la única afectación monetaria concreta para quién discrimina¹⁶.

El problema antes descrito se agudiza si consideramos que, de los casos de estudio, se desprende que la tendencia de los jueces es a aplicar los rangos menores de la multa.

Respecto de la multa aplicada a los denunciados, entendemos que aquella tiene por objetivo impedir la litigación frívola, y a diferencia del caso anterior, no siempre que un recurrente pierda debe imponérsele esta multa, sino solo cuando su acción ha carecido de los mínimos fundamentos y, por tanto, es una situación de naturaleza excepcional.

Figura N° 10
Sentencias definitivas que imponen multas



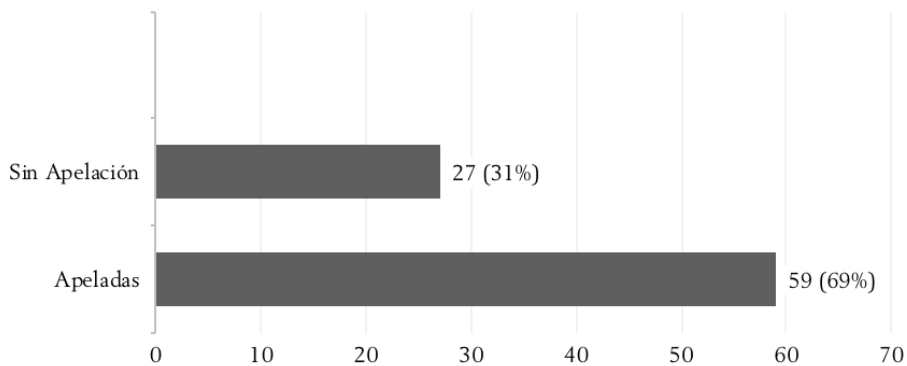
2. Segunda Instancia

La muestra de AEA en segunda instancia es sustancialmente menor. Recordemos que solo contamos con ochenta y seis sentencias definitivas de primera instancia. Respecto de ellas, la tendencia clara (69%) es apelar de su contenido ante la Corte de Apelaciones respectiva (figura N° 11).

¹⁵ Una opinión crítica en ALVEAR y COVARRUBIAS (2012), pp. 17-18.

¹⁶ Véase ROSALES (2014), pp. 275-279; RODRÍGUEZ (2013), pp. 198-199; CODDOU *et al.* (2013), p. 292. Contrástese con la opinión de GAUCHÉ (2014), p. 45.

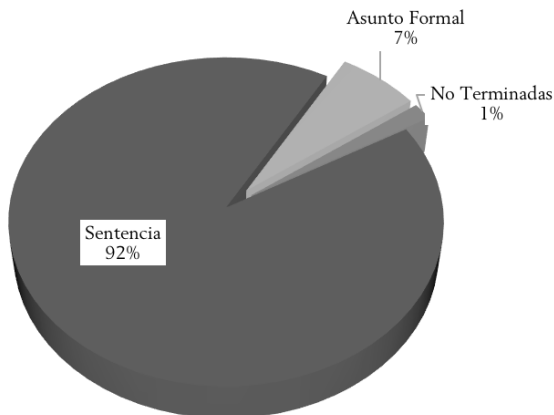
Figura N° 11
Apelación de sentencias de primera instancia



Ahora bien, la segunda instancia de tramitación de las AEA termina con una nueva sentencia en la inmensa mayoría de los casos (92%). Otras causales de terminación, tales como inadmisibilidad, son excepcionales (figura N° 12).

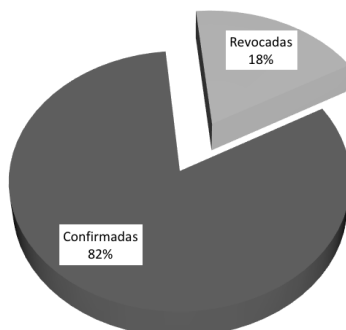
En cuanto al fondo, la situación común es la confirmación de las sentencias de primera instancia, fenómeno que alcanza al 82% del total de sentencias definitivas de segunda instancia (figura N° 13). Por tanto, solo en un 18% de los fallos, las Cortes de Apelaciones han revocado la decisión del juez de letras. Esta información demostraría la existencia de cierta sintonía entre los tribunales de primera y segunda instancia. Esto es relevante, ya que se ha cuestionado la conveniencia de entregar una acción protectora de derechos fundamentales a jueces de letras¹⁷.

Figura N° 12
Formas de término de las AEA en segunda instancia



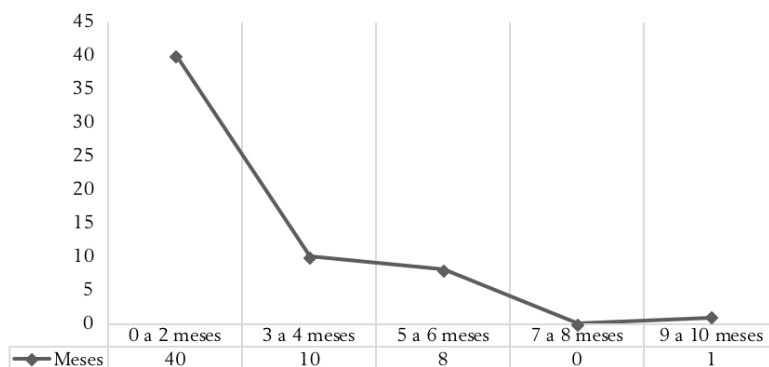
¹⁷ Cfr. ROSALES (2014), p. 260.

Figura N° 13
Resultado sentencias de segunda instancia



En cuanto a la duración de tales causas, esta es más bien breve. Cabe recordar que se agregan extraordinariamente a la tabla y que gozan de preferencia para su vista y fallo (artículo 12 de la Ley Zamudio). Como muestra la figura N° 14, la gran mayoría de las causas demoran hasta dos meses en fallarse en segunda instancia, si bien algunas pueden tardar un poco más, subiendo el promedio a 2,5 meses.

Figura N° 14
Duración de la tramitación de segunda instancia



3. Corte Suprema

Pudimos identificar solo treinta y una causas de AEA conocidas por la Corte Suprema. De su análisis, se desprende que existen tres vías procesales a través de las cuales estas causas han llegado a conocimiento del máximo tribunal. La más importante es el recurso de casación, que representa un 81% de los casos estudiados (figura N° 15). Las otras vías son los recursos de queja (16%) y de hecho (3%). De estos últimos, casi todos fueron declarados inadmisibles, con la excepción de uno que fue rechazado.

En cuanto a los recursos de casación, la figura N° 16 ilustra que casi la mitad ha terminado por sentencia de fondo, si bien existe un 28% adicional que no había concluido a la fecha de término de este estudio. Existía también un 12% de recursos declarados inadmisibles, así como porcentajes menores de recursos desistidos, desiertos u “omitidos”¹⁸.

Si analizamos exclusivamente las sentencias recaídas sobre recursos de casación, aquellos confirman la sentencia recurrida en un 85%, invalidándola solo en un 15% (figura N° 17), lo que incluye un caso de invalidación ordenada de oficio por parte de la Corte Suprema. En cuanto a la duración de su tramitación, aquellos demoran en su gran mayoría cinco meses o menos, siendo el promedio de 3,7 meses (figura N° 18).

Figura N° 15
Vías procesales para que una AEA sea conocida por la Corte Suprema

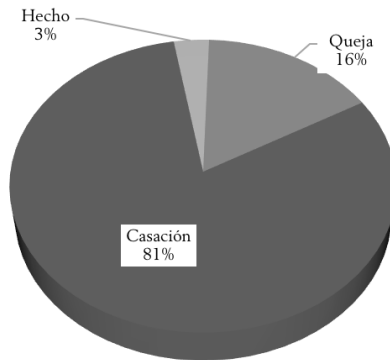
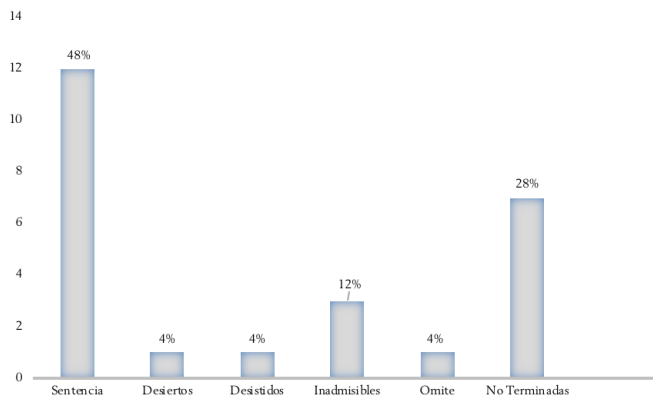


Figura N°16
Formas de término de los recursos de casación



¹⁸ Causa rol 38238-2016, en que se acoge una casación en la forma y, por tanto, la Corte Suprema omite pronunciarse sobre el recurso de casación en el fondo.

Figura N° 17
Sentencias que resuelven recursos de casación

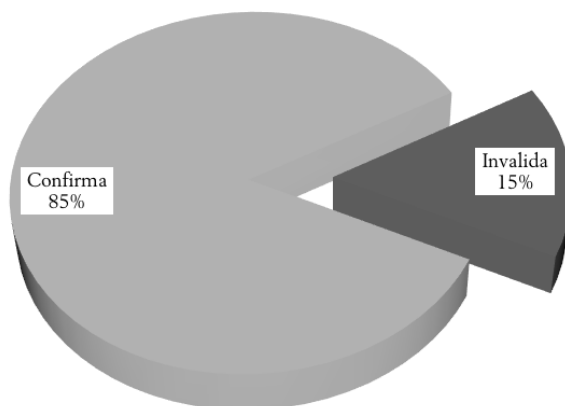
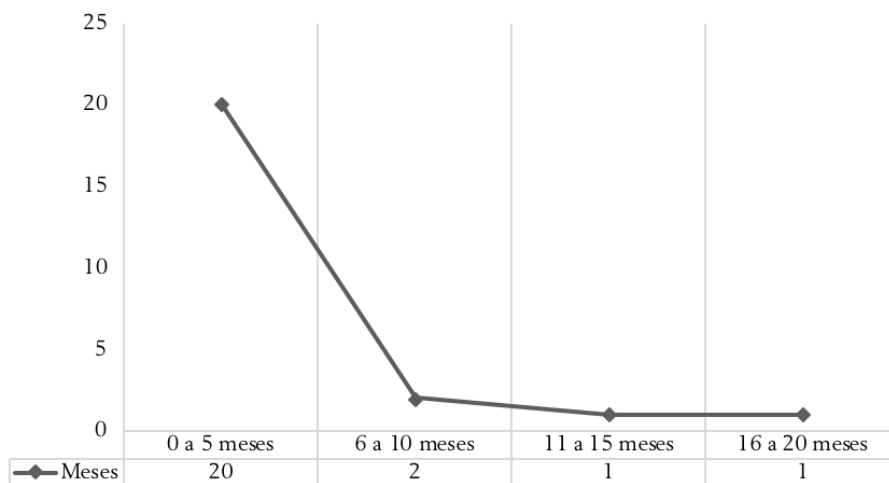


Figura N° 18
Duración de la tramitación de recursos de casación



CONCLUSIONES

La acción especial de no discriminación creada por la Ley Zamudio no ha logrado satisfacer las expectativas generadas por su establecimiento. No obstante la profusa existencia de situaciones de discriminación, el número de acciones presentadas es muy discreto, y las probabilidades de éxito para el denunciante, escasas.

Adicionalmente, se aprecian otras dificultades, como la duración excesiva de estas causas a la luz de su finalidad de protección de un derecho fundamental, así como su virtual inexistencia en algunas regiones del país.

En relación con los aspectos positivos, destaca la utilización de esta acción por una diversidad de colectivos desaventajados, particularmente los discapacitados, así como su eventual extensión respecto de grupos hasta ahora desprotegidos, tales como los funcionarios públicos cesados en razón de su opinión política.

Merece también destacarse que, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema tienden a confirmar las sentencias de primera instancia, lo que podría señalar la existencia, o al menos el creciente desarrollo, de criterios comunes en estas materias.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVEAR, Julio y COVARRUBIAS, Ignacio (2012): "Hecha la Ley, Hecha la Trampa: Un Análisis de los Errores de la Legislación "Antidiscriminación"", en *Actualidad Jurídica*, vol. 13, N° 26: pp. 9-30.
- CASAS, Lidia y LAGOS, Catalina (2014): "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 2014, N° 10: pp. 127-137.
- CODDOU, Alberto; SCHÖNSTEINER, Judith y VIAL, Tomás (2013): "La Ley Antidiscriminación: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile", en: *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales): pp. 285-309.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2013): "¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?", en *Actualidad Jurídica*, vol. 14, N° 28: pp. 279-297.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014): "La Prohibición de una Discriminación Arbitraria Entre Privados", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII: pp. 149-186.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2017): "Cuatro Años de Ley Zamudio: Análisis Crítico de su Jurisprudencia", en *Estudios Constitucionales*, vol. 15, N° 2: pp. 447-488.
- DÍAZ, Iván (2013): "Ley Chilena contra la Discriminación. Una Evaluación desde los Derechos Internacional y Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 635-668.
- FARIAS, Javiera (2014): "Los efectos procesales de la corrección política en el ordenamiento jurídico chileno con ocasión de la ley N° 20.609", en *Ars Boni et Aequi*, vol. 11, N° 1: pp. 67-99.
- GAUCHÉ, Ximena (2014): "Análisis Crítico de la Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Convenciones de la OEA sobre Discriminación de 2013", en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, N° 1: pp. 11-58.
- MUÑOZ, Fernando (2015): "Estándares conceptuales, cargas procesales y reparación en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley

Zamudio entre 2012 a 2015”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. XXVIII, N° 2: pp. 145-167.

RODRÍGUEZ, Pablo (2013): “Sobre Discriminación Arbitraria”, en *Revista Actualidad Jurídica*, vol. XIV, N° 28: pp. 187-205.

ROSALES, Cecilia (2014): “Acción de no discriminación arbitraria”, en: María Pía SILVA y Miriam HENRÍQUEZ (edits.), *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing) pp. 255-295.

VIAL, Tomás (2013): “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. N° 9: pp. 183-191.

LA IMPORTANCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN LA DEFENSA DE LA LIMITACIÓN
AL PODER Y EN LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

THE IMPORTANCE
OF THE CONSTITUTIONAL COURT
IN DEFENSE OF LIMITATION TO POWER
AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Enrique Navarro Beltrán**

RESUMEN: En el presente artículo se revisan los antecedentes históricos del Tribunal Constitucional (TC), desde su establecimiento en 1970, su incorporación en la Carta de 1980 y su fortalecimiento el 2005. Se recuerda la relevancia del TC en la transición a la democracia, a la vez que en la protección de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional - Carta Fundamental - Competencia - Atribuciones.

ABSTRACT: In this article we review the historical background of the TC, since its establishment in 1970, its incorporation into the 1980 Charter and its strengthening in 2005. It recalls the relevance of the TC in the transition to democracy, while at the same time protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Constitutional Court - Fundamental Charter - Competence - Attributions.

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile, Universidad Finis Terrae.

I. ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Orígenes

Como se sabe, los inicios de la justicia constitucional¹ se remontan a principios del siglo XIX, en el clásico fallo “Marbury vs. Madison”, en 1803, en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que “una ley contraria a la Constitución es nula”².

Ciertamente, se pueden encontrar antecedentes más remotos en el propio mundo anglosajón³ y en el Derecho hispano e Indiano, en que se desobedecía las normativas contrarias a la razón y justicia⁴.

2. El control constitucional en Chile, en el siglo XIX

En Chile, durante la vigencia de la carta de 1833⁵, tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que solo el Congreso Nacional podía resolver las dudas acerca de la inteligencia de las disposiciones, tal como en las anteriores leyes fundamentales⁶.

¹ Una visión histórica del mundo anglosajón en PEREIRA MENAUT (2006), p. 216 y ss. Para una perspectiva europea continental véase CAPPELLETTI (2007). Sobre el sistema alemán, STERN (2009).

² El texto completo en BELTRÁN y GONZÁLEZ (2006), pp. 93-121. Sobre la materia véase ZAPATA (2008).

³ A principios del siglo XVII, el juez Edward Coke sostiene la doctrina de que si “una ley del Parlamento está contra la razón o el Common Law, o repugna o es imposible su realización, el Common Law lo debe controlar y considerar como sin vigencia”, GONZÁLEZ OROPEZA (2009), p. 20.

⁴ Así, existía al derecho a suspender la ley injusta, ya sea por vicios en la dictación de la misma (obrepción y subrepción) o por sus efectos (daño irreparable o escándalo) Sobre la materia véase BRAVO LIRA (1986), p. 48 y ss.

⁵ Dicho texto constitucional, que rigió durante gran parte del siglo XIX, precisaba: “sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos”.

⁶ El Reglamento para el arreglo de la autoridad provisoria de Chile, de 1811, y que fuera calificado como el primer bosquejo de Constitución, no contenía referencia alguna a la materia, sin perjuicio de que se precisa en su introducción que uno de sus propósitos es “la necesidad de dividir los poderes” a la vez que “fijar los límites de cada uno”. Por su parte, el reglamento constitucional provisorio de 1812, para algunos la primera Constitución chilena, comienza a esbozar la separación entre los poderes, remarcando el principio de soberanía popular (artículo 6) y el respeto de los derechos fundamentales. Posteriormente, la Constitución Provisoria de 1818 le otorgará al Senado el velar por la “puntual observancia de esta Constitución” (cap. III, art. 1°). Similar disposición incluye la Constitución de 1822 respecto de la Corte de Representantes, en tanto debe “cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes” (art. 67, 1°). La Carta de 1823 confiere al Senado Conservador y Legislador el “cuidar de la observancia

Por lo mismo, la doctrina *ius publicista* hacía presente que los tribunales no podían dejar la ley sin aplicación “aún cuando a juicio de ellos fuera inconstitucional”⁷.

En afinidad con lo anterior, la Corte Suprema, en 1848, reiteraba que ninguna magistratura gozaba de prerrogativas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes⁸. Sin embargo, dicho tribunal, en un oficio de 1867, recuerda a las autoridades encargadas de aplicar las leyes el dar preferencia en el asunto a la Constitución “si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas”⁹.

En tal sentido, debe destacarse una sentencia de 1875, en la que se desconoció el carácter de una ley al no haber sido esta aprobada por el Congreso Nacional, eliminando el precepto que no se había ajustado a la Carta Fundamental¹⁰.

3. La Constitución de 1925

La Constitución de 1925, siguiendo el modelo estadounidense, otorgará a la Corte Suprema la atribución de declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución, teniendo efecto la sentencia solo entre las partes del juicio.

El tema fue ampliamente debatido en la subcomisión de reforma, donde incluso hubo un primer rechazo, lo que motivó que sólo se aceptara que la sentencia no dejaba sin efecto la ley, sino en el caso concreto¹¹.

de las leyes”, a la vez que “proteger y defender las garantías individuales” (art. 38 N° 1). Por último, la Constitución de 1828 le entrega al Congreso la “protección de todos los derechos individuales” (art. 46 N° 2), a la vez que la Comisión Permanente, que sesiona estando en receso el Congreso, le atribuye especialmente “velar por la observancia de la Constitución y de las leyes” (art. 92 N° 1). Una visión panorámica histórica en NAVARRO BELTRÁN (2010d), pp. 1231-1255.

⁷ HUNEEUS (1890), p. 252.

⁸ *Op. cit.*, p. 253.

⁹ Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, de fecha 2 de enero de 1867. Véase también CARVAJAL (1940), en la que el autor señala: “la práctica de nuestros tribunales, siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la Carta Fundamental de la Nación, hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía”.

¹⁰ Señala la Corte Suprema, en sentencia de 1 de marzo de 1876, que habida cuenta: “los dos últimos incisos del núm. 3° del art. 95 de la ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera ley, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3° del predicho artículo”. Corte Suprema, 1 de marzo de 1876. Sobre la materia, véase NAVARRO BELTRÁN (2009b), p. 427 y ss.

¹¹ En tal sentido, se planteó “la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van

Sobre el punto, José Guillermo Guerra afirma que el artículo 86 de la carta de 1925:

“es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces”¹².

Por lo mismo, agrega,

“esta disposición es de suma importancia y de gran utilidad, pues importa un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República”¹³.

Por último, hace presente que, si bien su efecto es de carácter particular:

“se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por medio de otra ley”¹⁴.

En todo caso, anota que ya en algunos países, como Austria, existe un órgano “llamado Tribunal Constitucional” a quien se concede la “facultad de anular leyes inconstitucionales”¹⁵.

Sabido es que durante ochenta años, la aludida facultad residió exclusivamente en dicho órgano jurisdiccional¹⁶.

o no contra los principios constitucionales”, facultad que se estimaba podría entregarse a la Corte Suprema (Luis Barros Borgoño, en Actas de las sesiones, 12 de mayo de 1925, p. 81). En tal sentido, en la misma instancia, el presidente Alessandri hizo ver su preocupación por una declaración con efectos generales, dado que “habría un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo”. Con posterioridad, en el marco de la discusión, puntualizó incluso: “no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial” (sesión N° 28, 9 de julio de 1925, p. 366). Con posterioridad, en la Comisión se discute acerca de la facultad de la Corte Suprema de “declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario” a la Constitución haciendo presente el ministro de Justicia de la época que debe referirse a “casos particulares en que se pretenda aplicarla” (José Maza, Sesión N° 19, de 8 de junio de 1925, p. 254).

¹² GUERRA (1929), p. 457.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ GUERRA (1929), p. 460.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Una visión en NAVARRO BELTRÁN (2011b). En México, una visión resumida de dicha ponencia se encuentra disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SU ESTABLECIMIENTO EN EUROPA

1. Surgimiento

Los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt –acerca del defensor de la Constitución– insiste en la necesidad de una “jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente”¹⁷. Agrega luego, que dicho tribunal

“funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada”¹⁸.

Al explicar su funcionamiento, señala Kelsen que dicho tribunal:

“aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado– oficia de ‘legislador negativo’”¹⁹.

2. Expansión en la segunda mitad del siglo XX

A partir de la Constitución de Austria de 1920²⁰ y, en particular después de la segunda guerra mundial, los Tribunales Constitucionales se expanden por el continente: Italia (1947)²¹, Alemania (1949)²², Francia (1958)²³ y España (1978)²⁴, por mencionar algunos²⁵.

¹⁷ KELSEN (1995), p. 14.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 14-15

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 36-37.

²⁰ En 1885 ya Jellinek había señalado la necesidad de un tribunal constitucional. Sobre la materia véase CRUZ VILLALÓN (1987).

²¹ Véase PIZZORUSSO (2005). En cuanto a la jurisprudencia, GROPPI (2008).

²² Véase el reciente estudio colectivo, *La Ley Fundamental Alemana y la Constitución Política Chilena* (2010). Acerca de la labor jurisdiccional SCHWABE (2009).

²³ PARDO FALCÓN (1990).

²⁴ En España, ya el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 conoció de las acciones de inconstitucionalidad.

²⁵ ROUSSEAU (2002).

En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo –en general– el modelo español.

Hoy, además, se aprecia su presencia en la Europa oriental, Asia y África.

Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

3. *Diversos modelos*

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles²⁶.

En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque recientemente modificado en 2008²⁷) y en otros *a posteriori* (Alemania y España). Sin duda, también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia).

En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto a los efectos del control, ellos también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los Tribunales Constitucionales (España, Alemania o Italia) o solo en el caso concreto (Corte Suprema en Chile desde 1925 hasta 2005).

4. *Modelos en Sudamérica*

Por su lado, en Sudamérica existen variadas experiencias en materia de control.

Así, ciertos países le entregan su conocimiento a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador)²⁸.

Los últimos años se han establecido nuevas judicaturas constitucionales en Hispanoamérica²⁹.

²⁶ Una obra clásica sobre la materia: FAVOREAU (1994). Una visión como juez: ZAGREBELSKY (2005).

²⁷ La reforma constitucional francesa de 2008 incorpora un control *a posteriori*, aunque a requerimiento del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación (artículo 61.1). Sobre la materia véase CARILLO (2010), pp. 587-600.

²⁸ NOGUEIRA (2005).

²⁹ Por ejemplo, en la República Dominicana, en 2010. En otros países, se ha discutido la necesidad de su establecimiento (El Salvador).

En países como Colombia³⁰ y Perú³¹ los tribunales constitucionales, siguiendo el modelo europeo, conocen, además, de los amparos contra sentencias judiciales.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU ESTABLECIMIENTO EN CHILE (1971-1973)

1. *Debate académico*

A mediados de la década de 1960, se había discutido en el ámbito académico acerca de la necesidad de contar con un tribunal constitucional que dirimiera los conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Específicamente, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator³², el destacado jurista Alejandro Silva Bascañán propuso crear una corte constitucional³³.

³⁰ Véase OSUNA (2016) y QUINCHE (2014). Una visión general: YOUNES (2016).

³¹ Sobre la materia véase LANDA ARROYO (2007); ETO CRUZ (2013) y GARCÍA BELAUNDE (2001). Una visión retrospectiva, MORALES SARAVIA (2014).

³² Entre las conclusiones que formula el profesor Jorge Guzmán se incluye una relativa al “establecimiento de órganos moderadores del poder, especialmente en la forma de una Corte Constitucional para los siguientes casos, ninguno de los casos afecta a la actual facultad de la Corte Suprema de declarar a posteriori la inaplicabilidad de la ley por causa de inconstitucionalidad en el caso particular: a) control preventivo de las disposiciones inconstitucionales de los reglamentos de las Cámaras; c) control preventivo de los decretos con fuerza de ley inconstitucionales; d) control preventivo de los tratados internacionales inconstitucionales; e) control preventivo de los reglamentos o decretos reglamentarios inconstitucionales; f) recurso de inconstitucionalidad en las leyes electorales inconstitucionales, pues actualmente no existe ningún recurso por jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual se ha negado a admitir su competencia para conocer de esta materia; g) recurso contra la violación de las leyes delegatorias de facultades legislativas; h) resolución de las cuestiones de competencia entre el Congreso y el Presidente de la República (podría ampliarse a toda cuestión de competencia, porque el régimen actual me parece insuficiente); i) control de las operaciones de referéndum y proclamación de su resultado”, GUZMÁN DINATOR (1964), p. 242.

³³ En tal sentido, el profesor Alejandro Silva B. expresa: “falta un organismo –que puede ser una Corte Constitucional– que prevenga las discrepancias que se produzcan entre el Presidente de la República y el Parlamento, y dictamine si la ley que está en vía de tramitación cabe o no en la Constitución. Esa Corte Constitucional podría estar organizada más o menos como nuestro Tribunal Calificador de Elecciones. La Corte Constitucional francesa, por ejemplo, tiene dentro de su competencia, la relativa a la calificación de las elecciones. Esa Corte Constitucional podría precisamente servir para que el Ejecutivo defendiera frente al Parlamento ese campo reservado al Reglamento, a fin de que el Legislativo no se meta en detalles que vienen a hacer inútil o demasiado poco provechoso la acción del Parlamento. Hay muchos conflictos que se podrían resolver mejor por una Corte Constitucional de esta

Luego, ello se profundiza en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público³⁴, realizadas en Concepción en 1964, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido³⁵, quien resalta la necesidad de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, lo que ya había advertido en su tesis de grado,³⁶ y así se acuerda de recomendar, en la Comisión de Derecho Constitucional, su instauración³⁷.

2. Reforma de 1970

La reforma constitucional de 1970³⁸ incorpora, por primera vez en Chile, un tribunal constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que –lamentablemente– tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia

clase que por un llamado a la consulta del electorado. Se debería organizar un cuerpo como Corte Constitucional muy independiente del Parlamento, del Poder Judicial, etc., tal como ha sido trazado en la Constitución italiana o en la francesa”. GUZMÁN DINATOR (1964), p. 226.

³⁴ Véase *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año 32, N° 128 (abril - junio de 1964).

³⁵ CUMPLIDO CERECEDA (1965). Señala el profesor Cumplido: “a) es indispensable que se establezca un sistema que permita el control de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de formación de la ley (inconstitucionalidad de forma); b) es necesario consagrar el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras; c) puede mantenerse la facultad de control en la Corte Suprema, pero modificando las normas de generación de este tribunal y dándole una verdadera independencia; d) por economía procesal es conveniente sustituir el recurso de inaplicabilidad por el de inconstitucionalidad de la ley pero debe concederse sólo a petición de parte interesada; e) es necesario extender el recurso de inconstitucionalidad a las leyes electorales, contienda de competencia negativa entre la Corte Suprema y el Tribunal Calificador de Elecciones”. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año 32, N° 128 (abril - junio de 1964), p. 71.

³⁶ Efectivamente, con anterioridad, en su tesis de grado se refiere a la temática. Al efecto, señala la conveniencia de un “tribunal de interpretación constitucional” y compuesto “por representantes de los llamados Poderes Políticos (Legislativo y Ejecutivo) y de los organismos jurídicos autónomos (Poder Judicial y Contraloría General de la República), todo lo cual “daría plenas garantías a los ciudadanos y obligaría a los poderes públicos a respetar sus acuerdos”. CUMPLIDO CERECEDA (1958), p. 113.

³⁷ Así, como consecuencia de dicha proposición se acuerda por la Comisión de Derecho Constitucional recomendar que se modifiquen la CPR en el sentido “de que se otorguen a un tribunal especial, formado por mayoría de letrados, las siguientes facultades: a) el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley o indicaciones formulados a dichos proyectos, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras y b) el control con efectos absolutos de la constitucionalidad de todas las leyes, tanto respecto de su contenido (inconstitucionalidad de fondo), cuanto en el procedimiento de formación de la ley (inconstitucionalidad de forma)”. *RDP*, (1965), pp. 113-114.

³⁸ Con anterioridad también se había enviado en 1965 por el presidente Frei un proyecto de reforma constitucional que incluía, entre otras materias, la creación de un tribunal constitucional, idea de legislar que tampoco prosperó.

numerosa³⁹. Sobre la importancia de esta nueva institución, el expresidente Eduardo Frei Montalva resaltó la necesidad de contar con un órgano que dirimiera los conflictos entre los legisladores⁴⁰.

Dicha normativa establece que al Tribunal Constitucional, entre otras materias, le corresponderá resolver:

“las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”,

como también aquellas

“que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley” y “de los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda”⁴¹.

Dicho Tribunal⁴², que sesionó por cerca de dos años, y que fuera presidido por el profesor de Derecho Administrativo, Enrique Silva Cimma, dictó diecisiete sentencias, siendo en 1973 disuelto por la Junta Militar por estimar que su existencia era “innecesaria”, lo que solo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado⁴³.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, los antecedentes remotos en Chile de la justificación de la jurisdicción constitucional, la encontramos

³⁹ Primeros cinco fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile (1972).

⁴⁰ Señaló al efecto, en su Mensaje: “todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”. Agrega luego que “El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surgen por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidos”.

⁴¹ Ley N° 17.284, publicada en el *Diario Oficial* el 23 de enero de 1970. Los requerimientos sobre constitucionalidad de las leyes podía ser interpuestos por el Presidente de la República, las Cámaras o más de un tercio de sus miembros en ejercicio, siempre que fueren formulados antes de la promulgación de la ley.

⁴² Sobre los antecedentes históricos véase SILVA CIMMA (2008).

⁴³ Al efecto, el decreto ley N° 119, publicado en el *Diario Oficial* de 10 de noviembre de 1973, disuelve el Tribunal Constitucional, señalando entre sus fundamentos: “la disolución del Congreso Nacional dispuesta por el Decreto Ley N° 27, de fecha 21 de septiembre en curso”, la circunstancia que el Tribunal Constitucional “tiene por función primordial resolver conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que no pueden presentarse por estar disuelto el Congreso Nacional”, de modo que “todo lo anterior demuestra que la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria”.

en las palabras pronunciadas por el expresidente Balmaceda, el 20 de abril de 1891, esto es, iniciada la cruenta guerra civil –motivada formalmente por la negativa del Congreso Nacional de aprobar el presupuesto anual enviado por el Presidente– tres décadas antes de Kelsen, al sostener dicho gobernante que, teniendo en consideración las cuestiones de competencia entre los poderes y los conflictos de constitucionalidad de las leyes debería crearse una jurisdicción especial⁴⁴.

IV. ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA TRANSICIÓN POLÍTICA (1981-1989)

1. *Control compartido de constitucionalidad*

Como se ha señalado, el texto primitivo de la Constitución de 1980 establecía un mecanismo de control compartido. El Tribunal Constitucional revisaba preventivamente las leyes y la Corte Suprema lo efectuaba *ex post*, a través del recurso de inaplicabilidad, que le correspondía desde 1925⁴⁵.

2. *Fallos trascendentes*

En la transición política chilena, debe destacarse sin duda el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional –a través de su jurisprudencia– en cuanto a incrementar la institucionalidad democrática, en particular, la participación ciudadana y los mecanismos de control jurídico⁴⁶.

En efecto, al Tribunal Constitucional le correspondió un papel fundamental en relación con el control de constitucionalidad de las denominadas “leyes políticas” promulgadas durante la década de 1980⁴⁷.

⁴⁴ Expresaba Balmaceda, en plena guerra civil: “sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca”; puesto que “no es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte”. Discurso del presidente José Manuel Balmaceda, efectuado ante el Congreso Nacional, el 20 de abril de 1891. En BALMACEDA (1991-1992), p. 369.

⁴⁵ GÓMEZ B. (1999).

⁴⁶ Véase NAVARRO BELTRÁN (2009a), p. 141 y ss. Desde el punto de vista político, véase CAVALLO (2012). También, BOENINGER (1997).

⁴⁷ Las leyes políticas correspondieron a aquellas relativas al Tribunal Calificador de Elecciones, Partidos Políticos, Votaciones Populares y Escrutinios, Servicio Electoral y Estados de Excepción.

Así, en primer lugar, en 1985, debió pronunciarse sobre la sujeción a la Carta Fundamental de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL). El proyecto de ley en cuestión supeditaba la entrada en funciones del TRICEL a la realización de la primera elección parlamentaria. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, tomando en consideración una interpretación sistemática de la Constitución –esto es, como un todo armónico– concluye que dichos órganos jurisdiccionales electorales debían encontrarse en vigencia antes de la realización de la referida elección parlamentaria, específicamente con ocasión de los plebiscitos, relativos a la proposición de candidato en 1988 y de reformas constitucionales de 1989. Lo anterior, permitió legitimar dichos actos, iniciando la transición pacífica a la democracia⁴⁸.

Por su parte, en 1987, se envía a control de constitucionalidad el proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. Se trataba de una ley fundamental para el régimen político y, respecto de la cual, existía una solicitud de abogados, relativa a la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto, en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política y adicionalmente una invasión a la autonomía de los partidos políticos y una infracción al debido proceso. Del mismo modo, se hace referencia a la necesidad de que se respete el principio de tipicidad en materia sancionatoria. Por último, se estimó ajustada a la Carta Fundamental la exigencia de un mínimo de afiliados para constituir un partido político⁴⁹.

Por su lado, en 1988, dicho órgano revisó la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Votaciones Populares y Escrutinios⁵⁰. En tal sentido, destacó la relevancia del asunto, teniendo presente

“que la amplitud de las materias que la Constitución entrega a esta ley sobre ‘sistema electoral público’, a diferencia de lo que ocurre con otras leyes del mismo rango en las cuales la Constitución ha sido definitivamente más restrictiva, se justifica, sin duda, por su especial importancia y trascendencia, pues, como bien se ha dicho ‘una de las bases de la institucionalidad consagrada en la Constitución Política reside en la organización republicana y democrática de gobierno, en el cual el ejercicio de la soberanía, además del que corresponde a las autoridades que establece la Constitución, se realiza por el pueblo mediante elecciones periódicas y plebiscitos. De esta base fundamental derivan la ciudadanía y los principales derechos que ella otorga, el de sufragio y el de optar a cargos de elección popular, los cuales, por antonomasia, constituyen los derechos políticos”.

⁴⁸ STC, rol N° 33/1985.

⁴⁹ STC, rol N° 43/1987.

⁵⁰ STC, rol N° 53/1988.

Finalmente, previno la necesidad de legislar respecto de la propaganda y publicidad, igualdad entre los candidatos –independientes y miembros de partidos políticos– y las fechas de elecciones presidenciales y de parlamentarios, materias que fueron acogidas por la Junta Militar de la época⁵¹.

3. Evaluación

La importancia de las decisiones del Tribunal Constitucional justifica la absoluta ausencia de reformas a su estatuto en 1989, salvo excepción en lo relativo a su integración⁵². Con posterioridad a 1990, se estudiaron algunos proyectos para modificar también sus atribuciones⁵³, algunos de los cuales se discutieron y rechazaron en el Congreso Nacional⁵⁴.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL RESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO (1990-2005)

1. Leyes orgánica constitucionales

Producido el restablecimiento del régimen democrático chileno, en 1990, el Tribunal continuará su labor específica en la revisión de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales –siguiendo el modelo francés y español primitivo– destacando entre ellas, por cierto, la relativa a organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

Como lo ha señalado dicha Magistratura, el concepto atribución está tomado como sinónimo de competencia, esto es, como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de las materias que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, sea esta absoluta o relativa o, si se

⁵¹ En virtud de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la Junta de Gobierno envía, con fecha 3 de agosto de 1988, el proyecto de ley que modifica diversos aspectos de la aludida Ley de Votaciones Populares y Escrutinios.

⁵² Véase ANDRADE GEYWITZ (2002). Incluso, en las bases programáticas de la concertación de partidos por la democracia se proponía modificar “las normas sobre composición del Tribunal Constitucional”, de tal manera de “velar por su autonomía e independencia”.

⁵³ Una comisión asesora formada por el Ejecutivo a principios de la década de 1990 propuso aumentar su competencia, para conocer recursos de inconstitucionalidad contra leyes e, incluso, amparos de derechos, “de manera que este cumpla con su encargo principal, cual es ser intérprete de la Constitución, velar por la supremacía de los preceptos constitucionales y por la protección y respeto de los derechos fundamentales”, en ANDRADE GEYWITZ (1992), p. 193.

⁵⁴ Véase *Boletín* N° 1454-07, que le otorga al Tribunal Constitucional la facultad de ejercer control *a posteriori* de las normas legales vigentes. También *Boletín* N° 1455-07, que establece la derogación de aquellos preceptos legales declarados inaplicables por la Corte Suprema en tres sentencias firmes.

quiere, en términos más amplios y genéricos con la jurisdicción⁵⁵. Así, por ejemplo, la facultad del pleno de la Corte de Apelaciones para acordar el funcionamiento de sus salas⁵⁶ o las que otorgan competencia a un ministro de Corte de Apelaciones⁵⁷.

La aludida exigencia constitucional

“tiene su razón de ser en el hecho de que resulta conveniente y necesario que el Tribunal Superior del Poder Judicial, atendida su calificación y experiencia en la materia, pueda dar a conocer a los órganos colegisladores su parecer acerca de un proyecto de ley en el cual se contienen reformas que se considera necesario introducir a dicho cuerpo normativo, con el objeto de contribuir, así, a que éstas sean las más adecuadas”⁵⁸.

En relación con el momento en que debe efectuarse el mismo, se ha estimado por el TC que es necesario que “se efectúe la consulta durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional”⁵⁹. Por lo mismo, se ha sentenciado que se trata de un trámite esencial para la validez constitucional de esta ley orgánica, para lo cual debe tenerse presente que al señalar la Constitución Política de la República que la Corte Suprema debe ser oída previamente, ello supone que se efectúe la consulta durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional si el mensaje o moción se hubiere presentado sin su opinión y con anterioridad a la aprobación de la misma⁶⁰. Como consecuencia de lo anterior, se ha estimado por el TC que se ha vulnerado la Carta Fundamental al solicitar la opinión de la Corte Suprema respecto de un proyecto que ya había sido aprobado por ambas Cámaras, razón por la cual “no puede considerarse cabalmente cumplida la exigencia establecida”⁶¹.

2. *Requerimientos de parlamentarios*

Del mismo modo, le correspondió resolver ciertos requerimientos presentados por minorías parlamentarias, tanto respecto de decretos como de proyectos de ley.

⁵⁵ STC, roles N° 271 y 273.

⁵⁶ STC, rol N° 431/2004.

⁵⁷ STC, rol N° 398/2003.

⁵⁸ STC, rol N° 1316/2009. En el mismo sentido, STC, rol N° 2074/2011.

⁵⁹ STC, rol N° 2036/2011.

⁶⁰ STC, rol N° 1316/2009.

⁶¹ STC, rol N° 1651/2010. Cabe señalar que la Corte Suprema, mediante oficio de fecha 19 de abril de 1995, hizo presente: “la voluntad del constituyente fue que “la ley Orgánica Constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema”, de lo cual se infiere que constitucionalmente, no es posible prescindir, en caso alguno del informe, y si lo hiciere el Tribunal Constitucional podría rechazarlo”.

Así, por ejemplo, en relación con la potestad reglamentaria presidencial, se efectuaron requerimientos sobre materias tan disímiles como: decretos vinculados a vivienda⁶², publicidad caminera⁶³, texto aprobatorio de la ley⁶⁴, tarifas y peajes⁶⁵, planos reguladores de una ciudad⁶⁶, cancelación de personalidad jurídica⁶⁷, acceso a playas⁶⁸, transporte⁶⁹, restricción vehicular⁷⁰, procedimiento de fijación de líneas de alta mar⁷¹, acuerdo complementario con Bolivia⁷² o ejecución presupuestaria⁷³.

En cuanto a proyectos de ley, los requerimientos presentados se refirieron a diversas materias como, por ejemplo: Ley de Pesca⁷⁴, Ley de Bancos⁷⁵, estado empresario⁷⁶, plantas de la Contraloría General de la República⁷⁷, plantas municipales⁷⁸, juntas de vecinos⁷⁹, rentas municipales⁸⁰, municipios⁸¹, libertad de información y ejercicio del periodismo⁸², donación de órganos⁸³, capitalización de dividendos⁸⁴, remuneraciones de la judicatura⁸⁵, sede del Congreso⁸⁶, primarias presidenciales⁸⁷, Código de Aguas⁸⁸, jornada escolar⁸⁹, traspaso de liceo⁹⁰, urbanismo⁹¹ o pensiones⁹².

⁶² STC, roles N°s 1167/1990, 253/1997, 370/2003, 373/2003 y 450/2005.

⁶³ STC, roles N°s 146/1992 y 167/1993.

⁶⁴ STC, rol N° 209/1995.

⁶⁵ STC, rol N° 183/1994.

⁶⁶ STC, rol N° 153/1993 (aceptado por vicios de forma).

⁶⁷ STC, rol N° 124/1991.

⁶⁸ STC, rol N° 245/1996.

⁶⁹ STC, roles N°s 362/2003 y 388/2003.

⁷⁰ STC, rol N° 325/2002.

⁷¹ STC, rol N° 305/2000.

⁷² STC, rol N° 282/1998.

⁷³ STC, rol N° 245/1997.

⁷⁴ STC, rol N° 115/1990.

⁷⁵ STC, rol N° 259/1997.

⁷⁶ STC, roles N°s 134/1991, 246/1996 y 427/2004.

⁷⁷ STC, rol N° 160/1992.

⁷⁸ STC, rol N° 159/1992.

⁷⁹ STC, roles N°s 126/1991 y 200/1994.

⁸⁰ STC, roles N°s 203/1994 y 215/1995.

⁸¹ STC, roles N°s 141/1992 y 228/1995.

⁸² STC, rol N° 226/1995.

⁸³ STC, rol N° 220/1995.

⁸⁴ STC, rol N° 207/1995.

⁸⁵ STC, rol N° 147/1992.

⁸⁶ STC, rol N° 242/1996.

⁸⁷ STC, rol N° 297/1998.

⁸⁸ STC, rol N° 260/1997.

⁸⁹ STC, roles N°s 410/2004, 413/2004 y 423/2004.

⁹⁰ STC, rol N° 352/2002.

⁹¹ STC, rol N° 437/2005.

⁹² STC, rol N° 334/2001.

En materia de decretos con fuerza de ley, debe destacarse una presentación respecto de plantas y remuneraciones del sector público⁹³.

También los hubo respecto de tratados internacionales, como es el caso de rebajas arancelarias⁹⁴, acuerdos con Argentina (tanto limítrofes⁹⁵ como de integración⁹⁶), pueblos indígenas⁹⁷, Corte Penal Internacional⁹⁸ y desaparición forzada⁹⁹.

VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 Y LAS NUEVAS ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Nueva integración

La reforma constitucional de 2005 modificó la composición y atribuciones de este Tribunal. Así, sus integrantes ahora son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la Carta italiana de 1947. Ahora, dicho órgano jurisdiccional está conformado por diez miembros: tres designados por el Presidente, dos por el Senado (libremente), dos por el Senado (previa proposición de la Cámara) y tres por la Corte Suprema¹⁰⁰. Se ha establecido de manera expresa el

⁹³ STC, rol N° 394/2003.

⁹⁴ STC, rol N° 280/2098.

⁹⁵ STC, rol N° 288/1999.

⁹⁶ STC, rol N° 312/2000.

⁹⁷ STC, rol N° 309/2000.

⁹⁸ STC, rol N° 346/2002.

⁹⁹ STC, rol N° 383/2003.

¹⁰⁰ Hasta antes de 2005 lo integraban: a) tres ministros de la Corte Suprema; b) dos abogados designados por el Consejo de Seguridad; c) un abogado designado por el Senado y d) un abogado designado por el Presidente. Sabido es que las soluciones en el Derecho Comparado son disímiles. Así, en Alemania está integrado por jueces federales y otros miembros, elegidos por mitades por la Dieta Federal y por el Consejo Federal (total dieciséis). En España lo componen doce magistrados nombrados por el Rey: a), cuatro, a propuesta del Congreso; b) cuatro a propuesta del Senado; c) Dos a propuesta del gobierno; y d), dos, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. En Francia está formado por nueve miembros: tres por el Presidente de la República, tres por el Presidente del Senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional. En Italia, lo integran quince miembros: cinco designados por el Presidente de la República, cinco por el Parlamento y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. En Sudamérica, también existen tribunales constitucionales en Perú (siete miembros), Bolivia (cinco ministros), Colombia (nueve) y Ecuador (nueve). El Tribunal Constitucional chileno establecido en 1970 lo integraban cinco miembros: tres elegidos por el Presidente, con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema. La carta de 1980 los aumentó a 7, tres Ministros de las Corte Suprema, dos abogados designados por el Consejo de Seguridad, uno por el Senado y uno por el Presidente.

funcionamiento en sala o en pleno. La regla general en todo caso es el Pleno. Sin embargo, corresponderá a la sala conocer de determinadas materias, según lo exprese la ley orgánica constitucional del tribunal¹⁰¹.

2. *Tratados internacionales que contienen normas orgánicas*

Entre las nuevas atribuciones que se le otorgan al Tribunal Constitucional¹⁰² chileno nos parece importante destacar el control preventivo obligatorio de ciertos tratados internacionales.

En efecto, ahora le corresponde conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánicas constitucionales. Esta reforma viene a consolidar lo que había venido sosteniendo el propio Tribunal Constitucional en algunos fallos anteriores¹⁰³.

A la fecha al Tribunal ya le ha correspondido –entre otros– conocer del control de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenía normas especiales en materia de atribuciones del Banco Central¹⁰⁴ y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas¹⁰⁵. En ciertos casos, sin embargo, se ha señalado que las convenciones internacionales no contemplan normas orgánicas, razón por la cual no se ha revisado su texto¹⁰⁶.

3. *Control preventivo de las leyes orgánicas*

En esta materia, ha continuado su competencia para conocer del control preventivo de las leyes, ya sea por tratarse de leyes orgánicas constitucionales,

¹⁰¹ La ley orgánica constitucional N° 17.997, fue modificada por la ley N° 20.381, de 28 de octubre de 2009, cuyo texto refundido se encuentra en el DFL 5, de 2010, publicado, a su vez, en el *Diario Oficial* de 10 de agosto de 2010.

¹⁰² NAVARRO BELTRÁN (2005b), p. 11 y ss.

¹⁰³ STC, rol N° 346

¹⁰⁴ STC, roles N° 2522/2013 (proyecto aprobatorio del “Acuerdo suplementario sobre inversiones del tratado de libre comercio entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de la República Popular de China”); N° 1898/2011 (Quincuagésimo tercer protocolo adicional al acuerdo de complementación económica N° 35, sobre el comercio de servicios, celebrado entre los gobiernos de Estados Partes del MERCOSUR y el gobierno de la República de Chile); N° 1891/2011 (Convenio entre el gobierno de la República de Chile y la Corporación Andina de Fomento para el desarrollo de las actividades de la CAF en Chile); N° 1818/2010 (Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversión); N° 1315/2009 (Tratado de libre comercio entre los gobiernos de la República de Chile y de Australia); N° 830/2007 (Acuerdo entre la República de Chile y Japón) y N° 553/2006 (Acuerdo estratégico Transpacífico de asociación económica).

¹⁰⁵ Rol N° 1050/2008.

¹⁰⁶ Rol N° 1483/2009, en relación con la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

ya sea porque se ha interpuesto un requerimiento respecto de un proyecto de ley durante su tramitación.

Ha habido un número importante de revisión de leyes orgánicas¹⁰⁷ y menores casos de requerimientos de parlamentarios¹⁰⁸. Esto último, se ha señalado en reciente estudio, ha operado como un mecanismo de las minorías políticas representadas en el Congreso Nacional, mientras que el primero ha tratado de evitar el desborde gubernamental en la función legislativa¹⁰⁹.

En diversos requerimientos se ha planteado el papel que le cabe al Congreso Nacional en ciertos proyectos de ley. Desde ya, cabe señalar que la circunstancia de haber concurrido a aprobar una norma no inhabilita a los parlamentarios para deducir un requerimiento¹¹⁰. Las cuestiones de constitucionalidad pueden ser formuladas durante la tramitación de un proyecto de ley,

“lo que implica que dicho plazo se inicia al dar cuenta del respectivo proyecto en la Cámara de origen y se extiende hasta la promulgación del mismo”¹¹¹.

Por de pronto, el Tribunal ha declarado inconstitucional un proyecto de ley relacionado con ciertas materias referidas a “seguridad social o que inciden en ella” y que, por tanto, han debido iniciarse por mensaje y no por moción¹¹².

Del mismo modo, la aprobación de un proyecto debe realizarse cumpliendo ciertas formalidades. Así, por ejemplo, en relación con la Ley de Presupuesto, se discutió la posibilidad de que se agregara una disposición propuesta por parlamentarios respecto de la probidad administrativa, indicando al efecto que la disposición no tenía relación con las ideas matrices o fundamentales, “que no son otras que el cálculo de ingresos y la autorización de gastos”¹¹³.

En materia de beneficios de postnatal, se declaró como contraria a la Carta Fundamental, una norma que alteró el proyecto presentado por el Presidente de la República, introduciendo a su respecto un aumento de beneficios al personal en servicio de la administración pública como también a trabajadores del sector privado, y modificó, asimismo, normas sobre seguridad social o que inciden en ella, materias todas en que, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 65 de la Constitución Política, el

¹⁰⁷ Durante los últimos años se ha revisado un número importante de leyes: 28 (2005), 13 (2006), 22 (2007), 29(2008), 28 (2009), 23 (2010), 25 (2011), 20(2012), 17 (2013), 18 (2014), 25 (2015), 29 (2016) y 24 (2017). Información disponible en página web (memorias anuales del TC 2005-2017).

¹⁰⁸ Corresponde a treinta casos en los últimos diez años-

¹⁰⁹ MELENDEZ ÁVILA (2017).

¹¹⁰ STC, rol N° 1005/2007.

¹¹¹ STC, rol N° 1655/2010, cons. 3°.

¹¹² STC, rol N° 534/2006, cons. 10°.

¹¹³ STC, rol N° 1005/207, cons. 12°.

Congreso Nacional solo puede aceptar, disminuir o rechazar los beneficios y gastos propuestos por el Presidente de la República, pero no aumentarlos¹¹⁴.

También se declaró inconstitucional una glosa presupuestaria –referida a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana– al estimarse que, al corresponder a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no podía ser incorporada al proyecto de ley respectivo mediante una indicación parlamentaria¹¹⁵.

Finalmente, pueden mencionarse casos más recientes, vinculados a cierta normativa sobre televisión digital¹¹⁶, en materia de gratuidad de educación superior e igualdad ante la ley¹¹⁷, titularidad no exclusiva de los sindicatos en la negociación colectiva¹¹⁸ e interrupción del embarazo en tres causales (aceptándose la objeción de conciencia institucional)¹¹⁹.

4. Control concentrado de constitucionalidad de las leyes

La reforma constitucional de 2005 radicará, exclusivamente en este Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, no solo revisará, por ejemplo, la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación (leyes orgánicas e interpretativas y requerimientos de parlamentarios) sino que, además, conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes.

a) Acción de inaplicabilidad

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que con anterioridad conocía la Corte Suprema¹²⁰, desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto¹²¹. Además, la inaplicabilidad no solo la pueden solicitar las partes de una gestión sino el propio juez de la causa¹²².

¹¹⁴ STC, rol N° 2025/2011.

¹¹⁵ STC, rol N° 1867/2010.

¹¹⁶ STC, roles N° 2358/2012, 2509/2013 y 2541/2013.

¹¹⁷ STC, rol N° 2935/2015. Se acepta que la igualdad se debe orientarse a aquellos alumnos vulnerables.

¹¹⁸ STC, rol N° 3016/2016. Se considera que la negociación colectiva se radica en los trabajadores y, por tanto, pueden negociar de modo colectivo tanto los sindicatos como los grupos negociadores.

¹¹⁹ STC, rol N° 3729/2017. Se estima que se ajusta a la Constitución Política las tres causales de aborto (peligro para la vida de la madre, inviabilidad y violación). Igualmente, se acepta que la objeción de conciencia puede ser invocada por personas naturales y jurídicas.

¹²⁰ Vid. NAVARRO BELTRÁN (2002), pp. 7-26.

¹²¹ NAVARRO BELTRÁN (2011b).

¹²² *Ibid.*

Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que, en los diez primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional, han ingresado un poco más de dos mil, lo que equivale a cerca del 85% de las causas ingresadas¹²³.

Son muy diversas las materias que han motivado los pronunciamientos del TC. Piénsese solo en las resoluciones que han ido configurando el debido proceso, que no solo resulta aplicable en los procesos jurisdiccionales sino, también, en los de carácter administrativo y sancionatorio. Especialmente, se ha insistido en el derecho a revisar lo resuelto por un órgano jurisdiccional superior, la motivación de las decisiones y la tutela judicial efectiva¹²⁴.

En relación con la igualdad ante la ley¹²⁵, se han declarado que determinados preceptos legales carecen de razonabilidad¹²⁶.

Del mismo modo, en el ámbito penal, se ha ido configurando los límites del principio de tipicidad, de manera de determinar de qué forma debe encontrarse configurada la conducta sancionada¹²⁷.

¹²³ *Vid.* Memorias del TC 2006 a 2016 en página web (www.tcchile.cl). Así, 208 (2006), 280 (2007), 235 (2008), 242 (2009), 259 (2010), 229 (2011), 198 (2012), 192 (2013), 107 (2014), 150 (2015) y 299 (2016). El año 2017 aumentó explosivamente a 883, motivados en especial por casos de ley de control de armas y la denominada “Ley Emilia”; lo que ha generado sesiones extraordinarias por parte del TC.

¹²⁴ Reciente en NAVARRO BELTRÁN (2011a). Se han aceptado, entre otros, como contrario al debido proceso: Desafuero de delito de acción privada sin ser oído (478/2006); Resolver de inmediato autorización de UAF (521/2006); Resolver en cuenta o de plano (747/2007); Pago anticipado para ejercer acciones (728/2007); Inexistencia de mecanismos de defensa (808/2007); Apelación de una sola de las partes (1535/2009); Falta de motivación de sentencia (1373/2009); Privación de libertad por administración (1518/2009); Otorgar plena prueba a peritaje del SII (1718/2010); Infracción a non bis in ídem Ley de Transporte (2045/2011); Legitimación activa en querellas (2203/2012); Plazo para comparecer en 2ª instancia (2466/2013); y Proceso en justicia militar (2492/2013).

¹²⁵ NAVARRO BELTRÁN (2012), pp. 63-95.

¹²⁶ Así, por ejemplo: la inadecuada asimilación del sistema tributario respecto de un trabajador independiente (rol N° 1399-09); la presunción de trabajo a honorarios (rol N° 767-07); la exclusión injustificada de beneficios (rol N° 1615-10); la pérdida de beneficios (rol N° 1801/2010); procedimientos inidóneos (rol N° 707/2007); falta de igualdad de armas (rol N° 1535/2009); régimen jurídico de fianza tributaria (rol N° 728/2007); recursos en juicios especiales y falta de motivación (rol N° 1373/2009); reconocimiento de filiación (rol N° 1340/2009); exclusión de daño moral (rol N° 1419/2009); restricción de acceso a ciber cafés (rol N° 1894/2009); acceso de información restringida (2152/2011); multa desproporcionada tributaria (rol N° 1951/2012); legitimación activa para deducir querrela en materia penal (Rol N° 2203/2012); diferencias en materia de beneficios a diplomáticos (rol N° 2320/2013); gratuidad educación superior (rol N° 2935/2015); y negociación colectiva vía sindicatos y otros grupos negociadores (rol N° 3016/2016).

¹²⁷ En el caso de incumplimiento de deberes militares (rol N° 781-07). Un análisis sobre tipicidad en NAVARRO BELTRÁN (2010c) pp. 241-265.

En materia sancionadora administrativa se ha resaltado el principio de proporcionalidad¹²⁸, que supone una

“relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal”¹²⁹.

Respecto del principio de legalidad tributaria¹³⁰, se estimó inconstitucional la remisión a un reglamento en materia de exención de impuesto territorial para los estadios.

También pueden citarse decisiones en relación con el derecho a la honra¹³¹, en particular como consecuencia de la falta de adecuada indemnización del daño moral¹³².

Asimismo, inaplicabilidades fundadas en la infracción al derecho de propiedad¹³³, al privarse a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro, del derecho a recuperar su dinero, por una disposición legal que extinguió al sujeto obligado, disponiendo que el fisco sucediera en los bienes al extinguido y asumiera sus deudas, pero esto último sujeto a una condición meramente potestativa que ha decidido no cumplir¹³⁴.

Por último, cabe destacar que en algunas sentencias se han reconocido derechos que derivan de otros constitucionalmente tutelados, como el “acceso a la información”¹³⁵ y el “derecho a la identidad”¹³⁶.

¹²⁸ NAVARRO BELTRÁN (2017), p. 73 y ss.

¹²⁹ STC, roles N°s 1518/2009, 1584/2009 y 2022/2011. Así, por ejemplo, se ha estimado como desproporcionado el interés moratorio del 1,5% mensual establecido en el artículo 53 del Código Tributario, desde que se obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como injusta y abusiva (rol N° 1951/2011). Del mismo modo, una multa sanitaria que puede derivar en prisión, conforme al artículo 169 del Código Sanitario, también infringe la proporcionalidad, al no guardar relación con la gravedad de las faltas (rol N° 1518/2009). Del mismo modo, se ha fallado respecto del artículo 108 b) de la Ley de Propiedad Industrial, al establecer diferencias en materia indemnizatoria, permite obtener beneficios desligados de la relación causal entre el uso antijurídico de la propiedad industrial y el enriquecimiento directamente obtenido por tal uso, provocando resultados gravosos que exceden de forma desproporcionada la finalidad legítima de la norma (rol N° 2437/2013). En otro caso se cuestiona el artículo 20 de la Ley general de urbanismo y construcción, que faculta a sancionar con hasta el 20% del presupuesto de la obra, lo que evidencia un margen en exceso amplio al legislador, posibilitando decisiones arbitrarias (rol N° 2648/2014). Más recientemente se ha sentenciado que la aplicación concreta del inciso 1° del artículo 29 del DL N° 3538, de 1980, no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad.

¹³⁰ STC, roles N°s 718, 759 y 773, todas de 2009. *Vid.* NAVARRO BELTRÁN (2008a), pp. 77-87.

¹³¹ *Vid.* NAVARRO BELTRÁN (1998-1999), pp. 205-210.

¹³² STC, rol N° 943/2007.

¹³³ *Vid.* NAVARRO BELTRÁN (2005a), pp. 517-531.

¹³⁴ STC, rol N° 944/2007.

¹³⁵ STC, rol N° 634/2006. Sobre la materia *vid.* NAVARRO BELTRÁN (2010a).

¹³⁶ STC, rol N° 1340/2008.

b) *Acción de inconstitucionalidad*

Adicionalmente, la reforma de 2005 facultó al mismo Tribunal Constitucional para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios, para lo cual es necesario que previo a ello se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por los $\frac{4}{5}$ de los miembros, pudiendo iniciarse dicha acción de oficio o por acción pública¹³⁷.

Se trata de un instrumento excepcional que a la fecha solo ha motivado cuatro decisiones relativas a delegación de jurisdicción en materia tributaria¹³⁸, la consignación previa para reclamar sanciones sanitarias¹³⁹, la gratuidad del turno de los abogados¹⁴⁰ y, posteriormente, las facultades de la Superintendencia de Salud referentes a las tablas de factores de sexo y edad en los contratos de salud previsual¹⁴¹.

5. *Otras atribuciones del Tribunal Constitucional*

Asimismo, se le ha entregado también la revisión de la constitucionalidad de los autos acordados de ciertos tribunales superiores, determinando si ellos se ajustan o no a la Carta Fundamental, sentenciando –por ejemplo, en un caso– que se infringe el principio de publicidad en materia de reserva de investigaciones disciplinarias¹⁴². Más recientemente, se estimó inconstitucional un auto acordado que fijó la edad de cesación de los jueces de policía local, lo que se consideró propio de la reserva legal¹⁴³.

Cabe tener presente que, en el sistema constitucional chileno, le corresponde a los tribunales de justicia el conocimiento de los recursos de amparo, de modo que las sentencias de dichos tribunales solo pueden ser revisadas –en su caso– por la Corte Suprema, a través de diversas vías impugnatorias, pero en modo alguno por el Tribunal Constitucional¹⁴⁴.

Finalmente, también le corresponde al Tribunal Constitucional conocer de las cuestiones de competencia o conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas y los tribunales inferiores de justicia¹⁴⁵. Así, pue-

¹³⁷ NAVARRO BELTRÁN (2011d).

¹³⁸ STC, rol N° 681/2006.

¹³⁹ STC, rol N° 1173/2008.

¹⁴⁰ STC, rol N° 1254/2008.

¹⁴¹ STC, rol N° 1710/2010.

¹⁴² STC, rol N° 783/2007. *Vid.* NAVARRO BELTRÁN (2013), pp. 143-166.

¹⁴³ STC, roles N°s 2961/2016 a 2069/2016 y 2972/2016 a 2975/2016.

¹⁴⁴ Una visión panorámica en NAVARRO BELTRÁN (2008b), pp. 327-349.

¹⁴⁵ La contienda de competencia se trata de una disputa acerca de la atribución de un juez o autoridad administrativa, en este caso, para el conocimiento de un determinado asunto. Por lo mismo, en estricto rigor, se trata de un conflicto de funciones. Adicionalmente se ha sostenido por la doctrina que este tipo de contiendas de competencia no se verifica si un órgano realiza

den mencionarse, las decisiones vinculadas a las contiendas entre el TDLC y el Ministerio Público¹⁴⁶ o entre la U. de Chile y un Tribunal Electoral Regional¹⁴⁷.

VII. CONSIDERACIONES FINALES Y DESAFÍOS FUTUROS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CHILENA

En tiempos de cambios constitucionales, nos parece importante estudiar algunos de los siguientes aspectos tendientes a perfeccionar la justicia constitucional.

1. *Control de normas*

En primer lugar, el control de constitucionalidad debería incluir otros actos como, por ejemplo, los reglamentos de las cámaras. La reforma de 2005 solo se circunscribió a ciertos autos acordados¹⁴⁸, excluyéndose –entre otras– las instrucciones del Ministerio Público¹⁴⁹ y los propios reglamentos de las cámaras¹⁵⁰.

2. *Contiendas de competencia*

En segundo lugar, debe radicarse en dicho tribunal todas las contiendas de competencia. Ciertamente, parece más conveniente que todas las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregados al conocimiento del Tribunal Constitucional¹⁵¹. Se trata de evitar decisiones disímiles¹⁵².

con su actuar u omisión un errado ejercicio de sus competencias, sino sólo cuando ello lesiona la titularidad de las competencias de otro. STC, rol N° 1531-09.

¹⁴⁶ STC, rol N° 2934/2015.

¹⁴⁷ STC, rol N° 2700/2014.

¹⁴⁸ NAVARRO BELTRÁN (2013), pp. 143-166

¹⁴⁹ *Vid.* NAVARRO BELTRÁN (2011c).

¹⁵⁰ Sobre esta materia *vid.* STC, rol N° 1216-2008.

¹⁵¹ El artículo 53 N° 3 le otorga competencia al Senado para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Por su lado, el artículo 93 N° 12 le confiere la competencia residual al Tribunal Constitucional. Ya el propio presidente Allende proponía entregarle la “facultad para conocer de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia”. ALLENDE (1993), p. 29.

¹⁵² Recientemente se aceptó la competencia de la CGR respecto de la fijación de pensiones en relación a personal de la DGAC, en una contienda presentada por la entidad contralora, en el marco de un asunto en conocimiento de tribunales civiles (rol N° 3283/2016). A la vez, el Senado resolvió otra similar en relación a una causa en conocimiento de la Cuarta Sala de la Corte Suprema.

3. *Acción popular*

En suma, podría estudiarse la revisión del restringido mecanismo de acción popular que establece la actual normativa y que sólo lo permite cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional¹⁵³ y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones¹⁵⁴.

4. *Reflexión final*

En conclusión, se trata de una institución fundamental para resolver los conflictos de constitucionalidad entre los diversos órganos, teniendo una vida ya casi centenaria, en occidente, y algo menos de la mitad en Chile; habiendo cumplido un papel esencial en el retorno a la democracia y en la defensa de las garantías constitucionales.

Como ha dicho un autor, el mejor instrumento para medir la existencia vigorosa de un verdadero Estado de Derecho es la respetabilidad y estabilidad de que gozan los Tribunales Constitucionales de un país. En palabras del propio TC, en uno de sus pronunciamientos, su

“jurisdicción debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”¹⁵⁵.

Y es que, como nos lo recuerda el tratadista francés Louis Favoreau¹⁵⁶, el Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, en particular de la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático.

Por lo mismo, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

¹⁵³ Artículo 93 N° 10 de la CPR.

¹⁵⁴ Artículo 93 N° 13 de la CPR.

¹⁵⁵ STC, rol N° 1254/2008; cons. 23°.

¹⁵⁶ FAVOREAU (1994).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV (2010): *La Ley Fundamental Alemana y la Constitución Política Chilena* (Santiago, Editorial Jurídica).
- ALLENDE, Salvador (1993): *Mi propuesta a los chilenos* (Texto póstumo, Santiago).
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos (1992): "Proyectos de reformas constitucionales en tramitación y estudio y comentarios de las proposiciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República", en *Temas Constitucionales Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 20: pp. 77-111.
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos (2002): *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BALMACEDA, José Manuel(1991-1992): *Discursos de José Manuel Balmaceda: Iconografía* (Santiago, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos). Tomo II.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2006): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (2ª ed., Madrid, CEPC).
- BOENINGER, Edgardo (1997): *Democracia en Chile. Lecciones de gobernabilidad* (Santiago, Editorial Andros).
- BRAVO LIRA, Bernardino (1986): *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (Santiago, Editorial Andrés Bello).
- CAPPELETTI, Mauro (2007): *La Justicia Constitucional* (México D.F, Porrúa-UNAM).
- CARILLO, Marc (2010): "La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2: pp. 587-600.
- CARVAJAL R., Horacio (1940): *La Corte Suprema* (memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Imprenta El Esfuerzo).
- CAVALLO CASTRO, Ascanio (2012): *La historia oculta de la transición: memoria de una época 1990-1998* (Santiago, Uqbar Editores).
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1958): *Teoría de la Constitución* (Santiago, Editorial Universitaria).
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1965): "Ponencia a III Jornadas de Derecho Público", en *Revista de Derecho Público*, N° 3: pp. 113-116.
- ETO CRUZ, Gerardo (2013): "Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional Peruano", en *Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional* (Lima, Centro de Estudios Constitucionales) Tomo I.
- FAVOREAU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales* (Barcelona, Editorial Ariel).
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2001): "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional* (Bogotá, Temis).

- GÓMEZ BERNALES, Gastón (1999): *La Jurisdicción Constitucional Chilena* (Santiago, Universidad Diego Portales).
- GONZÁLEZ OROPEZA, Miguel (2009): *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional* (México D.F, Editorial Porrúa).
- GROPPI, Tania (2008): *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional Italiana* (México D. F, Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- GUERRA, José Guillermo (1929): *La Constitución de 1925* (Santiago, Balcells & Co.).
- GUZMÁN DINATOR, Jorge (1964) *Nueva Sociedad Vieja Constitución* (Santiago, Editorial Orbe).
- HUNEUS Z. Jorge (1890): *La Constitución ante el Congreso* (Santiago, Imprenta Cervantes) Tomo II.
- KELSEN, Hans (1995): *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid, Tecnos).
- LANDA ARROYO, César (2007): *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (Lima, Palestra Editores).
- MELÉNDEZ ÁVILA, Felipe (2017): *El control preventivo en la Constitución actual: el temor al desborde gubernamental en la función legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica).
- MORALES SARAVIA, Francisco (2014): *El Tribunal Constitucional del Perú: organización y funcionamiento* (Lima, Academia de la Magistratura).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1998-1999): “Derecho a la privacidad y libertad de información”, en *Revista de Derecho Público*, N° 61: pp. 205-210.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2002): “El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia”, en *Gaceta Jurídica*, N° 267: pp. 7-26.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2005a): “Constitucionalización del Derecho Civil: la protección sobre las cosas incorporales”, en AA.VV., *Obra conmemorativa de 150 años del Código Civil* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) pp. 517-531.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2005b): “El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005”, en *Revista de Derecho Público*, N° 68: p. 11 y ss.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2008a): “Notas Sobre principios de Derecho Constitucional Tributario”, en *Revista de Derecho Público*, N° 70: pp. 77-87.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2008b): *La justicia constitucional chilena, después de la reforma de 2005*, en Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, (México D.F, Ed. Porrúa) Tomo III, pp. 327-349.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2009a): “El papel del Tribunal Constitucional chileno en contextos de justicia transicional”, en Jessica ALMQVIST y Carlos ESPOSITO (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica* (Madrid, CEPC), p. 141 y ss.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2009b): “La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt”, en *Manuel Montt. Educador, legislador, gobernante y magistrado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I, p. 427 y ss.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2010a): “Bases constitucionales del principio de transparencia”, en *Revista de Derecho Público*, N° 73: pp. 45-58.

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2010b): “Notas sobre requerimiento de inaplicabilidad de jueces”, en *RDUC*, vol. 2010.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2010c): “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena”, en AA.VV. *Nullum crimen, nulla poena sine lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos* (Santiago, Ed. Universidad Finis Terrae) pp. 241-265.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2010d): *Evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile*. Libro homenaje a Bernardino Bravo L., (Santiago, Revista de Historia del Derecho) Tomo II, pp. 1231-1255.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011a): “Debido Proceso y Jurisprudencia del TC”, en *Litigación Pública* (Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011b): “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional) N° 43.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011c): *Acción indemnizatoria por error judicial*, en Libro Homenaje a Francisco Cumplido (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011d): *Notas sobre inconstitucionalidad de las leyes en Chile*, en Libro Homenaje a Luz Bulnes A. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012): “La igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, N° 26: pp. 63-95.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013): “Autos Acordados y control constitucional”, en Humberto NOGUEIRA (Coord.), *Libro Reflexiones acerca del TC y sus competencias a 8 años de la reforma de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 143-166.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2017): “El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional”, en *Sentencias destacadas L&D*: p. 73 y ss.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI* (Santiago Lexis Nexis)
- OSUNA PATIÑO, Néstor (2016): *Panorama de la justicia constitucional colombiana*, (México D.F, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM).
- PARDO FALCÓN, Javier (1990): *El Consejo Constitucional Francés* (Madrid, CEC).
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos(2006): *Teoría Constitucional* (2ª ed., Santiago, Lexis Nexis).
- PIZZORUSSO, Alessandro (2005): *Justicia, Constitución y Pluralismo* (Lima, Palestra Editores).
- QUINCHE, Manuel Fernando (2014): *El Control de Constitucionalidad* (2ª ed., Bogotá, Temis).
- ROUSSEAU, Dominique (2002): *La justicia constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- SCHWABE, Jurgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (México D.F, Ed. Konrad Adenauer).

- SILVA CIMMA, Enrique (2008): "El Tribunal Constitucional 1971-1973", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional) N° 38.
- STERN, Klaus (2009): *Jurisdicción Constitucional y Legislador* (Madrid, Ed. Dykinson).
- YOUNES MORENO, Diego (2016): *Derecho Constitucional Colombiano* (14ª ed., Bogotá, Legis).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid, Editorial Trotta S.A.)
- ZAPATA L., Patricio (2008): *Justicia Constitucional, Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica).

EL ORDEN PÚBLICO LABORAL
Y SU CONFIGURACIÓN
EN CLAVE UNILATERAL O BILATERAL
EN MATERIA DE LA POTESTAD
DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR.
UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA
AL ESTADO DEL DEBATE
EN EL DERECHO CHILENO*

THE LABOR PUBLIC ORDER
AND ITS CONFIGURATION
IN A UNILATERAL OR BILATERAL KEY
IN RESPECT OF EMPLOYER DISCIPLINARY
POWERS.
A CRITICAL APPROACH TO THE STATE
OF DEBATE IN CHILEAN LAW

*Emilio José Bécar Labraña***

RESUMEN: El presente trabajo tiene como propósito discutir la composición interna de las normas de Derecho del Trabajo y, en particular, si ellas constituyen normas de orden público de carácter unilateral, en cuanto protector sólo del trabajador o, por el contrario, tienen una configuración de carácter bilateral, aplicable a ambas partes. Esta discusión se hace pertinente para determinar si las normas de carácter laboral son indisponibles solo para aquellas normas

* El presente manuscrito corresponde a un trabajo presentado y expuesto ante el “Curso de Fundamentos del Análisis y Teoría del Derecho”, dictado en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca por el Prof. Dr. Rodrigo Palomo Vélez.

** Abogado, candidato a Doctor en Derecho (Universidad de Talca). Licenciado en Derecho (Universidad Católica de la Santísima Concepción). Académico del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Católica del Norte (sede Coquimbo). Becario CONICYT Doctorado Nacional 2017 (Folio 21171050) del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca. Dirección Postal: Campus Guayacán, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, Larrondo 1281, Coquimbo, Chile. Correo electrónico: emilio_becar@hotmail.com

en que se estiman corresponder a derechos para los trabajadores, o si es que también existe un conjunto de normas que imponen derechos o facultades para el empleador y que ninguna de las partes puede disponer libremente.

PALABRAS CLAVE: Orden público - Terminación de contrato - Derechos irrenunciables - Trabajador - Empleador.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to discuss the internal composition of Labor Law regulations and, in particular, if they constitute unilateral public order rules, as protective only of the worker or, on the contrary, has a character configuration. Bilateral, applicable to both parties. This discussion is relevant to determine whether labor standards are unavailable only for those standards in which they are considered to correspond to rights for workers, or if there is also a set of rules that impose rights or powers for the employer and that neither party can freely dispose.

KEYWORDS: Public order - Termination of contract - Inalienable rights - Employee - Employer.

I. INTRODUCCIÓN

Toda disciplina jurídica, en sus más diversas variantes, reconoce que ella se compone de un conjunto de “teorías”¹, “normas”² y “principios jurídicos”³, con los cuales regula a su objeto de estudio⁴. Y en el caso del Derecho del Trabajo, no se trata de una situación diferente, debido a que mediante ella se reglamentan los derechos y obligaciones a los cuales se encuentran sujetos los trabajadores y los empleadores, derivados de los contratos individuales que celebren, o los instrumentos colectivos que suscriban, y de sus respectivas modificaciones, tanto aquellas generadas en virtud de un pacto expreso o en virtud de la ejecución fáctica de la relación laboral, en algún determinado sentido.

Ahora bien, una particularidad histórica respecto del contrato individual, es que su origen se encuentra en un contrato civil de prestación de

¹ HUMERES (2011), p. 15.

² *Ibid.*; MARTÍN *et al.* (1997), p. 47.

³ DE DIEGO (2009), p. 61.

⁴ Entre los autores que solamente enuncian un conjunto de definiciones, sin pronunciamiento por una propia, encontramos a LANATA (2009), pp. 4-6. Por otro lado, brindan definiciones que se enfocan más bien en el objeto de estudio, en vez del contenido normativo: THAYER y NOVOA (2007), p. 31; WALKER (1989), p. 78.

servicios materiales o inmateriales, bajo un vínculo de subordinación y dependencia. Siendo así, emanaba de un contrato regido, en principio, por el Derecho Privado, el cual se encuentra entrecruzado, en su arista de Derecho Patrimonial, por el *principio de autonomía de la voluntad*.

Sin embargo, una de las circunstancias por las cuales se acrecentó la asimetría jurídica entre las partes contratantes, era por el hecho de que una de ellas, el empleador como parte económicamente poderosa o sofisticada, procedía a fijar por sí solo el contenido del contrato, quedando el trabajador solo en la posibilidad de aceptar o rechazar la contratación. Esto determinaba con facilidad que el trabajador quedara en un pie contractual muy desigual para sus pretensiones, y la aceptación a contratar marcaba la imposibilidad de alterar su contenido en forma unilateral, o desconocerlo, en virtud del principio de fuerza obligatoria del contrato.

Lo anterior, motiva al legislador a dictar leyes especiales, tendientes a proteger, desde un punto de vista jurídico, económico y social al trabajador, dictándose normas que no serían susceptibles de admitir modificación por las partes. Prontamente, el contrato individual de trabajo, que era concebido por la doctrina clásica civilista, como un contrato de libre discusión regido por el *Código Civil* o el *Código de Comercio* en su caso, pasaba a adquirir la categoría de “contrato dirigido”, en el cual el Poder Legislativo disponía de las condiciones contractuales, sin margen para que las partes procediesen a su alteración.

La imposibilidad que tenían las partes para modificar el contenido del contrato individual de trabajo, bajo el estándar del principio de autonomía de la voluntad, quedó clausurada, configurándose las normas laborales bajo la calificación de ser tenidas como “normas de orden público”.

Aceptada la circunstancia de ser el Derecho del Trabajo construido sobre normas de orden público, la pregunta que surgirá tiene relación con la parte que resulta protegida en virtud de esta calificación. Siendo así, ¿tendremos que concluir que las normas laborales son de orden público para ambas partes, o solo para una de ellas, en definitiva, el trabajador?

A fin de comprender el propósito del presente problema, y su importancia, plantaremos el siguiente caso. ¿Podría pretender el empleador renunciar a la facultad de despedir a un trabajador, procediendo a dar término al contrato individual, en el entendido que se cumplen con los supuestos de hecho previstos por la ley para que se dé término al contrato? ¿Podría entenderse que, en virtud de un reglamento interno, al disponer sanciones y amonestaciones por infracciones que pudieren ser constitutivas de causal legal de término del contrato de trabajo, el empleador se habría inhibido unilateralmente y renunciado a su facultad de despido?

La hipótesis que trataremos de mostrar es que el ordenamiento jurídico chileno concibe la presencia de un orden público aplicable tanto al empleador como al trabajador, y que especialmente se desenvuelve en el

régimen de terminación del contrato de trabajo, y que se manifiesta en la imposibilidad que tienen las partes para alterar el contenido de las normas legales relativas a la terminación del contrato de trabajo. Lo anterior, porque el concebir que el régimen jurídico laboral sea indisponible solo a favor del trabajador significaría alterar gravemente la potestad de mando que tiene el empleador al interior de la empresa.

Asimismo, significaría admitir la conservación al interior de la empresa de trabajadores que provoquen riesgos de daño tanto para el empleador como para los demás trabajadores e, incluso, frente a terceros. Y, en última instancia,, por el hecho de que el régimen jurídico previsto por la legislación chilena no refiere en ninguna parte que los derechos previstos por las leyes y normas jurídicas laborales sean irrenunciables solo para el trabajador.

A continuación se analizará y discutirá críticamente el significado asignado a las leyes laborales como “normas de orden público”, a la luz de la doctrina y jurisprudencia chilena y comparada, precisando si este atributo tiene un carácter unilateral, es decir, aplicable solo al trabajador, o si se concibe como un régimen de orden público, tanto para el trabajador como para el empleador.

Los objetivos específicos consisten, en primer término, en analizar el concepto de “orden público” y de “leyes de orden público”. En segundo lugar, describiremos el sentido que tienen estas expresiones ante el Derecho chileno del Trabajo. En tercer lugar, revisaremos la situación especial del régimen jurídico de terminación del contrato de trabajo en el Derecho chileno. Para finalizar, se propondrán algunas soluciones tendientes a calificar las leyes laborales en el sentido de ser normas de orden público unilateral o bilateral.

En cuanto a la metodología de investigación empleada será la propia de las ciencias jurídicas. Es así que se procederá a recopilar el material bibliográfico existente en el Derecho Laboral chileno que expresa el carácter de la norma laboral como una de orden público, su significado y consecuencias generales y, en especial, su aplicación en el régimen de terminación del contrato de trabajo. Este material será confrontado con la jurisprudencia laboral que se ha pronunciado en torno a este atributo, y su aplicación en materia de terminación del contrato de trabajo.

Efectuada esta recopilación, se realizará un estudio, análisis crítico y sistematización que permita alcanzar los objetivos propuestos; en especial, qué aportes y contribución tendría la calificación del orden público en el carácter de unilateral o bilateral en la aplicación de la terminación del contrato de trabajo.

La contribución que pudiera tener esta descripción es relevante, toda vez que no suele hacerse una mayor profundización respecto de la conformación del Derecho del Trabajo como un estatuto de orden público y, aceptado que sea ello, existe una evidente mirada prejuiciosa a calificarla

como un régimen estrictamente protector de los derechos del trabajador en exclusiva. Se trata de aquellos conceptos en los cuales la doctrina coincide en que existe, más sin animarse a profundizar en cuanto a su contenido y significado.

Este análisis se engloba dentro de la pregunta genérica sobre *qué es lo protegido por el Derecho del Trabajo, y cómo ello resulta protegido*⁵. En cuanto a lo primero, si se trata de un estatuto jurídico diseñado exclusivamente para proteger los derechos del trabajador, o si de igual forma considera dentro de su evaluación la posición jurídica del empleador. La respuesta se encuentra sujeta a una serie de discusiones en la doctrina, basadas en fundamentos tanto institucionales como ideológicos. Y en cuanto a la manera cómo debe protegerse aquello que se ha venido en identificar como el aspecto tutelado, se tratará de discutir los medios factibles para asegurar esa protección.

Esta perspectiva apunta a concebir el Derecho del Trabajo como un régimen transaccional de los intereses de ambas partes, tanto empleador como trabajador, de modo que su tarea es brindar las claves suficientes para satisfacer los intereses de ambas partes, no obstante que el mayor énfasis se sitúa en la posición jurídica y económica del trabajador. Y, en lo que respecta a cómo se protege este valor, se sostiene que uno de esos medios es la consagración e interpretación de normas y principios que sean capaces de ser inmodificables en su contenido mínimo tanto para el trabajador como para el empleador.

II. EL ORDEN PÚBLICO

Y DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO EN GENERAL

1. *El orden público*

1.1. Concepto

La noción “orden público” deriva principalmente de la obra de Savigny⁶. Sin embargo, ya se trata de un concepto que la doctrina previa utilizaba. Es el caso de Jean-Etienne-Marie Portalis, quien describe al orden público, diciendo que “es todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares”⁷.

Los autores destacan que la noción de orden público tiene una identificación difícil⁸, debido a que, si bien es utilizada con frecuencia por la

⁵ Una exposición general sobre estas interrogantes, en PALOMO (2014).

⁶ Este origen dogmático es destacado por ENNECCERUS (1947), p. 277.

⁷ Conforme es citado por PESCIO (1962), pp. 307-308.

⁸ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257; PESCIO (1962), p. 307.

legislación, se advierte una desconexión entre la noción vulgar que le corresponde, y que consistía de una “situación de tranquilidad y paz exterior” o

“la disciplina callejera o meramente policial de sosiego o tranquilidad del vecindario que se altera al infringir reglamentos municipales, ordenanzas de policía local, etc.”⁹.

Esta noción vulgar difiere de aquella que apunta como indiciaria de su “función limitadora” del principio de autonomía de la voluntad.¹⁰

Se ha hablado de orden público como consistente “del arreglo de las personas y cosas dentro de la sociedad”¹¹. Dicho de esta manera, se suele definir al orden público como “cuestiones de alta trascendencia estatal o social”, concepto que los autores se han encargado de destacar que se trata de una “indeterminada”¹².

De forma más completa, aunque con reconocimiento de tratarse de una idea “inevitablemente vaga”, se define al orden público como “el conjunto de reglas esenciales para el mantenimiento de la sociedad”¹³.

Sin embargo, estas nociones parecen abandonarse, ya que, incluso, se califica al orden público como sinónimo del “espíritu general de la legislación” (art. 24 del CCCh.) y de los “principios generales que resultan de la moderna legislación económica”¹⁴.

⁹ PESCIO (1962), p. 307.

¹⁰ En este sentido: DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257.

¹¹ Esta definición se encuentra citada en DUCCI (2007), p. 27, aunque sin señalamiento de su autoría.

¹² ENNECCERUS (1947), p. 277, n. 2.

¹³ DUCCI (2007), p. 60. La definición se encontraría fuertemente inspirada en Baudry-Lacantinerie, según puede observarse en la cita que de ella hace el profesor Victorio Pescio Vargas. Consúltese PESCIO (1962), p. 308 y n. 194.

¹⁴ DUCCI (2007) p. 27. Esta tendencia puede observarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española. Es así que el Tribunal Supremo de España ha definido al orden público, diciendo que son “principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada”. Es lo manifestado en las sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979, citadas en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258.

Relacionado con lo anterior, el tratadista español Federico de Castro las define, diciendo que son “los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas”, cit. en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258. Y es por esta cercana vinculación que Diez-Picazo y Gullón sostienen que el orden público “no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de aquellos principios en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulneren”, DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258.

También se orienta en este sentido una temprana doctrina italiana, en la cual se advierte que por “principios de orden público” son “los que consagran las máximas del resurgir político y civil de Italia como nación, y por ello son coactivos para todos”. En este sentido: BRUGI (1946), p. 15.

1.2. Funciones

La primera gran función que se ha logrado identificar respecto del orden público, es la de *marcar los horizontes hasta los cuales se extiende el principio de autonomía de la voluntad, y del ejercicio de algunos derechos fundamentales*, en virtud de una categoría que la doctrina distingue claramente respecto de aquellas limitaciones impuestas por la ley¹⁵.

Otro rol que ha sido identificado al orden público consiste de servir como *fundamento de las normas prohibitivas e imperativas*.

Es así que diversos autores han sostenido que estas clases de leyes

“mandan o prohíben y obedecen a motivos de orden público, a la mantención del ordenamiento de la organización social o la necesidad de proteger a ciertas personas que se encuentran en situaciones de inferioridad por razones de sexo, edad o situación”¹⁶.

La lógica que parece identificarse en estas argumentaciones, es que las leyes adquieren el carácter de imperativa o prohibitiva por el hecho que ellas defienden el orden público, es decir, que a través de estas leyes se puede defender el normal funcionamiento de las instituciones jurídicas y sociales¹⁷.

Pero también se ha hablado de que *el orden público puede cumplir incluso una suerte de función supletoria de la voluntad de las partes*¹⁸.

Finalmente, el orden público constituye una limitación importante a la aplicación y ejecución de la ley y sentencias judiciales dictadas en el

¹⁵ Esta circunstancia queda de manifiesto al advertirse sistemáticamente la división de las limitaciones entre aquellas originadas por la ley, respecto de aquellas que emanan del orden público, DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 255; DUCCI (2007), p. 27; SANTOS (2003), p. 16. Sin embargo, a la hora de caracterizar al orden público como elemento limitante, vemos algunas discrepancias entre los autores, ya que algunos fusionan la causal, hablando de “orden público y las buenas costumbres”, como si se tratara de una limitación de carácter compuesto, DUCCI (2007), p. 27, respecto de otros que distinguen con claridad las limitantes indicadas, DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 255.

¹⁶ DUCCI (2007), p. 53.

¹⁷ En todo caso, se ha prevenido por algunos autores que este fundamento no es del todo efectivo. Para el Derecho español, se ha destacado por Diez-Picazo y Gullón que existen ciertas normas que no han sido gramaticalmente pronunciadas en el carácter de imperativas, pero que sin duda son de orden público (patria potestad), y asimismo existen normas que siendo imperativas, no son de orden público, en el entendido que su instauración “afecte al orden público” (CCEsp., art. 1608), DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257; aunque en BRUGI (1946), p. 15 se cita como norma fundamentada en el orden público “la redimibilidad de todas las prestaciones perpetuas”. Es por ello que sostienen, citando a Ferri, que el orden público importa un elemento que tiene procedencia “en el campo que las normas imperativas dejan libre, como criterios residuales de valoración que encuentran aplicación solamente si faltan aquéllas”, DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257.

¹⁸ BRUGI (1946), p. 15: “allí donde los artículos del Código no sancionan, en cambio, tales principios, su oficio es puramente el de ser aplicables en defecto de contraria voluntad de los particulares”.

extranjero, conforme a las pautas que brinda el Derecho Internacional Privado¹⁹.

2. *Las leyes de orden público*

Nuevamente suelen encontrarse algunas dificultades conceptuales a la hora de brindar una característica a las leyes de orden público, que permita diferenciarla respecto de otras clases de nociones.

Así, se ha dicho que una forma posible de caracterizar al orden público, se encuentra en que comprende “todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares”²⁰. Otros autores hablan, en términos más generales, que las leyes de orden público son aquellas reglas “indispensables para el buen funcionamiento de las instituciones necesarias de la sociedad” (Weill y Terré)²¹.

Del mismo modo, citando a Planiol, se dice que

“una ley de derecho privado es de orden público si está inspirada en una consideración de interés general, que se encontraría comprometida si los particulares pudieran impedir su aplicación”²².

3. *El carácter unilateral o bilateral del orden público*

Una distinción que conviene trabajar, ya que ella forma parte del objeto esencial del presente estudio, se refiere a la manera en que se concibe a las normas laborales como leyes de orden público, y si este orden público comprende tanto la posición del trabajador y del empleador, o solo al primero.

Siendo así, resulta indispensable clasificar las normas de orden público como, unilaterales o bilaterales.

3.1. Orden público unilateral

Las normas de orden público se conciben como unilaterales cuando protegen solo el interés de una de las partes presentes en la relación jurídica regida por la respectiva disciplina.

Esta clase de normas las podemos identificar expresamente en ciertos estatutos previstos por la ley, en los cuales se refiere que los derechos consagrados en ellos son irrenunciables de manera anticipada para la parte que señala.

¹⁹ BRUGI (1946), p. 150.

²⁰ DUCCI (2007), pp. 60-61.

²¹ La definición de estos autores se encuentra citada en LACRUZ (2006), p. 114.

²² DUCCI (2007), p. 61; para una referencia a las nociones seguidas en la doctrina francesa, puede consultarse PESCIO (1962), p. 308.

Por ejemplo, es lo que ocurre con la ley N° 18.101, en materia de arrendamiento de bienes raíces urbanos, en el cual se declara que los derechos previstos por esa ley son irrenunciables anticipadamente para el *arrendatario* (art. 19).

Otro tanto se prevé en la ley N° 19.496, sobre Derechos del Consumidor, el cual dispone que los derechos previstos en esa ley son irrenunciables anticipadamente para el *consumidor* (art. 4°).

Como puede observarse, la calificación de norma de orden público en esas leyes queda demostrada por la consagración de una norma legal que con *clairad* impide a una de las partes, que en concreto viene en indicar, la posibilidad de renunciar.

Se debe observar que lo proscrito es la renuncia “anticipada”, lo cual se entiende como una referencia temporal que impide a la parte desligarse del estatuto jurídico que la rige durante la fase de formación del contrato, y mientras este contrato permanezca vigente. Por tanto, la irrenunciabilidad no es temporalmente absoluta; podrá tener lugar una vez que el contrato se hubiere extinguido, o con ocasión de su extinción.

Las referencias normativas nos llevan a responder que, frente a la situación en que se encuentra la contraparte en cada uno de esos estatutos, arrendador y proveedor, respectivamente, ellos sí pueden renunciar con anticipación a los derechos que le hayan sido señalados en virtud de esas leyes.

3.2. Orden público bilateral

Por el contrario, las normas de orden público son bilaterales cuando ambas partes en una determinada relación jurídica, quedan imposibilitadas para renunciar anticipadamente a los derechos previstos por una determinada ley o cuerpo de leyes.

Creemos que esta forma de orden público constituye la regla general. En primer lugar, la clausura que hace la ley a estratos en los cuales se permite el juego del principio de autonomía de la voluntad debe ser interpretada de manera estricta, limitada solo a los casos respecto de los cuales haya sido pronunciado. Por otro lado, la ley se ha encargado expresamente de mencionar cuándo un determinado estatuto jurídico no puede ser renunciado solo por alguna de las partes, no por ambas.

III. LAS LEYES LABORALES CONCEBIDAS COMO “NORMAS DE ORDEN PÚBLICO”

1. Premisa

Existe un consenso unánime en la doctrina en cuanto a que el Derecho del Trabajo tendría la naturaleza propia de orden público.

Es así que de la propia doctrina civilista, a partir del esquema propuesto por los tratadistas franceses Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcarde, seguido en nuestro sistema por los profesores Pescio²³ y Ducci²⁴, logra concluirse que son leyes laborales que constituyen normas de orden público relativas: a la organización económica, a la protección de las personas estimadas en condición de debilidad económica y a la situación del asalariado²⁵.

En lo que respecta a la doctrina laboral, existe un consenso unánime en cuanto a la calificación del Derecho del Trabajo como de orden público.

En cuanto al fundamento de esta calificación, la profundidad de estas explicaciones es un tanto disímil. En los tratados, preparados por los profesores Alfredo Gaete Berríos²⁶ y, recientemente, Héctor Humeres Noguera²⁷, en el entendido que estas normas vienen en consagrar “derechos irrenunciables”, sin explicar a favor de quién ha sido dispuesta esta irrenunciabilidad.

Con un detalle de carácter intermedio, los profesores William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, destacaban que el Derecho del Trabajo es de orden público porque

“busca impedir abusos derivados del desnivel de poder socioeconómico entre el trabajador aislado y su empleador; o de las pugnas y conflictos entre el trabajo coligado o asociado, las empresas o actividades comprometidas y los intereses superiores de la comunidad”²⁸.

2. Consagración normativa

Como hemos señalado en la parte introductoria del presente trabajo, las materias propias del Derecho del Trabajo son descritas como normas de orden público. Nos concentraremos en el caso del Derecho chileno, y especialmente en la norma a partir de la cual se identifica el mencionado atributo.

Desde un punto de vista normativo, el fundamento normativo de ser el Derecho del Trabajo un estatuto de orden público se encuentra en el art. 5° inc. 2° del *Código del Trabajo*, el cual dispone: “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

²³ PESCIO (1962), pp. 309-311.

²⁴ DUCCI (2007), p. 61.

²⁵ En general, forman parte de las leyes de orden público relativas a la organización económica, aquellas que protegen los derechos de terceros, de los deudores y de ciertos contratantes y personas que la ley estima se encuentran en inferioridad de condiciones, DUCCI (2007, p. 61; PESCIO (1962), p. 309. Igualmente, y en cuanto organizan la propiedad raíz y el crédito territorial, DUCCI (2007), p. 61; con mayor profundidad, puede consultarse PESCIO (1962), pp. 309-310.

²⁶ GAETE Y FIGUEROA (1949), p. 11.

²⁷ HUMERES (2011), p. 16.

²⁸ THAYER Y NOVOA (2007), p. 34.

Como se apreciará, la disposición legal se encarga de expresar que las normas previstas por la legislación laboral no pueden ser renunciadas mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo.

Esta afirmación quiere significar que las partes carecen de la facultad para renunciar, ya sea de forma unilateral o previo acuerdo de voluntades, a alguno de los derechos previstos por las leyes laborales. Esta disposición genera como consecuencia inmediata que no se cumpla con el presupuesto dispuesto en el art. 12 del CCCh., en el sentido de que no puede renunciarse a un derecho cuya renuncia haya sido expresamente prohibida por la ley. Asimismo, servirá para establecer que cualquier clase de renuncia que pretendiese pactarse o estipularse en esta línea de tiempo de vigencia del contrato de trabajo, adolece de un vicio de nulidad absoluta, en razón de su objeto ilícito. El fundamento de esto se encuentra en que la norma ha sido concebida en calidad de prohibitiva y la ley no ha previsto una sanción distinta de la nulidad para el caso de su contravención (arts. 12, 1466 y 1682 inc. 2º del CCCh.).

Igualmente, se prevé que los derechos que tienen la calidad de irrenunciables son los que se encuentran establecidos por las leyes laborales, “no a los que emanan de la voluntad de las partes en virtud de contratos individuales o colectivos”²⁹.

Siendo así, las leyes laborales han venido en consagrar ciertos mínimos obligatorios, los cuales no podrán ser sobrepasados por las partes, ya sea en virtud de una renuncia unilateral o de un acuerdo de voluntades, de modo que la autonomía de la voluntad de las partes determina que pueden estipular sobre todo el margen superior e, incluso, volver a reducirlo en virtud de un nuevo acuerdo de voluntad de las partes³⁰.

Para finalizar, la norma se ha encargado de consagrar la extensión de tiempo a la cual alcanza esta prohibición. No pueden renunciarse los derechos previstos por las leyes laborales mientras subsista el contrato de trabajo.

Lo anterior quiere significar que mientras el contrato de trabajo exista, los derechos previstos no podrán ser renunciados. Solo una vez que el contrato sea terminado en virtud de una causal legal, es que las partes podrán renunciar a los derechos previstos por la ley³¹.

²⁹ THAYER (2015), p. 55.

³⁰ De este modo, si las partes han pactado una remuneración que sea superior al ingreso mínimo legal, y tiempo después las partes reducen ese monto pactado convencionalmente, entonces ninguna infracción existe de la disposición legal. Es la conclusión que plantea THAYER (2015), p. 55. Vemos en el ejemplo que la remuneración típica fijada en un monto superior al legal no se trataría de un derecho previsto por la ley laboral, sino que se trata de un derecho previsto por el contrato.

³¹ En este sentido: HUMERES (2011), p. 101. Siendo así, “en el finiquito que se extiende como consecuencia de haber terminado, las partes son soberanas para llegar al acuerdo que estimen adecuado, sin hallarse limitadas por la irrenunciabilidad de las leyes laborales”, THAYER (2015), p. 55.

3. La discusión de la unilateralidad o bilateralidad del orden público laboral

3.1. Planteamiento

Explicada la norma a partir de la cual se extrae la característica de orden público de la legislación laboral, nos corresponde plantear si este tiene el carácter de unilateral o bilateral.

La premisa bajo la cual funciona formalmente el art. 5° inc. 2° del *Código del Trabajo*, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros estatutos jurídicos de naturaleza protectora, no ha limitado el carácter irrenunciable de sus derechos a una de las partes. En ningún lugar ha declarado que sus derechos sean irrenunciables anticipadamente sólo para el trabajador.

Por tanto, desde un punto de vista formal, quiere significar que los derechos previstos por las leyes laborales son irrenunciables tanto para el empleador como para el trabajador. Es decir, que *el orden público que preliminarmente puede colegirse de esta disposición, sería la forma propia del orden público bilateral*.

Descrito lo anterior, solo nos resta advertir que las alternativas que pudieren generarse en esta materia son dos.

La primera posibilidad, es concebir al Derecho del Trabajo como un estatuto de *orden público unilateral desde la perspectiva del trabajador*. Siendo así, significa que las leyes laborales se hacen irrenunciables solo para el trabajador, de modo que este no podrá renunciar a los derechos y facultades declarados como mínimos y obligatorios por la legislación laboral, siéndole posible disponer en todo aquello que sobrepase este mínimo. De este modo, la legislación laboral no sería de orden público para el empleador, quien sí podría disponer libremente respecto de los derechos, facultades y prerrogativas previstas por el *Código del Trabajo* y las leyes especiales. Este esquema funciona obedeciendo a la lógica inmediata que arroja el Derecho del Trabajo, cual es la protección de los intereses del trabajador.

La segunda alternativa consiste de considerar los derechos previstos por las leyes laborales como *normas de orden público bilateral*. Esto significa que los derechos, facultades y prerrogativas establecidas por dichas normas contienen mínimos que son indisponibles tanto para el empleador como para el trabajador.

En rigor, esta clase de posiciones permiten concluir que para ellos no existe una debida claridad sobre si el régimen jurídico laboral es de orden público en forma unilateral o bilateral.

3.2. La posición de los autores

La explicación del carácter unilateral o bilateral del orden público laboral, a diferencia de la postulación de la propia disciplina en el carácter de orden público, sí es disímil.

En un primer nivel, podemos encontrar aquellos autores que solo se han preocupado de afirmar este atributo, y traducirlo en clave de irrenunciabilidad general de derechos, como hemos descrito que es el sistema de las obras de Gaete y Humeres.

Por tanto, el estudio del carácter unilateral o bilateral del carácter de orden público laboral, es objeto de un tratamiento más bien escaso. Por ello, se efectuará un tratamiento individualizado de quienes sí se han preocupado de la cuestión.

En este sentido, el profesor William Thayer Arteaga es quien postula el carácter unilateral de las leyes laborales, a propósito de una crítica que formula a una sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, la cual decía que los derechos que confieren las leyes laborales eran también irrenunciables para el empleador. Sostiene el autor:

“Esto no es así. Hay normas de orden público que no pueden ser renunciadas por nadie, porque están establecidas para bien de la sociedad y el Código del Trabajo muchas veces las contempla. Ordinariamente tienen que ver con asuntos de seguridad pública, respeto de la moral familiar, prevención de accidentes del trabajo u otras de seguridad social. Pero si el empleador no pudiese renunciar al derecho de pagar un ingreso mínimo al trabajador y convenir con él una suma superior, entraríamos en un mundo de iniquidad, dictadura y caos administrativo que no es necesario describir para comprender su absurdo”³².

Como se apreciará y, aunque no haga referencia expresa al concepto, vemos que el profesor Thayer descarta que el régimen jurídico laboral sea generalmente un sistema de orden público bilateral, sino que se trataría de un esquema de orden público unilateral, a favor del trabajador. Añade que proclamar, en términos generales, el orden público en carácter de bilateral significaría una serie de inconvenientes y graves perjuicios, que tienen como antecedente mínimo la imposibilidad para modificar las remuneraciones, imponiendo un monto superior al ingreso mínimo legal.

En nuestro concepto, el autor que trata con mayor profundidad la característica de orden público en materia laboral en Chile, es el profesor Sergio Gamonal; en especial, destacando las razones por las cuales el estatuto de orden público reconocido por el art. 5° inc. 2° del *Código del Trabajo* es unilateral a favor del trabajador.

El autor coincide en el diagnóstico expresado por los profesores Thayer y Novoa, en cuanto a que el carácter de orden público responde a la necesidad de evitar los abusos derivados de la disparidad socioeconómica entre el empleador y el trabajador³³. Y en cuanto al carácter del régimen de

³² THAYER (2015), p. 55.

³³ GAMONAL (1998), p. 107.

orden público, sostiene que se trata de la arista unilateral, en el entendido de que las normas laborales suponen suprimir las derogaciones de derechos y facultades en perjuicio del trabajador, es decir, en el entendido que por medio de las disposiciones previstas en los contratos laborales se pueden incrementar los mínimos previstos por las leyes, pero no reducir el mínimo previsto en ellas³⁴.

En suma, en los autores que se han expuesto junto con sus razonamientos, existe un piso común en calificar que, por lo menos como regla general, el Derecho del Trabajo queda caracterizado como *un régimen de orden público en su variante unilateral, en cuanto favorable al trabajador*³⁵.

Pero vemos que la advertencia que desde un comienzo efectúan los autores, es que el carácter de orden público unilateral se acepta como una “regla general”, de modo que se aceptan algunas excepciones que, por lo general, son enunciadas de una forma muy escueta y poco específica. No hacen señalamiento del estatuto jurídico aplicable al término del contrato de trabajo.

IV. LA SITUACIÓN ESPECIAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tal vez donde mayor importancia cobra la calificación del Derecho del Trabajo como norma de orden público unilateral o bilateral, se encuentra en materia de terminación del contrato del trabajo y, específicamente, en materia de “despido disciplinario”.

En el desarrollo del presente apartado, se describirá el régimen normativo asignado a la terminación del contrato, su carácter asignado por la doctrina y la jurisprudencia, y algunas apreciaciones críticas.

1. Carácter general de las normas sobre terminación del contrato de trabajo y el especial caso del despido disciplinario

El legislador ha brindado un tratamiento particular a la terminación del contrato de trabajo, encargándose de indicar expresamente cuáles son las causales que autorizan para finalizar la relación jurídica laboral, cuáles son los requisitos de existencia, validez y de publicidad que deberán ser cumplidos, y los efectos emanados de la terminación, ya sea concluyendo con los derechos y obligaciones que derivan del contrato, e incluso autorizando ciertos efectos de naturaleza poscontractual.

³⁴ GAMONAL (1998), pp. 109-110.

³⁵ Esta perspectiva parece replicarse en el Derecho Comparado. Así, en el caso del Derecho Español, puede consultarse RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (2003), pp. 107-126.

Este sistema se organiza de forma tal, que el principio de autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente restringido. Las normas que autorizan una libre discusión por las partes se encuentran señaladas de manera explícita, en cuanto a las condiciones en que pueden ser pactadas, y sus efectos.

La principal justificación tenida a la vista para este sistema, se encuentra en la consideración a un principio, que consiste de la “estabilidad laboral”. Su propósito es que el trabajador, debe prestar sus servicios en condiciones tales, que no pueda sufrir alteraciones, desde un punto de vista material y temporal.

Desde el punto de vista del empleador, el principio de estabilidad del empleo funciona de forma tal que este se encuentra impedido de decidir la conclusión del contrato en cualquier momento, y sin expresión de causa. El *Código del Trabajo* le exige invocar una causal, incluso si se trata de aquellas que podría invocar de forma unilateral, sin necesidad de convenir el término del contrato con el trabajador; le exige el cumplimiento de ciertas diligencias de publicidad tanto respecto del trabajador como de la autoridad administrativa fiscalizadora; y le exige el cumplimiento de las prestaciones de naturaleza laboral y de seguridad social que estuvieren pendientes.

Desde el punto de vista del trabajador, el principio de estabilidad se impone de forma tal que, si bien se encuentra facultado para renunciar, concluyendo por su expresión de voluntad el contrato, de todos modos debe él mismo dar cumplimiento a ciertas formalidades por vías de publicidad.

Pero debe notarse que no se trata de una estabilidad absoluta, en el sentido que el trabajador no pueda ser despedido³⁶. Podrá serlo, cumpliéndose con los estándares previstos por la legislación laboral y de seguridad social.

2. La discusión doctrinaria y jurisprudencial

Planteadas estas observaciones iniciales sobre el estatuto jurídico de terminación del contrato de trabajo, procederemos a determinar su calificación jurídica como normas de orden público y, dentro de esta calificación, si obedecen a una estructura unilateral o bilateral.

A título preliminar, debemos destacar que el tratamiento ofrecido por la doctrina chilena respecto a esta materia es bastante precario. Son pocos los autores que se preguntan específicamente sobre esta cuestión, fuera de haber anunciado en un inicio en los respectivos tratados y manuales sobre esta disciplina, que el régimen jurídico laboral es de orden público.

³⁶ Una evaluación de las reformas introducidas a la ley laboral en materia de terminación del contrato de trabajo, puede consultarse en HUMERES (2011), pp. 319-320

2.1. Doctrina

A pesar de lo dicho, se ve que existen algunas excepciones. Se aprecia la opinión de algunos autores que sostienen que las partes carecen de la facultad para modificar las causales de despido, y el derecho que asiste a las partes para provocar el despido.

En este sentido se pronuncian los profesores Gamonal y Guidi:

“Las causales de despido disciplinario, a diferencia de casi la totalidad de las normas laborales, no comparte el carácter unilateral del orden público laboral. O sea, se aplican como normas de orden público bilateral, para ambas partes. Por ello, no es posible que el empleador y el trabajador pacten en el contrato, por ejemplo, que el trabajador no podrá ser despedido por las causales del art. 160. Dicha estipulación, en principio, por ser más favorable al trabajador debiera ser plenamente aceptada (carácter unilateral del orden público laboral), pero será una estipulación nula dado que las causales disciplinarias de término no operan como norma mínima, sino más bien responden a la idea de inderogabilidad absoluta o de derecho necesario absoluto”³⁷.

Como se apreciará de esta opinión, se advierte que el régimen jurídico laboral se caracteriza inicialmente por ser de orden público, aunque de carácter unilateral a favor del trabajador, quien no podrá ser privado de los derechos previstos por las leyes laborales, y que en virtud de este carácter unilateral el empleador sí podría disponer con libertad de sus derechos y facultades legales.

Sin embargo, se brinda una calificación especial respecto de las normas relativas a la terminación del contrato de trabajo y, específicamente al “despido disciplinario”, es decir, aquellas causales de terminación del contrato de trabajo vinculadas a incumplimiento del contrato y conductas reñidas con la ética laboral y social. Respecto de esta clase de situaciones, el legislador habría impedido a las partes estipular normas que signifiquen una alteración de su contenido; especialmente en cuanto a sus causales. Y esta imposibilidad opera de forma tal que ni siquiera los principios jurídicos laborales de la regla más favorable, serían capaces de alterar sus conclusiones.

2.2. Jurisprudencia

(a) Jurisprudencia administrativa

La Dirección del Trabajo ha emitido pronunciamiento respecto de la consagración en el reglamento interno de una empresa, de circunstancias que, en concepto de dicho conjunto normativo, constituirían incumplimiento grave de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, sosteniendo que, en rigor, solo pueden ser sancionadas en virtud de las medidas disciplinarias

³⁷ GAMONAL y GUIDI (2010), p. 274.

propias del reglamento, y que por sí solas no ameritarían la terminación del contrato de trabajo.

En este sentido, sostuvo en el dictamen ord. N° 7667/317, dictado con fecha 21 de noviembre de 1995:

“6) En lo que dice relación con la observación formulada al N° 12 letra c) del artículo 23 del Reglamento Interno en relación con el artículo 30, se hace presente que, a juicio de la suscrita, procede que el empleador aplique sanciones, tales como amonestación verbal o escrita o multa al trabajador que no asista regularmente o no apruebe un curso de capacitación en el cual se inscribió, toda vez que el artículo 154 N° 10 del Código del Trabajo establece precisamente que esas son las sanciones aplicables en caso de infracción a las obligaciones que señala el reglamento.

Ahora bien, en lo que respecta a lo establecido en las normas reglamentarias en análisis, en el sentido que el empleador se encontraría facultado para poner término al contrato de trabajo en el evento que el dependiente reprobara un curso de capacitación, cabe señalar que de acuerdo a la reiterada doctrina de este Servicio, el Reglamento Interno puede establecer situaciones que a juicio de la Empresa configuren causales de término del contrato, pero la determinación de si ellas encuadran o no en las causales previstas por la ley, compete, en definitiva, a los Tribunales de Justicia.

Sobre esta materia, cabe hacer presente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del D.F.L. N° 1, de 1989, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que refundió normas sobre el Estatuto de Capacitación y Empleo, el trabajador que se inscribe en un curso de capacitación se encuentra obligado a asistir y continuar en el mismo hasta su término, incurriendo incluso en falta de probidad, para todos los efectos laborales, en el evento que lo abandone, sin mediar causa debidamente justificada.

De lo expuesto anteriormente, posible es sostener que el hecho que el trabajador abandone sin causa justificada el respectivo curso de capacitación se considera una falta de probidad que autoriza a poner término al contrato de trabajo, no previendo, en cambio, la ley dicha sanción para el evento de que el dependiente habiendo asistido regularmente, repruebe dicho curso”.

(b) Jurisprudencia judicial

En la jurisprudencia judicial, vemos que el tratamiento de la cuestión ha sido un tanto confuso, existiendo claras diferencias en la posición que nuestros Tribunales de Justicia han ofrecido a su respecto.

Lo anterior, porque se advierten algunas sentencias en las cuales se ha sostenido que, el incumplimiento de las obligaciones y deberes previstos en el reglamento interno, pueden configurar una causal de incumplimiento que permita terminar el contrato de trabajo.

Es posible identificar una sentencia dictada por la EXCMA. CORTE SUPREMA el año 1988, de acuerdo con lo previsto por el art. 14 N° 5° del decreto ley N.º 2.200, en la cual se resolvió:

“el incumplimiento o infracción por parte del trabajador de una norma prohibitiva y de carácter absoluta establecida en una cláusula del Reglamento Interno de la Empresa, configura un incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato, siendo procedente que el empleador aplique como causal de caducidad del contrato de trabajo, la establecida en el art. 14 N.º 5 del decreto ley N° 2.200”³⁸.

Esta línea fue continuada por nuestro máximo Tribunal, según consta en causa rol de ingreso N.º 5.699, con fecha 23 de abril de 1992, en el sentido de que:

“el reiterado incumplimiento de la norma del reglamento interno de un establecimiento dedicado al giro de supermercado, que impone al trabajador el uso de uniforme, lo que, además, está determinado por normas sobre higiene y seguridad derivadas de la naturaleza de aquellas actividades, constituye grave infracción al contrato de trabajo, por lo que el despido del trabajador, de inmediato y sin derecho a indemnización alguna, es procedente”³⁹.

En lo que respecta a la posibilidad que tienen las partes para modificar de común acuerdo la configuración de la causal de terminación del contrato, la jurisprudencia judicial la ha rechazado, en el entendido que ello vulnera el margen previsto por el art. 5° inc. 2° del *Código del Trabajo*.

En este sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia dictada con fecha 15 de septiembre de 2000, en causa rol de ingreso N° 1.295-2000, C. 4°, resolvió:

que “si bien el artículo 160, N° 7 del Código del Trabajo establece como causal específica de terminación del contrato de trabajo el incumplimiento grave de las obligaciones que el mismo impone a las partes, el acuerdo entre éstas no puede modificar a priori la identidad de la aludida causal, y tampoco es posible calificar en esa misma forma una determinada conducta como configurativa de la misma, puesto que un pacto de esa naturaleza infringe el citado artículo 5° del Código Laboral”⁴⁰.

3. Posición crítica

Habiendo agotado el análisis del orden público laboral, en cuanto a su concepto, manifestación en materia laboral, su carácter unilateral o bilateral en

³⁸ Sentencia citada en NADAL (2003), pp. 262-263.

³⁹ *Op. cit.*, p. 263.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 267.

general, y la situación en la cual se encuentra el régimen de terminación del contrato de trabajo, resta formular algunas apreciaciones críticas.

Como primera observación, se discrepa de la afirmación inicial consistente en que la generalidad de las normas legales laborales sea calificada de orden público unilateral a favor del trabajador, y que el estatuto de despido disciplinario sea de carácter bilateral.

Esta circunstancia debe ser rechazada debido a las fuertes inconsistencias que desde el punto de vista del fundamento normativo de esta calificación, es citado. Por una parte, se sostiene que el orden público unilateral se funda en el art. 5° inc. 2° del *Código del Trabajo*, mientras que el supuesto carácter bilateral de orden público de las normas sobre despido disciplinario, carece en Chile de una norma explícita que la autorice.

Esta ausencia tiene una consecuencia jurídica relevante, dado que se ha anunciado que el fundamento del carácter de orden público de la legislación laboral se encontraría especialmente en la norma legal citada.

En segundo lugar, si centramos nuestra mirada en la sola disposición del artículo 5° inc. 2° del *Código del Trabajo*, vemos que ella, en ninguna forma, limita el carácter de irrenunciabilidad de los derechos solo al trabajador. Este precepto legal señala que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, sin formular distinción alguna en cuanto a la parte beneficiada con esta irrenunciabilidad.

Si se acepta el hecho que el Derecho del Trabajo constituye un estatuto de carácter proteccionista de la parte contractual más débil, se debe destacar que en nuestra legislación sí han sido dispuestas normas de irrenunciabilidad protectoras de la parte contractual más débil que sí explícitamente, vienen en limitar a la parte que resulta beneficiada en virtud de la irrenunciabilidad, como ocurre con los casos del régimen jurídico del arrendatario y del consumidor.

De este modo, si se pretende invocar un supuesto “principio protector” en materia interpretativa que sirva para limitar la vigencia del orden público sólo para el trabajador, reformulando la lectura del art. 5° inc. 2° citado, vemos que ello no sería procedente, precisamente porque en aquellos regímenes para los cuales sí se quiso adoptar una mirada proteccionista de una parte en particular, se lo indicó de forma expresa en sus normas. Ello no ha ocurrido en una norma que es de un sentido literal claro, de modo que no podría pretenderse reconducir, mediante una interpretación basada en un principio jurídico, el cual, con frecuencia, cede frente a casos regidos directamente por una norma legal.

En relación con la misma disposición legal citada, y en el entendido que expresa un beneficio de irrenunciabilidad de los derechos, si en ella se pretendía limitar su margen de aplicación a una sola de las partes, debió mencionarse de forma expresa. Lo anterior, porque las limitaciones y restricciones establecidas por la ley deben ser interpretadas de manera estricta,

y aplicables solo en los cuales hubiere sido mencionado de forma expresa. Dado que la norma no distingue, entonces no es válido que el intérprete pretenda introducir restricciones que no ha concebido formalmente.

Desde un punto de vista más sustancial, pretender que el empleador quede restringido de aplicar la potestad disciplinaria y, por esta vía, pueda despedir a un trabajador que incurrió en una causal de tal, significaría un grave entorpecimiento respecto de su facultad esencial de dirección y control al interior de la empresa.

En efecto, en virtud de esta facultad que se encuentra implícita dentro del elemento de subordinación existente en la relación jurídica laboral, el empleador tiene el gobierno de la empresa, es quien administra los recursos materiales y humanos que serán desplegados en el proceso productivo. Siendo de esta forma, si alguno de estos recursos, como lo sería la contratación y mantenimiento del personal, incurre en conductas que afectan el proceso productivo, corresponde legítimamente que el empleador pueda controlarlo, mediante la institución laboral del despido, invocando la causal legítima que sea pertinente. El pretender privarle de esa potestad significaría que el control de la empresa, y, en particular, desde una perspectiva incluso de exención de toda clase de consecuencia en la subsistencia de la relación laboral, los asuma el trabajador, quedando el empleador privado de todo control.

En el caso concreto de aquellas alegaciones que suponen que el reglamento interno que solo consagra medidas que no significan el despido del trabajador, como la aplicación de amonestación o pago de multas, y que supondrían una limitación de la potestad disciplinaria del empleador, o una renuncia a su derecho de invocar la causal de despido pertinente prevista en el art. 160 del *Código del Trabajo*, conlleva en los hechos a una mirada contradictoria respecto de dicho cuerpo normativo empresarial.

Supondría una mirada contradictoria, porque, en efecto, una de las razones que han sido citadas para que no se invoque el reglamento en contra del trabajador, particularmente en la configuración del despido disciplinario, se encontraría en el hecho de que emanaría de un acto jurídico unilateral, impuesto por el empleador. La anterior ha constituido una de las razones por las cuales en nuestro sistema se ha discutido el consagrar al reglamento interno como una fuente formal del Derecho del Trabajo, y trae como consecuencia que se haga una aplicación discriminatoria de dicho cuerpo normativo; en beneficio para el trabajador, pero no en su perjuicio.

Por último, la proposición consistente de considerarse al empleador como eventualmente renunciante de su potestad disciplinaria por renuncia a la facultad para despedir al trabajador en caso de disponer por vía de reglamento interno solo la imposición de multas en caso de hechos constitutivos de despido disciplinario, crea un peligroso precedente al interior de las empresas. Esto, debido a que serviría a un trabajador que, consciente de la

privación que supuestamente hizo su empleador de su derecho a despedirlo, para incurrir en conductas que supongan un riesgo de daño e, incluso, de daño efectivo, en contra del empleador, de los demás trabajadores, e incluso del propio trabajador, o de terceros a quienes sirve la empresa.

Esta postura supondría una vulneración del aforismo jurídico que explica que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza”. Esta vulneración tendría lugar en el entendido que el trabajador invoque la existencia de una sanción menor para su conducta, y que en los hechos se le pretenda eximir de la posibilidad de ser terminada su relación laboral.

Del mismo modo, supone una vulneración del propio ambiente de estabilidad al interior de la empresa, ya que crearía una falsa señal de que los trabajadores podrían vulnerar los códigos y normas de conducta previstos en los reglamentos internos, desconociendo su autoridad, sin significar una mayor consecuencia que la disciplinaria, manteniendo sus puestos de trabajo.

También significaría la creación de un grave trastorno a la manera en que se ha entendido por los Tribunales de Justicia la aplicación del despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, la cual se ha declarado procedente incluso cuando se han cumplido los estándares doctrinales⁴¹ y jurisprudenciales⁴² establecidos,

⁴¹ Algunos factores a partir de los cuales puede medirse la gravedad del incumplimiento laboral en que incurre el trabajador, se encuentran las de ruptura de la confianza que requiere el trabajo, el daño efectivamente producido, el peligro provocado con la conducta, y la habitualidad de la misma, en casos de conductas de gravedad menor. En este sentido, en este sentido: NADAL (2003), p. 254; GAMONAL y GUIDI (2010), p. 275.

⁴² Esta perspectiva puede apreciarse en dos sentencias dictadas por la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, en las cuales se ha prevenido que una conducta del trabajador que cause perjuicio económico al empleador y un daño a su imagen *configuran y dan gravedad a este incumplimiento*. Así, se resolvió en un caso: “11. Que así ha quedado demostrada la existencia de incumplimiento del actor de sus obligaciones contractuales. Resta, luego, analizar el segundo requisito exigido por la ley para dar por configurada la causal, cual es la gravedad del incumplimiento. Al respecto, cabe tener presente que *la gravedad no es un concepto absoluto, que pueda estimarse en forma aislada de las circunstancias que rodean los hechos y su concurrencia deber ser analizada y determinada por el juez, caso a caso. Para su procedencia debe tratarse de conductas de relevancia, cuyas consecuencias sean serias, ya sean que produzcan algún detrimento o perjuicio al empleador o amenacen la estabilidad o imagen de la empresa, sea éste de índole material o relativo a alteraciones en el adecuado funcionamiento de la misma*. En este sentido, no puede sino concluirse que el permitir que pollos en mal estado sean asados con miras de ser vendidos al público reviste gravedad y seriedad. No le quita este carácter el hecho de no haber alcanzado a ser vendidos, ya que ello, por fortuna, fue impedido por otro trabajador de la empresa, pero sin duda no sólo la imagen de la misma estuvo seriamente amenazada sino que el hecho pudo tener importantes consecuencias para la salud de los consumidores, aspectos que no pudieron menos que ser considerados por el demandante”, CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2006), rol 3.164-2005, redacción de la abogada integrante señora Ruth Gabriela Lanata Fuenzalida. Y en otro caso, sostuvo: “7. Que el hecho establecido consistente en que el demandado, aspirante de maestro en el casino de Enap, de acuerdo a la naturaleza de sus

consistentes de la ruptura de la confianza y riesgo de daño efectivo, entre otros.

Para finalizar, el propio reconocimiento que hace la doctrina en orden a existir casos en los cuales el orden público laboral no es de carácter unilateral a favor del trabajador, sino bilateral, deja la puerta abierta para considerar que existen ciertos núcleos normativos en el Derecho Laboral que son en absoluto indisponibles para las partes. Precisamente, la materia de despido disciplinario cumple con estos requisitos y circunstancias para ser objeto de una mirada especial.

V. CONCLUSIONES

Se ha comprobado en el desarrollo del presente estudio, que el concepto de orden público constituye una de las muchas nociones existentes en la ciencia jurídica respecto de las cuales se destaca bastante su importancia, pero pocos se detienen en analizar su significado y consecuencias en los distintos ámbitos dentro de los cuales se desarrolla.

Se ha expresado, de igual forma, cómo esta particularidad se revela en materia laboral, atendida la poca preocupación en lo que respecta al tratamiento del concepto de orden público.

funciones, fuera sorprendido probando directamente de la olla con el cucharón y devolviendo los restos de comida a la misma, conforme al principio *res ipsa loquitur*, la cosa se prueba por sí misma, en el sentido que se transgreden normas de seguridad sanitarias, contenidas en el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad (fs. 36) en el servicio de alimentación. Aún más, en el evento de no existir este reglamento, por las funciones propias del trabajador se deben entender como cláusulas tácitas elementales incorporadas en el contrato de trabajo que el actor debía cumplir. / “Es un hecho público y notorio que la Enap, cuenta con gran cantidad de trabajadores que consumen alimentos en el casino, de tal forma que la actitud del trabajador implicó un grave riesgo sanitario para los trabajadores y demás personas que consumían en ese lugar por la posibilidad de transmisiones de enfermedad por contaminación de los alimentos. / “De acuerdo a la lógica que impera en las relaciones laborales y según se ha resuelto en la jurisprudencia, *la calidad de grave o no de un incumplimiento emana no del acuerdo mismo de las partes sino de la incidencia objetiva que este incumplimiento tenga en la actividad de la empresa y en la función encargada al dependiente*, por lo que es en definitiva el Tribunal quien debe decidir si el incumplimiento es grave o no. / “En este orden de ideas, *el referido incumplimiento reviste las características de gravedad, por el hecho reprochable establecido y porque ocasiona, además, en la realidad un perjuicio en el prestigio de la empresa demandada* que, como circunstancias no controvertidas, es una empresa que presta servicios de suministro alimenticio a distintas empresas, colegios y otras instituciones, y atendido al giro de la empresa estos servicios se prestan en dependencias de los clientes como sucedió en el caso sub iudice. En suma, la conducta del trabajador fue grave, relevante y sería que produjeron detrimento o perjuicio al empleador en la imagen de la empresa, con riesgo inminente al futuro éxito de su labor económica, propia de su giro”, CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2006), rol 1.922-2006, redacción del ministro titular señor Jaime Simón Solís Pino.

El artículo 5° inciso 2° del *Código del Trabajo* constituye, en el concepto unánime de la doctrina chilena, el fundamento jurídico del carácter de orden público existente en materia laboral.

En lo que respecta al campo de aplicación de este orden público, se ha entendido, por quienes han formulado una apreciación al respecto, que tiene más bien un carácter unilateral, favorable al empleador.

Sin embargo, en lo que respecta a las normas de terminación del contrato de trabajo, se vuelve a destacar el carácter bilateral del régimen de orden público expresado en el mismo, afirmándose en consecuencia la inderogabilidad de las causales de terminación previstas por la ley.

Esta perspectiva ha sido objeto de diversas lecturas en la interpretación administrativa y jurisdiccional, ya que se ha destacado que el incumplimiento del reglamento interno puede configurar una causal de terminación del contrato.

Se plantea, entonces que, contrariamente a lo señalado por la doctrina tradicional, el estatuto de orden público en materia laboral en Chile puede ser entendido como un orden público bilateral, considerando que la redacción seguida por el legislador es lo suficientemente amplia para concluirlo, y esto, a pesar de una mirada proteccionista de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUGI, Biagio (1946): *Instituciones de Derecho Civil*, en BOFARULL, Jaime Simón (trad.) (4ª edición italiana, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana).
- COVIELLO, Nicolás (1938): “Doctrina General del Derecho Civil”, en Leonardo COVIELLO, Felipe DE J. TENA, Raúl BERRON MUCEL (trad.), *Concordancias de Derecho mexicano* (4ª edición italiana, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana).
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1995): *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid, Editorial Tecnos) Vol. I.
- DUCCI CLARO, Carlos (2007): *Derecho Civil. Parte General* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin (1947): “Tratado de Derecho Civil”, en Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, *Parte General. Introducción. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos. Sujetos del Derecho. Objeto del Derecho* (13ª edición, Barcelona, Editorial Bosch [revis. Hans Carl Nipperdey y Ludwig Enneccerus]) Tomo I.
- GAETE BERRÍOS, Alfredo y FIGUEROA ARAYA, Exequiel (1949): *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo* (Santiago, Impresores Artes y Letras).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (1998): *Introducción al Derecho del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).

- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina (2010): *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot / LegalPublishing).
- HUMERES NOGUER, Héctor (2011): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Individual del Trabajo y Procedimiento Laboral* (18ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2006): *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General* (4ª edición, Madrid, Editorial Dykinson [act. Jesús Delgado Echeverría]) Tomo I.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2009): *Contrato Individual de Trabajo* (3ª edición, Santiago, Editorial LegalPublishing).
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín (1997): *Derecho del Trabajo* (6ª edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- NADAL SERRI, Daniel (2003): *El Despido en el Código del Trabajo* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo (2014): ¿Qué proteger y cómo proteger? Los principios del Derecho del Trabajo como cimientos de una disciplina dinámica, en *Ignire: Centro de Estudio de Política Pública*, Fecha de Consulta [28 de julio de 2015] Disponible en <http://ignire.cl/index.php/ensayos2/167-que-proteger-y-como-proteger>
- PESCIO VARGAS, Victorio (1962): *Manual de Derecho Civil, Título Preliminar del Código Civil*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2003): “El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Lourdes LÓPEZ CUMBRE, *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Madrid, Centro de Estudios Financieros), pp. 107-126.
- SANTOS BRIZ, J. (dir.) (2003): *Tratado de Derecho Civil, Parte General. Introducción y Doctrinas Generales* (Barcelona, Editorial Bosch) Tomo I.
- THAYER ARTEAGA, William (2015): *Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo* (4ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2007): *Manual de Derecho del Trabajo, Generalidades. Derecho Colectivo del Trabajo* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

EL ABUSO DE LA MINORÍA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

THE ABUSE OF MINORITY IN ANONYMOUS SOCIETIES

*Enrique Alcalde Rodríguez**
*Romy Grace Rutherford Parentti***

RESUMEN: Entre las características que exhibe nuestro Derecho Societario, se advierte una visión maniquea que supone atribuir tanto una injustificada bondad a las decisiones de la minoría, como una desproporcionada maldad a las motivaciones de la mayoría. Ello se ha traducido en que la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional adolezcan de notables vacíos en lo que respecta al tratamiento del abuso de la minoría accionaria. En este artículo se aborda la cuestión sobre la base de una distinción esencial que la propia Ley de Sociedades Anónimas formula al efecto, sugiriendo, asimismo, determinados remedios jurídicos destinados a reprimir las situaciones abusivas que pueden presentarse en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: Abuso de la minoría - Interés Social - Conflictos de Interés - Sociedades Anónimas - Abuso Procesal.

ABSTRACT: Among the features of our corporate law, there is a manichean view that ascribes both an unjustified benevolence regarding the decisions of the minority, as well as a disproportionate contempt of the motivations of the majority. This has led to significant vacuums in our national legislation, scholars and jurisprudence with regard to how abuse of minority shareholders is treated. This article addresses the matter on the basis of an essential distinction made by the Corporations Law concerning this; also suggesting legal remedies aimed at suppressing the abusive situations that can arise in this area

* Profesor titular de Derecho Civil y Doctor en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Centro de Gobierno Corporativo UC. Dirección electrónica: enrique.alcalde@ppulegal.com

** Ministra I. Corte de Apelaciones de Santiago. Docente Academia Judicial. Magister en Ciencias Jurídicas y Doctora (c) en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: romygrace@yahoo.com

KEYWORDS: Abuse of minority shareholders - Corporate Interests - Conflicts of Interest – Corporations - Abuse of legal process.

A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Como bien se ha hecho ver por la doctrina comparada, en la discusión abierta desde hace tantos años sobre la cuestión de la configuración corporativa y orgánica de la sociedad anónima, no han faltado nunca alusiones a la dialéctica entre mayoría y minoría en la formación de la voluntad social y en el ejercicio de los derechos individuales y corporativos atribuidos a los accionistas¹.

Con todo, no es menos cierto que el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del tema se ha centrado, básicamente, en el abuso de la mayoría, menospreciando o relegando a las sombras, el examen y consecuencias de las conductas abusivas que puedan ser atribuidas a la minoría.

Y es que, como afirma un autor, no obstante la necesaria e indiscutible salvaguarda que demandan los intereses minoritarios y la comprensible atención que, como parte débil, reclama su plasmación normativa, esta visión excesivamente reduccionista de la cuestión no debe ocultar el aspecto patológico que en algunos casos puede presentar la actuación de la minoría, así como la también acuciante, por más sorprendente que resulte, protección de los intereses, asimismo legítimos, de la mayoría. Lo cierto es que no existe una justificada y proporcionada suposición de “bondad” de la minoría, así como una evidente “maldad” de la mayoría. Resulta evidente que la realidad diaria de la vida societaria también desvela, al igual que sucede con la mayoría, eventuales maniobras de la minoría en detrimento del funcionamiento normal de la sociedad, susceptibles en último término de imponer su voluntad allí donde su participación en la adopción de acuerdos sea absolutamente necesaria o de provocar una situación de desgobierno capaz de desembocar en la inevitable disolución de la sociedad².

El tema se presenta, quizá de manera más elocuente, cuando accionistas ajenos al grupo de control se agrupan bajo la forma de una “minoría de bloqueo”, es decir, mediante la concertación de accionistas que reúnen votos suficientes para oponerse a las decisiones del conjunto de socios que ostenta la mayoría de los derechos políticos de la sociedad. Así, por ejemplo, es usual que los propios estatutos y, en ciertas materias, la ley establezcan mayorías calificadas –o incluso la unanimidad– para la adopción de determinados acuerdos, lo cual otorga un poder especial a quienes poseen una participación minoritaria en cuanto pueden oponerse a que determinada

¹ POLO (1996), p. 2271.

² RUBIO (2004), p. 3.

decisión sea, en definitiva, adoptada. En estas situaciones es posible, a su vez, que se susciten conflictos entre el interés individual del grupo mayoritario y el particular del minoritario, o bien entre los intereses individuales de este último y el interés social o común de los accionistas.

Los problemas expuestos suelen originarse en razón de una distorsión de los mecanismos que la legislación ha previsto para proteger a la minoría frente a los abusos en que pueda incurrir la mayoría mediante una estricta aplicación del principio mayoritario; ello, en términos tales que dejan de cumplir la función tutelar que justifica su existencia, erigiéndose en reducidos o expedientes que son utilizados con la exclusiva mira de satisfacer un interés extrasocietario que de otro modo no podría lícitamente obtenerse³.

En este sentido, piénsese en todas aquellas actitudes de permanente obstrucción hacia la administración social que van horadando la consecución del objeto social o que simplemente tienden a tornar en insostenible, la convivencia de modo que las acciones del minoritario le sean adquiridas por la mayoría a un precio superior al que corresponde según mercado. Ejemplos de este tipo de comportamientos “antifuncionales” los hallamos en los constantes e injustificados requerimientos de información a la administración de la sociedad y que en sí mismos configuran una situación de evidente hostigamiento; las tentativas por “comerciar” el voto mediante la extorsión o amenaza de oponerse siempre a las decisiones de quienes ejercen influencia decisiva en la sociedad; la negativa infundada para aprobar acuerdos que son objetivamente convenientes para el interés social y que no causan un perjuicio al minoritario; etcétera⁴.

En definitiva, y como bien apunta un autor, las pequeñas sociedades anónimas –y acaso esta es la razón de la escasa jurisprudencia sobre el tema de la tiranía de los socios– ofrecen a diario el penoso espectáculo de que el ejercicio de los derechos de la minoría es utilizado como moneda de cambio en transacciones más o menos inicuas con la mayoría, ante lo cual cabe legítimamente preguntarse si en las sociedades anónimas cerradas, que carecen de un mercado secundario para la contratación de sus títulos, los pequeños accionistas, al no poder especular con el valor de sus acciones, especulan, en cambio, con el valor de sus derechos⁵.

Esta tipología de conflictos se revela como especialmente grave en aquellos casos en que el comportamiento oportunista de los minoritarios

³ Sobre este particular, Guyón nos recuerda que el régimen, en extremo restrictivo de las nulidades de sociedades introducido en el Derecho francés a partir de 1935 fue instituido, en parte, a causa de los manejos de un “chantajista” que compraba una acción cotizada, e inmediatamente examinaba el funcionamiento de la sociedad hasta descubrir alguna irregularidad, momento en que amenazaba con iniciar pleito si no se readquiría su acción a un precio a todas luces mayor al de compra. RACCIATTI (1991), p. 228.

⁴ Similar tipología de casos expone MARSALA (2007), pp. 254-255.

⁵ POLO (1996), p. 2287.

conduce a la “judicialización” de los conflictos comerciales, determinando que los jueces se vean forzados a intervenir en la marcha y funcionamiento de la sociedad y colocándolos, de este modo, en una situación para la que en verdad no están preparados y que, como lo demuestra la experiencia, resulta francamente perjudicial para la vida de los negocios.

B. DOCTRINAS JURÍDICAS PARA LA REPRESIÓN DEL ABUSO DE LOS ACCIONISTAS

En un intento por sintetizar los remedios jurídicos con los cuales hacer frente a situaciones como las reseñadas, es factible recurrir a los institutos que el Derecho Comparado suministra a fin de reprimir el abuso de la mayoría; y ello porque, al fin y al cabo, el desvalor jurídico que cabe predicar en ambos extremos viene a ser uno y el mismo. Bajo tal perspectiva, tales doctrinas pueden resumirse en las siguientes:

1. Doctrina de la “justificación objetiva”

Conforme con esta posición, propugnada principalmente por la doctrina alemana, cualquier decisión que pueda afectar los derechos de otros accionistas debe obedecer a un criterio de *necesidad y proporcionalidad*.

Aunque los propios adherentes a esta tesis no siempre coincidan a la hora de identificar cuáles son los fundamentos en los cuales se basa tal criterio, en general estos se vinculan con la específica relación que se genera entre los sujetos ligados a través de un contrato de sociedad y que se deben mutua fidelidad. En lo que interesa, esta particular relación determina una influencia recíproca en la esfera jurídico-social de los consocios que conduce a establecer limitaciones al ejercicio del voto, no solo de carácter adjetivo o procedimental referidas a la formalización del proceso decisorio sino, principalmente, límites inmanentes de carácter material, vinculados de forma directa con el contenido de los acuerdos sociales y, por tanto, con el ejercicio de tal derecho⁶.

De este modo, sobre los accionistas que deseen adoptar una decisión pesa siempre el deber de tener en consideración los intereses de los demás socios, es decir, de valorar, en el caso de que se trate, las consecuencias concretas de la decisión adoptada y, con especial atención, la necesidad y proporción que ésta guarde con el resultado que se pretende obtener, atendida la posición en que ella colocará al resto de los accionistas. En otras palabras, para que la decisión que lesiona el interés de otros socios no sea jurídica-

⁶ En el sentido enunciado y, por todos, puede verse SÁNCHEZ (2000), p. 223.

mente reprochable, la pertinente decisión debe contar con una *justificación objetiva*, con un fundamento de oportunidad y conveniencia que le otorgue al acuerdo un mérito y razonabilidad tal que las consecuencias negativas del mismo sean un efecto secundario no deseado que explique, de modo suficiente, la postergación del interés de los otros accionistas⁷.

2. Doctrina de la buena fe y el deber de fidelidad en las relaciones societarias

Para una buena parte de la doctrina, la calificación jurídica y consecuencias que se siguen de adoptar acuerdos lesivos para otros socios debe resolverse conforme a los deberes de buena fe y fidelidad que presiden las relaciones de aquellos que han decidido vincularse mediante la sociedad. Tales deberes determinan la obligación de adecuar la conducta a ciertos cánones que se fundamentan, a su vez, en exigencias de lealtad recíproca que pueden reclamarse de quienes se asocian por este tipo de contratos⁸. En consecuencia, los accionistas que pretendieran asilarse en la mera formalidad legal a fin de imponer una decisión perjudicial para el interés de sus consocios, faltarían a los deberes de fidelidad y corrección a que se hallan obligados en virtud del contrato⁹.

Reforzaría esta idea el hecho de que, si bien las exigencias de lealtad y fidelidad que emanan de la buena fe constituyen un principio general de

⁷ Este pareciera ser el criterio que en ocasiones se ha empleado por el Tribunal Supremo español, al fallar, por ejemplo, que: "(...) aunque, en principio, es indudable y protegible el derecho que los accionistas tienen en ese orden informativo, y debe ser respetado a fin de que los socios minoritarios no queden, por falta de información a merced de una mayoría, no puede darse al mismo un sentido tan rígido y una tan inexorable aplicación como la pretendida por la parte recurrente, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, según lo expresado en la sentencia recurrida, pues el derecho de impugnación de los socios y el de aclaración no pueden servir como instrumento de obstrucción de la actividad social, para sobreponer a los intereses sociales el particular del accionista que solicita la información, cuando no obedece a una verdadera y real necesidad, SSTs de 13 de abril de 1962 y 26 de diciembre de 1969, que no aparece en el supuesto del debate". Tribunal Supremo de España, Sentencia de 31 de julio de 2002, N° 804/2002.

⁸ Una decisión en tal sentido puede verse en la sentencia del Tribunal Federal Supremo de Alemania de fecha 20 de marzo de 1995 (ZR 205/94).

⁹ Para la doctrina anglosajona, si bien los socios no están obligados a actuar teniendo en mira los intereses de los otros socios deben, no obstante, ejercer sus derechos para un fin adecuado (*proper purpose*), y se considera que el fin es inadecuado cuando, aun no siendo contrario a ninguna disposición legal, es contrario al bienestar de todos los socios. De este modo, el fin es inadecuado si tiene en mira la satisfacción de intereses extrasociales o si tiene por objeto perjudicar a otros socios o afianzar el poder del grupo de control o aun su propio prestigio. A partir de lo anterior se desprende que adquieren relevancia los motivos inspiradores del voto, pero, en general, la cuestión va a ser decidida objetivamente, teniéndose como pauta los estándares del hombre razonable y ajustándose a la presunción de que los socios son los mejores jueces de qué es conveniente para la sociedad. ROIMISER (1979), pp. 92-93.

derecho, aplicable a cualquier clase de contratos, no lo es menos que tratándose de las relaciones asociativas su proyección, así como su contenido y aplicación en concreto, guardan una especial particularidad¹⁰. En esta línea, Betti hace ver que, mientras en las relaciones de cambio la buena fe contractual tiene un alcance limitado que implica el comportamiento necesario para el intercambio; en las relaciones asociativas, en sentido amplio, en las que se trata de poner en común los esfuerzos para una finalidad de intereses comunes, la buena fe abraza todo cuanto es necesario para alcanzar ese objetivo común, y, por tanto, se potencia en un deber de fidelidad. “Deber que intuyeron espléndidamente los romanos, en las relaciones de fiducia personal, como la *societas*, la tutela y el mandato”¹¹.

3. *Doctrina del “Motivo Ilícito” en el ejercicio del voto*

Un sector liderado principalmente por la doctrina italiana postula que los acuerdos que perjudican a otros socios pueden ser invalidados si ellos han sido acordados por un motivo ilícito, constituido, en este caso, por el abuso de poder en que incurre el accionista que adopta una decisión lesiva para sus consocios. Desde este punto de vista, se dice, la persecución de intereses particulares extrasocietarios con daño para los demás accionistas supone la ilicitud de los motivos que subyacen en la emisión del voto, determinando la nulidad del acuerdo que resulta así ineficaz, por ser contrario a la ley.

4. *Doctrina del exceso o desviación de poder*

Sobre la base de “trasplantar” al Derecho Societario conceptos propios del Derecho Administrativo, algunos han pretendido justificar la impugnabilidad de los acuerdos lesivos para el interés de los socios en una suerte de desviación del poder que ostenta el accionista en relación con su propio derecho de voto. Por lo mismo, no es extraño que esta teoría goce del favor de quienes aprecian la sociedad anónima con un criterio “institucionalista”, conforme al cual aquella está llamada a servir intereses y fines que exceden del interés de sus socios, cumpliendo un papel de utilidad o función pública que prevalece

¹⁰ Citando a Hüffer podemos decir: “en el ejercicio de las facultades que en su condición de miembros les asisten en interés de la sociedad, los socios se hallan obligados a realizar aquellas acciones que sirven a la promoción del fin social, así como a abstenerse de las conductas que se opongan a aquélla. En el ejercicio de los derechos de miembro conferidos en interés propio habrán de observarse los límites, que resultan de la prohibición de un derecho arbitrario o desproporcionado de los derechos. Habrá de tomarse en consideración adecuada a los intereses de los demás socios derivados de su condición de socio”. JUSTE (1995), p. 146.

¹¹ BETTI (1969), p. 103. Por iguales consideraciones, se ha dicho que “el deber de fidelidad se define como la traslación, al ámbito de funcionamiento de la organización societaria, del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”. SENENT (2013), p. 7.

frente a cualquiera otra consideración individual. Desde esta perspectiva, se postula que siendo el interés social la forma o vehículo a través del cual se satisfacen los intereses extrasocietarios y, por ende, superiores al interés particular del accionista, su prosecución se erige siempre en el criterio o guía para juzgar si una determinada decisión puede calificarse jurídicamente de legítima.

De igual manera, advertimos que el rasgo definitorio de la teoría del exceso de poder se sitúa en la concepción del derecho de voto no como un derecho subjetivo atribuido al socio en su propio interés, sino como una potestad, atribuida para su ejercicio en aras de la consecución de un fin institucional. El ejercicio del voto se concibe, pues, como una obligación o deber de perseguir de forma exclusiva el interés social, del mismo modo que el ejercicio de una potestad jurídico-pública es obligatorio por cuanto que se atribuye en función de un interés ajeno a su titular. Se presume, así, que el socio, con el derecho de voto, tiene un poder jurídico que le ha sido concedido en interés de otros.

Doctrina del fraude a la ley

En determinadas circunstancias, también la doctrina del fraude a la ley podría servir de remedio ante las situaciones de abuso de que tratamos¹².

Hay que recordar que tal teoría se vincula con aquella situación en la cual un sujeto conforma su conducta de tal modo que no puede reprobársela directamente, y de manera que, con el conjunto de los medios oblicuos empleados, en definitiva obtiene un resultado que la ley pretende impedir¹³.

Conforme a lo dicho, sería entonces factible aplicar dicha doctrina tratándose de aquellas hipótesis en que el accionista, exhibiendo un respeto formal o aparente a la ley al momento de emitir el voto, logra no obstante sustraerse del mandato legislativo, en orden a ejercer su derecho respetando los derechos de los demás accionistas.

El problema que podría derivar de la aplicación de esta teoría, se vincula con la notable disparidad de criterios que muestra tanto la doctrina como la jurisprudencia al momento de determinar cuál es la sanción por el *acto in fraudem legis*, para cuyo efecto se han postulado soluciones tan diversas como la nulidad por objeto ilícito¹⁴ o por causa ilícita¹⁵ o la inoponibilidad¹⁶ y prevalencia de la norma defraudada con el acto ejecutado¹⁷, siendo

¹² Para un panorama general respecto de dicha doctrina y los efectos que produce, tanto entre las partes como respecto de terceros, puede verse ALCALDE RODRIGUEZ (2005), p. 87 y ss.

¹³ FERRARA (1926), pp. 96-97.

¹⁴ Así, por ejemplo, y entre nosotros, VIAL DEL RÍO (2003), p. 214.

¹⁵ *V.gr.*, SANTORO-PASSARELLI, (1964), pp. 225-226.

¹⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1991), pp. 27-29.

¹⁷ ALBALADEJO (1996), pp. 27 y 42.

de advertir que incluso algunos se pronuncian en contra de la represión genérica del fraude a la ley¹⁸.

6. *Doctrina del abuso del derecho*

Para esta teoría, los acuerdos que adopte un grupo de accionistas pueden ser impugnados si ellos obedecen al ejercicio de un derecho de voto que se aparta de los fines para los cuales tal derecho se concedió. De esta manera, si una determinada decisión solo encuentra fundamento real en la circunstancia de causar un perjuicio a los consocios o, bien, obtener un beneficio que es ajeno al interés jurídico protegido con el voto, su ejercicio pasa a ser ilegítimo o contrario al ordenamiento jurídico¹⁹.

En este sentido, recuérdese que se puede ser titular de un derecho “aparente” y esto sucederá cuando su titular pretende lograr, con su ejercicio, la satisfacción de un interés que la norma no resguarda, ni al gestarse, se tuvo en consideración. El derecho, se ha dicho, es un medio para alcanzar ciertos fines y ellos consisten en la realización de “intereses” que legitiman y amparan la norma jurídica. Si el ejercicio del derecho –aplicación de la norma– se extiende a intereses que éste no consagra, entonces se actúa al margen de él, porque su existencia gira en función de aquellos intereses cuya satisfacción es lo único que legitima el actuar de su titular²⁰.

C. UNA OPINIÓN

La solución a los problemas planteados exige formular una distinción previa de carácter esencial; distinción que, por lo demás, se encuentra explícitamente contemplada en nuestro ordenamiento positivo cuando el artículo 30 de

¹⁸ En tal sentido, por ejemplo, Planiol y Esmein, citados por CARBONNIER (1971), p. 286

¹⁹ Un pronunciamiento judicial en esta línea puede verse en la sentencia del Tribunal Federal Supremo de Alemania, de fecha 22 de mayo de 1989 (ZR 206/88).

²⁰ RODRÍGUEZ GREZ (1999), pp. 43-44. En este sentido puede verse, por ejemplo, el fallo del Tribunal Supremo español que se pronuncia en los siguientes términos: “Ante todo, hay que partir de la base de que el derecho de información de los accionistas es esencial para un correcto funcionamiento de la sociedad y que el conocimiento que proporciona una debida información permite un voto responsable. Pero, ahora bien, no se puede llevar este derecho fundamental societario a un paroxismo que produzca un imposible funcionamiento correcto y normal de la sociedad, sobre todo enclavando la alegación de tal derecho en el área del abuso del derecho”. Tribunal Supremo de España, Sentencia de 8 de mayo de 2003, N° 439/2003. En igual línea, la misma judicatura ha resuelto: “La estimación de la existencia de un ejercicio abusivo exige que se demuestre que se sobrepasen manifiestamente los ‘límites normales del ejercicio de un derecho’, y ello se ha de deducir de la intención del autor, de la finalidad que se persigue o de las circunstancias concurrentes (artículo 7.2 del CC)”. Tribunal Supremo de España, Sentencia de 16 de junio de 2006, N° 598/2006.

la Ley de Sociedades Anónimas, en alusión al ejercicio de los derechos que la misma reconoce, se refiere, por un lado, a los intereses de la compañía y, por el otro, a los intereses de los demás accionistas, consagrándose al mismo tiempo el deber de respetar a unos y otros.

De este modo, debe determinarse si el comportamiento del socio minoritario implica una contraposición entre su propio interés individual y el “interés social” o, bien, si tal conflicto se verifica entre su interés particular y el interés de los accionistas que ostentan la mayoría del capital social.

1. Colisión de intereses entre los accionistas minoritarios y la sociedad

En este primer caso se hallarían, por ejemplo, aquellas conductas del minoritario que, para obtener la satisfacción de un interés extrasocietario –*v.gr.* que otra sociedad de la cual es socio mayoritario crezca a expensas de aquella en la cual posee la calidad de minoritario– entran en el normal desenvolvimiento, desarrollo o expansión de la actividad social. En estos supuestos, y sobre la base de las normas legales que gobiernan directa y específicamente las relaciones referidas al funcionamiento de la sociedad anónima, es evidente que el interés individual de un socio (independiente de cuál fuere su participación o influencia en la compañía), aunque sea en sí mismo legítimo, debe ser postergado si él se encuentra en contradicción con el interés “común” del conjunto de los accionistas de la compañía en la cual se presenta el conflicto.

Se considera que nuestro ordenamiento jurídico adhiere a una concepción “contractualista” de la sociedad, de lo cual resulta evidente que el concepto de “interés social” necesariamente tiene relación con los intereses de quienes son partes en el contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclusión de otros sujetos que puedan interactuar con la sociedad, por legítimos que sean sus intereses y por mucho que se vean afectados por las decisiones adoptadas por aquella²¹.

También, se revela como evidente que en el seno de una compañía confluyen múltiples intereses entre sus diversos accionistas, algunos de los cuales, incluso, pueden haber sido determinantes para consentir en la asociación, *v.gr.* ejercer influencia o control en la gestión de la sociedad o participar en la determinación del grado de riesgo de la actividad social. Tales intereses, supuesta su licitud, cuentan también con la protección y amparo legislativo. No obstante, tal circunstancia, así como el hecho de tratarse de intereses que se poseen en cuanto socios, no constituyen el interés social. La misma expresión “social”, en cierta forma nos revela que para calificar como

²¹ Y es que para la tutela de estos otros intereses existe una normativa especial en cada caso aplicable, sin que corresponda echar mano o, lo que es peor, desvirtuar, los principios y disposiciones que gobiernan el derecho societario.

tal debe tratarse de un interés compartido por todos los socios, un interés que les es común y que conduce, a todos ellos, con independencia de sus otras motivaciones personales o individuales, a constituir la sociedad o bien ingresar a ella.

Pensamos, asimismo, que cuando el legislador regula el contrato de sociedad, se representa qué es aquello que determina que las partes recurran a esta forma jurídica asociativa, cuál es la voluntad presunta –o “causa”– de los contratantes, aquella finalidad que todo socio persigue por el mero hecho de ser tal y que es, por tanto, común y compartida por cualquier accionista. Se concluye que la respuesta no es otra que el objetivo de desarrollar, en conjunto, una cierta actividad en vistas de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. Por tal razón, y siendo éste el fin común, atribuible a cualquier socio medianamente razonable, debe ser respetado por cualquier accionista, aún en desmedro de sus propias aspiraciones individuales, por legítimas que sean, si se las analiza en sí mismas.

En nuestro medio, pese al muy escaso tratamiento que se ha dado a la materia, existen connotados comercialistas que se oponen a la doctrina que aquí se propugna, en cuanto identifica el “interés social” con la “causa” del contrato de sociedad.

Así, por ejemplo, Puelma la estima incompatible con los principios que deben aplicarse conforme a nuestro propio ordenamiento jurídico, sosteniendo que nuestra legislación positiva exige en todo acto o contrato una causa real y no presunta. La concurrencia del requisito de la causa real y lícita, entonces, debe examinarse con respecto a cada uno de los socios fundadores. Si ella consiste exclusivamente en la expectativa de obtención de beneficios sociales, será menester, en tal caso, aplicar lo que aquí se postula, pero ello no habilita para dejar de examinar la problemática de la existencia de otras concausas con relación a un mismo socio fundador y la posible concurrencia de causa ilícita respecto de alguno de los socios²².

Se cree que la crítica expuesta se fundamenta en una errada interpretación acerca de aquello que nuestro ordenamiento entiende por “causa” y, en particular, respecto del requisito relativo a la “realidad” de la misma a que alude el art. 1467 del *Código Civil*.

Para refutar la crítica de Puelma, se hace necesario, en primer término, recordar que de acuerdo con nuestro *Código Civil*, es la sociedad misma, es decir, el contrato, el que debe tener una causa (art. 2057 del *C° Civil*), así como el hecho de que la causa es el “motivo que induce al acto o contrato” (art. 1467 del *C° Civil*).

Enseguida, el legislador nacional ha precisado que no es necesario que el autor de un acto jurídico o las partes de una convención “expresen” la

²² PUELMA (1996), pp. 122-123.

causa, esto es, el motivo que los induce al acto o contrato. Y se estima que ello es así porque, al configurar la causa, nuestra ley atiende, en primer lugar, a un motivo jurídico o abstracto, a un “interés jurídicamente protegido”, que es, en efecto, el que presume en el acto o contrato de que se trata; y dado que lo presume, resulta por lo mismo innecesario expresarlo en él²³.

En efecto, la explicación de la norma en cuya virtud no es necesario “expresar” la causa, se explica en razón que la ley presume que todo acto o contrato tiene una causa, constituida por los motivos que normal y ordinariamente inducen a celebrar las diversas especies o tipos de actos jurídicos²⁴. Y tales motivos, normales u ordinarios, no son otros que la función que el legislador atribuye a cada contrato al momento de tipificarlo: en el caso de la sociedad –y como lo explicita el artículo 2053 del *Código Civil*– la distribución de las utilidades o beneficios que deriven de la actividad que se emprende en común.

Conforme a lo expuesto, el “interés social” constituye la causa típica del contrato de sociedad, interés que la ley presume y que es compartido por todos sus miembros y que, para decirlo en breve, se refiere a la obtención de utilidades y maximización del valor de las acciones mediante la ejecución de actos que se comprendan en el objeto social, tomando en cuenta el plazo de vigencia de la sociedad y el riesgo asociado a la actividad desarrollada por esta²⁵.

En consecuencia, en todos aquellos supuestos en los cuales se verifique una contradicción entre el interés de los accionistas minoritarios y el interés social, el ejercicio de los derechos que la ley confiere a los primeros deberá ajustarse a la causa o función típica del contrato social. En caso contrario, podrá predicarse una desviación del interés jurídicamente protegido por la norma que otorga el pertinente derecho, tiñendo de ilicitud la conducta que contraviene el mandato que consagra de forma explícita, en su primera parte, el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas.

²³ La conceptualización del “motivo” en los términos consignados equivale a postular la noción de causa propugnada por la doctrina y dogmática italiana. En efecto, ésta precisamente concibe la causa de un contrato como la *función económico-social* que lo caracteriza, independiente de las motivaciones individuales (“causa ocasional”) que puedan haber inspirado a las partes. Así, por ejemplo, Cariota Ferrara expresa que “la causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquiera que éste sea, perseguido por el contratante en el caso concreto (que entonces no sería pensable ningún negocio sin causa) sino que es la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines.” CARIOTA FERRARA (1956), p. 487. Pietrobbon, a su turno, dirá que la causa viene a ser la finalidad objetiva que vitaliza el negocio; es la razón esencial del contrato, que corresponde a la finalidad perseguida por el mismo según su especial naturaleza. PIETROBON (1971), p. 500.

²⁴ Por ejemplo, frente a un contrato de compraventa, la ley presume que las partes tuvieron como motivo principal y determinante para su celebración, la necesidad del vendedor de procurarse dinero y la necesidad del comprador de obtener la cosa. VIAL DEL RÍO (2003), p. 208.

²⁵ Para un tratamiento más exhaustivo del tema, puede verse ALCALDE RODRÍGUEZ (2013).

2. Colisión entre los intereses de los accionistas minoritarios y los intereses de los accionistas mayoritarios

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora –y en lo que viene siendo la segunda situación que debe ser distinguida– puede darse el caso de que el interés particular de los minoritarios no implique vulneración o atentado alguno contra el interés social (causa del contrato) pero que, sin embargo, suponga atentar contra el interés individual o personal de los restantes socios. Esta situación, según ya advertimos, se encuentra contemplada con claridad en el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto ordena, por una parte, ejercitar los derechos en armonía con el interés social y, por la otra, respetar también los intereses de los demás accionistas.

Así, y a diferencia de la hipótesis analizada antes, esta segunda clase de colisión de intereses supone una pugna entre el interés extrasocietario de la minoría y el interés no ya común o compartido por todos los socios (interés social) sino que propio o específico –y en este sentido, también extrasocietario– de aquellos accionistas que poseen una participación mayoritaria.

Dentro de la tipología de casos en los cuales pueden ventilarse este tipo de fenómenos, vuelva a ocupar un lugar preponderante, la sociedad anónima cerrada. En esta clase de compañías, las relaciones de confianza entre los accionistas que la integran incentivan la estabilidad personal de los accionistas en la sociedad, aunque lo que en mayor medida conduce a ello viene dado por la ausencia de un mercado ágil en el que sea posible desprenderse de las acciones a un precio razonable. Y no existe tal mercado porque, en la configuración de la sociedad, los accionistas acostumbran restringir la entrada de nuevos socios, con lo que la transmisión de la participación social queda fuertemente condicionada; lo que se ve agravado –y de manera significativa– por el hecho de que la inversión en la empresa tampoco suele resultar atractiva para capital “desconocido”, para personas ajenas al núcleo de confianza que la promovió. Se genera así un mercado solo entre los propios accionistas, quienes, además, son los que se hallan en mejores condiciones para otorgar un valor a las cuotas de participación en la sociedad²⁶.

Es de entender que el criterio para determinar si la actuación del socio minoritario puede o no calificarse como jurídicamente legítima exige también recurrir al concepto de “causa”, pero entendida –conforme aquí se concibe– bajo una consideración de plano objetiva, es decir, como “supuesto de hecho legalmente suficiente para justificar un determinado efecto jurídico”. En este sentido, si el supuesto de hecho típico (causa) es convertido en un simple medio para obtener una finalidad contraria al interés jurídicamente protegido con el derecho de voto, la causa deviene entonces en ilícita²⁷.

²⁶ MEGÍAS (2014), pp. 17-18.

²⁷ Profundizando en torno a nuestra apreciación “objetiva” del concepto de causa, a nuestro juicio no hay causa “ilícita”, aunque el motivo personal o individual (“causa ocasional”) pueda

De acuerdo con lo expuesto, la ilicitud en el ejercicio (o no ejercicio) del derecho de voto debe establecerse sobre la base de examinar si la conducta concreta que se analiza –positiva o negativa– guarda o no adecuación con la finalidad perseguida por la norma –legal, estatutaria o contractual– que, en forma, concede el derecho a la minoría; en otras palabras, corresponde determinar si el ejercicio de los derechos políticos de que es titular la minoría es acorde con el interés jurídicamente protegido que subyace en la concesión de tal derecho. Y en este contexto, cualquier análisis debe principiar por reconocer que los derechos de la minoría se contemplan para atender intereses de socios dentro de la sociedad y no para atender intereses que pertenezcan al socio, pero extraños o contrarios a la compañía²⁸.

Desde este punto de vista, estimamos, por ejemplo, que no sería lícito al minoritario ejercer el derecho de voto de manera obstruccionista u opuesta a la mayoría con el solo objeto de que sus acciones sean adquiridas por el grupo mayoritario a precios superiores al de mercado o en condiciones más ventajosas de las que podría obtener si se enajenaren a un tercero. En esta u otras situaciones análogas, puede apreciarse un ejercicio abusivo del poder político, que no responde a la satisfacción del interés amparado por la norma en que se fundamenta tal derecho, revelándose, en consecuencia, como un medio jurídicamente inidóneo para obtener el resultado perseguido.

Lo anterior, por cierto, no siempre ni necesariamente se traducirá en la nulidad de la actuación que se analice; pudiendo, en concomitancia o no con tal sanción, dar origen tanto a una acción indemnizatoria como a una de exclusión de socio, supuesto, como es evidente, que concurren los requisitos para su interposición.

ser calificado de “ilícito” si, al mismo tiempo, el acto o contrato no se traduce o no persigue un resultado reprobado por el Derecho. En este sentido, el ejemplo que nos proporciona el propio Código es elocuente en confirmarlo, al aludir a la promesa de recompensa por la ejecución “de un hecho inmoral” y no a que el fin o motivo, en sí mismo, sea el calificable de inmoral. Ilustremos lo anterior con la siguiente hipótesis: Una parte vende a otra, cigarrillos o bien contrata publicidad para promover el tabaco, con la finalidad precisa de aumentar su consumo entre los mayores de edad, pero cumpliendo al efecto con todos y cada uno de los requisitos que la correspondiente normativa ha dispuesto para realizar esta actividad. Evidentemente que dicho fin o propósito (“causa ocasional”) podría, en principio, ser tachado de inmoral, dado que son conocidos los efectos del cigarro en la salud de las personas y no parece por tanto “lícito” instar por incentivar un incremento en su consumo. Sin embargo, ¿puede ese contrato de compraventa o de publicidad invalidarse por causa ilícita? Creemos que no, ya que el resultado perseguido (aumentar el consumo de tabaco) –supuesto el cumplimiento de la regulación pertinente– no ha sido reprobado por el Derecho sino que, incluso, ha sido regulado de manera explícita por la ley. Ello demuestra, a nuestro entender, que el tema de la ilicitud de la causa se relaciona con una desviación o abuso del “interés jurídicamente protegido” por la norma, cuando se la pone al servicio de resultados contrarios al ordenamiento jurídico, y no se identifica de inmediato con los móviles personales o individuales de los contratantes, aunque éstos, en sí mismos, puedan ser calificados de ilícitos o inmorales. Sobre este particular, puede verse ALCALDE RODRÍGUEZ (2007).

²⁸ PULGAR (2013), p. 35.

Con todo, las cuestiones planteadas reclaman examinar con detenimiento aquellas situaciones en las cuales las hipótesis de conflicto entre accionistas mayoritarios y minoritarios o, bien, entre unos u otros con la sociedad, comprometen los denominados “derechos individuales” de los socios.

A propósito de los comentarios que merece el denominado *status de socio*, Scialoja hace ver que el ordenamiento societario traza sus líneas y regula, de manera diversa, su contenido, con frecuencia en relación con circunstancias externas y, por otra parte, admite que las convenciones sociales lo modifiquen con supresiones o ampliaciones de las disposiciones legales.

De ello, se deduce que en la práctica no existe un *status* de socio típico y uniforme, sino el conjunto de derechos y facultades, y de obligaciones y cargas que lo componen, queda determinado en concreto según el conjunto de las normas legales y estatutarias que rigen toda sociedad (situación objetiva) y, según las circunstancias externas individuales, relativas a cada socio (situación subjetiva). Es este *status*, concretamente, el que atribuye la propiedad de la acción. Bajo esta mirada, el ejercicio de las facultades inherentes al *status* será legítimo solo si se mantiene dentro de los límites en que existen estas facultades, caso por caso, y si el sujeto goza, en el momento preciso, de la capacidad jurídica y social para ejercerlas. De este modo, el ejercicio ilegítimo (en el más amplio sentido) tiene un efecto inevitable respecto de la sociedad, porque la vida del ente se desarrolla por medio de las manifestaciones de las facultades efectivas de cada uno de los socios²⁹.

Para los efectos de apreciar la capacidad jurídica y social que tiene un accionista para ejercitar un determinado derecho –lo que a su vez determina los límites de tal ejercicio– Brunetti hace presente la ya tradicional distinción entre derechos “individuales” y “sociales”, entendiendo por los primeros, aquellos que están contenidos en la ordenación jurídica de la sociedad y de los que los órganos de ésta no tienen la facultad de disponer. Al decir de Ferri, el derecho “individual” nace del contrato social y no puede ser suprimido por la mayoría, aunque se encuentre en un terreno en que su voluntad gobierna con carácter soberano ya que este afecta a la esencia y la estructura del contrato social³⁰.

Consecuente con ello, Ascarelli, expresa que la prevalencia del interés social sobre el extrasocial del socio, encuentra un límite en la existencia de un derecho inderogable del accionista: ello le permite a dicho accionista tutelar su interés extrasocial, aun cuando se contradiga con el interés social, así como el derecho de receso tiene en cuenta la conciliación de los dos intereses. Cuando exista un derecho inderogable del accionista, debe ser respetado con independencia de la conveniencia o no del interés de la sociedad. Por ello, el principio soberano de la mayoría solo disminuye cuando, en la contraposición de la mayoría y el derecho del accionista, la ley ha reconocido a

²⁹ Citado por BRUNETTI (2002), pp. 450-451.

³⁰ BRUNETTI (2002), p. 451.

aquella un simple *arbitrium boni viri*. En este supuesto, la ley no ha otorgado la decisión al poder de la mayoría, no considerando que la *maior pars* sea la *melior pars*, debiendo por esto prevalecer; ha reconocido en la mayoría un *arbitrator bonus vir* dada la subsistencia del derecho del accionista, por un lado, y la necesidad de una valoración discrecional, por el otro. Por ello también, en determinados casos (aprobación de balances, distribución de dividendos) corresponde la anulabilidad de la deliberación asamblearia por manifiesta arbitrariedad, independientemente de la violación del interés social³¹.

Por su parte, Messineo hace referencia a los derechos individuales del accionista expresando que en el propio y exclusivo interés y, en cierta manera, en sentido contrapuesto a la sociedad, el socio goza de determinados derechos “fundamentales”, ligados a su calidad misma de socio, y en los que se concreta su posición inalienable e inderogable por parte de la asamblea, cuya “soberanía”, entonces, nada puede contra ellos. Participarían de este carácter, entre otros, el derecho de separación; el derecho a examinar los libros de la sociedad; el derecho de suscribir preferentemente aumentos de capital; etcétera³².

De esta manera, si en la situación concreta que se examina se encuentra involucrado el ejercicio de uno de tales “derechos individuales”, el juicio que se formule acerca de la licitud o ilicitud de su ejercicio por parte del accionista debe ser especialmente cauteloso, atendida la “función típica” que en el ámbito legal se le reconoce al mismo. O dicho en otros términos, cualquier pronunciamiento acerca de su eventual ilegitimidad deberá tener en cuenta la circunstancia de que esta clase de derechos se confieren al socio con relativa independencia de la suerte que corra el “interés social” a consecuencia de su ejercicio.

D. EL ABUSO PROCESAL DEL ACCIONISTA³³

Según se explicaba al iniciar estas líneas, las situaciones de abuso de la minoría suelen originarse en el deseo de tales accionistas de obtener que el grupo de control adquiriera sus participaciones sociales, en particular cuando estas no cuentan

³¹ Citado por CABANELLAS (1992), pp. 632-633.

³² MESSINEO (1979), pp. 488-489. Recurriendo a similar enunciación, otros agrupan en esta categoría los siguientes derechos: (a) Derecho a la conservación del *status* de accionista hasta el fin de la sociedad. (b) Derecho a la limitación de la responsabilidad, hasta el importe de la aportación prometida. (c) Derecho a obtener de la sociedad un documento que compruebe la participación accionaria. (d) Derecho de receso. (e) Derecho al dividendo acordado. (f) Derecho de impugnación de los acuerdos ilegales. (g) Derecho de opción en los aumentos de capital. (h) Derecho al reparto de liquidación, por citar solo algunos. BRUNETTI (2002), p. 451.

³³ Parte de lo aquí expuesto forma parte de la tesis doctoral, en actual elaboración, de la coautora Romy Grace Rutherford Parentti, titulada “La proscripción del abuso del derecho como límite al ejercicio del derecho de acción en el marco de la normativa procesal civil chilena”, bajo la dirección del doctor Juan Luis Goldenberg Serrano.

con liquidez suficiente o, bien, con miras a conseguir por ellas un precio superior al de mercado. Y es, en este contexto, donde las conductas oportunistas y abusivas a menudo se traducen en “judicializar” el conflicto mediante la interposición de demandas sin mayor fundamento, aunque con evidente perjuicio para el interés social, ya que el efecto que de ello se sigue afecta, principalmente –al menos desde la perspectiva patrimonial– a los accionistas mayoritarios.

La consideración anterior conduce, como es obvio, a la cuestión vinculada con el “abuso procesal”, y en específico, con el “abuso de acción”.

Partiendo de la base –como de hecho lo hacemos– de que el “derecho de acción” se configura como un derecho subjetivo, no puede dudarse que el principio general del “abuso del derecho” referido más atrás resulta plenamente aplicable a su respecto, desde que es posible que aquel sea ejercido de manera antifuncional.

En efecto, debe precisarse que, si bien la acción, en tanto poder jurídico de acudir a la jurisdicción (como nos recuerda Couture³⁴) existe siempre –con derecho material o sin él, con pretensión o sin ella, aún antes de que nazca su pretensión concreta y, por ende, aun cuando no se ejerza efectivamente– el principio que comentamos no propugna una limitación al Derecho mismo –que convenimos no se puede desconocer– sino que pretende restringir el “ejercicio” indebido, impropio o irregular que se haga de aquel, por cuanto, es en este último caso donde el litigante no se sirve de la acción dentro de los márgenes legítimos, sino fuera de ellos, esto es, abusando de él³⁵.

Ahora bien, si visualizamos el ejercicio del “derecho de acción”, que la doctrina asimila con el abuso “del proceso”³⁶ podemos, a su vez, identificar como situaciones abusivas del mismo, las siguientes:

- (a) cuando se trata de un proceso innecesario o inútil (donde no existe conflicto de intereses);
- (b) cuando el proceso es groseramente infundado, siendo evidente la sinrazón del actor;
- (c) cuando se trata de un proceso desviado (donde con la postulación de una pretensión determinada respecto de su normatividad sustancial, se persigue un fin distinto a la misma y de naturaleza extraprocesal); y
- (d) cuando el proceso es excesivo (la elección de la vía más amplia, lenta, costosa y dañina para el demandado, cuando bastaría otra más breve y menos onerosa).

³⁴ COUTURE (2010), p. 59.

³⁵ *Op. cit.*, p. 62.

³⁶ BILELIO y GASPARINI (2001), p. 18, señalan que este supone abusar del derecho a la jurisdicción, del derecho a acceso a la justicia, del derecho de acción. Otros autores también reconocen, con esta denominación, a este tipo de abuso: PEYRANO (2001), pp. 76-79; LÉPORI (2001), p. 50; AIRASCA (2001), p. 110; ÁLVAREZ (2001), pp. 122-123 y 125; RAMBALDO (2001), pp. 226 y 234; RUZAFÁ (2001), p. 262; FERRARI (2001), p. 281 y VALLEJOS (2001), pp. 424-425.

A su turno, Masciotra³⁷ postula que las hipótesis de uso disfuncional de la jurisdicción las encontramos en la instauración de “aventuras judiciales” en las que se reclaman montos exorbitantes, se alegan infinidad de hechos y se ofrecen numerosas pruebas que generarán elevadas costas, con fines extorsivos tendientes a una rápida y lucrativa resolución del conflicto, toda vez que la sustanciación de la *litis* puede resultar en ocasiones más perjudicial que cualquier solución que se adopte a través de los métodos de auto composición³⁸.

Como se colige de lo precedente, la acción deducida por un accionista que no se funde en un interés jurídico, en efecto, protegido o que se encuentre verdaderamente amparado por el fin de protección de la misma, calificaría dentro de las hipótesis que la propia doctrina procesal califica de abusivas.

En relación con la jurisprudencia nacional, necesario es consignar que esta ha reconocido de manera expresa que es factible, bajo ciertos supuestos, que el actor pueda excederse del límite que ampara el Derecho, lo que evidentemente no puede recibir tutela jurídica³⁹.

En esta dirección nuestro Máximo Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse expresando:

“Que, entonces, atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado de abuso del proceso –el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo y que se ha entendido comprendido en el ilícito en estudio–, sus extremos habrán de establecerse con criterios aceptados por este tribunal. Se trata de la formación de un proceso jurisdiccional sin fundamentos, en el que la carencia de razón es manifiesta –esto es fácilmente predicable–, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable”⁴⁰.

En idéntico sentido se han pronunciado otros tribunales⁴¹.

Para concluir y con el solo fin de dejar enunciadas algunas consideraciones cuyo desarrollo excede los límites de estas notas, cabe mencionar que

³⁷ MASCOTRA (2005), p. 55.

³⁸ En términos similares ya se había pronunciado PEYRANO (2001), p. 78 y AIRASCA (2001), p. 110.

³⁹ ROMERO (2007), p. 71.

⁴⁰ Telmex Servicios Empresariales S.A con Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A (2009) y en la misma dirección: Opazo con Brown (2009) y Cabello con Molduras Tecnológicas Ltda. (2011).

⁴¹ La Comisión Preventiva Central en CMET con Entel (1996); el juez arbitral Juan Colombo Campbell en Inversiones Socoroma con Carter Holt Harvey International Limited (1998); el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A. (2006); Reebok International Limited con Reebok Chile S.A. (2009); y FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. (2010).

entre las consecuencias jurídicas (alternativas o acumulativas) que acarrea consigo el ejercicio abusivo del “derecho de acción”, se encuentran:

- (a) la responsabilidad civil por daños y perjuicios emergentes del uso indebido de las vías procesales;
- (b) el hecho de que la facultad correspondiente no pueda ejercerse válidamente o que, si ya se hubiese concretado, no produzca una situación desventajosa para la víctima de aquel;
- (c) la declaración de nulidad del acto y de lo que sea su consecuencia inmediata;
- (d) las condenas procesales, que se identifican con la imposición de las costas del pleito; y
- (e) la aplicación de sanciones disciplinarias⁴².

E. CONCLUSIONES

1. Entre las características que exhibe nuestro Derecho Societario, se advierte una visión maniquea que supone atribuir tanto una injustificada bondad a las decisiones de la minoría como una desproporcionada maldad a las motivaciones de la mayoría. Ello se ha traducido en que la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional adolezcan de notables vacíos en lo que respecta al tratamiento del abuso de la minoría accionaria.
2. La solución para reprimir esta clase de conductas abusivas exige formular una distinción previa, de carácter esencial, que se encuentra explicitada en el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas. Ello, en tanto dicho precepto previene que los derechos que la misma ley reconoce deben ejercitarse respetando, por un lado, los intereses de la compañía y, por el otro, los intereses de los demás accionistas.
3. En todos aquellos supuestos en los cuales se verifique una contradicción entre el interés de los accionistas minoritarios y el interés social, el ejercicio de los derechos que la ley confiere a los primeros deberá ajustarse a la causa o función típica del contrato social. Si así no ocurriere, se produce una desviación del interés jurídicamente protegido por la norma que otorga el pertinente derecho, acarreado la ilicitud de la conducta abusiva de que se trate.

⁴² Son variados los autores que se pronuncian sobre las sanciones que las conductas abusivas generan, haciendo mención a unas, a otras, o a todas ellas, pero en consenso sobre su existencia e identificación. Así se puede mencionar entre otros a CASTIGLIONE (1921), pp. 92-95; KEMELMAJER (1997), p. 223; LÉPORI (2001), p. 51; PASTOR (2001), pp. 68-70; ÁLVAREZ (2001), pp. 123-127; BALESTRO (2001), p. 147; RUZAFÁ (2001), pp. 260-266; VARGAS (2001), pp. 221-223; CARBONE (2001), p. 361; FLUCK (2001), pp. 385-390; VALLEJOS (2001), pp. 423-424 y LOZANO-HIGUERO (2006), pp. 81-82

4. En el evento de presentarse una colisión entre el interés extrasocietario de la minoría y el interés no ya común o compartido por todos los socios (interés social) sino que propio o específico de aquellos accionistas que poseen una participación mayoritaria, también será menester recurrir al concepto de “causa”, pero entendida ésta bajo una consideración en esencia objetiva, es decir, como “supuesto de hecho legalmente suficiente para justificar un determinado efecto jurídico”. De esta manera, si el supuesto de hecho típico (causa) es convertido en un simple medio para obtener una finalidad contraria al interés jurídicamente protegido con el derecho de voto, la causa deviene entonces en ilícita.
5. La aplicación de la doctrina objetiva que propugnamos respecto de la causa, en tanto baremo, tasa o medida para juzgar las situaciones analizadas, no se traduce, siempre y de modo necesario, en la nulidad de la correspondiente actuación; pudiendo, en concomitancia o no con tal sanción, ejercitarse tanto una acción indemnizatoria como a una de exclusión de socio, entre otras.
6. Los planteamientos formulados a propósito de la causa ilícita, son también aplicables, *mutatis mutandi*, al abuso procesal en que puede incurrir el accionista, que deduce en juicio una acción, con el solo objeto de obtener una ventaja que no guarda relación con el interés jurídico tutelado por la norma que se reputa infringida.

BIBLIOGRAFÍA

- AIRASCA, Ivana María (2001): “Algunas reflexiones sobre el abuso procesal”, en Jorge PEYRANO (dir.), *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- ALBALADEJO, Manuel (1996): *Derecho Civil* (Barcelona, Bosch Editor) Tomo I, Vol. I.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2005): “La teoría del fraude a la Ley”, en AA.VV. *Teorías del Derecho Civil Moderno* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007): “Hacia una Reformulación del Concepto de Causa y su Proyección en el Código Civil”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores de derecho civil de la Universidad de Chile*, (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 161-193.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2013): *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones UC).
- ÁLVAREZ, Mariela (2001): “Abuso del proceso”, en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- BALESTRO FAURE, Miryam (2001): “La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios”, en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

- BETTI, Emilio (1969): *Teoría general del negocio jurídico* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- BILESIO, Juliana y GASPARINI, Marisa (2001): "Reflexiones sobre el abuso en materia procesal", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- BRUNETTI, Antonio (2002): *Sociedades mercantiles* (México, Editorial Jurídica Universitaria) Tomo II.
- CABANELLAS, Guillermo (1992): "El interés societario y su aplicación", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- CARBONE, Carlos (2001): "Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- CARBONNIER, Jean (1971): *Derecho Civil* (Barcelona, Bosch) Tomo II. Vol. I.
- CARIOTA FERRARA, Luigi (1956): *El negocio jurídico* (Madrid, Aguilar).
- CASTIGLIONE, José (1921): *El abuso del derecho* (Buenos Aires, Valerio Abeledo).
- COUTURE, Eduardo J. (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (4ª edición, Buenos Aires, Editorial Metropolitana).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1991): "*Fraus Omnia Corruptit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 189 Año LIX: pp. 8-34.
- FERRARA, Francisco (1926): *La simulación de los negocios jurídicos* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez).
- FERRARI, Griselda (2001): "Aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia procesal civil", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- FLUCK, Anna (2001): "La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios ¿Preclusión o prescripción?", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- FUEYO LANERI, Fernando (1991): "El Fraude a la Ley", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXVIII N° 2: pp. 25-49
- JUSTE MENCÍA, Javier (1995): *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima* (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1997): "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16: pp. 209-286.
- LÉPORI WHITE, Inés (2001): "Abuso procesal (La función de los jueces y el abuso procesal)", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- LOZANO-HIGUERO, Manuel (2005): "La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 18: pp. 41-102.

- MARSALA, Eduardo (2007): "El abuso de las minorías", VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Córdoba, FESPRESA).
- MASCIOTRA, Mario (2005): *La conducta procesal de las partes* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier (2014): "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N° XLVII: pp. 13-56.
- MESSINEO, Francesco (1979): *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) Tomo v.
- PASTOR, Carlos Daniel (2001): "El abuso procesal", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- PEYRANO, Jorge (2001): "Abuso de los derechos procesales", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- PIETROBON, Vittorino (1971): *El error en la doctrina del negocio jurídico* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- POLO, Eduardo (1996): "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", Juan Luis IGLESIAS PRADA (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Madrid, Editorial Civitas) Vol. 2: pp. 2271-2293.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1996): *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomos I y II.
- PULGAR EZQUERRA, Juana (2013): "Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías", Universidad Complutense. Documento depositado en el archivo institucional EPrintes Complutense. <http://eprints.ucm.es/>
- RACCIATTI, Hernán (1991): "Abuso de derecho por las minorías en el marco societario", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Buenos Aires, Depalma).
- RAMBALDO, Juan Alberto (2001): "El abuso procesal", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1998): *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROIMISER, Mónica (1979): *El Interés Social en la Sociedad Anónima* (Buenos Aires, Depalma).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2007): *Cursos de Derecho Procesal Civil. La acción y la pretensión de los derechos* (reimpresión de la primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RUBIO VICENTE, Pedro (2004): "Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 37 (Buenos Aires, Depalma) pp. 1-41.
- RUZAFÁ, Beatriz (2001): "El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva en Jorge PEYRANO (Dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).

- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (2000): *Conflictos de intereses entre socios en las sociedades de capital* (Navarra, Aranzadi).
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco (1964): *Doctrinas generales del Derecho Civil* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- SENENT MARTÍNEZ, Santiago (2013): "Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptados o rechazados", Universidad Complutense. Documento depositado en el archivo institucional EPrintes Complutense. <http://eprints.ucm.es/>
- VALLEJOS, Juan Carlos (2001): "El abuso del proceso en materia probatoria", en Jorge PEYRANO (dir.) *Abuso procesal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores).
- VARGAS, Abraham (1999): *Estudios de Derecho Procesal* (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo) Tomo I.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Teoría General del Acto Jurídico* (5ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Normas citadas

- Código Civil* (Chile).
- Ley de Sociedades Anónimas (Chile).

Jurisprudencia citada

- Comisión Preventiva Central en CMET con Entel (1996).
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A. (2006).
- Telmex Servicios Empresariales S.A con Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A (2009).
- Opazo con Brown (2009) y Cabello con Molduras Tecnológicas Ltda. (2011).
- Juez arbitral Juan Colombo Campbell en Inversiones Socoroma con Carter Holt Harvey International Limited (1998).
- Reebok International Limited con Reebok Chile S.A. (2009).
- FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. (2010).
- Tribunal Supremo de España, sentencia de 31 de julio de 2002, N° 804/2002
- Tribunal Supremo de España, sentencia de 8 de mayo de 2003, N° 439/2003.
- Tribunal Supremo de España, sentencia de 16 de junio de 2006, N° 598/2006.
- Tribunal Federal Supremo de Alemania, sentencia de fecha 20 de marzo de 1995 (ZR 205/94).
- Tribunal Federal Supremo de Alemania, sentencia de fecha 22 de mayo de 1989 (ZR 206/88).

ENSAYOS Y ESTUDIOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ELEMENTOS PARA UN CURSO BÁSICO SOBRE RAZONAMIENTO JURÍDICO

ELEMENTS FOR A BASIC COURSE ON JURIDICAL REASONING

*Iván Aróstica Maldonado**

SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Actualmente, cualquiera puede acceder en forma casi instantánea a esa ingente cantidad de datos que se produce y almacena hora tras hora, gracias a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC); lo que ha dado en llamarse “era del conocimiento” o “sociedad de la información”. El año 2010, el mundo había generado algo así como 988 exabytes (un billón de billones de bytes) o dieciocho millones y medio de veces la información contenida en todos los libros escritos hasta ese momento¹. Y hasta no hace mucho, se decía que un ejemplar del *New York Times* contiene tantos datos como los que una persona normal del siglo XVII reunía en toda su vida².

Erick Schmidt, presidente de Google, se suma a la vorágine, revelándonos que, desde los comienzos de la civilización hasta 2003, la humanidad produjo información equivalente a la almacenada en mil doscientos cincuenta millones de DVD, en tanto hoy generamos esa misma cantidad de datos en dos días³. Todo un meandro de bancos rebosantes de datos, con otros tantos sofisticados motores de búsqueda a disposición, y que a menudo nos recuerda esa vertiginosa Biblioteca de Babel que –en una época preinternet– imaginara Jorge Luis Borges, donde se acumulaban todos los libros existentes, en un laberinto interminable de galerías hexagonales.

Pero, más datos no significa que la gente esté mejor informada o que sepa más que antes, pues cantidad no siempre viene acompañada de calidad. Además que ya no es como antes, cuando conocer era sinónimo de orden y claridad, al disipar dudas, turbaciones e incertidumbres: hoy solemos colapsar y quedar perplejos, sin saber qué hacer ante esta avalancha de infor-

* Profesor de Derecho Administrativo. Universidad del Desarrollo.

¹ Reportajes, en *La Tercera* Santiago, 1 de marzo de 2009, p. 23.

² ADAIR (2008), p. 35

³ Ricardo Acevedo Zalaquet, “La obsesión por los datos”, en *La Tercera*, Tendencias, Santiago, 21 de junio de 2014, pp. 4-5.

mación, debido a nuestra incapacidad para digerirla, analizarla y cotejarla; incluso, para empezar a discernir si es genuina o espuria.

Es más, desde que en 1948 Claude Shannon –de Laboratorios Bell– publicara su trascendental ensayo de ochenta páginas *A Mathematical Theory of Communication*, instaurando la “teoría de la información”, estamos notificados de que tal palabra ‘información’ ya no denota un mensaje que contenga alguna afirmación lógica o un significado reconocible, lo que generalmente se denomina un hecho, sino que representa una medida tan solo cuantitativa de intercambio tecnológico. O sea, cualquier cosa susceptible de codificarse para su transmisión, por medio de un cauce conectado a cierto receptor, independiente de que se trate de una realidad, una sarta de galimatías o una simple banalidad⁴.

La tecnología actual –se dice– no ha hecho necesariamente a la gente más lista. Lo que ha hecho es, por ejemplo, posibilitar que muchos trabajos sean más fáciles de realizar por personas con habilidades menores o inundarnos de datos, cuya posibilidad de comprensión se hace cada vez más escasa. Mientras, las escuelas y universidades producen graduados capaces de manejar un computador y navegar por internet, pero insuficientemente calificados para desarrollar un pensamiento crítico y una comunicación eficaz⁵.

COMPLEJIDADES JURÍDICAS

Pasa, además, que vivimos en un *mundo de leyes desbocadas*, como dio en llamar García de Enterría:

“la vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético”⁶.

“La cuestión fáctica o empírica que las normas describen, el supuesto de hecho –se ha dicho también– es mucho más complejo que en las sociedades antiguas y, consecuentemente, la argumentación jurídica, en lo que corresponde a la determinación de los elementos fácticos del caso, es también muy diferente. El mismo lenguaje de las normas se ha vuelto

⁴ ROSZAK (2005), pp. 51-53.

⁵ ALBRECHT (2008), pp. 27-28.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), pp. 47-48.

farragoso y ambiguo, fruto de que las normas son cada vez en mayor medida producto de una negociación consensuada o pactada entre grupos con distintos intereses, de tal modo que la redacción final de las normas debe dejar satisfechas a las partes intervinientes y, en muchas ocasiones, sólo una redacción ambigua permite que la negociación siga adelante”⁷.

“También lo apresurado de las continuas reformas legales –añade este diagnóstico– explica que el lenguaje de esas normas no sólo sea ambiguo, sino incoherente, y podríamos citar otros ejemplos que explican que el texto de las normas jurídicas fomente el incremento de debates fácticos en las controversias jurídicas actuales. Asimismo, la evolución de la sociedad del conocimiento y la evolución de las modernas tecnologías tiene su reflejo en un incremento de los debates interpretativos de los supuestos fácticos de las normas. Esta ambigüedad normativa determina que aumenten los conflictos interpretativos y que, consecuentemente, se incremente el número de litigios”⁸.

EL ARTE-FACTO JURÍDICO

Y todo esto repercute y se manifiesta también en nuestro trabajo profesional.

¿Cómo acotar los problemas? ¿De qué manera transformar los datos e informaciones –sean antecedentes fácticos o normativos– en descripciones, explicaciones y conclusiones destinadas a engendrar conocimiento jurídico? Son preguntas claves, cuyas respuestas no se revelan por aplicación mecánica de recetas rígidas e infalibles. Aunque, si nos armamos con el sentido común o la racionalidad general, más la ayuda de una mixtura de métodos provenientes de otros campos del saber e investigaciones fronterizas, y contando siempre con algunas disciplinas tradicionales como la dogmática y la retórica, sin olvidar la epistemología (sobre el pensamiento verdadero material) y la lógica (sobre el pensamiento correcto formal), será el planteamiento ordenado de esas mismas interrogantes y la utilización adecuada de estos medios de apoyo, lo que nos facilitará extraer algunas pautas y hacernos con un cajón de herramientas cognitivas..., al menos, para salir del paso.

A cuyo propósito, baste por ahora trazar una ruta general de orientación, sin pretender ser exhaustivos. No sea cosa de que nos pase lo que escribió Borges, sobre

“...aquel Imperio [donde], el Arte de la Cartografía logró tal perfección que el Mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el Mapa

⁷ BUENAGA CEBALLOS (2016a), p. 23.

⁸ *Ibid.*

del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el Tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al estudio de la Cartografía, las Generaciones Si-guientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin impiedad lo entregaron a las inclemencias del Sol y los Inviernos”⁹.

Ni se trata tampoco de ahondar en las diferentes escuelas o enfoques teóricos del razonamiento jurídico, que se han venido afianzando en los últimos tiempos, especialmente en el campo de la Filosofía del Derecho¹⁰, sino de ubicar los estadios o momentos donde podríamos encontrar mayor dificultad. En una secuencia, en que se sucedan nuestras operaciones e ideas de un modo más o menos racional –como al llenar la tina– si abrimos primero el grifo de agua caliente y luego el de agua fría, el cuarto de baño se llenará de vapor y no veremos nada; en cambio, si abrimos primero el grifo de agua fría y añadimos luego el agua caliente, no tendremos vapor, las paredes permanecerán secas y veremos con toda claridad. El orden del llenado determina que tengamos lucidez o no, aun cuando se use la misma proporción de elementos (de agua caliente y de agua fría)¹¹.

Así que, para encuadrar algunas sugerencias regulativas sobre dónde y cómo enfrentaremos determinadas dificultades en el proceso de razonamiento jurídico, tomemos la parábola del escultor y la estatua (Aristóteles), a fin de distinguir los elementos constituyentes o “causas” en la labor del jurista:

- La causa “eficiente” (el autor y las herramientas empleadas para moldear) en este caso sería la intuición y la razón.
- La causa “material” (la sustancia física con que trabaja) se corresponde con los hechos y las normas jurídicas.
- La causa “formal” (la figura que adquiere la sustancia) representada por el informe, la demanda o la sentencia a redactar.
- La causa “final” (el propósito de la actividad o creación de un objeto destinado a cumplir ciertas funciones) corresponde a un nuevo conocimiento y comprensión en el campo jurídico.

⁹ En SUÁREZ MIRANDA (1658).

¹⁰ La teoría de la práctica: sobre las concepciones formal (centrada en la corrección de las deducciones lógicas), material (que acentúa la fundamentación de las premisas) y pragmática (ocupada de persuadir al auditorio): VEGA y OLMOS (2013), pp. 333-337. Más ampliamente en ATIENZA (2013), pp. 171-422.

¹¹ DE BONO (2008), p. 193.

CAUSA EFICIENTE

Debemos al filósofo alemán Hans Reichenbach (1891-1953), la distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”, la que se hizo célebre después de que los pensadores positivistas y empiristas se percataron de que, en realidad, muchos descubrimientos e invenciones no se deben a observaciones y experimentos apegados al estricto proceso metodológico científico, sino que son el resultado de la intuición o un buen chispazo de imaginación.

Todos nos acordamos de Arquímedes corriendo por Siracusa y gritando “*Eureka, eureka*” (¡lo encontré, lo encontré!) al descubrir, en la bañera, el principio de flotabilidad. O de la fábula sobre Newton, de que al ver caer una manzana habría concebido su Teoría de la Gravitación Universal. Dicen que August Kekulé, tras soñar con la serpiente que se muerde su propia cola (símbolo ancestral de muchas culturas, conocido como ouroboros), vislumbró la estructura hexagonal del benceno.

Es que, convenido de que el conocimiento no se desenvuelve exclusivamente por los cauces de la lógica¹², respecto al papel que le corresponde a la intuición, es válido acotar que su presencia creadora se aprecia en aquel primer momento llamado “contexto de descubrimiento”. Como dice Agustín Gordillo:

“la intuición juega un rol determinante en la formulación de la hipótesis principal, y el razonamiento lógico formal aparece más bien al momento de dar la fundamentación final apropiada (a juicio de sus autores) según el ordenamiento jurídico del cual se trate y hasta de las épocas”¹³.

¿El fantasma que reveló a Hamlet que su padre no murió por una causa natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre?: pues sí, este sería el “contexto de descubrimiento”. Pero es obvio que una decisión jurídica tiene que basarse en pruebas y evidencias empíricas, contrastadas en el marco de un proceso racional, que acrediten la comisión de un homicidio: y este sería entonces el “contexto de justificación”¹⁴.

“Contexto de justificación”, donde tiene lugar el “razonamiento jurídico” como tal, y que conceptualmente se compone de las fases de deli-

¹² HERNÁNDEZ GIL (1975), p. 104.

¹³ NIETO-AGUSTÍN (2003), p. 79. En HERNÁNDEZ FRANCO (2014), pp. 33-50, dice que en el contexto de justificación tiene lugar un primer momento consciente, de comprensión del problema; un segundo momento también consciente, en que la mente analiza los elementos o materiales a ocupar para fundar y justificar nuestras respuestas, y un tercer momento en que aparece el inconsciente adaptativo, donde tras una especie de trance que no por eso deja de ser racional, obtenemos la respuesta final.

¹⁴ GASCÓN y GARCÍA (2016), pp. 397-398.

beración y de argumentación. La *deliberación* es una etapa previa, de formación del pensamiento, en que se trata de alcanzar aquel conocimiento que permita superar la ignorancia (la falta de aprehensión completa de la realidad) y lograr un entendimiento para vencer el error (la falsa percepción de la realidad)¹⁵. Mientras que la *argumentación* es una etapa posterior, de expresión del pensamiento, en que se busca convencer o persuadir acerca de la congruencia de una reflexión elegida, a fin de derrotar el escepticismo y ganar adhesión¹⁶.

CAUSA MATERIAL

Lo primero, impajaritable, es tratar de delimitar del modo más preciso el problema entre manos, para cuyo efecto siguen siendo útiles las cuatro reglas del método cartesiano¹⁷: evitar el apuro o la precipitación, admitiendo como verdad solo aquello que se nos presenta de manera clara y distinta en nuestra mente (regla de la evidencia); analizar la situación o acontecimiento de que se trata, descomponiéndola en sus elementos constitutivos esenciales (regla del análisis); ordenar los objetos conocidos desde los más simples a los más complejos, colocándolos incluso en orden de precedencia (regla de la síntesis), y, por último, enumerar completamente los datos del problema y pasar revista general a cada uno de los elementos de su solución, asegurándose de que se ha resuelto todo de manera correcta (regla de la comprobación).

Como un problema bien entendido y acotado ya es, en buena parte, un problema solucionado, para descubrir el meollo del asunto o el quid de la cuestión, las reglas del Método Analítico y del Pensamiento Lateral son, asimismo, aliadas valiosas. Ellas abarcan tres ejercicios complementarios entre sí:

- *Fraccionar* el problema en sus diversos componentes, para enseguida someterlos al interrogatorio de algunas pertinentes preguntas clave¹⁸.
- *Comparar* el problema con otras situaciones o temas en apariencia análogos, donde ya se ha encontrado una solución (con apoyo en una matriz de semejanzas y diferencias esenciales).
- *Invertir* los términos del problema con miras a reestructurarlo y encontrar nuevos puntos de referencia (equivalente a la vieja técnica de mirar las cosas por el derecho y el revés).

Vale decir, procederemos igual a como se observa una pintura anteponiendo una retícula, de suerte que cada una de sus casillas o celdillas nos

¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO (2009), pp. 15-28; HEINECKE (2009), pp. 11-47.

¹⁶ Entre muchos, VALENZUELA CORI (2009), p. 178. También MAJONE (2000), p. 240.

¹⁷ DESCARTES (2012), pp. 51-52.

¹⁸ Como es la guía QQPPCCD (Qué-Quién-Porqué-Paraqué-Cuándo-Cuánto-Cómo-Dónde) dada por GALLEGO (2001), pp. 76-77.

facilite auscultarla detenidamente, parte por parte. O, como quien escucha una canción, distinguiendo la melodía que entona el cantante, la música que toca la orquesta y el coro que acompaña de atrás (pasando luego a profundizar en la ejecución de cada instrumento, el tipo de voces, etc.). Por algo decía Séneca que es más fácil entender las partes que entenderlo todo (*Facilius per partes in cognitionem totius adducimur*).

Luego, si vamos a razonar de forma deductiva, esto es, sobre la base de un silogismo, tendremos que despejar las cuestiones que puede acarrear al establecimiento de nuestras premisas fácticas (la *quaestio facti*) y de nuestras premisas normativas (la *quaestio iuris*). El enunciado fáctico puede suponer problemas de prueba y de calificación, al tratar de determinar si un hecho existe y si es relevante o no; en tanto que el enunciado normativo puede implicar dificultades referentes a la selección, vigencia, interpretación y aplicación de la ley o principio general referente al caso: *da mihi factum, dabo tibi ius* (“dame los hechos, que yo te daré el derecho”).

La *Questio Facti*

Al buscar los antecedentes que se necesitan para elucidar un problema, hay que saber mirar y distinguir tres aspectos básicos:

- (1) cuáles son los hechos reales, descartando toda clase de mitos, cuentos y fraudes;
- (2) cuáles son los hechos relevantes, excluyendo aquellos triviales e intrascendentes, al modo como se separa el trigo de la paja o la música del ruido, y
- (3) cuáles son los hechos faltantes, es decir, aquellos elementos que deberían encontrarse presentes, pero que, reveladoramente, están ausentes. Del mismo modo, como sabemos que la música no solo se compone de sonidos, sino que también de silencios expresivos¹⁹.

Algunos ejemplos ilustrarán de qué se trata cada una de estas operaciones.

1. Los hechos verdaderos

Se dice que los periodistas toman como un “hecho verdadero”, para comparar diversos riesgos, un estándar muy peculiar: el número de personas fallecidas

¹⁹ La evidencia de ausencia no es lo mismo que ausencia de evidencia: mientras lo primero supone un cierto conocimiento, lo segundo es su opuesto, un mero desconocimiento. El analista Nassim Nicholas Taleb nos recuerda que en la Medicina se emplea el acrónimo NED o “No Evidence of Disease” (sin pruebas de enfermedad), pero que no existe nada al estilo de END o “Evidence of No Disease” (prueba de ausencia de enfermedad). O sea, que cuando nos dicen que nuestros exámenes no han arrojado señales de cáncer, cuidado con entender que está descartada la enfermedad: *EL CISNE NEGRO* (2013), pp. 103-106.

anualmente en todo el mundo, por la caída de cocos desde la copa de palmeras tropicales (la cifra sería de ciento cincuenta fallecidos al año).

¿Es que en realidad ocurre esto? ¿Alguien contabiliza estas muertes?

La respuesta es nadie: solo se trata de una mera aproximación estadística alguna vez difundida –con su qué– por una compañía inglesa de seguros de viaje. Mito urbano²⁰.

2. Los hechos relevantes

Que la utilización de modelos generales facilita separar los hechos importantes de los superfluos o irrelevantes, da cuenta el siguiente relato:

Yendo de noche por un camino rural, Juan se encontró con un choque y vio que uno de los conductores yacía postrado sobre el volante. Corrió a socorrerlo a un tiempo que mandaba a su esposa en busca de ayuda. Como pudo, hizo tiras su camisa para vendarle la herida sangrante; después de cortar el cinturón de seguridad, exhausto, se dio maña y fuerzas para arrastrar el cuerpo un par de decenas de metros ante el peligro de incendio. Cuando llegó, el personal de la ambulancia comprobó el pulso y la circulación sin encontrar señal alguna. El conductor había muerto en el accidente.

Si Juan hubiera tenido en mente y ejecutado un modelo, podría haber controlado mejor la situación, sin poner en peligro su vida ni exponer a su mujer. Porque para eso la Cruz Roja enseña el modelo ABC –Airways, Breathing, Circulation (Vías aéreas libres, Respiración o ventilación, Circulación)– como primeras atenciones a prestar a un accidentado²¹.

3. Los hechos faltantes

De que en nuestros procesos de reflexión y pensamiento, no hay que pasar lagunas o vacíos por alto, ni caer en la desatención por omisión, nos lo recuerda el cuento policial *Silver Blaze*, el exitoso caballo de carreras desaparecido misteriosamente. Cuando el célebre Sherlock Holmes ha tenido la oportunidad de examinar el establo, el inspector Gregory le pregunta:

“¿Existe algún detalle acerca del cual desearía usted llamar mi atención?”

“Sí –dice Holmes–, el incidente curioso del perro aquella noche”. “Pero el perro no intervino para nada”, protesta el inspector. A lo que Holmes responde: “Ese es precisamente el incidente curioso”.

Para el famoso detective, maestro en deducciones, la ausencia de ladridos era la clave del caso: el perro debió conocer al intruso. De lo contrario, habría ladrado ¡Elemental!²².

²⁰ BEST (2009), p. 21.

²¹ COLLISON y PARCELL (2003), pp. 45-46.

²² KONNIKOVA (2013), pp. 106-108.

Todo ello ha de servirnos para razonar lógicamente, componiendo un silogismo²³. Que al asumir la forma *modus ponens* (“modo de poner”) requiere la existencia de unos hechos reales como premisa menor; los cuales adquirirán la calidad de hechos relevantes solo si pueden ser subsumidos dentro de un modelo o norma general, que obra como premisa mayor, para arribar así a una conclusión irrefutable:

Si p, entonces q.

p.

Por tanto, q.

En tanto los hechos faltantes o “pruebas invisibles” nos permitirán inferir y concluir conforme a la regla lógica del *modus tollens* (“modo de quitar”):

Si p, entonces q.

No q.

Por tanto, no B

Por eso, para no engañarnos con versiones falsas o hechos superfluos, u olvidar computar los antecedentes faltantes, el establecimiento de nuestros antecedentes de hecho (premisa menor) debería comprender las etapas de: “búsqueda” (definir las hipótesis de trabajo y de contraste); “colección” (emplear los medios de prueba correctos); “valoración” (apreciar la calidad del medio-calidad del contenido reportado por ese medio, uno a uno por separado); “integración” (cruzados los medios, para advertir si hay convergencia-divergencia-contradicción) e “interpretación” (si tenemos certeza-probabilidad)²⁴.

La Questio Iuris

Así como muchas veces, no sabemos –o al menos no sabemos suficientemente bien– adentrarnos en la búsqueda, colección y tratamiento de los datos e información, cristalizables en evidencias empíricas; tampoco solemos considerar que ya dejaron de existir aquellas leyes concebidas como una manifestación de voluntad premeditada y racional, perfectamente expresada, con una rigurosa lógica interna y haciendo parte de un sistema jurídico coherente y solidario, predestinada a regir –por todo eso– con permanencia o perdurabilidad. Olvidamos que estas pocas reglas codificadas conviven con un caudal de leyes nacidas en la improvisación o fruto de la inmediatez que, si no son objeto de continua mutación, apenas logran sobrevivir en condiciones de alta inestabilidad²⁵.

Incluso, algunas leyes preparadas por comisiones de expertos no son fruto de diagnósticos acabados, en que se estimen costos y beneficios de diseños alternativos, dado que la inexistencia de estudios completos y definitivos

²³ WESTON (2012), pp. 68-70.

²⁴ ARÓSTICA (2012), pp. 233-249.

²⁵ ARÓSTICA (2010), pp. 317-323; ENTEICHE ROSALES (2012), pp. 217-235.

vos lleva a decidir con información muy limitada, a prueba y error, de suerte que la sucesiva aparición de nuevos antecedentes va gatillando constantes ajustes a la legislación²⁶.

Y, aunque dicha proliferación de leyes confusas y precarias viene de años, dando lugar a la sempiterna discusión acerca de la “crisis del sistema legal”, todavía no contamos con criterios de orientación prácticos y fácilmente asequibles para manejarse en aquellos momentos de crisis, cuando las sociedades e instituciones suelen comportarse como máquinas no triviales, o sea, de una manera que no se puede predecir y susceptible de desembocar en una juridicidad inesperada²⁷.

Por eso, al tener que trabajar con una norma (regla), que a una hipótesis o supuesto de hecho general (antecedente) establece un determinado efecto jurídico (consecuente)²⁸, será necesario que estructuremos la premisa normativa de nuestros razonamientos, en una operación comprensiva de los siguientes pasos:

- (1) seleccionar cuál es esa norma o principio general aplicable al caso;
- (2) examinar la vigencia temporal de la misma;
- (3) interpretar el sentido y alcance de dicha norma; además de,
- (4) anticipar los efectos jurídicos y consecuencias prácticas que conlleva su aplicación.

1. Selección

A falta de una regla única, evidente y conocida, en esta etapa pueden encontrarse dos realidades: ausencia o pluralidad de normas. En caso de ausencia, la pregunta será si cabe llenar la laguna normativa, con algún principio general de derecho o con otra norma por analogía. Si, por el contrario, concurre una pluralidad de normas, cuidaremos de examinar si se hallan en situación de redundancia o dispersión, lo que probablemente implicará preferir una norma y descartar las otras (como ocurre cuando existe una ley general y al mismo tiempo convergen leyes especiales o de excepción, que suelen desplazar la aplicación de aquella; a menos que se trate de una ley universal)²⁹.

²⁶ Andrea Repetto, “Datos, estudios y políticas”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de junio de 2014, B 6.

²⁷ MORIN (2011), pp. 116-118.

²⁸ No todas las normas expresan una correspondencia entre supuesto de hecho y efecto jurídico (en un mismo precepto o en preceptos separados que concurren por remisión). También las hay cuyo objeto es meramente declarativo o explicativo, que definen o acotan conceptos, instituciones o situaciones varias, entre otras.

²⁹ Un tema aparte es la teoría de la “ponderación” entre “principios” constitucionales (para dar preeminencia a uno y excluir al otro en un caso concreto *ad hoc*); que para ilustrarlo con mayor rigor se necesita obviamente otro ensayo. Para una primera aproximación sobre esta polémica: HABA y ATIENZA (2014). Otro: ATIENZA y GARCÍA AMADO (2016), p. 138. Una crítica radical: SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2003), pp. 351-382.

Las normas preexistentes (derogadas por la norma seleccionada) y paralelas (en otros ordenamientos locales y comparados), deberían también acopiarse en esta etapa.

2. Vigencia

Desde cuándo y hasta cuándo rige la ley seleccionada, son dos aspectos relativos a la vigencia de la ley en el tiempo, que no se pueden descuidar. Respecto al momento a partir del cual comienza a producir efectos, habrá que aclarar si la ley tiene vigencia normal, retroactiva o diferida. Respecto a su extinción, debe examinarse si ha sido objeto de alguna derogación expresa o tácita, no olvidando revisar una posible ultractividad de la ley (cuando una ley derogada sigue produciendo efectos y sobrevive en algunos supuestos concretos).

Infaltable será, también, comprobar si la norma no ha sido objeto de una sentencia de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, que a futuro pueda desembocar en una declaración de inconstitucionalidad con efectos anulatorios *erga omnes*.

3. Interpretación

A quiénes alcanza y qué es lo que manda, prohíbe o permite la ley, es básico. Luego, encontrar el sentido y alcance de la ley supone no pocos desafíos cuando esta usa el lenguaje común o natural (no formalizado): la ambigüedad de las palabras, los conceptos vagos y la textura abierta, son tres facetas de esta dificultad³⁰. La ambigüedad de las palabras se presenta cuando un enunciado lingüístico es susceptible de expresar varios significados distintos e incompatibles entre sí. Los conceptos vagos aparecen cuando la ley no connota las características o propiedades de un concepto, lo que impide o dificulta precisar a quiénes alcanza o denota³¹. La textura abierta tiene relación con la definición de un objeto, en cuanto podría admitir una interpretación extensiva si se asume que el legislador no quiso agotar *a priori* la descripción con un conjunto cerrado de propiedades, al no excluir algún nuevo criterio de delimitación surgido *a posteriori*.

4. Aplicación

La puesta en práctica de la ley no tiene que ver con las premisas, sino con la conclusión. Más precisamente, con la decisión que sigue a la conclusión de un silogismo: en tanto la conclusión lógica se identifica con un enunciado normativo como “Juan debe ser condenado”, la sentencia decide que “se

³⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA (2010), pp. 57-61 y 205-206; CARRIÓ (1998), pp. 27-36.

³¹ Hemos sostenido que los “conceptos indeterminados” suelen originar un problema de integración, más que de interpretación, en ARÓSTICA (2016), pp. 13-37.

condena a Juan”³². Este paso, del razonamiento a la acción, era el que se veía en las antiguas sentencias de nuestros tribunales, donde era de estilo decir, por ejemplo, que

“debemos condenar y condenamos a...”; “debemos absolver y absolvemos a...”; “debemos confirmar y confirmamos la sentencia...”; “debemos mandar y mandamos...”, etcétera³³.

En esta etapa, cuando se trata de referir a un caso particular lo que se ha establecido en general, vamos a aquilatar los efectos jurídicos directos e inmediatos que produce o puede producir esa decisión (resultado), comprobando en primer lugar que sea conforme con la Constitución, a ver si se hace acreedora de un eventual requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Siendo los demás efectos jurídicos indirectos, así como otras consecuencias prácticas mediatas y remotas (*v.gr.* las conductas que inducirá o desanimará la decisión), implicaciones todas que no pueden escapar a nuestro estudio³⁴.

CAUSA FORMAL

Una vez concluida la etapa de formación del pensamiento (deliberación), comienza la fase de expresión del pensamiento (argumentación)³⁵. O sea, ahora hemos de dar forma a nuestro informe o presentación, demanda o sentencia, donde se juegan la calidad interna del planteamiento y su eficacia retórica (suasoria o disuasoria).

A objeto de persuadir acerca de la congruencia de una versión, el conocimiento y comprensión adquiridos se deben comunicar en descripciones que tengan una forma correcta y posean un contenido claro, preciso y conciso.

La forma correcta tiene relación con la estructura conceptual del argumento, como sería, por ejemplo, dividirlo en estas tres partes³⁶:

1. Presentación: donde se describe el problema y se anticipa la solución.
2. Nudo: se exhibe la evidencia (premisa menor), la justificación (premisa mayor) y las posibles reservas (“a menos que...”).
3. Desenlace: donde va la conclusión (y vuelta a la presentación).

³² ATIENZA (2016), p. 57.

³³ RETAMAL ÁVILA (2016).

³⁴ ATIENZA (2016), pp. 193-195.

³⁵ Por medio de presentaciones personales o documentos escritos, que adquieren diferentes formatos (estudio en derecho, minuta breve o reporte de situación, proyecto de sentencia o decisión, etcétera).

³⁶ BOOTH, COLOMB y WILLIAMS (2004).

El contenido debe ser claro, preciso y conciso³⁷. Claro: distinguiendo bien los conceptos e ideas implicadas (*v.gr.* las ideas contrarias, opuestas y distintas³⁸). Preciso: con rigurosidad y certeza, afirmando o negando con seguridad racional las premisas y conclusiones del caso. Conciso: según el principio general de economía del pensamiento, no expliques por lo más lo que puedas explicar por lo menos. Como decía Baltazar Gracián en el *Oráculo manual y arte de prudencia* (1647), “lo bueno, si breve, dos veces bueno; lo malo, si breve, no tan malo”³⁹.

A objeto de influir en lo que piensan y sienten los destinatarios, o –como se suele decir– de ganar sus mentes y corazones, viene en ayuda la retórica, en especial cuando enseña la siguiente disposición del discurso, oral o escrito⁴⁰:

1. Exordio (también denominado prooimion o proemio)

Es donde el autor demuestra su decisión. Establece su *bona fides* y atrae la atención a fin de conservarla. Aquí es donde apela de manera más fuerte y directa al *ethos* (sonar creíble).

2. Narración (diégesis, prótesis o narratio)

Corresponde a la narración de Aristóteles. Se enmarcan los términos del debate, exponiendo de forma razonable y ecuaníme los argumentos y los hechos del caso en términos generales.

3. División (divisio, propositio y partitio)

El autor aquí explica en qué coincide con sus oponentes y en qué no están de acuerdo.

4. Prueba (pistis, confirmatio o probatio)

Ahora expone los argumentos que apoyan su tesis. Es el momento por excelencia del *logos* (sonar razonable).

³⁷ Y bien escrito: oído a un antiguo abogado de Contraloría General (después presidente de la Corte Suprema): por aquellos años, allí el “manual de estilo obligatorio” era el libro de Alone (DÍAZ ARRIETA (1975)).

³⁸ Juan Abelardo Hernández Franco: “lo contrario a algo, no es su opuesto. Lo contrario al valor P es –P (no P). Lo contrario a un cumpleaños– diría Lewis Carroll –no es un velatorio, sino un *no cumpleaños*–. Lo contrario al amor, no es el odio, sino el *desamor*. Siguiendo al filósofo García Bacca, lo contrario al *ente* es lo *aus-ente*, y no la nada”: en GARCÍA BACCA (2016). pp. 207-208.

³⁹ O Voltaire dirigiéndose al emperador de Prusia: “Perdone Su Majestad, lo extenso de esta carta, pero no tuve tiempo de hacerla más breve”.

⁴⁰ LEITH (2012), pp. 99-125.

5. Refutación (confutatio o reprehensio)

Más logos. Como el nombre sugiere, es la parte de un discurso en que el autor hace añicos los argumentos de sus oponentes.

6. Peroración (epílogos o conclusión)

Resume todo lo anterior y reitera los argumentos vertidos, apelando al *pathos* con mayor intensidad.

CAUSA FINAL

Todo lo anterior confluye en un saber cualificado, de cuyo conocimiento y comprensión primarios, se sigue una voluntad derivada. Es decir, el razonamiento jurídico apunta a la consecución de un saber útil y oportuno para la toma de decisiones, discerniendo cuál o cuáles son las resoluciones apropiadas tendientes a hacer justicia en un concreto caso.

La noción formulada por el jurisconsulto Celso, *ius est ars boni et aequi*⁴¹ se cita a menudo para contraponer el Derecho al conocimiento abstracto o científico del mismo (en la teoría), haciendo hincapié en que acá estamos frente a una especie de razonamiento práctico, donde se busca dar a cada uno lo suyo (en la praxis). Y, como esta decisión no puede ser arbitraria, es que debe tomarse con “pleno conocimiento de causa” (o al menos con la mejor ilustración disponible), asentado en un saber condensado y altamente estructurado. Álvaro D’Ors enseñaba que el Derecho es ciencia y arte de lo justo e injusto: la ciencia se refiere al qué y la técnica al cómo, es decir, al modo de aplicar y comunicar la ciencia, siendo en este *ars* (en griego *téchne*) donde nos encontramos ubicados ahora⁴².

Un arte que se ejercita realizando en concreto las siguientes funciones⁴³: *legislare* (crear la norma), *ministrare* (administrar cumpliendo la norma), *iudicare* (dirimir conflictos en calidad de juez), *postulare* (defender a una parte como abogado), *respondere* (dictaminar o absolver consultas jurídicas) y *cavere* (prevenir conflictos como asesor jurídico). En tanto, otros distinguen tres campos de lo jurídico en los cuales se efectúan razonamientos y argumentaciones:

- 1) en la etapa prelegislativa o de producción de las normas jurídicas,
- 2) en la etapa de aplicación, por jueces, funcionarios o simples particulares (donde se centran especialmente las teorías sobre el razonamiento y argumentación jurídicos) y

⁴¹ *Digesto*, libro I, título I, ley 1ª.

⁴² D’ORS (1963), p. 20.

⁴³ BUENAGA CEBALLOS (2016b), pp. 63-64.

- 3) en el ámbito de la dogmática jurídica, destinada a suministrar criterios para la producción y aplicación del ordenamiento jurídico⁴⁴.

LECTURAS SUGERIDAS

Dado que otros sistemas educativos han asumido que el aprender a pensar siguiendo patrones tipificados y de uso universal forma parte esencial de la formación universitaria, el lector encontrará que la gran mayoría de la bibliografía al respecto es anglosajona. Para una primera aproximación al tema, en nuestro medio se pueden sugerir las siguientes obras:

- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta Editorial).
- BUENAGA CEBALLOS, Oscar (2016a): *Introducción a la argumentación jurídica, Técnica de la Argumentación Jurídica* (Madrid, Editorial Tecnos) en especial pp. 53-66 (capítulo IV).
- HERRERO, Julio César (2016): *Elementos del pensamiento crítico* (Madrid, Marcial Pons).
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2016): *Filosofía: conceptos fundamentales* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), véanse pp. 67-77: “Amar la verdad: confiar en que es posible”.
- HEINECKE SCOTT, Luis (2009): *Método de Intelección Estratégica* (Santiago, Editorial Monasterio), confróntense las pp. 11-23: “Entendimiento Humano. Objeto del Proceso de Intelección”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO ZALAUQUET, Ricardo (2014): “La obsesión por los datos”, en *La Tercera*, Tendencias (Santiago, 21 de junio de 2014), pp. 4-5.
- ADAIR, John (2008): “Toma de decisiones y resolución de problemas”, en *Col. Nuevos Emprendedores de The Sunday Times* (Barcelona, Editorial Gedisa) N° 35.
- ALBRECHT, Karl (2008): *Inteligencia Práctica* (Barcelona, Javier Vergara Editorial).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2010): “El motivo de hecho de las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamento y justificación”, en *Contraloría General de la República 85 años de Vida Institucional (1927-2012)*, CGR: pp. 233-249.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2010): “La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, N°21, Universidad del Desarrollo: pp. 317-323.

⁴⁴ ETALA (2016), p. 69.

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2016): " Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 9, Universidad del Desarrollo: pp. 13-37.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Editorial Trotta).
- ATIENZA, Manuel (2016): *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica* (Cuarta edición, Lima, Palestra Editores).
- ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2016): *Un debate sobre la ponderación* (Lima, Palestra Temis).
- BEST, Joel (2009): *Uso y abuso de las estadísticas. La distorsión en la percepción pública de los problemas sociales y políticos* (Santiago, Editorial Cuatro Vientos).
- BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G. y WILLIAMS, Joseph M. (2004): *Cómo convertirse en un hábil investigador* (Barcelona, Herramientas Universitarias Gedisa).
- BUENAGA CEBALLOS, Óscar (2016a): *Introducción a la argumentación jurídica* (Madrid, Editorial Tecnos).
- BUENAGA CEBALLOS, Óscar (2016b): *Metodología del razonamiento jurídico-práctico* (Madrid, Editorial Dykinson).
- CARRIÓ, Genaro R. (1999): *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- COLLISON, Chris y PARCELL, Geoff (2003): *La gestión del conocimiento* (Barcelona, Paidós).
- D'ORS, Álvaro (1963): *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid, Rialp).
- DE BONO, Edgard (2008): *El pensamiento lateral. Manual de creatividad* (Segunda edición, Buenos Aires, Paidós).
- DESCARTES, René (2012): *Discurso del método* (1637) Antonio Gual Mir (trad.) (Madrid, Editorial Edaf).
- DÍAZ ARRIETA, Hernán (1975): *Aprender a escribir* (Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral).
- EL CISNE NEGRO (2013): *El impacto de lo altamente improbable* (Buenos Aires, Paidós).
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2012): "Normas "circunstanciales", en *Revista de Actualidad Jurídica*, N°25, Universidad del Desarrollo: pp. 217-235.
- ETALA, Carlos Alberto (2016): *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación* (Madrid, Marcial Pons).
- GALLEGO, Fabio (2001): "Como es la guía QQPPCCD (Qué-Quién-Qué-Paraqué-Cuándo-Cuánto-Cómo-Dónde)", en *Aprender a generar ideas. Innovar mediante la creatividad* (Barcelona, Paidós).
- GARCÍA BACCA (2016): "Lo contrario al ente es lo aus-ente, y no la nada", en *Lógica jurídica en la argumentación* (México, Oxford University Press), pp. 207-2108.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Madrid, Civitas).

- GASCÓN ABELLÁN, María y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2016): *La argumentación en el Derecho* (Tercera edición, Perú, Palestra Editores).
- HABA, Pedro y ATIENZA, Manuel (2014): *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica* (Lima, Palestra Temis).
- HEINECKE SCOTT, Luís (2009): *Método de Intelección Estratégica* (segunda edición, Santiago, INIE Editores).
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo (2014): *La mente jurídica* (México, Editorial Liber Iuris Novum).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1975): *El abogado y el razonamiento jurídico* (Madrid, Ed. Autor)-
- KONNIKOVA, María (2013): *¿Cómo pensar como Sherlock Holmes?* (Barcelona, Paidós).
- LEITH, Sam (2012): *La Retórica de Aristóteles a Obama* (Madrid, Editorial Taurus).
- MAJONE, Giandomenico (2000): *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas públicas* (México, Fondo de Cultura Económica).
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación* (Madrid, Marcial Pons).
- MORIN, Edgar (2011): *Introducción al pensamiento complejo* (Barcelona, Gedisa).
- NIETO-AGUSTÍN GORDILLO, Alejandro (2003): *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Madrid, Editorial Trotta).
- RETAMAL ÁVILA, Julio (2016): *Real Audiencia de Chile 1609-1613* (Santiago, CIP-Editorial Historia Chilena).
- ROSZAK, Theodore (2005): *El culto a la información. Tratado sobre alta tecnología, inteligencia artificial y el verdadero arte de pensar* (segunda edición, Barcelona, Editorial Gedisa).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (2003): "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 12/13: pp. 351-382.
- SUÁREZ MIRANDA (1658): *Viajes de varones prudentes* (Lérida), libro cuarto, cap. XLV.
- VALENZUELA CORI, Rodrigo (2009): *Retórica. Un ensayo sobre tres dimensiones de la argumentación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (2009): "El razonamiento judicial", en *Anales de la Fundación Elías de Tejada*, año XV: pp. 15-28
- VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (2013): *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (segunda edición - reimpresión, Madrid, Editorial Trotta).
- WESTON, Anthony (2012): *Las claves de la argumentación* (segunda impresión, España, Editorial Ariel-Planeta).

ACERCA DE LOS VACÍOS LEGISLATIVOS
Y LA PROPORCIONALIDAD
EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

ABOUT LEGISLATIVE VACANCY
AND PROPORTIONALITY
IN ADMINISTRATIVE SANCTIONS

*Nicolás Enteiche Rosales**

RESUMEN: Este artículo analiza el modo en que el principio de proporcionalidad debe aplicarse para resolver los vacíos que se observan en el Derecho Administrativo sancionador chileno. El autor estudia un caso, además de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y el Tribunal Constitucional (2016-2018), e identifica algunas carencias en las leyes que crean multas administrativas. El autor propone que el artículo 70 del *Código Penal* chileno acoge el principio de proporcionalidad en materia de multas, por lo que dispone un modelo que puede suplir dichas falencias.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional - Derecho Administrativo - Multa.

ABSTRACT: This article analyzes how the principle of proportionality should be applied to solve the gaps of Chilean Administrative Law. The author examines one case, and recent judicial decisions of the Supreme Court, Appeals Court, and the Constitutional Court (2016-2018), and then identifies such gaps in statutory provisions that establish the possibility of imposing administrative fines. The author proposes that Article 70 of the Chilean Criminal Code contains the principle of proportionality in administrative fines, for which reason it provides a suitable filling for those gaps.

KEYWORDS: Constitutional Law - Administrative Law - Fine.

* Profesor de Derecho Administrativo UDD y PUC. Profesor investigador UDD.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos ocuparemos de evaluar la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador y, a la vez, actualizaremos algunos criterios que se han propuesto en la materia.

Por ello:

- I) Estudiaremos cómo se define a la proporcionalidad a modo de institución aplicable al legislador administrativo sancionador en Chile.
- II) Relataremos los hechos que dieron lugar a la emisión de una resolución sancionadora de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el devenir procesal luego de su dictación.
- III) Realizaremos algunos comentarios.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El trienio 2016–2018 ha sido bastante fértil en materia jurisprudencial respecto de las sanciones administrativas, o aquellos actos decisorios desfavorables que se emiten por un sujeto dotado de potestades públicas administrativas, siempre que estén antecedidas de un procedimiento previo, y que su finalidad sea la represión de una contravención normativa.

Esta abundancia teórica, en un campo pretéritamente yermo, se connota en múltiples sentencias de los tribunales superiores, del Tribunal Constitucional –en adelante TC–, y a partir de algunos trabajos académicos.

Realidad inédita en nuestro país, donde –por regla general– los escasos esfuerzos dogmáticos consistían, por una parte, en sostener la absoluta inconstitucionalidad de los castigos aplicados por la Administración y, por otra, en controvertir este aserto. Solo algunas sentencias y publicaciones académicas se eximían de esta premisa. Ahora bien, la discusión que giró en torno a la aceptación o el repudio de las sanciones como institución quedó atrás.

La reciente teorización recae en el cuestionamiento a la aplicación supletoria de los principios generales del derecho reconocidos en el Derecho Penal Constitucional, ante la insuficiencia de las leyes administrativas especiales para recoger los elementos del debido proceso adjetivo y sustantivo. Si bien en materia de prescripción de las sanciones administrativas este tema fue traído a colación hace algunas décadas, la anotada problemática –ahora– se desliga de un asunto específico.

Ante esta coyuntura, expondremos:

- 1) Por qué podría aplicarse contenido externo a las leyes especiales en materia sancionadora administrativa,
- 2) Y cuál es la fuente jurídica idónea para poblar estos vacíos.
- 3) Daremos cuenta de algunos pronunciamientos de nuestros tribunales en estos tres años.

Vale prevenir que este análisis se dirige hacia el estudio del principio de proporcionalidad.

1. ¿Por qué se aplica contenido externo al existente en las leyes administrativas sancionadoras?

Las instituciones jurídicas que resguardan a los aquejados por una imputación y condena criminal, comprenden a quienes son objeto de una formulación de cargos y sanción administrativa. Esta amplia afirmación, de acuerdo con lo señalado por nuestros tribunales, la doctrina nacional y la extranjera debe ser morigerada.

Si queremos definir cuáles instituciones, conocidas como principios y garantías, son aptas para ser aplicadas en la disciplina del Derecho Administrativo sancionador y de qué modo se realiza este ejercicio, debemos ser cautos. Esta precaución se explica, ya que no es racional, ni justo trasvasijar impetuosamente el contenido dogmático del Derecho Penal a una disciplina distinta.

El Derecho Administrativo, y en particular el Derecho Administrativo sancionador, posee su propia lógica, la que reposa sobre normas especiales y distintas de las criminales. Tal es así que las áreas reguladas –o aquellas en que emiten decisiones organismos administrativos dotado de potestades públicas–, se caracterizan por la especificidad y tecnicidad de sus leyes, reglamentos y normas infrarreglamentarias que las ordenan.

Las leyes especiales son aquellas que crean a los organismos administrativos –personas jurídicas–, les fijan su finalidad, establecen órganos –funcionarios decisores–, y conceden competencias. Son esta especie de normas las que proyectan que una conducta indeseada pueda ser castigada por un órgano administrativo, al prever una competencia sancionadora.

Son estas normas especiales las que establecen sanciones y el modo de aplicarlas (en adelante leyes o normas sancionadoras). Esto se entiende, ya que las leyes o normas sancionadoras debiesen incorporar algún procedimiento previo y determinado contenido sustantivo, cuyo propósito es poner límite al solo mérito o conveniencia, como parámetro en la aplicación de un castigo.

Si una ley sancionadora delinea un procedimiento con carácter de racional y justo, dando cumplimiento al debido proceso adjetivo descrito en el artículo 19 N° 3, inciso sexto constitucional; y plasma las garantías sustantivas recogidas en el Derecho Constitucional, reflejando al debido proceso reconocido en el artículo 19 N°s 2 y 3 de la Constitución, en múltiples incisos, podremos diagnosticar su apego a la Constitución.

El debido proceso adjetivo obliga a que el legislador establezca procedimientos que garanticen el derecho a defensa. Tendrá lugar la descrita protección, a modo de ejemplo, si se plasma la posibilidad de que los afecta-

dos sean emplazados y siempre que puedan presentar descargos, antes de la notificación de la sanción administrativa. De igual modo, el debido proceso sustantivo impone el deber legislativo de considerar los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, entre otros.

La consideración del legislador a las descritas instituciones, no solo se vincula con la fuente jurídica “ley”, ya que sus efectos trascienden a esta y descienden a los actos administrativos de sanción. Si los principios y garantías se contienen en la norma legal, podremos proyectar, a partir de las sólidas bases, que el órgano competente tendrá fundamentos normativos para ejercer sus competencias respetando la juridicidad.

Ahora bien, frecuente es que las normas sancionadoras no incorporen todos los elementos que son propios del debido proceso, o bien que omitan detallar las garantías que aquel irradia. Esto se explica, en parte, ya que al legislador anterior a 1976, no le era exigible aplicar los elementos del debido proceso adjetivo, puesto que esta institución proviene del acta constitucional N° 3, de 1976, en su artículo 1°, N° 3, inciso quinto.

Súmase a lo anterior, que las normas administrativas no poseen sistematicidad sustantiva –por ejemplo, un decreto ley de 1932 que verse sobre el Derecho de Propiedad, divergirá, en esencia, de su símil de 1959–, y que el legislador no siempre se ocupa de derogar expresamente la normativa anterior. Fruto de estas cualidades es que las leyes especiales son, además de múltiples, difíciles de interpretar y aplicar a un caso concreto¹.

Uno de los males endémicos que asola a nuestra disciplina administrativa es la inexistencia de un código. Cuestión que se explica, según Santiago Montt, por la inactividad legislativa con miras a incorporar normas positivas que le den un orden al Derecho Administrativo². El efecto de la inexistencia de un código administrativo, según Enrique Silva Cimma, puede perturbar la seguridad jurídica, la confianza y la objetividad en el funcionamiento de la administración³.

Es por la ocasional falta de sumisión de las normas sancionadoras a las garantías del debido proceso tanto adjetivo como sustantivo, que podemos hallar vacíos de cara a la Constitución y otras leyes administrativas. Ahora bien, para que sea posible concluir que tal o cual norma presenta una laguna, debemos realizar algún ejercicio de contraste entre los preceptos de una ley sancionadora, con el contenido de otras fuentes del Derecho Administrativo nacional.

¹ ENTEICHE (2012), p. 231.

² “Desde sus orígenes, el ideal codificador rebotó ante la facticidad del Derecho administrativo. Facticidad no sólo en cuanto conjunto inabarcable e insistemizable de normas, sino también en cuanto materia enfrentada a la poderosa oposición de diversos grupos de interés –destacándose los gestores administrativos– que vieron en cualquier posible orden y sistema un enemigo al éxito de sus gestiones” MONTT (2015), p. 138.

³ SILVA CIMMA (2009), p. 143.

Al analizar la suficiencia de una norma, debemos tener presente que lo examinado es la respuesta del legislador ante un caso propuesto. La eventual ausencia puede deberse a que el legislador no desarrolló lo suficiente las hipótesis para el caso o, bien, porque la norma guardó silencio a su respecto.

Para ilustrar lo anterior intentaremos dilucidar si, en un caso concreto, existe un vacío normativo. Con dicho fin revisaremos el caso de los preceptos que regulan la pena de multa en el área regulada bancaria.

En el área bancaria, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –en adelante, SBIF– puede aplicar una multa castigando las conductas infraccionales, únicamente si se somete a un esquema de normas sancionadoras. Son estas disposiciones normativas que configuran a la sanción, las que deberían reflejar el respeto al debido proceso sustantivo, y dentro de este, al principio de proporcionalidad. Por una parte, el DFL N° 3 de 1997, Ley General de Bancos –en adelante, LGB– más otras normas describen los hechos, actos u omisiones, mientras que el artículo 19 de la LGB, bajo el Párrafo “otras atribuciones”, precave el sistema sancionador general⁴.

El esquema sancionador se aplica en caso de que una infracción “no tenga señalada una sanción especial”, pudiendo la SBIF aplicar una multa “hasta por una cantidad equivalente a cinco mil unidades de fomento” –artículo 19, inciso primero LGB–. El génesis remoto del citado precepto puede rastrearse desde el artículo 17 del decreto ley N° 559, de 1925, descontadas las múltiples modificaciones y sustituciones efectuadas por otras normas de rango legal.

Estimamos que el artículo 19, inciso primero de la LGB no responde al principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo sancionador. Fruto de este principio el legislador está compelido, al contemplar una sanción de multa, a establecer la *proporcionalidad en la ley sancionadora*, según la cual debe prever un castigo más riguroso en el caso de aquellas conductas que transgredan, de mayor forma al bien jurídico perseguido por la norma. De igual modo, tiene que incorporar la *proporcionalidad para la aplicación de la ley sancionadora*, por la cual debe entregar a la Administración y a los jueces pautas para el ejercicio de la potestad de sanción. Estos elementos deben consistir en márgenes preestablecidos, dentro de los cuales se especifique el valor de la multa, y en parámetros objetivos para la determinación de la cuantía del castigo.

Esta exigencia es establecida por::

1.1 la Constitución,

1.2 el propio legislador, en Chile y en el extranjero,

⁴ Otros artículos establecen sanciones especiales de multa condicionadas a una determinada infracción, tal como los artículos 49 f), 64, 65, 68, 69 inciso final, y 84. De igual modo existen otras leyes que establecen conductas, y en ocasiones multas, como lo es el artículo 33 de la ley N° 18.010.

1.3 y debido a lo propuesto por el fallido legislador supletorio sancionador chileno.

1.1

El fundamento constitucional consiste en que toda ley debe acatar lo preceptuado con el artículo 19 N° 2, inciso segundo y 3, incisos sexto y octavo. Estas normas impiden que alguna ley pueda obviar la descripción de la conducta infraccional, o de la sanción con la que se castiga a aquella. Comoquiera que, en todo caso, debemos apreciar alguna relación de justicia distributiva entre la conducta que el legislador tacha como indeseable y el castigo con que la reprime.

El desconocimiento legislativo de este mandato constitucional deriva en una ley insuficiente, la cual puede acabar en la arbitrariedad al momento en que la SBIF fije la multa definitiva. Esto se debe a que si el marco normativo no describe la sanción o lo hace de modo defectuoso, el ejercicio de la competencia sancionadora estará desprovisto de pautas que permitan a la Administración motivar su ejercicio.

1.2

El motivo legislativo, indisolublemente ligado al constitucional, tiene que ver con el estándar creado por los legisladores modernos chilenos, quienes han dado lugar a un patrón opuesto al presente en el artículo 19, inciso primero de la LGB.

Esto se ilustra en que, desde el año 2011, el legislador ha creado superintendencias con potestades sancionadoras administrativas que incorporan al *principio de proporcionalidad en la ley sancionadora y para la aplicación de la ley sancionadora*. Estos preceptos corresponden al: artículo segundo, artículos 36 a 40 de la ley N° 20.417 de 2010 –ambiente–, artículos 73 letra b) y 75 a 78 de la ley N° 20.529 de 2011 –educación parvularia, básica y media–, artículos 338 y 339 de la ley N° 20.720 de 2014 –insolvencia y reemprendimiento económico– y en menor medida al artículo 38 de la N° 21.000 de 2017 –mercado financiero–.

En todos los casos, y con independencia de la libertad que posee el legislador para crear conductas infraccionales, y disminuir o aumentar el monto de las multas, se acuñó el sistema sancionador respetando el principio de *proporcionalidad legislativa*.

Esto se explica, ya que los modernos legisladores establecen la *proporcionalidad en la ley sancionadora*, al prever un castigo más riguroso en el caso de aquellas conductas que transgreden de mayor forma al bien jurídico perseguido –artículo segundo, artículo 36 de la ley N° 20.417; artículos 75 a 78 de la ley N° 20.529 y artículo 338 de la ley N° 20.720–. Además incorporan la *proporcionalidad para la aplicación de la ley sancionadora*, pues entregan

a la Administración y a los jueces pautas para el ejercicio de la potestad de sanción, al establecer márgenes dentro de los cuales se especifique el valor de la multa –artículo segundo, artículos 38 y 39 de la ley N° 20.417; artículo 73 letra b) de la ley N° 20.529 y artículo 339 de la ley N° 20.720–, y plasman múltiples parámetros objetivos para la determinación del costo del castigo de multa –artículo segundo, artículo 40 de la ley N° 20.417; artículo 73 letra b) de la ley N° 20.529; artículo 339 de la ley N° 20.720 y artículo segundo, artículo 38 de la ley N° 21.000–.

De igual modo, la reciente ley que establece un sistema sancionador en el área educacional superior es un referente en la materia –ley N° 21.091 de 29 de mayo de 2018–, ya que fija uno de los más avanzados esquemas sancionadores en Chile. Esto, pues establece las conductas infraccionales, y las gradúa expresamente de cara a su gravedad –artículo 52, en relación con los artículos 53 a 56–. De igual forma, establece marcos o tramos dentro de los cuales la Administración puede aplicar la sanción de multa, dependiendo de su amenaza a la educación superior –artículo 57–. Por último, la norma entrega a la Superintendencia de Educación Superior y al juez múltiples criterios para que estos fijen el monto de la multa –artículo 58–.

También las disposiciones en leyes foráneas desarrollan el estándar desplegado por los legisladores nacionales, ya que utilizan una técnica legislativa similar a la empleada en las normas chilenas más recientes. Eso sí existe una diferencia trascendental: mientras en Chile son leyes sancionadoras las que contienen a la proporcionalidad; en el extranjero, las pautas se concretan en leyes con aplicación supletoria, o sea vinculante para todas las normas sancionadoras.

Tal es así como en Iberoamérica son referentes Colombia –*Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*–, México –*Ley Federal de Procedimiento Administrativo*– y España –ley N° 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público–. Los mencionados países cuentan con *Códigos* o normas supletorias que sí expresan al principio de proporcionalidad, al modo en que lo concretan las leyes emitidas por el legislador moderno chileno.

1.3

La idea de vincular a los legisladores sancionadores a un esquema sancionador supletorio, dentro del cual se exprese el principio de proporcionalidad, fue lo que pretendió realizar el presidente Lagos. El año 2004 se sometió a discusión legislativa un proyecto de ley, contenido en el *Boletín* N° 3475, que establecía –con carácter supletorio– lo siguiente:

“[...] en la imposición de sanciones, la Administración deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Para tal efecto, a falta de norma legal

especial que los establezcan, se considerarán los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración [...]"

–artículo 9°, inciso segundo–. No obstante la voluntad presidencial, el proyecto de ley fue archivado dos años después.

Aplicada esta premisa al contenido concreto del artículo 19, inciso primero de la LGB, es claro que el precepto no contiene algún elemento de la proporcionalidad hasta aquí configurada. Las razones que explican esta falencia radican en que el legislador sancionador no vincula ninguna conducta con su correspondiente sanción.

Al contrario, el singularizado precepto faculta al organismo administrativo a traer cualquier acto, hecho u omisión –no obstante su menor o mayor gravedad–, y castigarlo dentro de un extenso tramo –sin que deban ser relevantes los elementos de atenuación o agravación en la cuantía de la multa–.

El individualizado esquema sancionador, posee una sola etapa, cual es permitir aplicar cualquier multa sin criterios que encaucen su cuantía. Lo anterior es repudiado por la Constitución y por lo declarado por los legisladores –nacionales y extranjeros– más modernos.

2. *¿Cuál es la fuente jurídica idónea para poblar los vacíos que puede presentar una ley especial?*

Ya que es necesario resolver las lagunas que se presentan en la aplicación de la norma, lo debido es integrar el vacío utilizando otra fuente jurídica⁵. En Derecho, y específicamente en Derecho Público, esas fuentes son otras leyes, la jurisprudencia y los principios. Siendo importante tener presente, en primer lugar, que todo acto administrativo debe ser conforme a la Constitución⁶.

Volviendo al ejemplo del vacío que exhibe el artículo 19, inciso primero de la LGB, en cuanto a la insuficiencia del esquema sancionatorio a la luz de la proporcionalidad, para solucionar la carencia de contenido lo necesario es acudir a alguna fuente que presente tales respuestas.

Estas fuentes podrían corresponder a tres. La primera es la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos; la segunda recae en los principios generales del Derecho, recogidos en la Constitución al establecer las garantías del Derecho Penal y la tercera, consiste en el *Código Civil*.

Si optamos por la ley N° 19.880 es porque determinamos que, existiendo algún vacío en las leyes sancionadoras tanto en la forma –procedimiento–

⁵ ORELLANA (2000), p. 808.

⁶ En este sentido Enrique Silva Cimma recuerda que “por lo que toca al acto administrativo, que es lo que principalísimamente nos atañe, bástenos con señalar que el Decreto Supremo en que él se traduce debe no sólo estar de acuerdo con la Ley, sino que con la Constitución Política del Estado”. SILVA CIMMA (2009), p. 143.

como en el contenido –fundamento o elementos sustantivos–, lo adecuado es encontrar su complemento en normas propias de la disciplina administrativa. En nuestro país, esas leyes corresponden a la N° 18.575, que establece las Bases Generales de la Administración del Estado, y a la N° 19.880.

Específicamente, correspondería acudir a la ley N° 19.880, norma que establece el modo en que se emiten los actos administrativos decisorios o de voluntad orgánica. Dentro de esta clase de manifestaciones jurídicas, se encuentran los actos que imponen una obligación de dar o entregar al destinatario de estos, clasificación en que se insertan las multas administrativas.

Si elegimos acudir a los principios generales del Derecho, es puesto que interpretamos que las omisiones en las normas sancionadoras deben ser satisfechas a partir de la idea de justicia distributiva. Algunos de estos principios son recogidos por la Constitución y el Derecho Administrativo, y se desarrollan en el Derecho Penal. Entre dichos principios, está el de proporcionalidad.

Los motivos que explican la aplicación de los principios generales del Derecho reconocidos en el Derecho Penal Constitucional al Derecho Administrativo sancionador, radican en la identidad entre las sanciones administrativas y las penas, sumado al común origen en el *Ius Puniendi* Estatal de ambas manifestaciones.

Por último, ante algún vacío podríamos optar por acudir al *Código Civil*. De este modo, algunas instituciones que son abordadas en el *Código Civil*, tales como ciertos principios en su título preliminar o, bien, la prescripción extintiva, serían aplicables a las multas administrativas.

La explicación que yace tras esta alternativa consiste en el carácter de derecho común que posee la obra de Andrés Bello. El *Código Civil* es el centro de nuestro ordenamiento jurídico, resultado de lo cual este acoge, con carácter general y supletorio, a todas las disciplinas jurídicas.

3. La jurisprudencia en el trienio 2016-2018

En relación con los tópicos analizados, la reciente jurisprudencia ha traído trascendentes pronunciamientos. Revisaremos qué han dicho nuestros tribunales en consideración a:

- 3.1 los eventuales vacíos que pueden presentarse en las leyes sancionadoras,
- y
- 3.2 en relación con la fuente jurídica que pasa a llenarlos.

3.1 En las leyes sancionadoras sí existen vacíos

La jurisprudencia constitucional y judicial ha establecido que en las normas sancionadoras sí se presentan vacíos. Paradigmático resulta lo resuelto por el TC, al declarar inconstitucional el inciso primero del artículo 29 del decreto ley N° 3.538.

En el trienio 2016 a 2018, el TC declaró en seis oportunidades que la norma singularizada era inaplicable en una gestión judicial específica, al ser inconstitucional. En concreto, tachó de contraria a la Constitución la utilización del singularizado precepto sancionador en las sentencias roles N°s 2.922⁷; 3.014⁸; 3.542⁹, 3.575¹⁰, 3.648¹¹ y 3.236¹².

El precepto sancionador declarado como contrario a la Constitución es el siguiente

“no obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta un 30% del valor de la emisión u operación irregular”.

En lo que concierne a nuestro análisis, el TC, en la recién publicada sentencia 3.236, reprocha expresamente la laguna existente en la pretérita Ley de la Superintendencia de Valores y Seguros, en los siguientes términos

“este Tribunal constata un grado insuficiente de determinación o especificidad legal de la norma que establece la sanción, tanto en la estructura de la misma, dada la vaguedad del objeto sobre el cual se calcula el porcentaje –‘valor de la operación irregular’–, como en cuanto a la forma en que debe aplicarse, por ausencia de criterios de graduación” –considerando quinto–.

De igual modo, y tal como veremos en el siguiente punto, las sentencias de la Corte Suprema roles N° 62.128-2016¹³, 38.857-2017¹⁴, 2.961-2017¹⁵, 12.164-2017¹⁶ y 10.377-2017 (Primera Sala)¹⁷, definen que ante la carencia de contenido en las leyes especiales ha de acudir a otra norma.

3.2 Para determinar la norma que llena los vacíos se distingue entre debido proceso adjetivo y sustantivo

La jurisprudencia es clara al proclamar la pertinencia de una aplicación supletoria del contenido de la ley N° 19.880, en caso de que exista un vacío en la ley especial administrativa a la luz del debido proceso adjetivo.

⁷ Tribunal Constitucional (2016), rol 2.922-15.

⁸ Tribunal Constitucional (2017), rol 3.014-16.

⁹ Tribunal Constitucional (2018), rol 3.542-17.

¹⁰ Tribunal Constitucional (2018), rol 3.575-17.

¹¹ Tribunal Constitucional (2018), rol 3.648-17.

¹² Tribunal Constitucional (2018), rol 3.236-16.

¹³ Corte Suprema (2017), rol 62.128-2016.

¹⁴ Corte Suprema (2018), rol 38.857-2017.

¹⁵ Corte Suprema (2018), rol 2.961-2017.

¹⁶ Corte Suprema (2017), rol 12.164-2017.

¹⁷ Corte Suprema (2017), rol 10.377-2017.

En el área regulada bancaria, ilustra esta lógica la sentencia de la Corte Suprema rol N° 62.128-2016, la cual explicó con claridad:

“en el caso de que la ley especial guarde silencio absoluto, la ley de Bases de Procedimientos Administrativos se aplica en forma íntegra. Lo anterior es trascendente, toda vez que sea que se estime que la Ley General de Bancos establece o no un procedimiento especial para la aplicación de multas, lo cierto es que este cuerpo legal no regula de manera específica el procedimiento en cuanto a las etapas que debe contemplar, por lo que, en tales condiciones, la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 es una cuestión imperativa para la referida institución en el procedimiento sancionatorio” –considerando decimosegundo–.

Así, también, lo ha dicho el Tribunal Constitucional, en el área regulada de valores y seguros –actual mercado financiero–, en sentencia rol N° 2.682¹⁸. En esta decisión, si bien se concluye que un precepto impugnado responde al debido proceso adjetivo, esta determinación exige “extremar las posibilidades interpretativas de la ley N° 19.880, como garantía”, esto se explicaría dado que el procedimiento administrativo sancionador es similar al penal –considerandos decimosexto y decimoséptimo–.

Por su parte, en materia de respeto al debido proceso sustantivo es pertinente considerar a los principios generales del derecho.

En el área regulada sanitaria, y precisamente en cuanto al principio de proporcionalidad, la Corte Suprema sigue esta razón en la sentencia rol N° 38.004-2015¹⁹ que zanjara el caso “Tecnofarma”.

En el caso, el Instituto de Salud Pública –en adelante ISP–, el 3 de octubre de 2014 emite una resolución por la que se imponen dos multas de mil Unidades Tributarias Mensuales –en adelante “UTM”–, más la cancelación de los registros sanitarios del medicamento Lipifén, propiedad de Tecnofarma S.A, la multa se aproxima a noventa y dos millones de pesos. A continuación, el 11 de junio de 2015, el 29° Juzgado Civil de Santiago rechaza una reclamación deducida por la Empresa, pero reduce la multa a 50 UTM, la nueva multa se aproxima a doscientos mil pesos. Luego, la Corte de Apelaciones, el 19 de octubre de 2015, revoca la sentencia. Finalmente, el 19 de octubre de 2016, la Corte Suprema deja sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones y sostiene lo decidido por el Tribunal Civil. De otro modo, reduce la sanción desde noventa y dos millones de pesos a doscientos mil pesos.

En lo relevante, la sentencia de la Corte Suprema, refuerza la idea de que “todo castigo sea adecuado y racional”, y agrega:

¹⁸ Tribunal Constitucional (2014), rol 2.682-14.

¹⁹ Corte Suprema (2016), rol 38.004-2015.

“no solo se puede cometer un acto injusto e ilegal con la imposición de una sanción, sino también en la determinación de su envergadura, de manera que concierne a los tribunales cautelar la equidad y proporcionalidad con que se aplican especialmente las disposiciones de carácter represivo o castigador” –considerando cuarto, sentencia de remplazo–.

De igual modo, los tribunales superiores de justicia han examinado casos consistentes en la aplicación de sanciones administrativas por cuerpos intermedios a sus asociados. En estos asuntos, se considera explícitamente al principio de proporcionalidad como la medida de justicia entre conducta infraccional y pena aplicada.

Por una parte, la sentencia de la Corte Suprema rol N° 97.784–2016, considerando cuarto²⁰, estableció:

“para que un procedimiento sancionatorio pueda ser calificado de racional y justo, en los términos del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República [...] es necesario que en caso de establecerse la existencia de una falta por parte de los investigados, la sanción que se aplique resulte proporcionada a la entidad y naturaleza de la infracción, cuestión que en este caso no ocurre”,

resultado de lo cual revocó la sentencia apelada y dispuso el reintegro en las funciones y cargos de personas expulsadas de una compañía de bomberos.

Similares consideraciones se contienen en los pronunciamientos de nuestras Cortes de Apelaciones. La Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia rol N° 9.541–2016, considerando séptimo²¹, dice:

“parece a esta Corte que la falta cometida ciertamente merece un reproche disciplinario más éste debe ser el más leve [...] pues ello es lo que se aviene con el principio de proporcionalidad de la pena”.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia rol N° 1.882–2016, considerando noveno²² señala, sobre la base del artículo 19 N° 3, inciso sexto constitucional:

“en caso de establecerse la existencia de una falta por parte del investigado, la sanción que se aplique resulte proporcionada a la entidad y naturaleza de la infracción, cuestión que en este caso no ocurre”.

Por último, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia 42.419-2017²³, considerando cuarto ratifica la aplicación del principio, ya que afirma que la proporcionalidad es un “principio que debe primar en este tipo de materias”.

²⁰ Corte Suprema (2017), rol 97.784-2016.

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago (2016), rol 9.541-2016.

²² Corte de Apelaciones de Chillán (2017), rol 1.882-2016.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago (2017), rol 42.419-2017.

Por último, en el ámbito de prescripción de la acción sancionadora el debate ha sido intenso y se enmarca en la aplicación del plazo de prescripción que impone el *Código Penal* –seis meses– o el *Código Civil* –cinco años–. La Corte Suprema, en el último trienio, ha resuelto el asunto en ambos sentidos.

Muestra de lo anterior es que en las sentencias de la Corte Suprema roles N^{os} 38.857-2017, considerando cuarto; 2.961-2017, considerando decimoquinto y 12.164-2017, considerando decimosexto, entre otras, el máximo tribunal decidió aplicar el plazo contenido en el *Código Civil* ya que se entendió a ésta como norma supletoria aplicable. Mientras que en la sentencia rol 10.377-2017 (Primera Sala), considerando tercero, se optó por aplicar el término expresado en el *Código Penal*, pues

“ante el silencio de la ley tal como ocurre en el caso de que se trata en estos autos corresponde aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios del derecho penal sancionador, puesto que [...] el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal tienen origen común en el *ius puniendi* único del Estado”²⁴.

II. EL CASO TOYAMA

Siguiendo el método que empleamos el año 2017²⁵, oportunidad en la que revisamos mil seiscientos cinco resoluciones sancionadoras emitidas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles –en adelante SEC o Superintendencia–, analizaremos un caso. Estimamos que solo luego de indagar en casos particulares es posible efectuar aseveraciones generales.

El caso consiste en la multa notificada por la SEC a Toyama Chile S.A –en adelante Toyama o la Empresa–, en relación con su tramitación administrativa y judicial. Específicamente daremos cuenta del razonamiento del organismo administrativo a fin de graduar la multa, además revisaremos el contenido de las sentencias roles N^{os} 713-2017²⁶ de la Corte de Apelaciones de Santiago y 6297-2018²⁷ de la Corte Suprema.

Toyama importó a Chile, desde enero de 2014 hasta diciembre de 2015, generadores eléctricos a gasolina o diesel. En lo que atañe al conflicto de legalidad, la Empresa no sometió algunos artefactos a un examen preventivo por un certificador autorizado por la SEC, y luego los comercializó.

²⁴ Corte Suprema (2017), rol 10.377-2017.

²⁵ ENTEICHE (2017).

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (2018), rol 713-2017.

²⁷ Corte Suprema (2018), rol 6.297-2018.

Tramitado el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, la Superintendencia decidió multar y los tribunales superiores de justicia confirmaron la pena pecuniaria, ascendiente a 250 UTM o \$11.849.000 millones de pesos.

a. Instruido un procedimiento administrativo sancionador, se formularon cargos contra de Toyama Chile S.A, por la SEC

El organismo fiscalizador acusó que se cometieron dos conductas infraccionales. La primera consistió en comercializar un producto, denominado generador diesel, sin contar con un certificado de aprobación entregado por un organismo certificado por la Superintendencia. Mientras que la segunda se tradujo en la omisión de dar respuesta a un requerimiento de información.

Las normas vulneradas por la realización de estas actuaciones consistieron en la contravención al artículo 3° N° 14, de la ley 18.410, y los artículos 6° y 27°, letra a), del decreto N° 298 de 2005, de Economía, Fomento y Reconstrucción. Del mismo modo, la omisión de información habría violado el artículo 3° A, inciso final de la ley N° 18.410.

b. La Empresa contravirtió los hechos acusados y argumentó que concurrían circunstancias atenuantes de su responsabilidad infraccional.

En concreto, abordó su situación de cara a la presencia de las hipótesis de graduación de la multa descritas en el artículo 16, inciso segundo de la Ley N° 18.410, en todas sus letras

En primer término, indicó que no existió daño o peligro para los consumidores, pues ellos no se vieron afectados por la falta de certificación nacional de los productos, habida consideración que su calidad estaba amparada por instituciones extranjeras –letra a)–, resultado de lo cual –afirmó– no existieron usuarios afectados –letra b)–. Enseguida negó la existencia de beneficios económicos por la certificación por un organismo nacional –letra c)–, y justificó la inexistencia de certificación nacional por la falta de certificadores nacionales del producto –letra d)–. Además destacó que su conducta anterior era irreprochable, al no haber cometido infracciones administrativas con anterioridad –letra e)–. Finalmente, la Empresa argumentó que retiró los productos del mercado, circunstancia que no está reconocida en la ley N° 18.410 para graduar la cuantía de la multa.

c. A través de la decisión de sanción, contenida en la Resolución N° 15.392, la SEC aplicó un castigo de multa ascendiente a 321 UTM, “por la comercialización de 228 unidades de producto investigados, esto es, por su comercialización sin obtener previamente su certificado de aprobación”. Por otro lado, la Superintendencia dejó sin efecto

la acusación relativa a la omisión de dar respuesta a un requerimiento de información. La multa –al mes de mayo de 2018– alcanzó a los \$15.214.116

La resolución sancionadora consideró que la conducta sancionada era la comercialización de doscientos veinticocho generadores eléctricos a gasolina o diesel por Toyama. La decisión no especificó cuál era la entidad de la gravedad –leve, grave o gravísima– de la conducta infraccional de la Empresa.

Por otra parte, la resolución sancionadora sí se encargó de razonar respecto de la concurrencia de las hipótesis de graduación de la multa descritas en el artículo 16, inciso segundo de la Ley N° 18.410, en todas sus letras. Señaló, en primer lugar, que sí existió peligro para un número “no despreciable” de personas, en razón de los cientos de artefactos comercializados, sin certificación válida en Chile –letras a y b) –. Adicionó que hubo ahorro de costos en el proceso de fabricación y ganancia al comercializar los productos sin certificación, sumado a que Toyama posee una significativa capacidad económica –letras c y f)–. Finalmente, reconoció que no existió intencionalidad en la conducta infraccional ni fue reincidente –letras d y e)–.

d. La Empresa reclamó administrativamente de la ilegalidad de la sanción, a través de un recurso de reposición administrativo. En lo central se argumentó que la decisión de castigo consideró más productos comercializados ilegalmente, por lo que pide reducir su cuantía desde 228 a 148 artefactos

Cuestionó que la resolución haya enunciado criterios de proporcionalidad, pero que estos parámetros no hayan sido desarrollados en la resolución. Principió por disputar la amplitud con la que consideró que existe un peligro, al argüir que se amenazó a una “alta cantidad de artefactos peligroso” –letra a)–, de igual modo reprochó que no se expresen parámetros para dar como por concurrente la existencia de un porcentaje de usuarios afectados, siendo que no se precisó el número de personas afectadas –letra b)–. También puso en duda que la autoridad fiscalizadora no haya tomado en cuenta, a modo de atenuante, su intachable conducta anterior y la falta de intencionalidad –letras c y d)–. Para terminar, criticó la consideración que dio lugar a la existencia de un beneficio económico por la conducta, y aquella que tuvo en consideración la capacidad económica como factor de graduación de la multa –letras c y f)–.

e. La Superintendencia decidió acoger parcialmente el reclamo administrativo, en vista a que rebajó la cuantía de la multa originalmente impuesta a la cantidad de 250 UTM –o \$11.849.000–.

La decisión de acoger el reclamo reposó en que la SEC redujo el número de artefactos que considera comercializados ilegalmente, de 228 a 148

En lo novedoso, analizó algunas de las circunstancias de graduación de la multa. El organismo público aclaró que la comercialización de un producto sin certificación provocó, en todo caso, la existencia de peligro, y agregó que este riesgo estuvo en el porcentaje de usuarios afectados al número de 148 generadores comercializados sin certificación –letras a y b)–. A este respecto, precisó que la infracción no sería una calificada como grave, pues en este caso no se verificó que los aparatos estuvieran “fuera de estándar”. Respecto de la alegación tocante a la falta de consideración de su irreprochable conducta anterior, la Superintendencia argumentó que sí la consideró en la cuantía de la original sanción –letra e)–. De igual modo estimó, a la luz de su capacidad económica, que la magnitud de internalización de los artefactos investigados superó los US\$ 200.000, y agregó que el anterior era un dato suficiente para considerar que la multa es proporcional y disuasiva –letra f)–.

f. Toyama decidió llevar la decisión ante la Corte de Apelaciones de Santiago, a través del reclamo de ilegalidad de la ley N° 18.410

En el recurso, además de reformular los argumentos que hizo presentes ante la Administración, destacó la obligación de la SEC de fundamentar la concurrencia de las circunstancias que determinaban la cuantía de la sanción de multa. De igual modo, –y nuevamente– cuestionó la alusión a conceptos indeterminados para expresar la concurrencia –o su falta– de los parámetros fijados en la ley N° 18.410.

g. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el reclamo

La decisión jurisdiccional, luego de repasar los hitos del procedimiento administrativo y judicial –considerando 1°–, concluyó que el actuar de la Superintendencia se ajustó a la ley. Para arribar a la anunciada conclusión, sopesó los argumentos de Toyama y del informe presentado por la SEC –considerandos 1° y 2°–, y analizó el artículo 15, 16 y 16 A de la ley N° 18.410.

En lo pertinente, razonó que la SEC no calificó la infracción constatada como gravísima, grave ni leve, sobre la base de lo que dispone el artículo 15, cuestión que no obstó a que la sanción haya sido graduada de cara a los parámetros del artículo 16. En el mismo sentido, pero en un argumento paralelo, precisó que la conducta realizada por la Empresa es una prohibida pues comercializó aparatos sin certificación de acuerdo a la ley chilena –considerando 3°–.

De acuerdo con las precedentes consideraciones, afirmó que la resolución de la SEC fue la correcta, al encuadrarse dentro del marco que esta-

blece la ley –artículo 15–, y que era acorde con la naturaleza y entidad de la infracción constatada –considerando 4º–.

h. Apelada la sentencia, conoció y falló el recurso la Tercera Sala la que procedió a confirmar la sentencia en alzada. Disintió el ministro señor Prado y el abogado integrante señor Pallavicini quienes estuvieron a rebajar la multa a 200 UTM fundamentados en el principio de proporcionalidad

III. COMENTARIOS

A partir de las consideraciones planteadas en el punto I, en relación con el caso descrito en el punto II, dividiremos nuestra apreciación en una general y otra particular:

- 1) revisaremos las lagunas existentes en algunas leyes sancionadoras y el modo de integrarlas, para luego
- 2) analizar el devenir del caso Toyama.

1. En el Derecho Administrativo sancionador existen lagunas, las que se llenan, en cuanto a la falta de proporcionalidad, con los principios generales del derecho reconocidos en el Derecho Penal Constitucional

Los vacíos normativos en materia sancionadora administrativa sí existen. Conceptualmente, es posible que las normas sancionadoras presenten omisiones de cara al debido proceso adjetivo o sustantivo. De igual modo, a la luz de la jurisprudencia revisada, es fácil apreciar que los tribunales –TC y tribunales superiores– detectan de forma constante carencias en consideración a algún ámbito del debido proceso que no es satisfecho por las leyes sancionadoras –punto I N° 3–²⁸.

Las lagunas a que nos referimos se pueden visualizar mediante un estudio inductivo y comparativo, tal como apreciamos al constatar la mezquindad del artículo 19, inciso primero LGB, a la luz del principio de pro-

²⁸ El único modo de determinar la existencia de un vacío en una ley sancionadora es a través del contraste entre su contenido y el debido proceso constitucional. Es por ello que no compartimos los análisis que postergan a un rol secundario a los elementos del debido proceso adjetivo y sustantivo –además de su connotación materializada en la constante jurisprudencia judicial, constitucional y administrativa–. Corolario de la anterior dilación, complementada con la aquiescencia a la utilización de conceptos indeterminados y el énfasis en el pretendido efecto disuasivo de la multa, es que el legislador especial será inmune de caer en alguna laguna o vacío. A este efecto LETELIER (2017).

porcionalidad –punto 1, N° 1–. Descontado que no existan vacíos, corresponde determinar el modo en que estos se integran.

Respecto del debido proceso adjetivo, la jurisprudencia responde que debemos ocupar la ley N° 19.880 –punto 1, N° 2 y 3–. Creemos que esta alternativa es, en teoría, correcta, pero que presenta amenazas en su práctica aplicación. Fruto que la ley N° 19.880 no está concebida sobre la base de una lógica adversarial, escenario en el que sí se sitúan las sanciones administrativas, es que la amalgama de disposiciones utilizadas para enderezar el procedimiento de sanción no es la idónea.

En efecto, no se aprecia algún contenido supletorio relativo al modo de efectuar los descargos, ni está presente la lógica de la aportación de la prueba en base a una teoría del caso del particular. Más aun, la ley N° 19.880 permite que no haya periodo probatorio en caso que a la Administración le consten los hechos. Si bien, es cierto que la jurisprudencia correctamente acude a los principios insertos en el capítulo 1 de la ley N° 19.880, como el de contradictoriedad, ello no obsta a que lo deseable sea hallar contenido procedimental, formulado a modo de reglas, para integrar los vacíos.

Lo que ocurre es que la ley N° 19.880 es insuficiente para llenar todas las omisiones que las leyes sancionadoras contienen, cuestión que se explica por su ámbito de aplicación. En la tramitación del proyecto de ley que dio génesis a la actual ley N° 19.880, se utilizó como base el texto de la ley española N° 30 de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pues bien, de la ley chilena se escindió y excluyó parte del contenido de la ley española, consistente –precisamente– en la regulación del procedimiento y contenido sustantivo de las sanciones administrativas. En lo específico no se consideró el título IX, denominado “De la potestad sancionadora”, el cual ordena las garantías adjetivas y sustantivas de cara al debido proceso a que son acreedores los destinatarios de las multas en España. Entre los descartados principios se encuentra el de proporcionalidad²⁹.

Por su parte, en cuanto al debido proceso sustantivo, lo primero a aclarar es que la Corte Suprema explica que las multas son manifestaciones del *Ius Puniendi* Estatal –sentencias roles N°s 7.560-2015, considerando sexto³⁰ y 62.128-2016, considerando decimocuarto³¹–. El máximo tribunal

²⁹ Hoy es la ley N° 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, la que regula las sanciones administrativas, y lo hace de similar modo a como lo hizo la ley N° 30 de 1992 –vigente hasta el 2 de octubre de 2016–.

³⁰ “Esta Corte ya ha resuelto que existe cierto consenso jurídico en cuanto a que tanto aquélla como el reproche penal constituyen manifestaciones del ejercicio de un único poder estatal sancionatorio, el denominado *iuspuniendi* estatal”.

³¹ “Se está en presencia de un procedimiento sancionatorio que culmina con la imposición de una multa, manifestación del *iuspuniendi* estatal”.

agrega que gracias a este común génesis, los vacíos o lagunas se llenan con los principios que tienen su origen en el Derecho Penal, siempre “con matices” –sentencia rol 62-2016 (Segunda Sala), considerando cuarto³²–.

Ahora bien, el *Ius Puniendi* Estatal, no es la única razón para concluir la comprensión de los principios y garantías en el ámbito sancionador administrativo, pues –con mayor o menor relación– se han presentado al debate nuevas formas de explicar la aplicación de los principios en esta materia. En todo caso, sea por la vía principal de aplicarlos por su carácter de principios generales, constitucionales, propios de la disciplina del Derecho Administrativo, o debido a otras razones, lo esencial es que los principios sí tienen aplicación.

En el anterior sentido, se ha precisado que en materia sancionadora se aplica el principio de necesidad, el cual implica que el órgano administrativo debe optar, en último término, por la sanción y en primer lugar por otras vías de resolución del eventual conflicto³³. Específicamente, se ha dicho en materia de libre competencia que rige el *Ius Corrigiendi* en vez del *Ius Puniendi* Estatal, fruto del cual se debe preferir la aplicación de otras medidas alternativas antes de la sanción de multa. A lo que agrega que siempre deben aplicarse criterios clásicos de justicia, como lo es la proporcionalidad³⁴.

En nuestro concepto, es la idea de aplicación con “matices” lo que jurídicamente pone en tela de juicio el traslado de todas las respuestas penales hacia el Derecho Administrativo sancionador. Duda que se soluciona al momento de estudiar y diagnosticar, a la luz del debido proceso sustantivo, si es posible llenar un vacío con el contenido propio de los principios generales del derecho reconocidos en el Derecho Penal Constitucional.

En cuanto al principio de proporcionalidad, relacionado con la sanción de multa, estimamos que existe un legislador que sí obró en su consideración, el legislador del *Código Penal*. Creemos que este es un modelo que debe ser tenido en consideración por el legislador sancionador, la autoridad administrativa y judicial. Esta ley es la que consagra pautas generales, las que son por entero aplicables al momento de diseñar legislativamente una sanción de multa y al tiempo de su práctica concreción administrativa y jurisdiccional.

Estas pautas corresponden a las siguientes. El legislador del *Código Penal* encuadró al castigo de multa dentro de límites máximos dependiendo

³² “Las materias del orden sancionatorio contravencional –como las de competencia de la Dirección del Trabajo– se rigen por “principios” que tienen su origen en el Derecho Penal por tratarse de una manifestación del *ius puniendi* general, que es el ejercicio del poder de sancionar por parte del Estado, y este *ius puniendi* único justifica, entonces, la extrapolación de los principios que rigen en materia penal (v. SCS rol N° 24.563-14 de 6 de julio de 2015 y rol N° 24.902-14 de 4 de enero de 2016)”. Corte Suprema (2016), rol 62-2016.

³³ ARANCIBIA (2014), pp. 129-147.

³⁴ Prevención de los ministros Arancibia y Tapia, a la sentencia veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, rol 160/2017, punto 17.

de la gravedad del ilícito que sanciona, existiendo distintos marcos punitivos para los crímenes, simples delitos y faltas –artículo 3°, en relación con el 25 del *Código Penal*–. A continuación especificó que, a los crímenes no puede castigárseles con más de 30 UTM, a los simples delitos con más de 20 UTM, y a las faltas con más de 4 UTM –artículo 25, inciso sexto del *Código Penal*–. Posteriormente, estableció dos criterios de graduación que el juez debe considerar a fin de situar la cuantía de la multa, cuales son “las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho”, y “principalmente el caudal o facultades del culpable” pudiéndose inclusive bajar la multa del marco fijado por la ley –artículo 70, inciso primero del *Código Penal*–.

Por ello, lo ideal es que el modelo prescrito por la Constitución, y aterrizado por los legisladores modernos nacionales y extranjeros, se relacionen con la única norma general que ha recogido esta idea, el *Código Penal*. De modo que, si no se consideran elementos de juicio por el legislador especial sancionador, la Administración o los jueces, al momento de aplicar la norma, deben integrar estos parámetros. En otras palabras, quienes aplican preceptos sancionadores insuficientes no deben inmovilizarse, al contrario, deben aplicar el precepto legal integrando el contenido *Código Penal*, cual es la única fuente general que connota al principio de proporcionalidad en materia de multas.

La actividad de la Administración del Estado y de los tribunales de justicia debe ilustrar este ejercicio, en razón del cual estimamos aplicables los criterios de graduación de las multas –contenidos en el artículo 70 del *Código Penal*– y, desde luego, la facultad de rebajarlas de modo fundado, en caso que no existan agravantes y en consideración a las circunstancias descritas en el propio artículo 70.

De modo paradigmático, la Corte de Apelaciones de Coihaique, en sentencia rol N° 23.2016, de 31 de enero de 2017³⁵, siguió esta hipótesis. En el caso, la Corte rebaja la pena de multa aplicada a una cooperativa de pescadores artesanales, a causa del exceso en la captura de merluza del sur, en contraste con la cuota otorgada.

La norma sancionadora corresponde al artículo 55 Ñ de la ley N° 18.892 la que menciona:

“[...] a los pescadores artesanales titulares de una asignación colectiva, [...] que sobrepase[n] las toneladas autorizadas a capturar para un año calendario, se les sancionará administrativamente con una multa equivalente al resultado de multiplicar el valor de sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la infracción, por el doble del exceso, expresado en toneladas [...]”.

En opinión del Servicio Nacional de Pesca, no es procedente la rebaja de la multa, en tanto el precepto sancionador establece una sanción reglada,

³⁵ Corte de Apelaciones de Coihaique (2017), rol 23-2016.

por lo que está impedido de morigerar la cuantía de la sanción impuesta. De efectuarse la disminución, señala el organismo, pasaría éste a tener el carácter de legislador –considerando segundo–.

Al contrario, la Corte razona que para regular la pena de multa es necesario atender al origen común entre el Derecho Administrativo y el Penal, en razón al *Ius Puniendi* Estatal, resultado de lo cual las multas deben ajustarse, entre otros, al principio de proporcionalidad –considerando séptimo–. Por lo anterior, y para graduar la multa, en la sentencia se integran dos elementos de juicio que son extraños a la norma sancionadora, cuales son los parámetros de graduación de la multa contenidos en el *Código Penal* y la posibilidad de rebaja de esta –considerando octavo–.

En lo pertinente, la Corte señala que se debe tener presente “lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal”, por lo que “el Juez tiene la facultad de imponer una multa inferior al monto señalado en la ley”. Llevado el derecho al caso concreto, la Corte subsume los hechos en los parámetros del *Código Penal*, por lo cual afirma que el lugar donde el infractor realiza la actividad económica de extracción de la merluza es Puerto Gala, una caleta

“muy distante de los centros poblados de esta región, con las consiguientes dificultades que ésta tiene en cuanto a su conectividad, acceso a la información y educación, las que, en general, son muy precarias”,

de igual modo constata que la conducta anterior de la persona jurídica sancionada está “exenta de reproches” –considerando noveno–. Resultado de lo anterior, rebaja la multa impuesta por el organismo administrativo, cuya cuantía original era de 127 a la cantidad de 15 UTM.

Así entonces, de acuerdo con la sentencia recién analizada, el repudio al actuar legislativo omisivo de cara a la proporcionalidad –si bien debe ser considerado por el TC–, no es impedimento para que tanto la Administración como los tribunales de justicia integren el contenido penal al administrativo sancionador en la resolución de un concreto caso. En otras palabras, en caso de omisiones, es posible utilizar el *Código Penal* en lo relativo a los criterios establecidos en su artículo 70, lo que tiene por objetivo arribar a una multa cuya cuantía sea justa.

2. El caso Toyama o del legislador eléctrico y la correcta aplicación de la proporcionalidad

El caso expuesto en el punto II, consiste en aplicación de una multa emitida por la SEC en ejercicio de sus potestades de punición, luego de un procedimiento administrativo. La finalidad de la multa corresponde a la repreensión de la Empresa, por no haber desarrollado una conducta deseada por el ordenamiento jurídico.

Lo esencial de este caso se vincula con el cumplimiento del legislador especial con los estándares de proporcionalidad que especificamos en el punto I y III, N° 1. En materia eléctrica, cohabitan normas que establecen conductas infraccionales y sanciones. Por una parte, la Ley General de Servicios Eléctricos, complementada por múltiples actos de inferior jerarquía, describen las conductas, y por otra, la ley N° 18.410, prevé un modelo sancionador propio de un legislador moderno.

Esto se revela tras constatar que, si la SEC pretende sancionar con multa –tal como ocurrió en este caso–, por imperativo legal debe someterse a lo que sigue. Es necesario que establezca la gravedad de las infracciones, en razón de parámetros objetivos –artículo 15–, de acuerdo con esta estratificación debe atender a las cuantías mínimas y máximas de multa –artículo 16 A)–, por último, el organismo administrativo está obligado a emplear seis criterios para determinar la cantidad con la que se sancionará a un determinado infractor –artículo 16–. Luego del descrito ejercicio es que le está permitido aplicar una multa determinada.

A diferencia de la negativa evaluación que expresamos en 2017, cuando echamos en falta la aplicación por la SEC del principio de proporcionalidad contenido en la ley N° 18.410, ahora apreciamos una respuesta opuesta. Del examen de la tramitación administrativa, sí observamos que la Superintendencia emplea el esquema apegado al principio de proporcionalidad que establece el legislador eléctrico.

Entonces, en este caso, la actividad administrativa sancionadora se sometió a la *proporcionalidad legislativa* tanto en su faz *en la ley*, como a aquella *para la aplicación de la ley*, resultado de lo cual la *proporcionalidad en concreto* se condice con sus antecesores.

Así, la SEC cumplió con explicitar los criterios que la guiaron para concretar la proporcionalidad. El organismo sancionador describe la conducta castigada en su resolución sancionadora, además menciona y razona de modo explícito y claro, acerca de los parámetros que el Legislador expuso. Finalmente, y dentro del marco legal prefijado, el organismo administrativo determina la cuantía final de multa.

Resultado del meditado análisis de la SEC es que la labor de los tribunales superiores de justicia no se dio en un contexto dificultoso. Las sentencias de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema, validaron la evaluación del organismo administrativo, en vista de su fundamento, apoyado en la adecuación de la ley N° 18.410 a la Constitución.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo analizamos la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Nos centramos en dos

aspectos, la suficiencia de las normas sancionadoras de cara al debido proceso y el modo de suplir los eventuales vacíos que ellas pueden contener.

El debido proceso constitucional, y específicamente el principio de proporcionalidad, es la primordial premisa de análisis de toda ley y acto administrativo sancionador. Resultado del estudio realizado en este artículo, podemos afirmar que, al efectuar un contraste entre algunas leyes sancionadoras y la proporcionalidad, existen vacíos o lagunas. De otro modo, no todas las leyes sancionadoras cumplen con concretar el principio de proporcionalidad a la luz de la Constitución.

Esto se explica, pues la Carta Fundamental prescribe un estándar, el cual corresponde a la materialización del contenido de los principios generales del derecho reconocidos en el Derecho Penal Constitucional. Este parámetro se connota por el legislador nacional y extranjero moderno, de igual modo se describe en el artículo 70 del *Código Penal*. El modelo que recoge el ordenamiento jurídico responde a la *proporcionalidad legislativa en la ley*, y en su fase *para la aplicación de la ley*, resultado de lo cual deberá tener vigor la *proporcionalidad en concreto*.

Este es el modo en que se deberían llenar las omisiones del legislador sancionador. Descontada la pertinencia supletoria de la ley N° 19.880 en materia de debido proceso sustantivo, el TC al controlar la constitucionalidad de las leyes; y los tribunales de justicia, al integrar el contenido omitido por el legislador especial, deben considerar a la proporcionalidad como un cartabón vinculante al ejercicio de su actividad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANCIBIA, Jaime (2014): "El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio" en *Sanciones Administrativas*, X Jornadas de Derecho Administrativo: pp. 129-147.
- ENTEICHE, Nicolás (2017): *Las Sanciones administrativas. El problema de la proporcionalidad* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- ENTEICHE, Nicolás (2012): "Normas circunstanciales" en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 25: pp. 217-235.
- LETELIER, Raúl (2017): "Garantías penales y sanciones administrativas", en *Política Criminal*, Vol. 12 N° 24: pp. 622-689. Disponible en www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf [31 de mayo de 2018].
- MONTT, Santiago (2015): "Codificación y enseñanza del Derecho administrativo en Chile" en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 21: pp. 131-170.
- ORELLANA, Luis (2000): "La supletoriedad de las leyes" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 4: pp. 807-822.
- SILVA CIMMA, Enrique (2009): *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA (2018), rol 38.857-2017, 17 de abril de 2018.
- CORTE SUPREMA (2018), rol 6.297-2018, 12 de abril de 2018.
- CORTE SUPREMA (2018), rol 2.961-2017, 8 de enero de 2018.
- CORTE SUPREMA (2017), rol 12.164-2017, 23 de noviembre de 2017.
- CORTE SUPREMA (2017), rol 10.377-2017, 24 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA (2017), rol 62.128-2016, 9 de mayo 2017.
- CORTE SUPREMA (2017), rol 97.784-2016, 3 de abril de 2017.
- CORTE SUPREMA (2016), rol 62-2016, 18 de diciembre de 2016.
- CORTE SUPREMA (2016), rol 38.004-2015, 19 de octubre de 2016.
- CORTE SUPREMA (2016), rol 7.560-2015, 19 de mayo de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 3.236, 24 de mayo de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 3.542, 7 de mayo de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 3.575, 7 de mayo de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 3.648, 7 de mayo de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2017), rol 3.014, 14 de noviembre de 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016), rol 2.922, 29 de diciembre de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2014), rol N° 2.682, 30 de octubre de 2014.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2018), rol 713-2017, 7 de marzo de 2018.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017), rol 42.419-2017, 6 de septiembre de 2017.
- CORTE DE APELACIONES DE COIHAIQUE (2017), rol 23-2016, 31 de enero de 2017.
- CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN (2017), rol 1.882-2016, 5 de enero de 2017.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2016), rol 9.541-2016, 22 de diciembre de 2016.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA (2017), rol 160-2017, 28 de diciembre de 2017.

EL FUNCIONARIO CASTRENSE Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA EN LAS FUERZAS ARMADAS

THE MILITARY EMPLOYEE AND THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY INFRACTION IN THE ARMED FORCES

*Sergio Cea Cienfuegos**
*Ricardo Coronado Donoso***

RESUMEN: El presente artículo analiza las infracciones de deberes consagradas en las reglamentaciones de las Fuerzas Armadas y de la Armada de Chile, efectuándose algunas propuestas para armonizar las disposiciones reglamentarias, considerando las normas constitucionales y legales vigentes, juntamente con la jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa.

PALABRAS CLAVES: Fuerzas Armadas - Infracciones de Deberes - Potestad Sancionadora - Responsabilidad Administrativa.

ABSTRACT: The present article analyses the infractions to the duties enshrined into the regulations of the Armed Forces and Chilean Navy carrying out some proposals to standarize the reglamentary regulations considering both the constitutional and legal dispositions along with the Constitutional, Judicial and Administrative Jurisprudence.

KEYWORDS: Armed Forces - Duty Infractions - Sanctioning Power - Administrative Responsibility.

* Abogado U. de Chile, Magíster en Derecho Administrativo U de Chile. Profesor titular de Derecho Administrativo U del Desarrollo.

** Abogado U. Central, Magíster en Derecho Público Pontificia Universidad Católica. Profesor universitario.

I. CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS

En general, se ha sostenido que los principios que rigen el ejercicio de los poderes sancionadores de la Administración, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacionales (administrativa, judicial y constitucional), poseen una “identidad ontológica entre penas y sanciones administrativas” y que por ello “se proyectan los principios constitucionales del orden penal, así como aquellos que inspiran la legislación penal común”¹.

En lo que respecta a la constitucionalización de la potestad sancionadora del Estado, cabe precisar que no existe una norma constitucional expresa, que se refiera de modo directo a ella, pero ello, no necesariamente significa que tal potestad, carezca de sustento y fundamento constitucional.

No obstante, cabe precisar que en la Constitución la potestad sancionadora disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas Armadas, se puede fundar en las disposiciones contenidas en los artículos 4°, 6° inciso 3°, 7° inciso 3°, 8° incisos 1° y 2°, 19 números 3 y 26, artículo 24, artículo 32 números 6, 16, 17, 18, y 101 inciso 3°.

Previo a esto, debemos reconocer que una potestad relevante que se le reconoce a la Administración del Estado, es su poder o potestad de mando, que no es otro que la facultad de la autoridad para adoptar decisiones sobre materias de su ámbito competencial, que se sustenta constitucionalmente en los principios de soberanía nacional, autoridad presidencial, responsabilidad, legalidad y debido proceso.

Sobre lo expuesto, útil es recordar lo que expresa Juan Carlos Casagne² citando a Fernando Garrido Falla:

“La potestad estatal, consiste en consecuencia, en un “poder de actuación” que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos.”

En el caso concreto de Chile, el constituyente (art. 19 N° 3 inciso segundo de la C.P.R.), estimó necesaria una regulación especial para las Fuerzas Armadas, por cuanto consideró establecer, a propósito del principio de igualdad adjetiva –aquel vinculado al ejercicio de los derechos que comprendan un debido proceso de los militares–, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, que el personal de las Fuerzas Armadas se regiría por sus respectivos estatutos.

¹ CORDERO QUINZACARA (2014).

² CASAGNE (1998), p. 117.

En ese contexto agrega Casagne³:

“como un principio básico de la actual concepción del Estado de derecho, debe tenerse en cuenta, que, no obstante que el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del poder público, ellas no pueden ser absolutas e ilimitadas, sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa sus contenidos”.

Para Moraga, la potestad de mando

“...es la potestad que detenta todo jefe y es consecuencia de la organización piramidal de la administración. El mando impone un deber al jefe, cuyo incumplimiento compromete su propia responsabilidad”⁴.

Este aspecto es recogido constitucionalmente en el artículo 24 de nuestra carta fundamental, al establecerse que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien además, es el Jefe de Estado.

En este mismo orden de ideas, se debe considerar la existencia de la potestad de ejecución prevista en el artículo 32 N° 6 de la Carta Fundamental, en virtud de la cual, el Jefe de Estado puede regular en el ámbito reglamentario, todas aquellas materias que no sean de exclusivo dominio legal, entre estas, en el ámbito del Derecho Militar encontramos las reenviadas al ámbito administrativo, por expresa disposición del artículo 431 del *Código de Justicia Militar*, relativas al establecimiento y determinación de los deberes militares, las faltas a la disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar.

Lo expuesto implica que, por una parte, la potestad de mando exige a otros el cumplimiento de decisiones estatales y, por otra, la inobservancia de tales mandatos por parte de los destinatarios, acarrea su responsabilidad administrativa y disciplinaria.

Por su parte, la potestad sancionadora puede ser disciplinaria o correctiva. La de naturaleza disciplinaria se aplica en el ejercicio de la función y por ello afecta directamente a funcionarios públicos, en la potestad correctiva

“se aplican respecto de personas privadas y, a veces, también públicas cuando se advierte que han infringido disposiciones, normas y otras obligaciones jurídicas de naturaleza administrativa y que son de obligado cumplimiento de aquéllas (*v.gr.*, infracciones sanitarias, tributarias, medioambientales)”⁵.

³ CASAGNE (1998), p. 118.

⁴ MORAGA KLENNER (2010), p. 29.

⁵ MORAGA KLENNER (2013), p. 180.

Cabe precisar que Jorge Reyes ha señalado respecto del concepto de potestad sancionadora:

“en su virtud se faculta para castigar a los administrados en caso de transgresiones al orden jurídico y a los funcionarios públicos en caso de incumplimiento de los deberes de éstos”⁶.

En consecuencia, nuestro análisis estará centrado en función de establecer los principios relativos a la responsabilidad por incumplimiento de deberes funcionarios, esto es, la potestad sancionadora disciplinaria.

En efecto, un aspecto esencial de nuestro sistema político es su carácter republicano. Por eso, la afirmación constitucional prevista en el artículo 4 de la Constitución Política de que “Chile es una República”, reafirma valores relevantes para el sistema de gobierno en que se sustenta el Estado, como son: la división de funciones o de potestades públicas, el carácter transitorio de estas y finalmente la responsabilidad que se exige a todos quienes cumplen tales cometidos.

El principio de responsabilidad tiene su consagración expresa a propósito de otro principio constitucional, como son el de juridicidad y legalidad previstos en los incisos finales de los artículos 6, 7 y 38 inciso 2° de la carta fundamental, en el sentido de que la infracción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella, debe necesariamente generar las responsabilidades y sanciones que determine la ley, llegando, incluso, a establecer que son nulos los actos que atenten contra los citados principios, además de generar las correspondientes responsabilidades al funcionario infractor.

Por expuesto, en una república, el gobernante y los funcionarios públicos, deben cumplir los fines públicos que la democracia les exige, motivo por el cual, si se apartan de tales fines, ya sea por acción u omisión, podrá hacerse efectiva, entre otras, su responsabilidad administrativa en el ámbito disciplinario, de tal manera que quienes incumplen una obligación o infringen una prohibición, serán objeto de una medida disciplinaria o sanción administrativa, dependiendo de la gravedad de los hechos atribuidos y acreditados, que en toda su extensión podría llegar hasta la destitución.

En efecto, el cumplimiento de los fines públicos, requiere una preeminencia del interés general sobre el particular, para que, en efecto, se cumplan los presupuestos que contempla el artículo 8 inciso primero de la Constitución Política de la República, en relación con dar estricto cumplimiento al principio de probidad, entendido como la observancia de una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo.

El principio de responsabilidad de los incisos finales de los artículos 6 y 7 específicamente de la carta fundamental, es analizado por Soto Kloss quien señala:

⁶ REYES RIVEROS (2013), p. 314.

“Como se advierte, de la lectura de estos incisos terceros, aparece clarísimo que la responsabilidad del Estado, que es una responsabilidad de origen y fuente constitucional y plena, está fundamentada en un acto, hecho u omisión contrarios a Derecho, antijurídico, que han vulnerado los derechos de una víctima provocándole un daño, una lesión, un menoscabo, un detrimento, es su ‘ser’ y/o en su ‘tener’, esto es en su esfera corpórea/físico Psíquica y/o en su esfera patrimonial”⁷.

El principio de responsabilidad, en relación con el ejercicio de la potestad disciplinaria, por tratarse de un principio de derecho público, también se fundamenta en el de legalidad, en especial en la administración civil del Estado, dado que el catálogo de infracciones se encuentra regulado en el Estatuto Administrativo contenido en el DFL N° 29, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 18.834, especialmente sus artículos 61, 64 y 84 del referido cuerpo legal, en relación además con el artículo 62 del DFL N° 1/19.653 que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 18.575 de Bases Generales de las Administración del Estado.

En las Fuerzas Armadas, en cambio, las faltas a la disciplina se encuentran consagradas en decretos supremos, esto es, en actos administrativos emanados del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo las normas de probidad del artículo 62 del DFL N° 1/19.653 que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 18.575 de Bases Generales de las Administración del Estado y ley N° 20.880 Sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses, que les son expresamente aplicables a la administración militar.

Por otra parte, podemos afirmar que el principio de responsabilidad, construido en virtud de los diversos preceptos constitucionales, es un principio general, por cuanto como señala Arce Flores y Valdés, comprende:

“...las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico”⁸.

Dentro del principio general de responsabilidad, existen diversos ámbitos de concreción, político, civil, penal y, también, administrativo. Este último, asignado por medio de la potestad sancionadora disciplinaria, que tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales, por cuanto, como se afirma por Casagne:

“Ciertos principios cumplen no ya la forma de compensar la desigualdad que trasunta la posición jurídica del particular en relación al Estado, sino

⁷ SOTO KLOSS (2010), p. 738.

⁸ ARCE y FLORES VALDÉS (1990), p. 79.

que implican medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos, que suelen, lamentablemente, matizar y caracterizar el obrar estatal”⁹.

II. POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA EN EL DERECHO MILITAR

Al analizar la potestad sancionadora disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas Armadas, se debe considerar previamente, el principio de primacía de los derechos fundamentales, como límite a la referida potestad.

El principio de primacía de los derechos fundamentales, esto es que, cualquiera que sea la regulación jurídica específica que se analice en el ámbito de las Fuerzas Armadas, para resolver un asunto sometido a la potestad disciplinaria militar, tal regulación específica no puede afectar los derechos fundamentales, tanto en la interpretación, como en la aplicación de la norma administrativa militar al caso concreto.

A modo ejemplar, es muy ilustrativo lo afirmado por Pallavicini al expresar:

“Aunque el funcionario haya cometido actividades improcedentes, si la medida es desproporcionada, no se verifica un racional y justo procedimiento (34263/99, 18.783/00 y 28750/00), en especial si los actos del sumariado no han producido un desmedro significativo para la institución ni un menoscabo en el cumplimiento normal de sus labores (19.467/00)”¹⁰.

Si consideramos el principio de primacía de los derechos fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas, en el contexto analizado, el reenvío efectuado por el constituyente en el artículo 19 N° 3 inciso segundo, vinculado al derecho a defensa en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario para el personal castrense, tal reenvío no tiene un carácter absoluto, porque debe ser interpretado en el sentido de que la norma reglamentaria que se empleará en la solución del conflicto de interés jurídico, no es constitucional *per se*, por cuanto esa disposición reglamentaria, en su contenido, debe respetar los derechos fundamentales, y en caso contrario, aun cuando exista el citado reenvío del precepto constitucional a la regla especial administrativa castrense, tal disposición de rango inferior, no podrá ser aplicada por ser inconstitucional, ya que en algunos casos se alteraría un derecho adjetivo como el debido proceso, y en otros, se afectarían derechos sustantivos, como por ejemplo la privacidad, la honra o la libertad, entre otros.

⁹ CASAGNE (1992), p. 47.

¹⁰ PALLAVICINI (2012), p. 310.

En este sentido Aldunate señala:

“La actuación discrecional de la administración puede así ser sometida a un juicio de racionalidad y razonabilidad de su actuar en que se involucran todas las disposiciones de derechos fundamentales, consideradas como derecho objetivo, aun cuando, en su ámbito concreto de actuación no se encuentren afectadas posiciones jurídicas subjetivas”¹¹.

Coincidiendo con la doctrina expuesta, Caamacho citando a Soto Kloss, expresa que este último autor:

“remata en esta línea argumentativa que: de admitirse la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la administración – podría decirse, entonces: Potestad sancionadora del administrador, sí, pero sometida a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento, a una ejecución con declaración previa de constitucionalidad y legalidad efectuada por un juez”¹².

En consecuencia, a nuestro juicio, en el ámbito de la potestad disciplinaria militar, el reenvío que efectúa el constituyente en el antes citado art. 19 N° 3 inciso segundo, permite, de lleno, otorgarle valor a la reglamentación institucional de inferior jerarquía, emanada de dicha potestad reglamentaria, pero aún en ese caso, tal normativa reglamentaria, deberá promover y respetar los derechos fundamentales del funcionario castrense.

En este orden de ideas, precisamente las diversas soluciones que se han presentado en conflictos de interés jurídico, que versan sobre la potestad sancionadora disciplinaria castrense, por la vía de acciones jurisdiccionales, que han resultado en la aplicación de normas que no son propias de los estatutos aplicables a las Fuerzas Armadas, que exponen a dichas instituciones a acciones judiciales de tutela laboral, en que la jurisprudencia, ha efectuado una interpretación extensiva y libre del derecho laboral, haciendo aplicable al personal de las Fuerzas Armadas¹³, tales normas jurídicas de tutela jurisdiccional en el ámbito laboral, que no fueron consideradas en las disposiciones estatutarias castrenses.

Lo anterior, se ha producido como una consecuencia, de la aplicación general de la tutela laboral a los funcionarios públicos¹⁴.

Como anotan García y Verdugo, existe actualmente un activismo judicial en Chile, porque:

¹¹ ALDUNATE (2008), p. 192.

¹² CAAMACHO (2010), p. 188.

¹³ Sentencia Corte Suprema Unificación de Jurisprudencia, rol 1559-2016. En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Iquique, rol 40-2015 y Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 4-2017.

¹⁴ Corte Suprema, rol 6.870-2016.

“Se desconocen las ataduras interpretativas o sencillamente los jueces se apartan del texto, la estructura y la historia de la norma que interpretan”.

Asimismo García y Verdugo, siguiendo a Wolfe señalan:

“Se hace menos énfasis en el Derecho objetivo conocido, dándole más flexibilidad a los jueces en el manejo de los mismos y en la selección de fuentes elegidas para resolver el caso”¹⁵.

Por lo tanto, estimamos aconsejable estudiar la factibilidad de establecer una tutela judicial efectiva, en el ámbito de la potestad disciplinaria militar, que sea del conocimiento de las cortes marciales, en concreto, en aquellos casos en que el referido conflicto de interés, verse sobre la aplicación y protección de derechos fundamentales y cuando se deban aplicar medidas disciplinarias que impliquen la desvinculación del personal castrense o una limitación concreta en su carrera militar, como serían la aplicación de la suspensión del empleo, retiro, disponibilidad, calificación, separación del servicio, tratándose de oficiales y licenciamiento del servicio, tratándose de individuos de tropa o de tripulación, y en general medidas de cambio a escalafones de complemento, para evitar por una parte la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria, pero respetando la disciplina y jerarquía que debe imperar en las Fuerzas Armadas.

III. ELEMENTOS QUE PERMITEN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad administrativa, fundada en el principio de legalidad, es aquella que se imputa al personal de las Fuerzas Armadas, los alumnos y los soldados conscriptos, cuando no observa sus deberes militares, por acción u omisión, previo procedimiento administrativo disciplinario, que verifique tal infracción, lo que permitirá la aplicación de sanciones, esto es, del ejercicio de la potestad disciplinaria.

Los elementos que permiten el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria, para hacer efectiva la responsabilidad administrativa del personal de las Fuerzas Armadas son:

- a) El funcionario castrense sujeto a la potestad administrativa disciplinaria. En algunos casos puede tener la condición de personal de las Fuerzas Armadas, en otros casos como alumno, soldado conscripto, y eventualmente otras categorías, como el personal a trato y jornal, por

¹⁵ GARCÍA Y VERDUGO (2013), p. 45.

lo que no se circunscribe necesariamente a una categoría específica de personal de las Fuerzas Armadas (art. 1, 4 y 5 ley N° 18.948, art. 153 a 156 DFL N° 1 (G) 1997).

- b) Existencia de una infracción a las obligaciones y deberes funcionarios. prevista y determinada en el Código de Justicia Militar, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas y Reglamento de Disciplina de la Armada de Chile (art. 154 DFL N° 1 (G) 1997)
- c) Aplicación de un procedimiento administrativo disciplinario militar. El procedimiento administrativo, en algunos casos, podrá implicar una investigación sumaria administrativa, y en otros, la aplicación directa de la sanción, habiendo sido oído el afectado. Investigación preliminar. (art. 155 DFL N° 1 (G) 1997).
- d) Sanción disciplinaria, prevista y determinada en el *Código de Justicia Militar*, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas y Reglamento de Disciplina de la Armada de Chile. (art. 154 DFL N° 1 (G) 1997)

Corresponde precisar al lector, que en el presente artículo de investigación jurídica, nos avocaremos al análisis del funcionario castrense sujeto a la potestad administrativa disciplinaria y de la infracción a las obligaciones y deberes funcionarios.

La aplicación del procedimiento administrativo y la sanción disciplinaria, serán objeto de un trabajo académico posterior.

IV. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LAS FUERZAS ARMADAS, RELATIVOS AL FUNCIONARIO CASTRENSE Y A LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS EN LAS FUERZAS ARMADAS:

1. Sujeto activo calificado, es un funcionario castrense supeditado a la potestad administrativa disciplinaria, que puede tener diversas categorías funcionarias, que en cada caso se analizarán

a) Personal de las Fuerzas Armadas

De conformidad a los arts. 1, 4, 5, 10 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948 y arts. 153 a 156 del Estatuto del Personal de las Fuerzas armadas DFL N° 1 (G) 1997, el personal de las fuerzas armadas está constituido por el personal de planta, a contrata y el de reserva llamado al servicio activo.

El personal de planta, a su vez, es integrado por los oficiales, el cuadro permanente y gente de mar.

El personal a contrata es aquel que desempeña un empleo de carácter transitorio, cuyo nombramiento se efectúa para satisfacer necesidades insti-

tucionales, por un acto administrativo de los Comandantes en Jefe, tiene una duración temporal que es de un año, se trata de un civil chileno o extranjero, cuando las necesidades del servicio institucional lo requieran y no exista en la Institución castrense personal militar con los conocimientos adecuados en una determinada área o materia.

El personal a contrata nombrado para ejercer labores docentes en algún establecimiento de enseñanza de las Fuerzas Armadas, se denominará profesor civil. Si este personal tuviere un nombramiento previo en estas Instituciones en otra calidad jurídica ejercerá la docencia como profesor militar.

También se considera como personal de las fuerzas armadas al de tropa profesional y a los empleados civiles de planta de los escalafones administrativos, técnicos y profesionales.

b) Alumnos

En lo que respecta al sujeto afecto a la acción disciplinaria, corresponde precisar que, si bien, esta se ejerce sobre el “personal” de las Fuerzas Armadas, existen algunas categorías de sujetos, que aun cuando no son estrictamente “personal” castrense, la ley les hace aplicable las disposiciones propias de la responsabilidad administrativa en el ámbito disciplinario, pero con algunas diferencias en las normas reguladoras de conducta, por cuanto solo se les sanciona conforme a los reglamentos de disciplina de las respectivas escuela matrices, tales son:

- i. Los subalféreces, cadetes, grumetes, aprendices, refiriéndose a los alumnos de las escuelas matrices formadoras de oficiales, en los que los alumnos tienen las obligaciones de disciplina y jerarquía propia del personal de planta.
- ii. Los alumnos de las escuelas institucionales formadoras del cuadro permanente y gente de mar, tales alumnos, tampoco se encuentran considerados como personal de las fuerzas armadas, pero de igual manera, a su respecto, es aplicable la acción disciplinaria, esto es, las normas de jerarquía y disciplina militares, por lo que, en consecuencia, pueden incurrir y hacerse efectiva a su respecto, la correspondiente responsabilidad administrativa en el ámbito disciplinario.
- iii. Los soldados conscriptos tampoco tienen la condición de personal de las Fuerzas Armadas, porque corresponden a civiles que ingresan a cumplir con su servicio militar por un período que no excede normalmente de dos años, para instruirse y cumplir funciones militares en dicho período, por tal motivo quedan sometidos a las normas de disciplina del personal militar, que se encuentran expresamente contempladas en los reglamentos de disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Armada de Chile, las que en general contemplan sanciones de menor entidad como “presentaciones”, “servicios especiales” o “trabajos extraordinarios”, “arrestos” (sólo como obligación administrativa de no

salir del recinto militar) y pueden culminar con sanciones por hechos de mayor gravedad como es el “licenciamiento del servicio” sin valer militar.

- iv. La expresión empleada por el legislador orgánico constitucional referida a los “alumnos de las escuelas institucionales que no formen parte del personal de planta” prevista en el artículo 4 de la ley N° 18.948, debe ser entendida en el sentido que en las escuelas institucionales, además de los cursos para obtener los títulos de oficiales o cuadro permanente o gente de mar, existen otros cursos que están destinados al personal que ya integra la planta, y que le permite acceder a especializaciones castrenses de acuerdo a sus cargos y grados. Así, por ejemplo, hay cursos de requisitos para “capitanes” o “sargentos”, esto es, cursos destinados a personal de planta, que les permite acceder a un ascenso al grado superior, y en esos casos no es que no se aplique la acción disciplinaria, sino que por el contrario, esta se hace efectiva por ser personal de planta conforme a los reglamentos de disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Armada de Chile y no conforme a los reglamentos propios de las escuelas castrenses.
- v. Personal de la reserva, llamado al servicio activo. Este personal dejó de estar en servicio, pero quedó instruido y capacitado con una formación militar, por lo que puede, de forma transitoria, volver a desempeñarse en funciones militares, de acuerdo con su cargo y grado, e incluso ascender en la reserva.

El llamamiento requiere un acto administrativo (decreto supremo) del Presidente de la República, a proposición de la Dirección General de Movilización Nacional, para fines de instrucción o desempeño. Este personal de la Reserva llamado al servicio activo casi siempre proviene del personal en retiro de las fuerzas armadas, aquel personal de las escuelas matrices dado de baja con valer militar, los conscriptos que culminaron con éxito su servicio militar con valer militar, e incluso personal sin instrucción militar. La regulación legal específica se encuentra en el decreto ley N° 2.306.

- vi. Los profesores civiles. Esta categoría de personal en realidad corresponde al personal a contrata previamente analizado, con una denominación y nombramiento de profesor civil, cuando desempeña funciones docentes, por lo tanto, está sometido al régimen disciplinario por tratarse de personal a contrata.

En todo caso, cabe considerar que, si este personal, ha tenido un nombramiento previo en estas Instituciones castrenses, en otra calidad jurídica en la planta, ejercerá la docencia como profesor militar, y en tal caso, estará sometido al régimen disciplinario por ser personal de planta y no en su carácter docente.

vii. Personal a Jornal. En relación con este personal, cabe considerar que existe la facultad de los Directores de Personal y Comandantes de los Comandos de Personal, para contratar directamente o a proposición de las unidades o reparticiones, cuando sea necesario para el cumplimiento de labores correspondientes a servicios menores, con frecuencia, de aseo y ornato, los que se denominan personal a jornal, que desempeñan sus tareas en virtud de un contrato individual de trabajo para desarrollar actividades en las que predomina el esfuerzo físico, por ello se les denominaba servicios menores.

Al referido personal, se le aplica la normativa disciplinaria propia de las fuerzas armadas, lo que ha sido ratificado por diferentes pronunciamientos jurídicos obligatorios emanados de la Contraloría General de la República¹⁶.

viii. Los prisioneros de guerra considerados en la noción tradicional relativa a los miembros de las Fuerzas Armadas o de Milicias, cuando caigan en poder del enemigo y se cumplan otros presupuestos contemplados en el Convenio de Ginebra III, relativo al trato de los Prisioneros de Guerra del año 1949 (cuya vigencia data del año siguiente) previstos específicamente en su artículo 4° letra "A)" numerales primero al tercero.

ix. Los prisioneros de guerra, que no tienen la calidad de miembros de las Fuerzas Armadas o de Milicias, son en realidad sujetos civiles, que se consideran como prisioneros de guerra, y corresponden a todas persona que en campaña o en el estado de guerra, siga a las Fuerzas Armadas o que tenga con ellas cualquier clase de relaciones que puedan influir en sus actividades y los civiles que viajaren en calidad de pasajeros en las naves o aeronaves militares, se encuentran sometidos a la acción disciplinaria, por expresa disposición del artículo 31 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, contenido en el decreto supremo N° 1445 del año 1951.

Estas categorías de personas, ya se encontraban previstas con la protección y sujeción disciplinaria especial, en el Convenio de Ginebra III, relativo al trato de los prisioneros de guerra del año 1949 (cuya vigencia data del año siguiente), y los considera como tales, en su artículo 4° letra A número cuarto, que singulariza a las personas que sigan a las Fuerzas Armadas, sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que para ello, hayan recibido permiso de las fuerzas armadas que acompañan, teniendo estas la obligación de entregarles a tal efecto, una tarjeta de identidad semejante al modelo adjunto.

¹⁶ Dictámenes 034931N11, 27132/2002, 35944/2009, 8374/2010, 4195/2001, 9094/2005, 34330/2009, 13893/2002, 60539/2008, 24103/2009.

Las referidas categorías de personas, claramente corresponden a civiles, que, en circunstancias excepcionales, previstas en la citada norma internacional, tienen un estatuto de protección y de sujeción especial, pero con deberes en el ámbito de la disciplina, consagrados en el artículo 41 del referido Convenio, que tiene el rango de ley, y se encuentra en coherencia, con el reenvío que efectúa por el artículo 431 del *Código de Justicia Militar* al artículo 31 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

El ejercicio de la acción disciplinaria respecto de civiles, considerados prisioneros de guerra conforme a la normativa internacional, se trata de una situación excepcional, que se aparta de la doctrina general del Derecho Administrativo, por cuanto, en lo que respecta a que el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria, por regla general, procede hacerla efectiva respecto de funcionarios públicos, dentro los cuales se encuentra el personal de las Fuerzas Armadas.

Esta circunstancia de excepción se sustenta en medidas de protección a los prisioneros de guerra de origen no militar y en la necesaria disciplina que debe existir en las relaciones entre estos, y entre los demás prisioneros de guerra, y además, con los encargados de los recintos de detención.

2. *Infracción a las obligaciones y deberes estatutarios*

De conformidad al artículo 101 inciso 3° de la Constitución Política de la República, las Fuerzas Armadas, tiene algunas características que las distinguen de otros órganos públicos, por ejemplo, como cuerpos armados son obedientes y no deliberantes, y además, son profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

Para preservar tales características, existen normas de conducta en el ámbito administrativo disciplinario, que consagran deberes y restricciones inherentes a la profesión militar, contempladas en las normas estatutarias especiales (Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, Código de Justicia Militar, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas y de la Armada de Chile, y además el Estatuto Administrativo General (DFL N° 29 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo), en lo que fuere procedente para el personal de las Fuerzas Armadas, de conformidad a lo previsto en el artículo 138 del DFL N° 1 (G) 1997 “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”.

Antes de estudiar las diversas faltas a la disciplina, cabe precisar que existe un importante principio, que debe ser tenido en consideración, al momento de analizarlas, porque permite precisar los límites de la responsabilidad administrativa. Tal es el principio de “independencia de responsabilidades”.

A. Independencia de responsabilidades en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Aspectos generales

El referido principio implica que un funcionario público, puede ser sancionado conjuntamente, ya sea por los tribunales de justicia civil o penal, y además por los órganos de la administración competentes en el ejercicio de facultades jurisdiccionales (juicio de cuentas ante la Contraloría General de la República), tanto en materia de responsabilidad administrativa como civil extracontractual especial y pecuniaria que recae en aquellos servidores públicos que tienen a su cargo la administración de bienes y fondos estatales.

En consecuencia, de los mismos hechos, se pueden derivar distintos tipos de responsabilidad, tales son, la responsabilidad penal, las responsabilidades civiles extracontractuales por delito o cuasidelito civil, la responsabilidad civil y pecuniaria por infracciones en la administración de bienes y fondos estatales, y finalmente la responsabilidad administrativa disciplinaria.

Esta multiplicidad de responsabilidades, no afecta el principio de *Non Bis In Idem*, por cuanto:

“...las sanciones disciplinarias no forman parte del *Ius Puniendi* del Estado, ya que tanto el ámbito penal como el campo disciplinario tienen cierto tipo de modalidades y circunstancias propias que permiten de manera aceptable la superposición de sanciones penales y disciplinarias en forma conjunta, sin que ello vulnere el principio de *Non Bis In Idem*, en la medida que no exista duplicidad en cuanto a que nadie puede ser castigado dos veces o más en cada uno de dichos ámbitos”¹⁷.

Para una correcta determinación, en concreto, entre el ámbito administrativo disciplinario y el punitivo, resulta necesario considerar cuales son los bienes jurídicos tutelados por las normas administrativas y penales respectivamente, y después, se debe considerar el principio de proporcionalidad de la pena, de tal manera, que en infracciones administrativas de menor entidad, no sería procedente imponer restricciones o limitación a la libertad personal, conforme se ha sostenido sin modificaciones por el Tribunal Constitucional¹⁸.

El principio de independencia de responsabilidades, tiene una consagración constitucional en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, al disponer:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

¹⁷ STC, rol 2722-2014, C. 19°. En el mismo sentido STC roles números 1951, 1968, 2133 y 2682.

¹⁸ STC, rol 1518-2009, C. 29 (pena) y C. 30 (proporcionalidad).

Respecto de tal principio, en el ámbito del Derecho Público, Reyes¹⁹ ha sostenido que en esta materia:

“Dos ideas centrales hay que destacar: a) Las distintas responsabilidades son independientes entre sí, salvo alguna situación de excepción. b) Las responsabilidades sólo se pueden hacer efectiva mediante el debido proceso: sumario o investigación sumaria, proceso penal, juicios o procesos civiles, acusación constitucional”.

En relación con lo ya expuesto, profundizaremos tal análisis, cuando abordemos el estudio de la medida disciplinaria de arresto en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

En la actual legislación nacional, el artículo 18 del DFL N° 1/19.653, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, consagra el principio de independencia de responsabilidades al señalar:

“El personal de la ley 18.575 Administración del Estado estará sujeto Art. 15° a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle. En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento.”

Pallavicini sostiene a este respecto:

“...en virtud del principio de independencia de las responsabilidades, un servidor público puede ser conjuntamente sancionado, sea a través de los Tribunales de Justicia, tratándose de la responsabilidad civil o penal, o de los procedimientos disciplinarios existentes para determinar la responsabilidad administrativa, sean estos sumarios o investigaciones sumarias (aplica criterio contenido en dictamen N° 12.765, de 2008)”²⁰.

Este principio, es plenamente aplicable a las Fuerzas Armadas, en primer término, porque se trata de un principio general del Derecho Administrativo, pero, además, conforme a texto expreso, por cuanto, tal disposición legal se encuentra contenida en el título primero de la citada normativa legal, que es aplicable a todos los órganos de la administración del Estado, a diferencia de lo que acontece con el título segundo, artículo 21 del mencionado decreto con fuerza de ley N° 1/19.653.

B. Concepto reglamentario de falta a la disciplina en el ámbito de las Fuerzas Armada

El artículo 1° de la ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas expresa en su inciso final:

¹⁹ REYES RIVEROS (2013), p. 129.

²⁰ PALLAVICINI (2012), p. 307.

“El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determinen los reglamentos de disciplina y las ordenanzas generales de las respectivas Instituciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle”.

Asimismo, en artículo 153 inciso final del DFL N° 1 (G) 1997 “Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas” señala:

“El personal que infrinja sus obligaciones y deberes funcionarios incurrirá en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle”.

Por su parte, el artículo 74 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, expresa que se considerarán faltas a la disciplina, todas las acciones u omisiones que importen quebrantamiento de los deberes militares o violación de los reglamentos u órdenes de los superiores, relacionados con el servicio, que no alcancen a constituir delito.

En similar sentido, el Reglamento de Disciplina de la Armada de Chile, (contenido en el artículo 1° del decreto supremo N° 1232 de 21 de octubre de 1986) en su título II, artículo 201, prescribe que se considerarán faltas a la disciplina, las acciones u omisiones que signifiquen un quebrantamiento a las obligaciones o deberes como, asimismo, el incumplimiento de órdenes o disposiciones reglamentarias que no alcancen a constituir y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 111.

Derivado de lo antes dispuesto, tanto en las normas legales como reglamentarias, a nuestro entender, los elementos del concepto de falta a la disciplina, son el quebrantamiento de la obligación funcionaria, la lesividad administrativa y la vinculación con la función militar.

C. Elementos que configuran el concepto de falta a la disciplina

a) Quebrantamiento de obligaciones funcionarias:

Obligaciones, deberes, disposiciones reglamentarias y órdenes

En esta materia advertimos una reiteración de conceptos, al considerarse en las definiciones reglamentarias, expresiones tales como: “obligaciones”, “deberes”, “órdenes”, y “disposiciones reglamentarias”.

El contenido material de la infracción administrativa afecta un bien jurídico en el ámbito administrativo militar. Este bien jurídico, vinculado con las Fuerzas Armadas, es, con exactitud, la defensa nacional, pero, además, mediante el principio de fragmentación, colegimos que existe un bien jurídico instrumental, tal es la disciplina militar, que permite alcanzar el anteriormente mencionado.

En consecuencia, este bien jurídico denominado disciplina militar estará protegido por la normativa de las Fuerzas Armadas, para poder permitir a estos cuerpos armados, observar sus cometidos constitucionales, de tal

manera que los superiores, tendrán la certeza, de cuál será la conducta del inferior en la actividad de la profesión militar.

Por lo anterior, no es con todo aplicable en el ámbito administrativo militar el principio de tipicidad que conocemos en el Derecho Penal, porque, si bien el *ius puniendi* tiene manifestaciones en el ámbito penal y administrativo, en el orden administrativo respecto de una infracción del principio de tipicidad "...es menester destacar, de acuerdo a lo señalado en los dictámenes N^{os} 29.084, de 2011 y 17.348, de 2014, de este origen, que tal principio no ha sido establecido en materia de responsabilidad administrativa, dado que el ejercicio de la potestad punitiva no se enuncia a través de un listado de actuaciones ilícitas, sino que por medio de un catálogo de deberes, prohibiciones y obligaciones"²¹.

b) Lesividad administrativa de la infracción

Implica que el hecho sancionado en el ámbito administrativo, no alcanza a constituir delito, lo que se advierte no solo en la definición y en la tipificación reglamentaria de falta a la disciplina sino que, además, en la consagración legal del principio de independencia de responsabilidades, previsto en el artículo 153 del DFL N^o 1 (G) de 1997 "Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas". Esto en el sentido de que el personal que infrinja sus obligaciones y deberes funcionarios incurrirá en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle, por cuanto son independientes entre sí, de tal manera que el sobreseimiento y la sentencia absolutoria en materia penal, no excluyen la acción disciplinaria.

Sobre este aspecto, al analizar el catálogo de faltas a la disciplina previstas en el artículo 76 del Reglamento de Disciplina de la Fuerzas Armadas, podemos advertir que algunas de ellas, afectan con mayor exactitud, un bien jurídico propio del Derecho Administrativo, por ejemplo, las previstas en los numerales 1, 3, 5, 31, 7, 8, 9, 11, 13, 16, 17, 178, 20, 24, 25, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 40.

En cambio, existe otro grupo de conductas que son constitutivas de faltas a la disciplina, que confunden el ámbito administrativo y penal, por ejemplo, la del numeral 2 en relación con los delitos de rebelión, sedición y motín (arts. 265 al 279 del CJM), la del numeral 4 cuando se refiere a mutilaciones voluntarias (art. 295 del CJM), la del numeral 10 en lo que respecta los maltratos a superior (arts. 341 y 342 del CJM), la del numeral 15 vinculada con el delito de incumplimiento deberes militares (art. 299 N^o 3 CJM), asimismo, numerales 12, 14, 19, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 31,

²¹ Dictamen CGR N^o 04259 del año 2017. En el mismo sentido, dictámenes 028635 y 01382 del año 2017, dictámenes números 086615, 039572, 026916, todos del año 2016, dictámenes números 087977 y 068729 del año 2015.

37, 38 y 39, relacionadas con desobediencias, injurias, atentados contra la propiedad fiscal, revelación de secretos, etcétera.

Similar situación, relativa a algunos casos de ausencia de delimitación concreta entre delito penal y falta a la disciplina, se advierte en el Reglamento de Disciplina de la Armada contenido en el título II, del decreto supremo N° 1232 de fecha 21 de octubre de 1986.

En efecto, si uno analiza el concepto y algunas conducta descritas como faltas graves a la disciplina, por el citado reglamento, se pueden observar que las mismas, además podrían constituir delito. Por ejemplo, destruir correspondencia particular (podría ser constitutiva de algún tipo de infidelidad de custodia documental prevista en el artículo 242 y siguientes del *Código Penal*), destruir o deteriorar bienes fiscales u otros ajenos (artículo 353 y siguientes del *Código de Justicia Militar*), negligencia en el cumplimiento de la guardia (podría ser constitutivo de algunos de los tipos penales del artículo 300 y siguientes del *Código de Justicia Militar*), entre otros.

Asimismo, en el artículo 206 del citado Reglamento de Disciplina de la Armada, al definir y establecer algunas faltas gravísimas, señala que “son acciones u omisiones que sin llegar a constituir delito, provocan...”. Esta técnica normativa, no es la más adecuada para diferenciar los diversos órdenes sancionatorios (penal y administrativo en este caso), dado que se debe recurrir a un mecanismo interpretativo objetivo que permita diferenciar, en qué casos un hecho es constitutivo de delito y en otro, una mera infracción a los deberes funcionarios.

Para dilucidar estas zonas grises de interpretación, proponemos aplicar el principio de proporcionalidad y una determinación exacta en cada caso concreto del bien jurídico tutelado y afectado, en el marco general de los principios de legalidad, debido proceso y *non bis in idem*.

En efecto, respecto de los incumplimiento de deberes funcionarios (como delito o falta a la disciplina) el Tribunal Constitucional ha tenido interpretaciones diversas, particularmente frente al tipo penal de incumplimiento de deberes militares, previsto en el artículo 299 N° 3 del *Código de Justicia Militar*, dado que en algunos casos, ha estimado que hay conductas que infringen deberes militares y pueden ser sancionadas como delito y otras acciones u omisiones que infringen los mismos deberes, pero en los que no es procedente aplicar el precepto penal, todo ello en el marco de la substanciación de recursos de inaplicabilidad por estimar que un precepto legal es contrario a la Constitución en el caso concreto, ya sea acogiendo²² o desechando²³, las respectivas inaplicabilidades.

²² STC acogen las inaplicabilidades en los roles 781-2007 y 1011-2007.

²³ STC Roles que rechazan los recursos de inaplicabilidad: 468-2006, 559-2006, 664-2007 y 2187-2012. En cambio precisándose que los fundamentos del Tribunal Constitucional en uno y en otro caso, se sustentan especialmente en el principio de legalidad en cuanto a la tipicidad expresa

En consecuencia, las diversas interpretaciones y aplicaciones de la norma al caso concreto, en efecto, permiten constatar que en algunas situaciones, la diferenciación entre delito y falta disciplinaria es bastante compleja, y para su correcta delimitación, son necesarios criterios objetivos de interpretación y de aplicación de principios internacionales y constitucionales vinculados a la legalidad, debido proceso, *non bis in ídem*, todos ellos, con la medida otorgada por el principio de proporcionalidad.

c) Vinculación con la función militar

En efecto, debe existir entre la conducta que se sanciona una relación con el servicio o función militar. Por ello, las normas legales y reglamentarias respectivas que fueron citadas precedentemente (artículo 1° inciso final de la ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, artículo 153 del DFL N° 1 (G) de 1997 “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, artículo 74 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas y asimismo el decreto supremo N° 1232 de 21 de octubre de 1986, título II, artículo 201), incorporan los vocablos “personal que infrinja sus deberes u obligaciones”, “obligaciones y deberes funcionarios” y “relacionados con el servicio”, los que permiten inferir, que no cualquier conducta, puede ser sancionada como falta a la disciplina, sino que aquellas que de hecho sean concernientes a la función militar.

Por lo expuesto, la correcta interpretación de cada falta a la disciplina, debe encontrarse determinada por el impacto que la referida conducta produzca sobre los deberes del servicio, en la función castrense.

En efecto, en el siglo XXI existen una serie de tendencias normativas, que en materia de dignidad de la persona autorizan, en el marco de la libertad humana, diversas conductas que se encuentran amparadas internacional y constitucionalmente, por tener el carácter de derechos fundamentales, motivo por el cual, tales conductas *per se* no pueden considerarse faltas a la disciplina, aun cuando una interpretación exegética de la norma que consagra la falta disciplinaria, pudiera a través de indicios hacerla extensiva a situaciones propias de la vida privada.

Existe una serie de derechos fundamentales en el ámbito de la honra y protección de la vida privada: libertad sexual; autodeterminación de la orientación sexual; no discriminación; respeto a pueblos originarios; libertad religiosa; las que incluso han sido consideradas en el nuevo *Libro de la defensa*, edición del año 2017, en relación con la promoción de los derechos humanos, la inclusión y no discriminación y finalmente en relación al enfoque de género²⁴.

o *lex certa*. En cambio en el rol 2773-2015 que acumula roles 2817-2015, 2849-2015, 2859-2015, se rechaza inaplicabilidad por el principio de *non bis in ídem*, debido proceso y legalidad.

²⁴ Capítulo XIV. Políticas Sectoriales en el ámbito de la política militar. Párrafo 14.1 Política de personal a) Política de derechos humanos b) Política de género c) Diversidad sexual d) Personas con discapacidad e) Pueblos originarios. Páginas 188 a 195).

Por lo expuesto, en el ordenamiento jurídico vigente, relativo a las faltas a la disciplina en las Fuerzas Armadas y en la Armada de Chile, se constata que existe una serie de conductas que se encuentran sancionadas administrativamente, que requieren desde ya ser revisadas, mediante una interpretación dinámica y evolutiva, acorde con las nuevas realidades en el ámbito de los derechos fundamentales, sin afectar la defensa nacional (y sus pilares preceptivos de la disciplina y jerarquía militar), ello sin perjuicio de una revisión de las mismas, para su modificación o derogación.

Por ejemplo, el contraer matrimonio sin permiso de la autoridad militar (art. 76 N° 36 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas), asociada históricamente a la capacidad económica del personal para mantener una familia, en la que a menudo la cónyuge no ejercía trabajos remunerados, hoy es anacrónica y no tiene una clara justificación para su establecimiento, ya que en la actualidad ambos cónyuges se han integrado a las actividades económicas remuneradas, por lo que el fundamento primigenio de la norma, no se encuentra en correspondencia con la evolución social e, incluso, surge la interrogante de si una autorización de esa naturaleza es aplicable o no al acuerdo de unión civil, y si eso afecta la función militar o simplemente es una manifestación de la vida privada.

CONCLUSIONES

- 1) En las infracciones de deberes consagradas en las reglamentaciones de las Fuerzas Armadas y de la Armada de Chile, existe hoy una lesividad administrativa poco definida, lo que tiene como consecuencia, que el contorno diferenciador entre el delito y la falta a la disciplina, en algunos casos es difuso, por lo que debe ser corregido legislativamente tanto en el ámbito administrativo como penal
- 2) Para solucionar la situación antes referida, proponemos utilizar en la legislación que se dicte al efecto, criterios de naturaleza objetiva, para la correcta interpretación y aplicación de los principios internacionales y constitucionales vinculados a la dignidad humana, legalidad, debido proceso, non bis in ídem, todos ellos, con la medida otorgada por el principio de proporcionalidad, en el caso concreto.
- 3) Las infracciones disciplinarias de los funcionarios públicos de la administración civil del Estado, se encuentran reguladas por normativa de rango legal; en cambio, las de las Fuerzas Armadas se encuentran establecidas mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, de lo que se concluye que antes de analizar su concordancia con la Constitución y los Tratados Internacionales, específicamente en el ámbito de los derechos fundamentales, debemos contrastarlas con la legislación vigente, lo que provoca que se vean impactadas por una serie de disposiciones, legales

- tales como la ley N° 20.609 antidiscriminación, la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, la ley N° 20.422 de igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, entre otras.
- 4) En los reglamentos de disciplina de las Fuerzas Armadas se encuentran descritas como faltas, algunas conductas que exceden el ámbito propio de la función militar, por lo que su correcta interpretación y aplicación, debe efectuarse en concordancia con la promoción y protección de la dignidad humana y otros derechos fundamentales relacionados con la vida privada de un individuo.
 - 5) Por lo expuesto, es necesaria una adecuación de la normativa disciplinaria de las Fuerzas Armadas, considerando su consagración en una ley y no en un reglamento, tal como ya acontece en materia de probidad, describiéndose además, conductas que de hecho afecten la lesividad administrativa y la función castrense, sin confundirla con materias penales, todo ello en concordancia con la promoción y protección de los derechos fundamentales.
 - 6) Para terminar, se propone una tutela judicial efectiva en el ámbito de las Fuerzas Armadas, radicada en las cortes marciales, a fin de evitar el activismo judicial en materia laboral, sin perjuicio de considerar el recurso de protección.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- ARCE Y FLORES VALDÉS, Joaquín (1990): *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional* (Madrid, Editorial Cívitas S.A.).
- CAAMACHO CEPEDA, Gladis (2010): *Tratado de Derecho Administrativo, La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*. (Santiago, Legal Publishing Chile) Tomo IV.
- CASAGNE, Juan Carlos (1992): *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo* (reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- CASAGNE, Juan Carlos (1998): *El derecho administrativo* (6ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot) Tomo I.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, primer semestre: pp. 399-439.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2013): *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones L y D).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad formal de la Administración del Estado* (Santiago, Legal Publishing) Tomo VII.

MORAGA KLENNER, Claudio (2013): "Procedimiento Administrativo. Contratación Pública", en *Notas sobre el artículo 49 de la Ley de la Superintendencia del Medio Ambiente y supletoriedad de la ley 19.880* (Santiago, Legal Publishing, Chile): pp. 179-205.

PALLAVICINI MAGNERE, Julio (2012): *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, ley N° 18.575 interpretada* (Santiago, Legal Publishing Chile) Tomo III.

REYES RIVEROS, Jorge (2013): *Introducción al Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing).

SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

Jurisprudencia

Contraloría General de la República (2001), dictamen N° 4195/2001.

Contraloría General de la República (2002), dictamen N° 13893/2002.

Contraloría General de la República (2002), dictamen N° 27132/2002.

Contraloría General de la República (2005), dictamen N° 9094/2005.

Contraloría General de la República (2008), dictamen N° 60539/2008.

Contraloría General de la República (2009), dictamen N° 34330/2009.

Contraloría General de la República (2009), dictamen N° 35944/2009.

Contraloría General de la República (2009), dictamen N° 24103/2009.

Contraloría General de la República (2010), dictamen N° 8374/2010.

Contraloría General de la República (2011), dictamen N° 034931/2011.

Contraloría General de la República (2015), dictamen N° 068729/2015.

Contraloría General de la República (2015), dictamen N° 087977/2015.

Contraloría General de la República (2016), dictamen N° 026916/2016.

Contraloría General de la República (2016), dictamen N° 039572/2016.

Contraloría General de la República (2016), dictamen N° 086615/2016.

Contraloría General de la República (2017), dictamen N° 01382/2017.

Contraloría General de la República (2017), dictamen N° 028635/2017.

Contraloría General de la República (2017), dictamen N° 04259/2017.

Corte de Apelaciones de Iquique (2016), rol 40-2015, 12 de mayo de 2016.

Corte de Apelaciones de Rancagua (2017), rol 4-2017, 6 de marzo de 2017.

Corte Suprema (2016), rol 1559-2016, 24 de marzo de 2016.

Corte Suprema (2016), rol 6870-2016, 30 de noviembre de 2016.

Tribunal Constitucional de Chile (2006), rol 468-06, 9 de diciembre de 2006.

Tribunal Constitucional de Chile (2007), rol 559-06, 7 de junio de 2007.

- Tribunal Constitucional de Chile (2007), rol 664-06, 30 de mayo de 2007.
- Tribunal Constitucional de Chile (2007), rol 781-07, 27 de septiembre de 2007.
- Tribunal Constitucional de Chile (2008), rol 1011-07, 26 de agosto de 2008.
- Tribunal Constitucional de Chile (2010), rol 1518-09, 21 de octubre de 2010.
- Tribunal Constitucional de Chile (2012), rol 1951-11, 13 de septiembre de 2012.
- Tribunal Constitucional de Chile (2012), rol 1968-11, 15 de mayo de 2012.
- Tribunal Constitucional de Chile (2013), rol 2133-11, 04 de julio de 2013.
- Tribunal Constitucional de Chile (2013), rol 2187-12, 08 de enero de 2013.
- Tribunal Constitucional de Chile (2014), rol 2682-14, 30 de octubre de 2014.
- Tribunal Constitucional de Chile (2015), rol 2722-14, 15 de octubre de 2015.
- Tribunal Constitucional de Chile (2016), rol 2773-15, 28 de enero de 2016.
- Tribunal Constitucional de Chile (2016), rol 2817-15, 28 de enero de 2016.
- Tribunal Constitucional de Chile (2016), rol 2849-15, 28 de enero de 2016.
- Tribunal Constitucional de Chile (2016), rol 2859-15, 28 de enero de 2016.

LA INMEDIACIÓN TEMPORAL
EN EL PROCESO DE PONDERACIÓN
Y ADJUDICACIÓN DENTRO
DE UN “MEGA JUICIO ORAL”.
UN ASUNTO A REVISAR*

THE TEMPORARY IMMEDIACY
IN THE PROCESS OF WEIGHTING
AND ADJUDICATION WITHIN
AN “ORAL MEGATRIAL”.
AN ISSUE TO REVIEW

*Fernando Sarriego Egnem***

RESUMEN: Este trabajo pretende desarrollar el grado de afectación que ha experimentado la inmediación con el surgimiento de los llamados “mega juicios” orales, explicitando el evidente perjuicio que genera, desde la óptica del adjudicador, el excesivo transcurso del tiempo tanto en el cometido de ponderación de la prueba rendida sobre la base de la oralidad como en la labor de resolución del conflicto jurídico, cuestionando, si en la actualidad, el juez cuenta con una oportunidad efectiva y eficiente, para cumplir adecuadamente estas funciones.

PALABRAS CLAVE: Juez - Mega Juicio - Inmediación - Oralidad - Tiempo - Prueba - Valoración - Decisión.

ABSTRACT: This work intends to develop the degree of affectation that the immediacy has suffered with the emergence of the so-called oral mega trials, explaining the evident damage that generates, from the viewpoint of the adjudicator, the excessive passage of time, both in its role of weighting the evidence presented on the basis of orality, as to the work of resolving the legal

* Este artículo forma parte integrante de una investigación más acabada en materia de “mega juicios” orales que realiza el autor y que pretende ser incluida en un trabajo final de posgrado.

** Profesor titular Derecho Procesal Universidad del Desarrollo. Juez titular del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Master en “tutela de derechos fundamentales”, Universidad de Jaen, España.

conflict, questioning, if at present, the judge has an effective and efficient opportunity to adequately fulfill these functions.

KEYWORDS: Judge - Megatrial - Immediacy - Orality - Time - Evidence - Appraisal - Decision.

INTRODUCCIÓN

Sabido es que cualquier legislación procesal requiere, para obtener sustentabilidad y eficacia, estructurarse sobre la base de un determinado sistema procesal. Este, a su vez, es escogido en el contexto de un proceso –idealmente democrático– para regular la forma y modo de dar solución pacífica a los conflictos de relevancia jurídica que se susciten dentro de un determinado Estado. En ese contexto, todo sistema procesal reclama la presencia de principios formativos del procedimiento, no solo para otorgar vigor, fortaleza y armonía a sus normas sino que para apreciar, con claridad, la orientación elegida por ese Estado en la construcción de su sistema procesal.

Es así como la República de Chile optó, a partir del año 2000, por implementar un sistema procesal penal caracterizado por la aplicación de los principios de bilateralidad de la audiencia –con énfasis en todo lo que tiene relación con la fase judicializada en adelante–, el dispositivo, el orden consecutivo legal, el de oralidad, de intermediación, de concentración, la continuidad, etc., principios todos conducentes a demostrar que la orientación buscada por nuestra nación encuentra sus bases en procesos de corte oral, adversarial y contradictorio. Es más, en lo que compete a la intermediación, concentración y continuidad, cabe añadir que son facilitadores en la labor del adjudicador en cuanto a ponderar la prueba introducida al juicio, de acuerdo con el estatuto de convicción de la sana crítica, toda vez que si una audiencia de juicio se extiende considerablemente en el tiempo, sin duda, tal circunstancia repercutirá en esa labor fundamental de valoración de la prueba (radicada en el juez), restando crédito a la ventaja que reporta a este, el contacto directo e inmediato con la prueba.

En otras palabras, el beneficio de la intermediación en la percepción de la prueba, establecido casi siempre en favor del juzgador (extensible en menor medida a todos los intervinientes) queda, por completo, enervado si la audiencia de juicio oral se prolonga por días, semanas o meses, dado que, al momento de valorar el mérito de los medios allegados a estrados para decidir respecto de la inocencia o culpabilidad del imputado (esto es, un tiempo inmediato al cierre del debate o en el mejor de los casos dentro de las veinticuatro horas siguientes a tal evento), se genera un escenario extremadamente dificultoso para el adjudicador en lo que se relaciona con la ponderación racional de toda la prueba rendida. Demás está decir que este inconveniente

es provocado única y exclusivamente por el efecto de la dilación del juicio oral, esto, en concomitancia con la incapacidad de todo ser humano (en este caso el juez) de retener de modo adecuado el contenido de la evidencia aportada sobre la base de la oralidad¹.

En ese sentido, se aprecia que cada principio formativo del proceso desempeña un papel preponderante en la estabilidad de un sistema procesal penal, de suerte tal que la ausencia o mitigación de cualquiera de ellos, provoca siempre un desbalance en la eficacia del mismo, poniendo en riesgo o conculcando derechamente no solo las expectativas trazadas en torno a la idoneidad del proceso penal –en cuanto mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos– sino que coartando, restringiendo o limitando derechos procesales y garantías fundamentales de quienes participan en él, como se dirá en su oportunidad.

Pues bien, en calidad de juez de Tribunal Oral en lo Penal de quien escribe este artículo se ha tenido la oportunidad de intervenir en innumerables juicios orales, pudiendo constatar de acuerdo con esa experiencia que, en cuanto a su extensión (inicio/término), un gran porcentaje de ellos se desarrolla en tiempo de uno o dos días (duración que, en principio, no daría crédito para elevar el cuestionamiento que se analiza)². Por su parte, las situaciones de excepción que se han logrado percibir, están constituidas por juicios cuya duración se prolonga desde semanas hasta meses.

Asimismo, recurriendo nuevamente a la experiencia judicial, es factible señalar que para buena parte de los tribunales orales en lo penal que ejercen jurisdicción dentro de la república, un juicio cuya estimación de extensión iguale o supere el hito del “mes”, es considerado y calificado como “mega juicio”, razón por la que se describirá esta variante de proceso como un juicio oral, público y contradictorio, gobernado entre otros principios por la intermediación, oralidad, concentración y continuidad, cuya característica distintiva y relevante corresponde a su excesiva prolongación en el tiempo.

Por otra parte, en lo atinente a la intermediación, es dable manifestar que puede ser apreciada desde múltiples enfoques, siendo los criterios tradicionales aquellos que la visualizan desde una esfera formal y material. La variante formal nos remite a la obligación que pesa sobre el tribunal en cuanto a percibir la prueba directamente, sin intermediarios, y en esa virtud emitir

¹ Los profesores Maturana Miquel y Montero López, refiriéndose al principio de concentración explican sobre este punto: “la posibilidad que se aplique la intermediación y el sistema de la sana crítica es posible solo en la medida en que exista una concentración para la rendición de la prueba en una audiencia de juicio, dado que si ella se dilata en el tiempo, tiende a perderse la eficacia del contacto directo del juez con la prueba y se hace cada vez más dificultosa su apreciación o ponderación racional”. MATURANA y MONTERO (2010), p. 866.

² Información recabada de los distintos tribunales orales que integran el Centro de Justicia de Santiago, pero que por razones de extensión de este trabajo, no será incluido.

decisión respecto del asunto controvertido. La perspectiva material, en cambio, conduce a establecer un orden de prelación en cuanto a la prueba que debe practicarse en el juicio oral, privilegiando las que sean más próximas a los hechos discutidos³.

Con todo, identificamos una arista de este principio –no tan explorada en el ámbito doctrinario y jurisprudencial– que inserta a la intermediación dentro de una dimensión temporal⁴, reconduciendo sus fundamentos a la necesidad de estrechar, al mayor grado posible, el tiempo que medie entre la producción de la prueba con su valoración y el consecuente pronunciamiento del veredicto absolutorio o condenatorio⁵. Pues bien, es esta variable de intermediación la que cobra trascendencia en el desarrollo de este artículo, toda vez que el objeto central del mismo se circunscribe al “mega juicio”, esto es, un proceso cuya característica principal estriba en su considerable extensión, peculiaridad que necesariamente debe colacionarse con la intermediación en su fase temporal, por cuanto ello hace posible percibir con nitidez, dicotomías funcionales entre ambos, lo que, *a priori*, torna difícil arribar a algún punto armónico de conexión.

De este modo y a la luz de este diagnóstico, el presente artículo pretenderá levantar cuestionamientos de índole procesal vinculados al papel de eficacia que debe cumplir la intermediación dentro del “mega juicio”, bajo la mirada del juzgador, específicamente en las dificultades que provoca, esta colisión, en la labor de ponderación y resolución del conflicto jurídico. Luego, se plantearán potenciales soluciones dirigidas a encontrar puntos de convergencia que permitan sustentar la coexistencia entre estas circunstancias. Esto es, por un lado, admitir que el “mega juicio” es una realidad en el ámbito procedimental penal –al margen que ello no fue tomado en consideración en el ámbito normativo– pero que también cuenta con pilares fundamentales que lo sustentan, entre ellos la intermediación, la que debe ser vigorizada y

³ ROXIN (2000), p. 394.

⁴ Parte importante de la doctrina nacional y extranjera explican esta modalidad como una manifestación del principio de concentración. Así, por ejemplo el profesor Cortez Matcovich citando a Ortells Ramos, al referirse a la eficacia de la oralidad, explica que ella dependerá “de que entre el momento de la práctica de las pruebas y el de la sentencia, no medie un tiempo excesivamente prolongado que pueda perturbar la memoria de los jueces, es decir, de la concentración”, para luego ahondar sobre el punto el primer autor expresando: “la concentración tiende a que los actos procesales se desarrollen en una sola audiencia y, de no ser posible, en audiencias consecutivas o bien en varias audiencias que, aunque no sean consecutivas, sean muy próximas entre sí, de modo que los actos procesales realizados de palabra y con intermediación ante el juez, no desaparezcan de su memoria”. CORTEZ MATCOVICH (2006), pp. 210 y 214.

⁵ En esa línea, el profesor Daniel Pastor expresa: “hasta la intermediación exige la relación directa no solo entre quien juzga y los órganos de prueba, sino que también exige una intermediación temporal entre la adquisición de las distintas pruebas, y entre esa adquisición y la sentencia”. PASTOR (2002), p. 53.

encasillada siempre en esa jerarquía, toda vez que ésta alimenta de validez y eficacia a todo juicio oral.

En afinidad con lo mencionado con anterioridad, no puede desconocerse que la existencia de un “mega juicio” genera innumerables problemas jurídicos y prácticos tanto en su implementación como en su sustanciación y, por cierto, en el adecuado ejercicio de los derechos que asisten a todos quienes intervienen en el mismo.

Como ya se expresó, el objeto de este opúsculo se enfocará en dar cuenta del desfavorable escenario en que se sitúa el adjudicador al enfrentar un “mega juicio”, especialmente en el proceso de retención de la información oral recibida y posterior ponderación de la prueba para arribar a la decisión de absolución o condena. Para la consecución de este fin, necesariamente se criticará la eficacia de la intermediación como elemento coadyuvante a la decisión, a lo que también deberá añadirse la inexistencia de un estatuto especial que regule y represente de forma fidedigna la realidad que exhibe un juicio de esta dimensión, circunstancia esta última que emerge como un factor de entorpecimiento al adecuado ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Finalmente, este trabajo planteará recomendaciones a título de *lege ferenda* sobre la problemática evidenciada, buscando que el lector forme su propia convicción respecto a la necesidad de introducir cambios en la regulación interna, en términos de hacer más laxas, amigables y ajustadas a la realidad, las normas vinculadas a un “mega juicio”, específicamente en lo concerniente a fortalecer el principio de la intermediación, con especial énfasis desde su variante temporal, en aras de generar un escenario más favorable para facilitar la labor de ponderación y decisión de parte del tribunal.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La eficiencia de un sistema procesal puede ser mensurada desde múltiples variantes, siendo una mirada aquella que pregona la obtención de un fallo fundamentado que dirima el asunto discutido dentro de un tiempo razonable. En ese contexto, para la obtención de ese fin, es básico que el sistema esté impregnado de principios y reglas que propendan al cumplimiento de sus fines. Además de ello, parece elemental, de acuerdo con la buena fe, contar con la participación activa y colaborativa de todos quienes interactúan en el escenario procesal penal, en aras de precaver la desmesurada extensión del juicio oral, erradicando determinadas prácticas o conductas provocadoras de mayores dilaciones en el proceso, con el propósito de fijar o concentrar el debate en aquellos puntos de real importancia para dirimir el conflicto jurídico.

En ese sentido, es útil señalar que un juicio estructurado sobre la oralidad e intermediación –como el que nos ocupa–, obtiene su máximo rendimiento y eficiencia en pleitos de escasa extensión en el tiempo o si se quiere de baja

duración en su desarrollo, dado que al término del mismo, el juzgador podrá –luego de almacenada toda la información aportada en solución de continuidad– efectuar un análisis íntegro de ponderación de los medios allegados y, como corolario de ello, comunicar, de inmediato, la decisión de absolución o condena. A *contrario sensu*, el juicio quedará desacreditado considerablemente en su eficacia, si se prolonga en el tiempo, más allá de lo esperable, dado que a todas luces decrecerán las posibilidades del sentenciador de almacenar toda la información recibida de la prueba a través de la palabra⁶.

Este proceso, que involucra primero el contacto y percepción directa del sentenciador con la prueba oral aportada en juicio y su pronta valoración y decisión, constituye parte importante de los elementos fundamentales que caracterizan al principio de inmediación en su aspecto temporal.

Asimismo, es evidente que este principio no subsiste de forma independiente o autónoma, sino que, para lograr la operatividad deseada, debe estar blindado o ser auxiliado a través de la concurrencia de brazos instrumentales destinados a resaltarlo y, para esos efectos, se justifica el realce de la concentración y continuidad. En términos generales, estos principios buscarán –cada uno con sus variantes– que el juicio oral se desarrolle sin intermitencias, en la medida de lo posible con apego a lo estrictamente debatido, procurando eliminar cualquier práctica dirigida a prolongarlo sin causa, objetivos todos que se cumplen, en buena medida, en un juicio oral de corta extensión.

Aclarado lo anterior, corresponde precisar que, a pesar de que durante el trazado y proceso de confección de la estructura matriz del juicio oral, el legislador buscó fortalecer la inmediación a través del establecimiento de normas rígidas en materia de oralidad, continuidad y concentración, debe advertirse que el diseño que sirvió de inspiración para su construcción, concebía derechamente al juicio oral como un proceso acotado en su duración o bajo una nomenclatura coloquial, “juicios cortos”⁷.

⁶ En efecto, la fugacidad en la capacidad de retención de la palabra explicitada es un gran dilema a que se sujetan los procesos de inspiración oral, ya que a medida que el juicio se prolonga en el tiempo indiscutiblemente aumenta el riesgo de olvidar, no solo lo que expresó la fuente de información sino que, también, la forma en que lo expresó. Dicho inconveniente, se observa mitigado bajo un sistema procesal regido por la escrituración, dado que la palabra quedará impregnada en el papel, razón por la que tarde o temprano el juzgador dispondrá de la declaración inalterada del deponente y podrá valorarla sin márgenes de discrecionalidad. Para una mayor profundización respecto de las ventajas y desventajas de un sistema oral o escrito, véase NIEVA FENOLL (2010), p. 27 y ss.

⁷ Revisada la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 19.696, no se detecta mención alguna a juicios orales de considerable extensión como tampoco referencias a la inmediación desde la perspectiva temporal. Por el contrario, la tendencia regulatoria estuvo encaminada en remarcar la presencia de su variante formal. Incluso al alero de lo dispuesto en el artículo 344 del *Código Procesal Penal* podría interpretarse que el prospecto de juicio oral estándar previsto por el legislador, era aquel cuya duración no excediese de cinco días.

Sobre este punto, es importante recalcar que pareció ser acertada la apreciación legislativa reseñada, por cuanto la inmensa mayoría de los juicios orales que se celebran a diario en cada tribunal oral en lo penal a lo largo del país, corresponden a procesos que principian y terminan en jornada diaria única⁸, ratifica el diagnóstico referido, esto es que prácticamente la mayor parte de los juicios encuadran en la tipología de juicios pequeños, siendo la excepción aquellos cuya duración sobrepasa los parámetros habituales de prolongación, o también denominados “mega juicios”.

Es por lo ya anotado que resulta lógico comprender que, desde la óptica de su eficiencia, el sistema procesal penal sea evaluado en términos positivos por los usuarios, justiciables, académicos y, en general, por el foro nacional e internacional⁹, dado que es un hecho irrefutable que los tiempos de judicialización de asuntos penales se han reducido considerablemente, lo que se explica, en concreto, por la modalidad de juicio oral.

Pero dejando de lado aquellos aspectos destacables del proceso penal, corresponde centrar el análisis en el surgimiento del mega juicio, esto es, un tipo de proceso que pasó por completo inadvertido por el juicio del legislador, al momento de delinear las directrices y principios básicos sobre los que descansaría el juicio oral. Bajo esa línea, si bien se comprende que en el proceso de planificación –para imprimir de eficacia al juicio oral– estuvo asentada e internalizada la idea de contar con juicios reducidos en el tiempo, dicha aspiración nunca debió ser asimilada como regla absoluta o infalible. En otras palabras, por muy abrumadora que sea la cifra de “juicios cortos” que se celebran anualmente, existe un número, aunque muy menor, de juicios que no responden a ese parámetro –en tanto escapan a los patrones temporales usuales– a lo que cabe sumar el hecho de que, en su mayoría, tienen relación con asuntos de alto impacto social y carentes de regulación específica que posibilite dar respuesta a los más diversos inconvenientes que se suscitan en su seno. Por lo demás, sin querer minimizar el valor que tiene en sí cada juicio oral, lo cierto es que por muy escaso que sea el número de “mega juicios” que se celebran, se trata de procesos que por lo general trascienden el interés propio de quienes actúan en el proceso, generando una expectativa social de consideración, en cuanto a su desarrollo y resolución, es decir, hablamos de asuntos con clara resonancia social.

Insistiremos en que la naturaleza misma de un “mega juicio” y su desarrollo, en afinidad con la falta de regulación específica, constituyen elementos que, entrelazados, configuran un escenario completamente adverso

⁸ Información recabada de estadísticas oficiales a que se pudo acceder, pero que por razones de extensión de este artículo no fueron incorporadas.

⁹ Basta recordar que países como México, Perú, Panamá, tuvieron a la vista el *Código Procesal Penal* chileno, incorporando elementos jurídicos de importancia en sus legislaciones procesales internas.

para el juzgador en el cumplimiento de sus labores ya indicadas. Esto es así, dado lo difícil que resulta recordar a cabalidad el contenido de lo declarado por cierto testigo o perito en el contexto de un “mega juicio”. Es evidente que esta rémora se exagera aún más si consideramos que, con el pasar de los días (eventualmente meses), la posibilidad de recordar lo expresado por los deponentes va decayendo de manera notoria, razón por la que, sin duda, debe colegirse que el “factor tiempo” representa un papel preponderante en la eficacia de un juicio oral, sea en términos positivos (como acontece en la gran mayoría de las causas “pequeñas”), o negativos (reconducida esta variante a la celebración de mega juicios orales).

Sobre la base de todo lo expuesto, es necesario dejar en total claridad que este artículo no busca, siquiera remotamente, proponer la supresión de los “mega juicios”, ya que tal postulación asomaría irreal dentro del espectro procesal en que nos desenvolvemos, sino que más bien, el enfoque del mismo pretende sugerir fórmulas encaminadas a reducir en su *máximum* la extensión de un proceso de esta dimensión y, en consecuencia, disminuir las posibilidades de olvido. Todo ello, con el propósito de fortalecer la inmediatez temporal y propender a la obtención del mejor escenario posible para que el juzgador cumpla con sus obligaciones de valoración y decisión.

Así, pues, a lo dicho precedentemente, cabe sumar otra inadvertida falencia estructural radicada al instante de resolver respecto de la absolución o condena del encausado. En efecto, a diferencia de lo que pueda pensarse, el tiempo que el tribunal dispone para emitir veredicto en un “mega juicio” es el mismo que la regla consagrada para un juicio oral tradicional, es decir, comunicar inmediatamente tal decisión o a lo sumo diferirla por veinticuatro horas, prescripción de hecho insostenible bajo la lógica estructural en que se desenvuelve un “mega juicio”, pero que se explica por la desatención normativa del legislador en esta variante de pleitos.

Es útil para este desarrollo, recordar que la Psicología enseña que el olvido, más que en una pérdida de memoria, consiste en la incapacidad de acceder a la misma, postulado que llevado al campo del “mega juicio” nos permite advertir la falta de una efectiva oportunidad para lograr ese acceso.

En función de ello, solo resta plantear ciertos remedios procesales orientados a estrechar la duración del juicio y, con el mérito de ello, aplacar los inconvenientes reseñados. Así las cosas, debería ocupar un lugar preferente en el marco de las medidas a tomar, agudizar las restricciones de admisión –al procedimiento– de todo elemento prescindible o redundante dirigido a torpedear el proceso de retención de la información oral de relevancia recibida.

POSIBLES SOLUCIONES

A pesar del diagnóstico explicitado, creemos que la problemática señalada de modo alguno resulta ser insalvable, por el contrario se vislumbran ciertas alternativas en el horizonte, las que, en caso de contar con una buena recepción, posibilitarían limitar o mitigar la excesiva dilación de los “mega juicios” y con ello contribuir a que la intermediación temporal despliegue su papel inherente, esto es, dejar al juzgador en posición de ponderar y resolver efectiva y oportunamente sobre la condena o absolución de un determinado sujeto.

De ahí que los paliativos a plantear impactarán en el campo de tramitación y competencia tanto del juez de garantía como, por cierto, ante el tribunal oral en lo penal, puesto que en ambas sedes se avizoran elementos perfectibles, cuya modificación coadyuvaría en concreto a la reducción de los márgenes temporales en que se desenvuelven hoy los denominados “mega juicios”.

Juzgados de Garantía

En este ámbito, las soluciones postuladas, se circunscriben principalmente a criterios de *lege ferenda*, reconducidos a la participación de estos en la audiencia de preparación de juicio oral. En otras palabras, los remedios que se proponen van muy ligados a la necesidad de reformar ciertos artículos asociados a instituciones insertas en la dinámica de la audiencia preparatoria, direccionadas a otorgar al juez mayores facultades oficiosas tanto en lo que tiene relación con el instituto de las *convenciones probatorias*, como en hacer más ágil la herramienta efectiva de exclusión de prueba tratándose de testimonios vertidos por testigos de oídas o de referencia.

Sabido es que las *convenciones probatorias* constituyen una herramienta de mucha utilidad jurídica y práctica para depurar el asunto sometido a conocimiento y decisión del tribunal oral en lo penal, relevando a los intervinientes de la carga de probar aspectos fácticos no controvertidos. De esta forma, este instituto procesal no solo contempla claros beneficios prácticos para los intervinientes en la etapa de prueba sino que, a la vez, se erige como un elemento jurídico esencialmente contributivo para el tribunal en cuanto despeja del debate circunstancias de hecho liberadas de la carga de la prueba, facilitando que se circunscriba el centro de interés en aquellas materias controvertidas, es decir, las que motivaron que la causa en efecto, llegase al juicio oral y no deparase en otro escenario procesal.

Asimismo, se debe remarcar que la adopción de convenciones probatorias entre los intervinientes, en caso alguno releva al tribunal de fondo de omitir valoración a su respecto. Muy por el contrario, en el veredicto el tribunal oral en lo penal deberá dar a conocer su convicción de condena o absolución, previa ponderación tanto de los hechos que se estimaron demos-

trados con motivo de la prueba rendida en el juicio oral como también de aquellos hechos que anticipadamente han sido incorporados como convención probatoria.

Desde esa perspectiva, reiteramos que la real utilidad de este instituto procesal, se percibe –desde la óptica de la intermediación temporal– en cuanto permite concentrar la dinámica del juicio oral en aquellos aspectos jurídicos que en verdad merecen debate y aportación de prueba de parte de los intervinientes, dejando de lado aquellos tópicos que dilatan de forma inoficiosa la extensión del mismo^{10, 11}.

A pesar de ello, esta herramienta de alta utilidad e impacto en la extensión de cualquier juicio oral no cuenta, en la práctica, con el nivel de recepción esperado de parte de los usuarios del sistema. Es así como, un escasísimo porcentaje (por no decir nulo) de autos de apertura dictados y remitidos por los Juzgados de Garantía, tienen incorporados en su cuerpo, la mención de haber tenido lugar la celebración de alguna convención probatoria, en circunstancias de que, paradójicamente, la experiencia judicial demuestra que un alto número de esas causas incluyen componentes fácticos del todo pacíficos entre quienes litigan, debiendo, asimismo, rendir prueba para acreditarlos, generando como resultado, una dilación injustificada del juicio oral y, como consecuencia de ello, una afectación directa a la adecuada intermediación que debe disponer el juzgador con la prueba rendida, principalmente aquella que fue aportada bajo modalidad oral.

¹⁰ Al recurrir a la historia de la ley 19.696, se observará que en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se decidió la incorporación de las convenciones probatorias bajo el fundamento “que se den por acreditados ciertos hechos en los que están de acuerdo, para que no sea preciso rendir prueba sobre ellos en el juicio oral, lo que tiene la ventaja para los intervinientes de concentrarse en aquellos hechos que sí son controvertidos”. Segundo Informe Comisión de Constitución, Senado. Fecha 20 de junio de 2000. Sesión 05, Legislatura 342. *Boletín* N° 1.630-07.

¹¹ Del mismo modo, es necesario decir que los hechos incorporados vía convención probatoria no constituyen una ley para el sentenciador (si fuese así prevalecería la verdad convencional por sobre su variante material, siendo esta última la que inspira el proceso penal). Es por esa razón que resulta viable representarse que el Juzgador pueda, durante el proceso de ponderación, desvirtuar el contenido de convenciones probatorias, cuyos hechos preestablecidos, no se ajustan al mérito de la prueba allegada al juicio oral. No existe norma alguna que restrinja tal facultad al Juez, dado que el artículo 275 del *Código Procesal Penal*, solo impone la prohibición de debatir respecto de los hechos que figuren en tales acuerdos, pero no la imposibilidad de valorarlos y menos dirigir *ex ante* esa ponderación hacia un determinado sentido. Si se reconoce que la redacción del artículo citado no resulta ser del todo feliz, en atención a que de una simple lectura a la expresión “...el Juez de Garantía indicará en el auto de apertura de juicio oral *los hechos que se dieren por acreditados...*” evocaría la idea de inmutabilidad o invariabilidad de los tales, situación que no puede acontecer toda vez que dicho efecto únicamente ocurrirá con motivo de un juicio iniciado y con mayor precisión en el contenido de la sentencia, tal cual se establece en el artículo 340 inciso segundo del *Código Procesal Penal*.

La constatación anterior, se ha traducido en tornar en inoperativa una disposición inserta en el *Código Procesal Penal* y de tanta importancia para obtener una mayor eficiencia del juicio oral. En efecto, si bien las explicaciones al desuso, pueden ser reconducidas hacia distintas vías, lo cierto es que en el ámbito del proceso penal –caracterizado por el reconocimiento a la participación activa de quienes son identificados como intervinientes– no se observa, en general, una actitud proactiva en lo atinente a la formulación de convenciones probatorias, para ser aceptadas judicialmente.

Es cierto que se podría refutar lo que se viene diciendo, bajo el argumento de que el artículo 275 del *Código Procedimental* posiciona al juez de garantía como el promotor de las bases de acuerdo y, en efecto, eso es así, pero no debe olvidarse que el mismo precepto establece como presupuesto habilitante para que el juez actúe, la actividad previa de parte, esto es, que medie un requerimiento explícito de los intervinientes en torno a celebrar convenciones probatorias, mención que, por lo demás, guarda plena armonía con el principio de pasividad de la actividad jurisdiccional reglado en el artículo 10 del *Código Orgánico de Tribunales*, el que inspira a la inmensa mayoría de los procedimientos nacionales y que, por cierto, encuentra componentes de excepción en cada uno de ellos, pero que bajo el texto actual de la norma en estudio, ello no ocurre.

Es por ello que, con el propósito de incentivar la utilización de esta poderosa herramienta de descongestión y que al mismo tiempo coadyuva con el fortalecimiento de la intermediación en el juicio oral, en particular, en el contexto de un “mega juicio”, es que se propone estudiar la sustitución del actual artículo 275 del *Código Procesal Penal*, por uno nuevo, cuya redacción rece de la siguiente forma:

“Durante la audiencia, el Juez de Garantía deberá formular proposiciones de arreglo a los intervinientes en cuanto a relevar de discusión y prueba en el juicio oral, aquellos hechos pacíficos o no controvertidos como también aquellos de pública notoriedad que perciba luego de analizados los antecedentes del caso. Las proposiciones formuladas serán aprobadas por el juez, salvo oposición fundada de uno o más intervinientes. La mera referencia a la ausencia del fiscal o defensor titular de la causa y demás intervinientes, no constituirá oposición fundada para estos efectos.

En el evento que los intervinientes lleguen o acepten las proposiciones del juez, respecto de uno o más hechos exentos de prueba y discusión, serán consignados en el respectivo auto de apertura y deberá estarse a ellos durante el juicio oral”.

Como se observa, la propuesta transcrita altera por completo el sentido del actual artículo 275 del *Código Procesal Penal*, en tanto incluye una variante de excepción a la regla orgánica de la pasividad de los Tribunales de Justicia, dotando al juez de garantía de facultades oficiosas en la materia, al exigírsele

—sin previa petición— formular proposiciones de arreglo a los intervinientes, de suerte tal que frente a este excepcional protagonismo del juzgador, aquellos estarán obligados a debatir sobre la plausibilidad de aceptar las convenciones probatorias propuestas de oficio. De paso, esta propuesta hace indispensable que, a lo menos, en una audiencia de suyo relevante en la secuencia del procedimiento ordinario, como es la audiencia de preparación de juicio oral, se cuente con la presencia de los letrados titulares que encabezan los roles de acusador y defensa, o cuando menos que quienes los reemplacen tengan conocimiento acabado del asunto, puesto que son justo estos quienes están realmente impuestos del alcance y contenido de la causa que asumen y, por ende, sabedores de todo aquello que puede ser objeto de concesión o disposición y qué no¹².

En cuanto al segundo tópico, esto es la incorporación de *testigos de oídas*, es dable decir que las facultades de exclusión se limitan únicamente a estos, ya que su inclusión es percibida como uno de los factores más perjudiciales a la intermediación temporal.

No es sorpresa para nadie el descrédito que, con mucha frecuencia, se atribuye a los testigos de oídas como fuente fiable y creíble de información, toda vez que lo que estos deponen, difícilmente podrá ser expuesto a un mínimo y adecuado examen de confrontación con la fuente matriz, por lo que la información que provenga de esta clase de testigos, es de suyo calificada como de mala o, en el mejor escenario de baja calidad, en extremo complejo de sustentar, con su solo concurso, una decisión condenatoria.

Sin embargo, con todos los reparos que pueden elevarse, es insoslayable que el legislador procesal penal tuvo en consideración a los citados testigos como medio para producir fe en juicio, basta solo con hacer mención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 309 del *Código Procesal Penal* para ratificar su plena validez como elemento de prueba. En efecto, el artículo en comento reza:

“Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o *si los hubiere oído referir a otras personas*”¹³.

¹² Me atrevo a elevar como una de las tantas causas que explican la baja tasa de convenciones probatorias celebradas desde los inicios del *Código Procesal Penal*, la ausencia de fiscales o defensores titulares en la audiencia de preparación de juicio oral. Esto es así, ya que por múltiples factores que podrán explicarse en otro artículo, se transformó en una práctica habitual, es decir, la delegación de funciones en pares, que evidentemente concurren a la respectiva audiencia con una pauta estricta de instrucciones a seguir entregadas por el titular, de suerte tal que, al margen de tener que sujetarse con rigurosidad a los términos del encargo, lo que supone ver coartadas posibilidades de disposición, es en efecto posible que el sustituto no esté debidamente instruido de los antecedentes y, por lo mismo, no se encuentre en posición de celebrar convenciones probatorias.

¹³ Cabe destacar que este tipo de regulación escapa de la lógica imperante en tradiciones anglosajonas en las que, como se dijo con anterioridad, se prohíbe o restringe sustancialmente

En ese orden de ideas, esta depreciada clase de prueba testifical cobra real importancia, en la práctica, como instrumento de sustitución de la declaración de aquellas personas que presenciaron el hecho y sus circunstancias esenciales, transformándose, la variante preconstituida, en verdaderos registros humanos, dispuestos a declarar en juicio con el propósito de paliar los efectos perniciosos de la ausencia de testigos presenciales, generando un efecto de subrogación personal en cuanto a la declaración de estos, obviando con ello el ADN y centralidad del juicio oral. A pesar de ello, esta crítica escapa a los márgenes de este trabajo y podrá ser abordada en otro estudio, pero lo que sí debe importar en esta fase, es dejar establecido que existe un claro y evidente orden de prelación en esta tipología de prueba, de suerte tal que, ante la posibilidad de probar un hecho a través de testigos directos y presenciales, pierde vigor la necesidad de contar con testigos de referencia (intermediación material), ya que a todas luces será percibido este testimonio como una fuente de información poco confiable y además redundante^{14, 15}.

Ahora bien, esta situación no es intrascendente en este análisis, dado que es de suyo recurrente en un “mega juicio” contar con la presencia de testigos de oídas, quienes acuden a reafirmar cada uno de los puntos sobre los que ya depusieron testigos presenciales, transformándose –en verdad– este tipo de declaraciones de aquellos, en un obstáculo en la marcha del juicio oral. Lo anterior, debido a que junto con no aportar nada novedoso a lo ya oído, ni tampoco servir de utilidad sus dichos para ejercitar funciones adecuadas de confrontación, su declaración involucra una dilación inoficiosa del proceso, esto es, un coste de tiempo que incide directamente en la eficacia de la intermediación temporal, en atención a que el juez perderá la ventaja sideral que le reporta el contacto directo, inmediato y concentrado con la prueba para una adecuada solución del conflicto. Tal grado de redundancia se erige más bien como elemento perturbador (prescindible) que representa un papel de afectación ostensible en la capacidad de retención del juzgador

la admisión y uso de prueba de referencia (*hearsay rules*). Es más, en nuestra región, asimismo, encontramos legislaciones que adscriben a la inadmisibilidad de testigos de oídas como elemento idóneo para provocar fe. En efecto, el *Código de Procedimiento Penal* colombiano adscribió a la orientación anglosajona plasmando en su artículo 402 bajo el título “Conocimiento personal”: “El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.

¹⁴ En ese sentido, Oliver Calderón citando a López Barja de Quiroga, menciona que “si un hecho puede probarse por testigos directos, no caben los de referencia”. OLIVER CALDERÓN (2017), p. 353.

¹⁵ Bajo esa línea argumentativa, Baytelman sostiene que la intermediación material tiene su fundamento en el valor que se reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que el tribunal recibe. BAYTELMAN (2000), p. 241 y ss.

respecto de la información útil recibida y que, de no mediar tal agente distorsionador, lo posicionaría en un mejor escenario para emitir su veredicto.

De la misma forma, cabe advertir que en nuestro concepto, los testigos de oídas tampoco contribuyen al propósito de testear la credibilidad o veracidad de la fuente originaria del relato reproducido (en el caso que hubiese declarado uno presencial cuyo relato intentó ser reproducido por el de oídas), en atención a que la regla eficaz y legal de confrontación viene dada por contrastar al deponente con la lectura de sus declaraciones previas (las que deben existir y constar en la carpeta investigativa, por así exigirlo las normas que reglan la obligación de registro).

Es todo lo ya manifestado que genera lo que esta categoría de testigo sea tan desvalorizada en su mérito probatorio a nivel comparado, desestimación que va desde la prohibición de su uso¹⁶ –al no constituir una prueba idónea para provocar fe– hasta el establecimiento de importantes restricciones en su admisión y valoración. En este último sentido, el profesor Nieva Fenoll enseña que la declaración de un testigo de referencia debe ser ponderada como un mero registro de lo dicho por otra persona¹⁷, lo que implica estar en presencia de una verdadera grabadora humana con el agregado que su capacidad de registrar y retener es completamente falible, aumentando la posibilidad de incurrir en error a medida que transcurre el tiempo. El citado autor añade que, en razón de ello, aparece probable que al deponer, el testigo utilice su imaginación para reconstruir extremos que no recuerde del relato que le transmitieron¹⁸.

A raíz de todo lo anterior, la propuesta que se formula en relación a este apartado, consiste en introducir como inciso tercero del artículo 276 del *Código Procesal Penal* una disposición orientada en este sentido:

“tratándose de testigos de oídas, el solo ofrecimiento de dos o más testigos presenciales del hecho y sus circunstancias esenciales, habilitara al juez para calificar a los primeros de sobreabundantes y, por ende, lo facultará para excluir su testimonio en el juicio oral o bien, restringir el contenido de su declaración a puntos nuevos y atinentes a la causa, salvo que, en

¹⁶ En países como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido o Australia –dotados de un sistema adversarial bastante más madurado y evolucionado que el nuestro– las nociones de pertinencia o relevancia y de admisibilidad son consideradas esenciales para su estabilidad. De ahí que, entre otros aspectos, se establezca la prohibición de uso de testigos de referencia, recurriendo para ello a la aplicación de la regla *hearsay*. Un análisis profundo sobre esta temática puede encontrarse en VELAYOS MARTÍNEZ (1998), p. 86 y ss.

¹⁷ NIEVA FENOLL (2017), p. 355.

¹⁸ Nieva Fenoll citando jurisprudencia española, llega a la conclusión que atendido los inconvenientes inherentes a este clase de testigos y advirtiendo que se trata de una prueba altamente insegura, el rango valorativo a que más puede aspirar dice relación con ser tenida como una mera herramienta de corroboración. Véase NIEVA FENOLL (2017), p. 355.

concepto del Juez, exista razón justificada y motivada para la inclusión de todos o alguno de aquéllos o la totalidad de su declaración”.

Como puede advertirse, la idea propuesta tiende a alterar el paradigma imperante, toda vez que mediante ella, se consagra como hipótesis general –en caso de darse los presupuestos habilitantes– la improcedencia de testigos de oídas como medio de prueba a rendir en el juicio oral. Sumado a ello, esta norma situará al juez de garantía en el deber de informarse ya no solo de quienes son ofrecidos como testigos por los intervinientes, sino que, además, respecto de la calidad en que se los presenta y los puntos y aspectos en que se solicita que depongan. Tal situación, generará automáticamente el desempeño de un papel aún más activo de lo que ya es la función del juez de garantía, en tanto que, de concurrir los supuestos descritos en la propuesta, la incorporación y tratamiento de los testigos de oídas pasaría a ser considerado un aspecto absolutamente excepcional, evento en el que el juez deberá explicitar en detalle, las razones tenidas en vista para hacer lugar a una situación de excepción, es decir, no excluir a los testigos de referencia

A mayor abundamiento, la idea sugerida se sitúa en la hipótesis de que el testigo de oídas no solo tenga esa calidad sino que, además, ostente la calidad de presencial respecto de otros asuntos de interés para la solución del asunto, caso en el cual es factible que el juzgador pueda limitar el contenido de su testimonio solo a aquellos hechos percibidos en esa última calidad, efecto que no viene sino a reforzar la regla general de trascendencia de un testigo presencial por sobre uno de referencia.

De la mano con lo indicado precedentemente y con la finalidad de no dejar en la indefensión a quien cuenta con testigos presenciales y de oídas del hecho, pero que por efecto de la reseñada cláusula, quedará desprovisto de estos últimos, sostenemos la necesidad de generar una considerable apertura en cuanto a la procedencia de la prueba anticipada. Lo anterior, toda vez que quien debe o quiere probar, puede experimentar el justo temor de representarse que su o sus testigos presenciales no asistirán o estarán indisponibles de comparecer al juicio oral, generando con ello una merma sustantiva en su actividad probatoria, *máxime* si el interviniente ya no contará con la declaración de testigos de oídas que, en alguna ocasión, pudiesen sustituir la versión de aportada por el presencial. De ahí que, bajo nuestro criterio, una óptima salida para asegurar la protección a los derechos de las partes en la materia, dice relación con permitir una habilitación amplia, esto es, sin mayores restricciones a la procedencia del instituto de la prueba anticipada, remarcando siempre que se trata de un remedio subsidiario a la incomparecencia del declarante.

Tribunal oral en lo penal

Respecto de esta clase de tribunales, también se localizan puntos críticos susceptibles de ser enmendados recurriendo a la reforma de ciertas disposi-

ciones del *Código Procedimental* del ramo. Claro está, que las posibilidades de modificación son más acotadas, ya que, a diferencia de la multiplicidad y complejidad de asuntos que se observan y discuten en sede de garantía, el juicio oral tiene un objeto único y preciso, esto es, dirimir la viabilidad de la acusación de acuerdo con la prueba aportada.

Por lo expresado, las sugerencias que se postularán en este apartado fijan el acento más bien en mejorar el *diseño estructural* del juicio oral, particularmente en lo atinente a la recepción de prueba y deber de comparecencia de ciertos intervinientes, con el propósito de reducir en la mayor medida de lo posible la extensión de los mega juicios y con ello promover y facilitar la inmediatez temporal del juzgador en los procesos de valoración y decisión del conflicto.

Es óptimo y viene a cuenta recordar que el juicio oral está sujeto a principios que lo informan y caracterizan siendo uno de ellos, el de la oralidad. Este valor pregona que la palabra es el medio idóneo de comunicación entre las partes y de estas para con el tribunal, de suerte tal que, para su eficacia, imperativamente se requerirá de la presencia ininterrumpida de los jueces de fondo durante toda su prosecución (artículo 284 del *Código Procesal Penal*), por cuanto de lo hablado o alegado no quedará registro escrito.

Como consecuencia natural de lo aseverado, la inmediatez (entendida para estos efectos como el contacto directo del juez con la prueba introducida) emerge como un principio insoslayable en la ritualidad del juicio, toda vez que de no contar con ella, el adjudicador dependerá de plano del relato de terceros para reconstruir aquellos pasajes que no pudo percibir directamente de la fuente, asumiendo, por ende, el inherente riesgo que ello conlleva en lo tocante a la fidelidad y simetría de la información que se recepciona.

No está demás señalar que esta dificultad no se aprecia en sede civil, puesto que al tratarse de un procedimiento en esencia, escrito y en el mejor de los escenarios sujeto a las reglas del principio de protocolización para la recepción de ciertas pruebas, no se percibe en general, como esencial e imperioso la presencia ininterrumpida del juzgador durante todos los hitos de la sustanciación, de suerte tal que la mediación no sobresale hoy como un factor que entorpezca mayormente el proceso de valoración al momento de sentenciar, por cuanto es sabido que la letra permanecerá inmutable e inalterable en el tiempo.

En ese escenario, importa recalcar que, en materia probatoria, las reglas que informan el juicio oral no son rígidas para los intervinientes, dado que la libertad de prueba¹⁹ en la demostración de cada uno de los hechos y circunstancias en que descansa la acusación, debe, por ende, unirse al al-

¹⁹ Consagrada legalmente en el artículo 295 del *Código Procesal Penal*.

bedrío en la aportación de la misma durante la secuencia del juicio. Claro está que mediante la regla establecida en el artículo 328 del *Código Procesal Penal*, los intervinientes cuentan con absoluta libertad para fijar el orden en que se presentarán los medios de convicción en el juicio oral, sin que exista limitación alguna a esta facultad, ya que de suyo, el precepto entrega su ejercicio a completa discreción del interviniente a cargo de probar.

A pesar de ello, dicha disposición, que *a priori* no impresiona como generadora de mayores revuelos prácticos, ni jurídicos²⁰, en el contexto de la celebración de un “mega juicio” oral, si podría calificar como un elemento perturbador para la correcta operatividad de la intermediación temporal del juez con la prueba y consecuente decisión. En efecto, como se indicó anteriormente, el juicio penal que nos gobierna es en esencia oral, por lo que las manifestaciones de escrituración en el mismo son excepcionales y mínimas. Sin embargo, una de las variantes que escapan a la regla general la constituye la prueba documental, que se incorpora con frecuencia, mediante la lectura acotada del instrumento²¹, específicamente aquellos pasajes que, en concepto del interviniente que lo agrega, son de relevancia para su estrategia del caso, sin perjuicio que el documento íntegro quede a disposición del tribunal, ya que la exigencia de lectura resumida del mismo pretende solo obtener la difusión de su individualización y someramente de su contenido.

No obstante, el conflicto se genera cuando el “mega juicio” lleva aparejada la rendición de abundante prueba documental²², por cuanto eso implicará, así, la utilización de uno o más días (incluso en ciertos casos semanas) en la sola lectura –tangencial– de esos instrumentos, en circunstancias que, como se ha sostenido, con o sin dicha lectura, igualmente el tribunal tendrá acceso íntegro a su contenido y, por lo mismo, los sentenciadores podrán revisar y leer la documentación, con detención.

En consideración a todo lo expresado, si hacemos un simple ejercicio de conectar la modalidad legal de incorporación de prueba documental con la cláusula que posibilita al interviniente elegir de forma discrecional el orden de rendición de su prueba, se advierte, con evidencia, un serio peligro

²⁰ Por el contrario es mirado como un aspecto positivo para la decisión del tribunal. Así los profesores Duce y Riego refieren que el fundamento de no consagrar reglas rígidas en la materia descansa en que “las partes son quienes conocen mejor sus propios casos y, en consecuencia, son quienes están en mejores condiciones de discriminar cual es la información y en qué orden ésta debe ser presentada para construir un relato claro y comprensible para el tribunal que tendrá que resolver sobre la base de la misma información”. DUCE y RIEGO (2007), p. 397.

²¹ Artículo 333 del *Código Procesal Penal*.

²² Podemos señalar como ejemplo de esta situación, aquellas causas de tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas acompañadas de asociación ilícita para el tráfico, lavado de activos, porte o tenencia ilegal de armas y municiones con multiplicidad de acusados (como suele ocurrir habitualmente en mega juicios orales celebrados ante el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago).

de lesión a la intermediación temporal en el juicio oral. Lo anterior, porque puede ocurrir que en uso de estas herramientas, un interviniente decida valerse, en primer lugar, de prueba testimonial y pericial (gobernadas por la aplicación de la oralidad), dejando la documental para el término de su etapa probatoria (hipótesis muy recurrente en la práctica), provocando con ello serias dificultades al juzgador en la retención e internalización mental de todo lo que percibió y escuchó por medio de la expresión corporal y palabras provenientes del inicial deponente (testigo o perito). Es así como mediante la rendición de la prueba documental y la lectura de la misma, se generará, necesariamente, un lapsus o estancamiento en el avance del juicio oral (derivado del tiempo que se toma en la lectura de documentos) y, por ende, una paralización de la dinámica que alimentaba de modo constante al juzgador de información del todo relevante, pero que fue vertida de forma oral, *ergo*, propensa a la fuga mental por el correr del tiempo, generando por lo tanto un escenario adverso al momento de valorarla y emitir veredicto.

Así, la importancia de la intermediación para robustecer de eficacia el proceso de adjudicación, sugiere la menor intromisión, en el curso del mismo, de factores susceptibles de desvirtuar sus efectos, como puede llegar a ser la oportunidad y forma de introducir los documentos a juicio.

Si bien la oralidad e intermediación fomentan la contradicción, desde la perspectiva del sentenciador, constituyen principios que contribuyen enormemente a la adjudicación y, por ende, se erigen como verdaderos garantes de un óptimo proceso de decisión. Es por esa razón que en este trabajo se pretende poner especial énfasis en la trascendencia que, sin lugar a dudas, tienen los aludidos principios delineadores del juicio oral, en la fase de decisión del conflicto.

Frente a este panorama, la propuesta de modificación para el eficiente desarrollo del “mega juicios” tiene conexión con el artículo 328 del *Código Procesal Penal*, introduciendo un inciso segundo y tercero a su texto original, bajo el siguiente tenor:

“Tratándose de juicios orales cuya duración se prevea extensa en el tiempo, se podrá incorporar la totalidad o parte de la prueba documental ofrecida e individualizada en el respectivo auto de apertura de juicio oral, sin formalidad alguna, mediante la sola entrega material de los documentos al Tribunal, en la medida que exista acuerdo expreso de los intervinientes en ese sentido y su incorporación bajo esta modalidad no genere indefensión.

En caso de no existir consentimiento al tenor de lo dispuesto en el inciso precedente, el Ministerio Público y querellante si lo hubiere, deberán incorporar la prueba documental ofrecida en el auto de apertura de juicio oral, al inicio de la etapa probatoria, bajo sanción de preclusión, sin perjuicio de exhibirla a los testigos o peritos y eventualmente

al acusado durante sus declaraciones. Lo dicho es igualmente aplicable a la defensa en los casos en que disponga de medios de descargo”.

Como se observa, a diferencia de la redacción actual de la norma, la modificación incluiría una regulación aplicable únicamente a los “mega juicios” y cuya *ratio iuris* se encamine a facilitar la labor de intermediación del tribunal con aquella prueba que fue rendida de forma oral y por ende susceptible de disminuir su incidencia en el marco de la retención mental del juzgador. La sugerencia discurre primero en prescindir de la carga de dar lectura (total o resumida) a la prueba documental, en la medida que exista arreglo entre todos intervienen en el juicio –los que ya habrán cotejado la verosimilitud e integridad de los documentos ofrecidos– materializándose la incorporación de los mismos –aquí la novedad– mediante su sola entrega material al tribunal.

Creemos que con la adopción de esta fórmula legal, surgirá una herramienta de suma importancia para descongestionar el desarrollo de un “mega juicio” y, a la vez, facilita la labor de intermediación del juez con la prueba aportada de acuerdo con la palabra. A raíz de lo ya mencionado, sea mediante el uso del consenso entre los intervinientes (regla esperable y más favorable) o, bien, en subsidio, imponiendo a quienes litigan la carga procesal de rendirla al inicio de la etapa probatoria, se despejará del escenario todo elemento que pueda entorpecer la atención, percepción, retención y posterior ponderación del juez respecto de aquellos medios de prueba allegados en base a la oralidad y, como consecuencia de tal actividad, reducir el riesgo de olvido, disminución tanto en la retención como en la distorsión involuntaria de su contenido.

Se podrá contra argumentar el diagnóstico, como también la solución ofrecida, por la vía de indicar que la dificultad reseñada no es de tal envergadura toda vez que el perjuicio puede ser saneado recurriendo al registro auditivo de la declaración del deponente en juicio y, por lo mismo, al momento de deliberar bastaría que el tribunal recurriese a tal alternativa y con ello despejar cualquier clase de duda suscitada con ocasión de su declaración. No obstante, a nuestro parecer dos reparos son posibles de elevar a la citada crítica.

En primer término, desde la perspectiva teleológica corresponde señalar que la intermediación, si bien comprende el contacto directo del juzgador con la prueba, no solo debe su sustentación y razón de ser en la mera acción de “escuchar” los contenidos, pues esa dimensión aparecería lejana y restringida a sus propios fines. Por el contrario, el alcance funcional y finalista de este principio es extremadamente amplio, en tanto es comprensivo del fenómeno de la percepción de la prueba, supuesto que involucra por cierto, oír la información que aporta el medio probatorio, pero además comprende el apreciar la actitud corporal y el comportamiento del declarante, tanto

con motivo del interrogatorio directo como en el contraexamen a que es sometido, cuestiones todas que, valoradas en su conjunto, coadyuvan armónicamente en la ponderación y posterior resolución del conflicto. Pues bien, en afinidad con lo que se viene diciendo, se debe precisar que respecto de todas estas directrices que estructuran la intermediación (salvo la posibilidad de escuchar la prueba), no son registradas de modo alguno. Es más, de adherir a la posición restrictiva en la esfera de la intermediación, no sería en absoluto necesaria la presencia ininterrumpida de los jueces durante toda la secuela del juicio oral, bastando que estos escuchasen el contenido del registro de audio una vez culminado el debate y con el mérito de ello resolver, restando legitimidad al juicio oral²³, al transformar en prescindible un precepto cardinal para el correcto funcionamiento del sistema procedimental oral, como resulta ser el artículo 284 del *Código Procesal Penal*.

Adicionalmente, no puede desconocerse que existen medios probatorios cuya aportación a juicio torna al sistema de registro en una fórmula en verdad ineficaz en el afán de remediar los conflictos de intermediación que se vienen manifestando. En efecto, prácticamente en la totalidad de los casos, la exhibición de evidencia material o de fijaciones fotográficas, son incorporadas junto con la declaración prestada en el acto por un testigo o perito, quien da cuenta del contenido del ejercicio de exhibición. No obstante, lo que afirme o precise el deponente haciendo referencia a elementos de tal o cual fotografía, constituye un antecedente que solo podrá ser apreciado por los jueces de fondo, es decir, quienes estuvieron presentes en el momento mismo en que se verificó la situación descrita, de suerte tal que todo lo percibido por los sentenciadores jamás podrá ser reemplazado a través de la simple reproducción de sus dichos contenidos en el registro.

En segundo término, la crítica en comentario también pierde fuerza si se considera que nuestro legislador no hizo distinción alguna entre juicios orales ordinarios y mega juicios, en lo tocante al plazo que dispone el tribunal para comunicar su decisión de condena o absolucón. Es así como el artículo 343 del texto procedimental consigna la obligación que pesa sobre los sentenciadores –luego de la deliberación– de comunicar a los intervinientes de la absolucón o condena del imputado, estableciendo en su inciso segundo una norma de excepción aplicable a aquellos casos en que el juicio oral se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, posibilitando diferir su comunicacón hasta por un plazo máximo de veinticuatro horas. Es decir, el precepto

²³ Para Horwitz Lennon, la intermediación del tribunal con las pruebas constituye un pilar fundamental de la legitimidad del juicio y, en ese sentido refiere que “la prueba allegada al juicio, sin que sea percibida personal y directamente por el Tribunal, no solo carece de confiabilidad, sino que no satisface los mínimos estándares de un modelo garantista de proceso penal de carácter cognoscitivo”. HORVITZ y LÓPEZ (2005), p. 236.

en análisis consagra una regla general y otra de excepción en relación al tiempo de que disponen los jueces para emitir su veredicto, disposición que no tuvo en consideración la celebración de “mega juicios”, dado que un proceso cuya extensión sobrepasa con creces los márgenes mínimos y racionales para retener la información vertida en él (a lo que también debe añadirse la usual complejidad en el ámbito sustantivo que trae aparejado), desde un punto de vista proporcional, en caso alguno puede entenderse comprendido en la norma en estudio.

De ahí que asoma como poco operativa la posibilidad de considerar al registro audio como un remedio idóneo para salvar las dificultades de intermediación en el “mega juicio” toda vez que en un espectro temporal tan acotado como lo es el previsto en el artículo 343 del *Código Procesal Penal*, los juzgadores deben destinar un espacio de trascendencia a la discusión e intercambio de opiniones propia de la deliberación, pudiendo, incluso, llegar a consumir todo el tiempo en esa labor, de suerte tal que difícilmente se dispondrá de una oportunidad efectiva para revisar de nuevo el contenido de los citados registros.

En lo que compete al *deber de asistencia* a juicio oral que pesa sobre ciertos intervinientes²⁴, observamos disposiciones cuya redacción y espíritu están igualmente direccionadas hacia una regulación que parte de un supuesto determinado: esto es, juicios orales de escasa extensión, sin considerar variante alguna de excepción, como lo es el “mega juicio”. Como corolario de lo anterior, cabe concluir qué clase de juicios necesariamente quedará sometida en su desarrollo y condicionada de forma permanente al cumplimiento de las disposiciones generales de comparecencia regladas en los artículos 284, 285 y 286 del código procesal penal.

En ese orden de cosas, se propondrá además fijar el análisis del asunto en la situación a que se encuentra sometido, en particular, el acusado en hipótesis de libertad.

Pues bien, es preciso decir que en armonía con la idea de consagrar una regulación única aplicable en exclusiva a juicios de pequeña extensión en su desarrollo, el legislador procesal penal buscó asegurar a todo evento la asistencia de ciertos intervinientes durante todo el desarrollo del juicio oral, bajo sanción de nulidad del mismo en el evento de contravención.

Si bien esa intención y visión de arraigo total con la causa, puede llegar a no entorpecer la realidad personal de quienes intervienen con frecuencia en un juicio oral, es cierto que se estrella y colisiona gravemente con la realidad cuando observamos la lógica en que se desenvuelve un “mega juicio” y

²⁴ Podríamos hacer referencias al cúmulo de dificultades que provoca asegurar la comparecencia de testigos y peritos en el contexto de un “mega juicio” y que, por cierto, repercuten en la temática expuesta en este trabajo, pero que por razones de extensión del mismo, no serán abordadas en esta oportunidad.

con mayor precisión, en cuanto a la situación del acusado libre. En efecto, sabido es que un “mega juicio” se caracteriza por su excesiva duración en el tiempo, de modo tal que el imputado libre que, a su vez, mantiene una relación laboral, no podrá cumplir con sus funciones ordinarias en su lugar de trabajo por un largo periodo, ni aún para eventos calificados, ya que la norma que regla su intervención en el juicio oral (artículo 285 del CPP) no permite que se ausente de la audiencia y, a lo sumo –en el caso de verificarse ciertos supuestos de excepción– se tolera su permanencia en una sala o dependencia contigua a aquella en que se sigue el litigio, pero siempre dentro del recinto en que funciona el Tribunal²⁵.

En función de lo ya dicho y extrañando una norma que concilie el conflicto de intereses procesales que se produce entre la necesidad de contar con la presencia del imputado durante el mega juicio (para evitar la nulidad del mismo) y, por otro lado, el respeto al cúmulo de derechos que asisten a este último y que se verían afectados a raíz del cumplimiento con esta obligación de comparecencia, tanto intervinientes como el tribunal de fondo han debido recurrir, no en pocas ocasiones, a interpretaciones jurídicas un tanto forzadas en su procedencia, al momento de aplicar ciertas normas, justificando este proceder –a nuestro juicio correctamente– en la tutela y resguardo de los valores superiores que informan el juicio oral, es decir, la continuidad, concentración y sobre todo la inmediación que debe operar con la prueba rendida.

En otros términos, la preservación de la inmediación en el “mega juicio” oral ha conminado a todos sus actores a salvar dificultades que le son inherentes, recurriendo, en ciertas oportunidades, a argumentaciones *sui generis*, sustentadas en preceptos cuyo contenido no se condice de manera estricta con el supuesto de hecho que genera el incidente sometido a la decisión, pero todo ello reconducido a la carencia de un estatuto normativo especial regulador del “mega juicio” o, cuando menos, normas aisladas, de excepción a las reglas generales, con clara orientación a esta clase de pleitos.

Pues bien, una de las complejidades que enfrenta el tribunal oral y, por lo demás de habitual ocurrencia en el contexto de un “mega juicio”, tiene relación con la eventual inasistencia del imputado libre a una o más días de audiencia. Se trata de una situación en verdad factible de acontecer, ya que

²⁵ Demás está decir que este inconveniente no se origina en los juicios orales estándar, ya que la dimensión temporal de éstos permite que el encausado libre, reestructure su quehacer habitual sobre la base de su deber de asistencia a un evento procesal de corta duración, de modo tal que frente a este punto de conciliación, apreciamos que el sistema procesal ofrece garantías a quien figura como acusado, ya que, si bien deberá estar a disposición absoluta del Tribunal durante toda la substanciación del juicio, tal sujeción al proceso se prolonga por un breve espacio de tiempo, de modo que no se erige como una piedra de tope que coarte sensiblemente el ejercicio y goce de otros derechos inherentes a su condición humana, como puede ser por ejemplo la continuidad laboral.

a diferencia de lo que acaece con fiscales, defensores y jueces, el acusado se encuentra accidental y temporalmente vinculado al sistema procesal penal, razón por la que detrás de este interviniente pueden coexistir múltiples circunstancias que ameriten, de forma excepcional, romper con la regla de comparecencia ininterrumpida, por ejemplo, como ya se expuso, razones laborales, familiares, tramites vinculados a su salud o de los suyos, etc. Entonces, he aquí una grave dificultad práctica y, por cierto, que jurídica cuya génesis se sitúa en hacer posible conciliar los intereses del proceso con los propios del encausado libre, problemática que aumenta su intensidad si se tiene a la vista la rigidez de la norma que gobierna la materia (artículo 285 del *Código Procesal Penal*. Por lo demás, lo señalado anteriormente es de toda relevancia para el asunto, ya que frente a una hipótesis de ausencia del encausado en un “mega juicio”, ciertos tribunales han optado por disponer un receso o interrupción en el curso del juicio y reanudar su marcha una vez cesado el entorpecimiento, exponiéndolo a la nulidad por infracción a las normas que reglan la continuidad del juicio oral (artículo 374 letra d del *Código Procesal Penal*).

Sin embargo, tal solución, si bien puede encontrar sólidos fundamentos en el respeto a las ritualidades del juicio oral, como también hipotéticamente la eficacia del derecho a defensa²⁶, no es menos cierto que esa definición emerge como un elemento de modo dilatorio a la prosecución del juicio, *ergo*, perjudicial para dar vigor y eficacia a la debida intermediación del juez con la prueba (principalmente la incorporada de forma oral).

Es por esa razón que la realidad y la ausencia de normas jurídicas especiales, han conminado a la judicatura a recurrir a discutibles interpretaciones respecto de ciertos preceptos del código procesal penal, pero que a pesar de ello, son del todo respetadas en este artículo por cuanto ellas se orientan con claridad hacia la promoción de la intermediación temporal y se aprecian como coherentes y sensatas con la lógica que caracteriza un “mega juicio”²⁷.

²⁶ Creemos que este derecho cardinal que asiste al imputado no se vería lesionado en la práctica por cuanto en todos los casos analizados para evacuar este informe, la petición del imputado de ausentarse del juicio oral estuvo debidamente consensuada con su abogado de confianza, de modo tal que fueron los mismos defensores quienes –argumentando la plausibilidad de la solicitud– advirtieron al tribunal de su acabado conocimiento tanto de la causa como del contenido del relato de los futuros declarantes, de modo tal que la inasistencia del inculcado no provocaba perjuicio alguno en el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Por lo demás, es una práctica recurrente entre intervinientes, propio del juego de las reglas de buen trato o buena fe procesal, informar con anticipación –por quien se encuentra produciendo prueba– de los medios que se aportarán, cuando menos, al día siguiente, de modo tal de conceder una oportunidad previa de preparación a quien fiscaliza la prueba que le es adversa y suplir en satisfacción la no comparecencia del acusado.

²⁷ Así en ciertos “mega juicios” orales se autorizó la incomparecencia del imputado teniendo como fundamento lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 285 del *Código Procesal Penal*, sin distinguir el lugar en que este debía permanecer. En otros “mega juicios” se consideró que, en la medida que el tribunal haya otorgado la posibilidad de declarar al encausado, su inasistencia

Insistiremos en que este trabajo en caso alguno busca la crítica o poner en tela de juicio el criterio adoptado por uno u otro tribunal al momento de resolver –en términos favorables– la inasistencia del imputado libre a uno o más días de juicio oral, sin provocar la interrupción del mismo, sino que por el contrario, reconociendo la encomiable labor de los juzgadores en el intento de ajustar la realidad al procedimiento asignado. Lo único que se pretende poner de relieve, tiene relación con la profunda necesidad de contar con un estatuto procedimental especial para “mega juicios” o, en subsidio, con disposiciones aisladas que hagan referencia a este, todo ello en fomento, entre otros puntos, al logro de una correcta intermediación, como sucede, en este caso propuesto en que se hace ostensible la ausencia de regulación respecto de la incomparecencia del imputado libre.

Como corolario de lo expuesto con antelación, se sugiere introducir como inciso tercero al actual artículo 285 del *Código Procesal Penal*, la siguiente redacción:

“tratándose de juicios orales de extensa duración en el tiempo, el Tribunal autorizará la incomparecencia del imputado libre a una o más sesiones, sin que ello provoque su interrupción o suspensión, siempre que dicha ausencia revista fundamento plausible, se verifique una vez otorgada al acusado la posibilidad de declarar en el juicio y no menoscabe el derecho de defensa”.

La novedad de esta propuesta viene dada por su directa vinculación al “mega juicio” posibilitando que el encausado en libertad pueda incomparecer a una o más audiencias, sin que dicha circunstancia genere la detención del curso del proceso. Igualmente, dicha prerrogativa en caso alguno debe ser concebida en términos amplios, toda vez que no puede obviarse que la presencia del imputado en el juicio oral constituye un eje central para sostener una adecuada estrategia de defensa. Es por lo anterior que el tribunal, previo a acceder a tal solicitud, deberá verificar la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos –que emergen como verdaderas cortapisas a un hipotético uso indiscriminado o abusivo de esta facultad– a saber:

- 1) Que la solicitud descansa en un motivo atendible para el Tribunal,
- 2) Que la petición haya sido elevada una vez concedida la posibilidad al imputado de declarar en el juicio y
- 3) Que la inasistencia no lesione o coarte el derecho de defensa.

Creemos que al alero de esta recomendación sería posible encontrar puntos de consenso entre los intereses procesales y las necesidades que debe satisfacer el encartado libre vinculado a un “mega juicio” y, con el mérito

a una jornada de juicio oral no impedía continuar con su desarrollo, interpretando ampliamente el inciso segundo del artículo 283 del texto legal citado, sin discurrir en hipótesis de rebeldía.

de esa situación, propender a la prosecución ininterrumpida del juicio oral, favoreciendo la intermediación temporal del adjudicador.

CONCLUSIONES

En el marco general de un juicio oral caracterizado por la oralidad e intermediación, la concentración y continuidad adquieren un papel de primer orden, dado que son los mismos los que favorecerán su eficacia, posibilitando, desde la óptica de los jueces del fondo, el uso de una trascendental herramienta como resulta ser la intermediación para los efectos de ponderar adecuadamente toda la prueba vertida en el juicio y con el mérito de ella, resolver, desde ya, acerca de la absolución o condena del acusado. De ahí que a mayor dilación o entorpecimiento en la prosecución de un juicio, se acrecienta la puesta en riesgo de los valores descritos.

Si bien, la aplicación de estos principios informadores y el diseño original de juicio oral fue pronosticado –correctamente– para juicios de escasa extensión, en caso alguno debió entenderse esta prognosis como regla absoluta, sin prever algo que la *praxis* tuvo que desvelar, esto es que, por excepción, surgirían juicios de alta complejidad jurídica, algunos, incluso, con patente atracción del interés nacional y en el que el denominador común a todos ellos trasuntó en su significativa extensión temporal, lo que ha producido una vulneración a la real ventaja y eficacia que proporciona al juzgador la consagración de la intermediación, entendida en su variante temporal.

Como colofón de lo anteriormente expuesto y frente a la total marginación del “mega juicio” en el ámbito regulatorio, la judicatura ha debido recurrir a interpretaciones un tanto forzadas del texto legal asignado, con el propósito de reducir la extensión de los juicios y propiciar un pronto y mejor escenario para ponderar la prueba y resolver la situación procesal del acusado.

Este trabajo pretendió patrocinar la idea de que, sin necesidad de contar con un estatuto regulatorio especial relativo al “mega juicio” (solución en todo caso deseable), la sola modificación de ciertos preceptos insertos en el *Código Procesal Penal* y que gobiernan actualmente el ámbito de competencia de los juzgados de garantía y de tribunal oral en lo penal, permitiría descongestionar el desarrollo de cualquier juicio oral (con independencia de su calificación), sin perjuicio de verificar sus mayores consecuencias de intermediación en el “mega juicio” atendida esta inusual extensión.

Es probable que los paliativos que se postularon en este artículo no abarquen la totalidad de los problemas de intermediación que se suscitan con motivo de un “mega juicio”, ni tampoco erradiquen la problemática exhibida, pero cuando menos estimamos que, de ser acogidas, en algo contribuirán a reducir los tiempos de duración del mismo y, con ello, otorgar vigor a una

alicaída intermediación temporal, posicionando al juez de fondo en un escenario procesal más amigable y efectivo, que el que detenta al día de hoy, para cumplir, con tal vez, una de sus principales funciones como es la de ponderar la prueba rendida y resolver de modo eficiente el asunto sometido a su conocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, Andrés (2000): *El juicio oral en el nuevo proceso penal* (Santiago, Editorial Conosur).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2006): *El recurso de nulidad. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. (2005): *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot - Legal Publishing) Tomo II.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010): "Oralidad e Intermediación en la prueba: Luces y sombras", en *Civil Procedure Review*, Vol. 1, N° 2: pp. 27-41.
- NIEVA FENOLL, Jordi. (2017): *Derecho Procesal III. Proceso Penal* (Madrid, Ediciones Marcial Pons).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. (2017): "Sobre la determinación del recurso que cabe contra la sentencia definitiva en el procedimiento simplificado", en Diego Palomo Vélez (dir.): *Recursos Procesales. Problemas actuales* (Santiago, Ediciones Der) pp. 351-370.
- PASTOR, Daniel (2002): *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho* (Buenos Aires, Editorial Ad Hoc).
- ROXIN, Clauss (2000): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2005): *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel (1998): *El testigo de referencia en el proceso penal* (Valencia, Tirant Monografías, Universidad de Alicante).

DE LA FALTA DE INOCENCIA DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

OF THE LACK OF INNOCENCE OF THE FORMALIZATION OF THE INVESTIGATION

*Rodrigo Vera Lama**

RESUMEN: El propósito de este trabajo es dejar de manifiesto que la formalización de la investigación, una facultad discrecional del Ministerio Público, a pesar de su función de garantía y su aparente carencia de efectos agraviantes, en el plano jurídico, sí los produce respecto del imputado que es objeto de ella.

PALABRAS CLAVE: Formalización de la Investigación - Inocencia - Ministerio Público.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to show that the formalization of the investigation, a discretionary power of the Public Ministry, despite its role as a guarantee and apparent lack of injurious effects, in the legal plane yes produced with respect to the accused that is object of it.

KEYWORDS: Formalization of the Investigation - Innocence - Public Ministry.

CONCEPCIÓN DE LA FORMALIZACIÓN

El mensaje del Ejecutivo N° 110-331 de 9 de junio de 1995 a través del cual se originó el proyecto de ley que dio vida al *Código Procesal Penal*¹, tiene como una de sus ideas centrales terminar con el impopular y punitivo auto de procesamiento, que debía ser reemplazado por la “formulación de cargos”, que luego durante la tramitación de proyecto pasaría a denominarse “formalización”. Así, en el citado mensaje se expresa:

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Magister en Derecho Penal por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, abogado.

¹ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 12 de octubre de 2000.

“Para aquellos casos en que sea necesario requerir la intervención judicial por primera vez en relación con una medida determinada o cuando se pretenda formalizar la persecución para eventuales futuras medidas, se propone el establecimiento de la formulación de cargos por parte del fiscal ante el juez. Se trata de una institución procesal que obliga a formalizar y judicializar la instrucción, con el fin de otorgar garantías al imputado en cuanto al conocimiento de la existencia y contenido de la persecución penal que se dirige en su contra, a permitir su declaración judicial como medio de defensa frente a esa imputación y a dar lugar a la intervención del juez para el control de la actividad investigativa y las eventuales medidas cautelares. La formulación de cargos debiera constituirse en un adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniendo de éste el contenido de garantía, en cuanto permite al afectado conocer la imputación y facilita su defensa y en cuanto limita el ámbito de la persecución y de la eventual acusación a los cargos formalmente planteados, impidiendo que se sorprenda al imputado; pero, mitigando todos los elementos negativos del sistema vigente. El sistema propuesto evitará el prejuzgamiento que implica una resolución judicial basada en presunciones fundadas de participación e impedirá los efectos de interdicción del imputado que hoy surgen del sometimiento a proceso, como son el arraigo de pleno derecho, su conexión directa con la prisión preventiva y la libertad provisional, las anotaciones en el prontuario y demás efectos restrictivos de derechos”².

Asimismo se sostiene:

“para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación. El núcleo de esa imputación es, según ya se ha observado, una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico– atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla”³.

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Historia de la ley N° 19696”. Disponible en: www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/

³ MAIER (1999), p. 553.

Por su parte, el *Código Procesal Penal* en el artículo 229 define la formalización como:

“la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

Luego, el fundamento de la formalización es concretar el derecho fundamental a conocer el contenido de la imputación reconocido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, artículo 14 N° 3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) promulgado por el DS N° 778/1976, Ministerio de Relaciones Exteriores,⁴ artículo 8 N° 2 letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) promulgada por el DS N° 873/1990, Ministerio de Relaciones Exteriores⁵ y artículos 93 letras a) y e), y 182 inciso 2° del *Código Procesal Penal*. De ahí que se sostenga:

“existe claridad en la doctrina en cuanto a que la formalización de la investigación, es un acto mediante el cual se da a conocer el contenido de la imputación. En consecuencia, tiene por finalidad que el imputado quede debidamente informado, para que pueda ejercer de manera adecuada su derecho de defensa. Así, se ha insistido en su carácter garantista y, debido a que su existencia se justifica solo en la necesidad impuesta por el derecho a la información, sin que su producción conlleve la limitación de algún derecho fundamental, se considera no aflictiva para el imputado: es un simple acto de comunicación que, en el contexto del proceso penal, le es beneficioso. La comunicación, según la disposición transcrita, debe expresar que se desarrolla actualmente una investigación en su contra por uno o más delitos determinados. Sabido es que la referencia a los delitos no es afortunada, pues lo que interesa comunicar, ante todo, es el hecho punible atribuido a la persona, resultando secundaria o meramente consecencial, la calificación jurídica que proponga el Ministerio Público para aquel. Ya que este acto constituye una comunicación del contenido de la imputación, revela el objeto del proceso, en el estado de configuración en que se halla actualmente, como si se tratase de una fotografía”⁶.

En doctrina se afirma de manera categórica:

“si bien es cierto que la formalización de la investigación es un trámite previo para que puedan decretarse determinadas actuaciones o diligen-

⁴ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 24 de abril de 1989.

⁵ *Op. cit.*, Santiago, 5 de enero de 1991.

⁶ FALCONE SALAS (2014), pp. 201-202.

cias, jamás ella por sí sola podrá generar ninguna privación, o limitación de los derechos del imputado al no provenir de una resolución judicial como se exige expresamente en el artículo 83 de la Carta Fundamental y en el artículo 9° del CPP. De acuerdo con ello, podemos concluir que la formalización de la investigación es una actuación radicalmente distinta del auto de procesamiento en cuanto al órgano del cual emana, como en relación a sus efectos y consecuencias”⁷.

Otra doctrina, insistiendo en diferenciar el auto de procesamiento con la formalización, señala que esta última es:

“una mera manifestación unilateral de parte del fiscal que da comienzo a un proceso formal, con pleno ejercicio de la defensa y con intervención judicial, que busca, por una parte, dar un conocimiento cierto de la imputación antes de la discusión de medidas que afectan derechos individuales, y, por la otra, evitar acusaciones sorpresivas”⁸.

A su turno, un ex Fiscal Nacional del Ministerio Público califica la formalización como:

“un simple acto de comunicación en que el fiscal, frente al juez de garantía, le informa al imputado de los delitos que se le atribuyen y su grado de participación (artículos 229 y 230 del C.P.P.), sin que la decisión del fiscal constituya una resolución jurisdiccional”⁹.

En igual sentido un autor afirma:

“este acto del MP que formaliza la investigación sometiéndola a control jurisdiccional está concebido como una garantía fundamental para el imputado. La proyección de la garantía es la de limitar las facultades de acusación en los términos que se prevé en el art. 259 inciso final”¹⁰.

En el mismo sentido de la doctrina, el Tribunal Constitucional en rol 1244 el 2 de junio de 2009 ha expresado:

“DECIMOPRIMERO: Que esta Magistratura ha tenido ya oportunidad de referirse a los alcances de la formalización de la investigación, definida en el artículo 229 del Código Procesal Penal, destacando su carácter esencialmente garantista, cual es el de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, sobre el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra. En el mismo sentido, las solicitudes del fiscal que

⁷ MATURANA y MONTERO (2010), p. 585.

⁸ DUCE y RIEGO (2007), p. 220.

⁹ PIEDRABUENA (2011), p. 110.

¹⁰ DEL RÍO FERRETTI (2009), p. 96. Así también HORVITZ y LÓPEZ (2002), pp. 540-541.

impliquen privación o restricción de derechos del imputado deben ser resueltas por el juez de garantía previo debate de las partes, nunca en forma automática y con posterioridad a la formalización de la investigación (Sentencia rol N° 736, considerando 11°).

Y a tal punto llega el sentido “garantista” que tiene la formalización de la investigación, que incluso se faculta al imputado para que inste por ser formalizado según se desprende del artículo 186 del *Código Procesal Penal*:

“Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”.

Es decir, sería inusual que el legislador promoviera una actividad que va contra los derechos de la misma persona que ejecuta tal acto, una suerte de autolisis jurídica.

Hacemos presente que ha emergido una doctrina que cuestiona el eminente carácter garantista de la formalización, expresando:

“la formalización de la investigación cumple hoy una función que no es eminentemente garantista, sino de atribución de responsabilidad penal, o de imputación criminal en contra de un sujeto. Tiene, sin duda una función garantista, pero hoy parece no ser la más importante. No satisface carga ni expectativa procesal alguna del imputado, sino más bien del Ministerio Público y eventualmente del querellante, siempre respetando el persecutor público los principios de legalidad y objetividad ya mencionados”¹¹.

En cuanto a la oportunidad para solicitar la formalización, el artículo 230 del *Código Procesal Penal* preceptúa que “el fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”. Luego, de acuerdo con el criterio de actuación del Ministerio Público (artículos 17 letra a), 32 letra a), 35 y 44 de la ley N° 19640¹² Orgánica Constitucional del Ministerio Público), contenido en el oficio FN N° 060 / 2014 de 23 de enero de 2014 del Ministerio Público¹³ (página 25)

“los fiscales determinarán la oportunidad para comunicar al imputado los hechos por los que se le investiga, cuando lo estimen pertinente conforme a los antecedentes recabados en la indagación y a la necesidad de someter al investigado a medidas cautelares”.

¹¹ RIED UNDURRAGA (2017), p. 105.

¹² *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 15 de octubre de 1999.

¹³ Disponible en www.fiscaliadechile.cl/

Ahora bien, el objetivo de este trabajo es evidenciar que, contrario al propósito original del año 1995 y a lo que normalmente afirman los autores, se verifica en el plano jurídico que la formalización de la investigación –un acto unilateral del Ministerio Público– ha ido adquiriendo una connotación negativa y de prejuizamiento para quien es objeto de ella, afectando la presunción de inocencia, y llegando al punto, en ocasiones, de equipararse con una condena penal para efectos de ciertas prohibiciones. Asimismo, en el plano fáctico, hallarse “formalizado” trae consecuencias poco felices desde el punto de vista social y comunicacional, sosteniéndose:

“su concepción original como una instancia en resguardo del imputado ha derivado a una suerte de juicio público ampliamente difundido a través de los medios, donde la Fiscalía detalla los hechos que está investigando y solicita medidas cautelares sin que existan muchas posibilidades de contrarrestar la imagen de culpabilidad que se proyecta del imputado. La audiencia de formalización deviene así en una suerte de condena pública sin mayores pruebas”¹⁴.

IMPLICANCIAS NEGATIVAS DE LA FORMALIZACIÓN

Como primera aproximación a las consecuencias negativas de hallarse formalizado, podemos mencionar que la formalización de la investigación también constituye una formulación de cargos según se sigue del artículo 232 inciso 1° del *Código Procesal Penal*:

“En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente”.

De ahí que un autor sostenga:

“la formalización, no obstante el elemento básico ya indicado, no es solamente un acto procesal de comunicación sino también de formulación de cargos en contra del imputado”¹⁵.

Otros autores agregan:

“Como todo acto procesal de imputación, la formalización consiste también en un juicio, pues no se puede abrir el proceso contra alguien sin un cierto grado de convicción de su culpabilidad, el que irá aumentando a medida que avance el iter del proceso, habiendo identidad de sustancia con

¹⁴ *El Mercurio*, Santiago, 31 de marzo de 2018, página A3.

¹⁵ PEREIRA ANABALÓN (2016), pp. 7-20.

la acusación y con la sentencia condenatoria, pero diferencia de grado. Concordantemente se ha expresado que no ocurre algo así como un milagro de la presunción de inocencia por el cual esta llegue intacta hasta el final del proceso, para derrumbarse súbitamente en la lectura de la sentencia de condena, sino que dicha presunción es minada a lo largo del proceso penal, pues lo contrario sería precisamente declarar inútil casi todo el proceso y, en especial, los actos de imputación formales y provisionales”¹⁶.

A su turno, el inciso final del artículo 232 establece:

“El imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que ésta hubiere sido arbitraria”.

A este respecto la Corte Suprema en caso rol 671-2013 el 3 de diciembre de 2013 ha resuelto:

“Vigésimo Tercero: Que en virtud de todo lo razonado, es indudable que la formalización de la investigación teóricamente es susceptible de ser calificada como conducta injustificadamente errónea o arbitraria de parte del Ministerio Público, siendo naturalmente posible que esa conducta origine daños al imputado y que por esa razón se encuentra habilitado para ejercer la acción de responsabilidad del artículo 5° de la Ley N° 19.640. Por tal motivo, los sentenciadores yerran jurídicamente al estimar que ello no es posible. Por lo demás, así lo reconoce expresamente el inciso final del artículo 232 del Código Procesal Penal, precepto que dispone que: “El imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando ésta hubiere sido arbitraria”; reclamación cuyo conocimiento y resolución es competencia del Fiscal Regional respectivo, de conformidad a la letra b) del artículo 32 de la Ley N° 19.640”.

Así, cabe preguntarse si la formalización se entiende tradicionalmente como un acto “garantista” que solo tiene por objeto comunicar la existencia de una investigación, por qué razón esa actuación podría ser calificada de “arbitraria”.

Por otro lado, el artículo 248 inciso final estatuye que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento “dejará sin efecto la formalización de la investigación”. Y de inmediato surge el cuestionamiento de por qué un simple acto garantista debe quedar “sin efecto”.

Luego, las normas reseñadas desde ya nos dan indicios de que la formalización de la investigación no es tan inocente. En efecto, la formalización

¹⁶ RODRÍGUEZ y PINO (2015), p. 367.

conlleva, además de someter a una persona a la poco agradable dinámica –para muchos desconocida– del sistema judicial penal, una serie de consecuencias jurídicas para un inocente presunto.

Yendo a los casos de externalidades negativas que provoca la formalización para el imputado inocente presunto, nos referiremos a aquellos que de manera indubitada le originan un agravio en cuanto tal, por el solo hecho de ser objeto de dicha actividad ministerial. Así, verbigracia, no nos ocuparemos del efecto del artículo 233 letra a) del *Código Procesal Penal*, esto es, suspender el curso de la prescripción de la acción penal, puesto que dicha regla encuentra asidero en una norma penal preexistente, cual es el artículo 96 del *Código Penal*¹⁷:

“Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo trascurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido”;

ni de otros casos donde la producción de efectos lesivos de la formalización aparece de una manera indirecta, como es, por ejemplo, lo que ocurre en el artículo 149 inciso 2° del *Código Procesal Penal*, donde por el solo hecho de atribuirse por el Ministerio Público la comisión de ciertos delitos graves –lo que se materializa a través de la formalización–,

“el imputado que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva”,

y en el artículo 19 N° 7 letra e) inciso 2° de la Constitución Política de la República, norma que consagra:

“La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos (estos son atribuidos con el puro y simple acto de formalización) a que se refiere el artículo 9° (terrorismo), será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”.

Tampoco nos referiremos a los casos en que la afectación de un derecho no tiene como origen único la formalización, lo que ocurre, por ejemplo, en el

¹⁷ Santiago, 12 de noviembre de 1874.

artículo 140 del *Código Procesal Penal*, norma que establece que el juez, para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad debe considerar especialmente “la existencia de procesos¹⁸ pendientes”, donde podría entenderse que la causa está pendiente porque ya fue formalizado el sujeto, incluso, sin estar sujeto a medidas cautelares, o bien, por ejemplo, porque fue querrellado sin ser aún formalizado. Algo similar ocurre en el artículo 7° de la ley N° 20066¹⁹ de violencia intrafamiliar, norma que autoriza, para configurar una presunción de existencia de una situación de riesgo inminente, considerar los

“procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N° 17.798”.

No obstante que analizar la forma en que se puede dejar sin efecto una formalización excede el propósito de esta modesta investigación, lo cierto es que se ha planteado dicha factibilidad:

“cabe anotar que a partir del tenor del art. 232 CPP antes citado, hay doctrina que entiende que, como acto administrativo y no jurisdiccional, la formalización de la investigación no sólo está sometida al control interno del respectivo Fiscal Regional en aquellos casos en que es arbitraria. Como se dijo, este mecanismo no ha surtido efecto alguno en la práctica. La doctrina tímidamente ha planteado que, como acto administrativo, una formalización arbitraria –que no se sujeta al principio de legalidad o juridicidad– podría, además, ser susceptible de ser declarada nula por el tribunal de garantía, vía incidente de nulidad de derecho público por infracción a los artículos 6° y 7° CPR, o incluso, a través de la cautela de garantías del art. 10 CPP²⁰.”

Además de solicitarse la nulidad en virtud de normas de la Constitución y del *Código Procesal Penal*, también debe tenerse presente como otra vía el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República²¹.

¹⁸ El *Diccionario de la Lengua Española* 23ª edición, define proceso como “conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada”.

¹⁹ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de octubre de 2005.

²⁰ RIED UNDURRAGA (2017), p. 108.

²¹ En caso RUC 1700317965-6 / RIT O-2811-2017 del Juzgado de Garantía de Chillán, en audiencia de 2 de abril de 2018, se decretó –a petición de la defensa– la nulidad de la “re-formalización” de la investigación recién realizada, toda vez que se “re-formalizó” por un delito que no había sido señalado en la solicitud respectiva conforme lo ordena el artículo 231 del *Código Procesal Penal* lo que conlleva afectación del derecho a la defensa.

A continuación expondremos los casos que hemos identificado que directamente provocan efectivos lesivos por el solo hecho de encontrarse formalizada la investigación respecto de una persona, donde dicho sea de paso, del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley no se advirtió inquietud alguna por parte de los legisladores durante la tramitación de los respectivos proyectos de ley en torno al cariz que se le estaba dando a la formalización de la investigación. Hacemos presente que teniendo como fundamento estos casos, donde la formalización se presenta como la consecuencia de conductas cuestionables de una persona, se podría llegar al extremo de extrapolar que a un imputado no le asiste la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del *Código Penal*, esto es, irreprochable conducta anterior, por el solo hecho de registrar formalizaciones²².

1. En el *Código Procesal Penal* se halla el artículo 239 que prescribe:

“Cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, y éste continuará de acuerdo a las reglas generales. Será apelable la resolución que se dictare en conformidad al inciso precedente”.

2. En igual sentido de la norma anterior, el artículo 398 dispone:

“Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216. Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”.

3. La ley N° 20.084²³ sobre responsabilidad penal adolescente, contiene una norma análoga al artículo 398 del *Código Procesal Penal*, cual es el artículo 41 relativo a suspensión de la imposición de condena:

²² El Ministerio Público, en el Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF), mantiene un catastro de las formalizaciones. A este respecto el artículo 14° del reglamento sobre procedimiento de custodia, almacenamiento y eliminación de registros, documentos y similares del Ministerio Público, disponible en www.fiscaliadechile.cl/, estatuye: “La eliminación o destrucción de los registros de las investigaciones no comprenderá aquellos antecedentes que se encuentren contenidos en el Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF), los cuales se mantendrán almacenados indefinidamente”.

²³ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de diciembre de 2005.

“Cuando hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”.

4. Para efectos de decretar la llamada pena mixta de interrupción contemplada en el artículo 33 de la ley N° 18216²⁴ modificada por la ley N° 20.603²⁵, se exige un informe de Gendarmería de Chile, el que deberá contener:

“Una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad. Dicha opinión contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado y una propuesta de plan de intervención individual que deberá cumplirse en libertad. Considerará, asimismo, la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado”.

El solo hecho de estar formalizado emerge así como una eventual limitación a la posibilidad de obtener la libertad. Durante la tramitación²⁶ del proyecto de la Ley que dio origen a la norma, un Senador

“observó que la proposición (original que luego fue modificada) sólo requiere que el beneficiado, al obtener la medida, no registre condenas previas por otro crimen o simple delito, pero no considera que esa persona puede ser objeto de investigaciones criminales formalizadas distintas, a raíz de su participación en otros ilícitos. Puntualizó que si ello no se toma en consideración, es posible que por esta vía queden liberados delincuentes habituales”,

opinión –después convertida en Ley– de hecho implica desfigurar la naturaleza jurídica de la formalización de la investigación.

5. En el artículo 54 de la ley N° 19.966²⁷, que establece un régimen de garantías en salud, se dispone:

²⁴ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 14 de mayo de 1983.

²⁵ *Op. cit.*, Santiago, 27 de junio de 2012.

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Historia de la Ley N° 20603”, en línea, disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505/ [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017].

²⁷ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 3 de septiembre de 2004.

“para ser inscrito en el Registro de Mediadores, se requiere poseer título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, cinco años de experiencia laboral y no haber sido condenado ni haber sido objeto de una formalización de investigación criminal, en su caso, por delito que merezca pena aflictiva”.

6. Dentro de los requisitos mínimos para postular a ser beneficiario del Fondo Concursable de Formación de Funcionarios Municipales establecido en los artículos 4° y 5° de la ley N° 20.742²⁸, se exige en el artículo 6° de la misma ley:

“b) No haber sido sancionado con medida disciplinaria, en los últimos cuatro años, o estar sometido, al momento de la postulación, a sumario administrativo o investigación sumaria, en calidad de inculpado. c) No encontrarse, al momento de la postulación, formalizado en un proceso penal. d) No mantener, a la fecha de la postulación, deudas con la municipalidad o con instituciones públicas derivadas del otorgamiento de becas”.

7. La ley N° 19.496²⁹ sobre protección de los derechos de los consumidores, modificada por la ley N° 20.555³⁰, en su artículo 55 C estatuye que la pérdida o revocación del “Sello SERNAC” regulado en dicha Ley, se debe fundar:

“en que por causas imputables al proveedor de productos o servicios financieros se ha infringido alguna de las condiciones previstas en este Título; en que se han dictado sentencias definitivas ejecutoriadas que declaren la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión relativo a productos o servicios financieros de los enumerados en el inciso segundo del artículo 55, según lo dispuesto en el artículo 17 E; en que se le han aplicado multas por infracciones a lo dispuesto en esta ley en relación con los productos o servicios financieros ofrecidos a través de un contrato con sello SERNAC; en que se le han aplicado multas por organismos fiscalizadores con facultades sancionadoras respecto de infracciones previstas en leyes especiales; en el número y naturaleza de reclamos de los consumidores contra la aplicación de los referidos productos o servicios; o, finalmente, en que el proveedor, sea persona natural o jurídica, o alguno de sus administradores, ha sido formalizado por un delito que afecta a un colectivo de consumidores”.

²⁸ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de abril de 2014.

²⁹ *Op. cit.*, Santiago, 7 de marzo de 1997.

³⁰ *Op. cit.*, Santiago, 5 de diciembre de 2011.

A su turno, en el artículo 56 B de la misma ley se consagra:

“el Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor podrá suspender al mediador o al árbitro financiero que haya sido formalizado por un delito que merezca pena aflictiva, y mientras no se dicte sentencia definitiva”.

8. La ley N° 20.032³¹ que establece un Sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención, en el artículo 7° estatuye:

“no podrán ser reconocidos como colaboradores acreditados aquellas personas jurídicas que tengan como miembros de su directorio, representante legal, gerentes o administradores a: 1) Personas que hayan sido condenadas, estén procesadas o en contra de las cuales se haya formalizado investigación por crimen o simple delito que, por su naturaleza, ponga de manifiesto la inconveniencia de encomendarles la atención directa de niños, niñas o adolescentes, o de confiarles la administración de recursos económicos ajenos”.

Y agrega el artículo 11:

“los colaboradores acreditados deberán velar porque las personas que, en cualquier forma, les presten servicios en la atención de niños, niñas y adolescentes no hayan sido condenadas, se encuentren actualmente procesadas ni se haya formalizado una investigación en su contra por un crimen o simple delito que, por su naturaleza, ponga de manifiesto la inconveniencia de encomendarles la atención directa de éstos o de confiarles la administración de recursos económicos”.

9. El DFL N° 10/1981, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones³², relativo a la Empresa de Correos de Chile, modificado por la Ley N° 20.720³³, establece en el artículo 5° N° 3 como requisito para ser designado Director:

“No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos, ni tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación o haber sido administrador o representante legal de deudores, formalizados por delitos concursales establecidos en el Código Penal”.

Y a continuación el artículo 8° BIS N° 3 señala que son inhábiles para desempeñar el cargo de Director:

³¹ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 25 de julio de 2005.

³² *Op. cit.*, Santiago, 30 de enero de 1982.

³³ *Op. cit.*, Santiago, 9 de enero de 2014.

“las personas que sean acusadas por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos, las que tengan la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación o hayan sido administradores o representantes legales de deudores, formalizados por delitos concursales establecidos en el Código Penal, mientras se mantenga esa calidad”.

10. El DFL N° 153/1960, Ministerio de Hacienda³⁴, que crea la Empresa Nacional de Minería, modificado por la ley N° 20720, en su artículo 12 bis N° 4 señala que son inhábiles para desempeñar el cargo de Director:

“las personas que sean acusadas por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos, las que tengan la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación o sean administradores o representantes legales de deudores, formalizados por delitos concursales establecidos en el Código Penal, mientras se mantenga dicha situación”.

11. La ley N° 20.283³⁵ sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, en su artículo 40 inciso 1° estatuye:

“el acreditador que certificare un hecho falso o inexistente será sancionado con la pena establecida en el artículo 193 del Código Penal”,

agregando en el inciso 4°:

“desde la formalización de la investigación, el acreditador quedará suspendido del registro respectivo; si fuere condenado, quedará inhabilitado en forma perpetua para ejercer la actividad de acreditador forestal. Para estos efectos, el juez de la causa notificará a la Corporación tales resoluciones, a fin de que proceda a tomar nota en el Registro de Acreditadores Forestales de la suspensión o inhabilitación perpetua, según proceda”.

12. El artículo 7° de la ley N° 19.947³⁶ sobre matrimonio civil señala:

“El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito”.

13. La ley N° 20.393³⁷ sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, establece en su artículo 18 N° 4:

³⁴ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de abril de 1960.

³⁵ *Op. cit.*, Santiago, 30 de julio de 2008.

³⁶ *Op. cit.*, Santiago, 17 de mayo de 2004.

³⁷ *Op. cit.*, Santiago, 2 de diciembre de 2009.

“Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559³⁸ del Código Civil”³⁹.

Y el artículo 22 de la misma ley dispone:

“Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo en los casos establecidos en el artículo 5°. Dicha solicitud deberá contener, además, la individualización del representante legal de la persona jurídica”.

Finalmente, el artículo 29 relativo a la suspensión de la condena estatuye:

“Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso. Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiese causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia. Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”.

³⁸ El artículo 559 inciso 1° del *Código Civil*, en su redacción vigente al tiempo de la publicación de la ley N° 20393, establecía: “Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia”.

³⁹ Santiago, 1 de enero de 1857.

14. El DFL N° 30/2004, Ministerio de Hacienda, Ordenanza de Aduanas⁴⁰, en su artículo 189 incisos 4° y 5° prescribe:

“El Servicio Nacional de Aduanas podrá no formular denuncia ni interponer querrela respecto de quien haya tenido participación en un contrabando, pero ofreciere pagar una suma no superior a una vez el valor aduanero de las mercancías involucradas. Si aceptare esa oferta alguna de las autoridades a que se refiere el inciso primero, el interesado deberá enterar la suma correspondiente en arcas fiscales y, con el comprobante de ese depósito, se convendrá la renuncia al ejercicio de la acción penal, que tendrá como efecto la extinción de la misma. La facultad de Aduanas de celebrar los convenios a que se refiere el inciso anterior no procederá tratándose de contrabando de mercancía afecta a tributación especial o adicional y se extinguirá una vez que el Ministerio Público formalice la investigación de conformidad al Párrafo 5°, del Título I, del Libro Segundo del Código Procesal Penal. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la procedencia de los acuerdos reparatorios a que se refiere el artículo 241 del mismo Código”.

15. De acuerdo con el artículo 36 del reglamento de la ley N° 18.216, contenido en el DS N° 1.120/1983, Ministerio de Justicia⁴¹, modificado por el DS N° 629/2013, Ministerio de Justicia⁴², el postulante a ejercer como delegado de libertad vigilada de Gendarmería de Chile “deberá acreditar, además, que no ha sido condenado ni se encuentra procesado o formalizado por crimen o simple delito”.

16. El DS N° 1.358/2007, Ministerio del Interior⁴³, que establece normas que regulan las medidas de control de precursores y sustancias químicas esenciales dispuestas por la ley N° 20.000, en el artículo cuarto estatuye que la inscripción en el Registro Especial de Usuarios de Sustancias Químicas:

“sólo podrá ser denegada a las personas naturales respecto de las cuales se hubiere formalizado la investigación, decretada la suspensión condicional del procedimiento prevista en el artículo 237 del Código Procesal Penal o hayan sido condenadas por alguna de las conductas punibles contempladas en la Ley N° 20.000, en la Ley N° 19.366 y en la Ley N° 19.913. También se podrá denegar respecto de las personas jurídicas, cuando cualquiera de sus representantes legales o administradores, y socios en el caso de las sociedades que no sean anónimas, se encuentre en alguna de las situaciones descritas precedentemente para las personas naturales”.

⁴⁰ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 4 de junio de 2005.

⁴¹ *Op. cit.*, Santiago, 18 de enero de 1984.

⁴² *Op. cit.*, Santiago, 27 de diciembre de 2013.

⁴³ *Op. cit.*, Santiago, 17 de abril de 2007.

17. El Reglamento de Registros Especiales de proveedores del sector defensa, contenido en el DS N° 746/2011, Ministerio de Defensa Nacional⁴⁴, modificado por el DS N° 606/2016, Ministerio de Defensa Nacional⁴⁵, en el artículo 17° dispone:

“los potenciales proveedores, o sus representantes, estarán inhabilitados para inscribirse en los Registros Especiales de Proveedores, cuando se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: k) Tener la calidad de procesado o de imputado contra quien se haya formalizado la investigación, respecto de uno o más delitos señalados en la letra a) del presente artículo, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 274 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, 229 y siguientes del Código Procesal Penal o en el Libro Segundo del Código de Justicia Militar”,

siendo esta circunstancia también una causal de suspensión de los citados Registros según lo ordena el artículo 20° del mismo reglamento.

18. El Reglamento sobre nuevos estándares para personas, personal y empresas que reciben servicios o realizan actividades de seguridad privada contenido en el DS N° 867/2018, Ministerio del Interior y Seguridad Pública⁴⁶, en el artículo quinto N° 6 establece como requisito para que personas naturales presten servicios personales en materia de seguridad privada:

“No encontrarse formalizado por alguna de las conductas punibles establecidas en el decreto supremo N° 400, del Ministerio de Defensa, de 1977, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en la ley N° 20.000, que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad; en la ley N° 19.913, que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos; en el decreto supremo N° 890, de 1975, del entonces Ministerio del Interior, que fija texto actualizado y refundido de la ley 12.927, sobre seguridad del Estado; en la ley N° 20.066, que establece ley de violencia intrafamiliar; u otras asociadas al crimen organizado que se encuentren tipificadas en otros cuerpos legales”,

lo que es reiterado en el artículo undécimo, respecto de las empresas de seguridad privada, como requisito para los socios, administradores y representantes legales, en el caso de personas jurídicas, y para el interesado, en el caso de personas naturales. En igual sentido el artículo 11

⁴⁴ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 22 de mayo de 2012.

⁴⁵ *Op. cit.*, Santiago, 18 de abril de 2017.

⁴⁶ *Op. cit.*, Santiago, 17 de marzo de 2018.

letra d) del Reglamento del decreto ley N° 3.607, de 1981, sobre funcionamiento de vigilantes privados, contenido en el DS N° 1773/1994, Ministerio del Interior⁴⁷, modificado por el DS N° 867/2018, Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2009): *Los poderes de decisión del juez penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2007): *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FALCONE SALAS, Diego (2014): "Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal", en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 21, N° 2: pp. 183-224.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MAIER, Julio (1999): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto) Tomo I.
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing) Tomo II.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (2016): "Naturaleza del Ministerio Público y de sus funciones", en *Gaceta Jurídica*, N° 431: pp. 7-20.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo (2011): "La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante", en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 26: pp. 109-136.
- RIED UNDURRAGA, Ignacio (2017): "La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el proceso penal", en *Revista de la Justicia Penal*, N° 7: pp. 87-114.
- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel, y PINO REYES, Octavio (2015): "Análisis de la (in) eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 1: pp. 351-399.

Normas citadas

Constitución Política de la República.

Código Civil.

Código Penal.

⁴⁷ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 14 de noviembre de 1994.

Código Procesal Penal.

Ley N° 18.216.

Ley N° 19.496.

Ley N° 19.640.

Ley N° 19.947.

Ley N° 19.966.

Ley N° 20.032.

Ley N° 20.066.

Ley N° 20.084.

Ley N° 20.283.

Ley N° 20.393.

Ley N° 20.555.

Ley N° 20.603.

Ley N° 20.720.

Ley N° 20.742.

DFL N° 153/1960, Ministerio de Hacienda.

DFL N° 10/1981, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

DFL N° 30/2004, Ministerio de Hacienda.

DS N° 778/1976, Ministerio de Relaciones Exteriores.

DS N° 1.120/1983, Ministerio de Justicia.

DS N° 873/1990, Ministerio de Relaciones Exteriores.

DS N° 1.773/1994, Ministerio del Interior.

DS N° 1.358/2007, Ministerio del Interior.

DS N° 746/2011, Ministerio de Defensa Nacional.

DS N° 629/2013, Ministerio de Justicia.

DS N° 606/2016, Ministerio de Defensa Nacional.

DS N° 867/2018, Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Oficio FN N° 060 / 2014 de 23 de enero de 2014 del Ministerio Público.

Reglamento sobre procedimiento de custodia, almacenamiento y eliminación de registros, documentos y similares del Ministerio Público.

REFORMA AL DERECHO
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN FRANCIA.
EL PROYECTO DEFINITIVO

REFORM OF THE RIGHT OF CIVIL
LIABILITY IN FRANCE. THE FINAL PROJECT

*Renzo Munita Marambio**

RESUMEN: Importantes reformas han modernizado el Derecho Civil francés en los últimos años. La próxima se pronunciará sobre los pilares fundamentales de la responsabilidad civil, y nuestro objetivo es difundirla. El deber de mitigar el daño, el reconocimiento de la “cesación del ilícito” a título de manifestación de la función preventiva del instituto resarcitorio, la consagración de la función punitiva de la responsabilidad, la exclusión de la exoneración por vía de riesgos del desarrollo cuando el daño proviene de un elemento del cuerpo humano o por productos obtenidos de aquel, o por todo producto de salud destinado al uso humano, normas relativas a la indemnización del daño corporal, a la pérdida de chance, a los daños ecológicos, o a la causalidad difusa, constituyen solo algunas de las materias en las que se verificará esta *mise à jour* o actualización del derecho francés en el ámbito ya indicado.

PALABRAS CLAVE: Francia - Responsabilidad civil - Reforma - Difusión.

ABSTRACT: Important reforms have modernized French civil law in recent years. The next one will pronounce on the fundamental pillars of civil responsibility, and our objective is to spread it. The duty to mitigate the damage, the recognition of the “cessation of the offense” as a manifestation of the preventive function of the compensatory institute, the consecration of the punitive function of responsibility, the exclusion of exoneration by way of development risks when the damage comes from an element of the human body or by products obtained from it, or by any health product intended for human use, norms relating to the compensation of bodily harm, loss of chance, ecological damage, or causality diffuse, they are only some of the

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magíster en Derecho Privado, Universidad Grenoble 2, Pierre Mendès France-Francia. Doctor en Derecho, Universidad Grenoble Alpes (UGA)-Francia. Profesor investigador Universidad del Desarrollo.

subjects in which this *mise à jour* or French law update will be verified in the field already indicated.

KEYWORDS: France - Civil Liability - Reform - Broadcasting.

NOTAS PRELIMINARES

El Derecho de la Responsabilidad en Francia ha sido objeto de reformas recientes. Conocida es por todos aquella que modificó el Derecho de los Contratos y la prueba de las obligaciones, en virtud de la ordenanza de 29 de febrero de 2016 (que entrara en vigor el 1 de octubre del mismo año). Con el propósito de exponer las grandes líneas de este fenómeno y las razones de su manifestación, importantes profesores franceses nos han honrado con su visita. En este contexto, recordamos las palabras del destacado profesor parisino Michel Grimaldi, quien hace algunos meses –en el auditorio de la Universidad de Concepción– sindicaba como motor de la referida reforma, tanto la necesidad francesa de modernizarse, a la par de la experiencia europea, así como la de sistematizar positivamente los criterios que la jurisprudencia local había plasmado desde hace años.

Hoy nos preparamos para presenciar un acontecimiento similar. El 13 de marzo de 2017, fue presentado en ceremonia solemne por el ministro de Justicia Jean-Jacques Urvoas, ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el proyecto de reforma concerniente a la responsabilidad civil. Cabe destacar que el texto presentado, fue objeto de enriquecimientos obtenidos en razón de la consulta pública promovida por el mismo Ministerio, entre abril y julio de 2016, con ocasión de la publicación del texto primitivo del proyecto señalado. Durante este periodo, la comunidad académica en general tuvo oportunidad de formular observaciones al texto nacido en el seno de la Cancillería francesa. La etapa siguiente es que el proyecto de reforma sea sometido a la aprobación del parlamento francés. Con esto, se pondrá fin al trabajo de destacados maestros que lideraron iniciativas cimentando las bases del documento, tales como: la profesora Geneviève Viney, o los profesores Pierre Catala, François Terré, entre otros. A estas fuentes deben ser agregados trabajos preparados por algunos parlamentarios, en particular por los senadores Alain Anziani y Laurent Bêteille, y por el diputado Guy Lefrand. Además de las más de mil páginas comprendidas en más de una centena de contribuciones, resultado de la consulta pública ya mencionada¹.

¹ Disponible en www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

La modernización del *Código Civil* francés sigue siendo el motor del espíritu de reforma. Y es que los avatares actuales del Derecho de Daños, no pueden restringirse al poder de adaptación de un puñado de artículos (actuales 1240-1244, antiguos 1382-1386), que en palabras del ministro antes citado, han

“resistido al tiempo, gracias a la impresionante obra de construcción jurisprudencial de la Corte de Casación que ha sabido adaptarlos a la evolución de las costumbres, de la sociedad y de la lengua francesa”.

El reflejo de dicha adaptación debe manifestarse en la pluma del legislador. Consideración esta última, de amplia vocación. Toda vez que otra de las motivaciones del redactor del proyecto, obedece a la igualdad en el tratamiento de las víctimas y a la legibilidad del derecho, elemento, este último, que ya había sido considerado por la antigua ministra de justicia Christiane Taubira (en su presentación al proyecto de reforma al derecho de contratos).

Dicho elemento, se evidencia en la formulación de un plan marcadamente académico, integrado por un lenguaje vigente. Prueba de lo expuesto, corresponde la división del proyecto en seis capítulos, capaces de comprender las bases esenciales del Derecho de la Responsabilidad. Así, disposiciones preliminares, elementos, vías de exoneración, efectos, pactos y regímenes especiales de responsabilidad, representan los pilares a través de los cuales se forja el proyecto de reforma al que hacemos mención, el cual entendemos como el definitivo.

Desde un punto de vista particular, se detectan como figuras que atribuyen originalidad al proyecto de reforma, las que siguen. *Se consagra el deber de mitigar el daño*. Así, salvo en caso de daño corporal, los daños y perjuicios que deben ser indemnizados, pueden ser objeto de reducción cuando la víctima no ha tomado las medidas seguras y razonables, destinadas a evitar la agravación de su perjuicio (art. 1263). Se reconoce la *función preventiva de la responsabilidad civil, a través de la figura de la cesación del ilícito*. El juez, de forma independiente a la reparación de los perjuicios, podrá disponer medidas razonables dirigidas a prevenir el daño o hacer cesar la perturbación ilícita que afecta al demandante (art. 1266). *El proyecto establece una manifestación de la función punitiva del instituto resarcitorio*. Luego, si en materia extracontractual, el autor de un daño ha cometido culpa deliberadamente, el juez lo puede condenar, a petición de la víctima o del Ministerio Público y por una decisión en especial motivada, al pago de una pena civil. Dicha pena, debe ser proporcional a la gravedad de la culpa cometida, a las facultades contributivas del agente, y a los beneficios obtenidos por este, no pudiendo exceder diez veces el monto de la ganancia obtenida. Se formula además un inciso aplicable a la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Se establece que la pena puede ser equivalente al 5% del monto del volumen de los negocios de la entidad, en conformidad a lo dispuesto en la

norma. Se hace presente que la pena no se ordena en favor de la víctima, sino que su destino persigue integrar un fondo de indemnización que tenga relación con la naturaleza del daño sufrido, y en su defecto, al tesoro público. La pena no puede ser objeto de seguro alguno (art. 1266-1). *Los riesgos del desarrollo*, mecanismo de exoneración de responsabilidad en los daños derivados del defecto de un producto (en circunstancias a que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento de la puesta en circulación del producto, no permitían detectar la existencia del defecto) *han sido objeto de una importante exclusión*. Así, la causal exoneratoria no puede ser invocada en el caso en que *el daño haya sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos obtenidos de aquel, o por todo producto de salud destinado al uso humano* (art. 1298-1).

Como se indicó, la igualdad en el tratamiento de las víctimas, constituye igualmente un fin perseguido por el proyecto de reforma. Éste se refleja en la consideración de *normas comunes aplicables tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual* (arts. 1235-1240); así como a la formulación de *normas relativas a la reparación del daño corporal*, con vocación de aplicabilidad tanto a procedimientos civiles, administrativos y a las transacciones acordadas por la víctima y el deudor de la indemnización (art. 1267).

Más allá de lo anterior, el proyecto se hace cargo de los principales tópicos del Derecho de la Responsabilidad Civil, las cuales revisaremos a continuación.

I. EN CUANTO AL CAPÍTULO PRIMERO

En el indicado capítulo, *relativo a las disposiciones preliminares*, el texto se hace cargo de la denominada *opción de responsabilidades*. Así, en caso del incumplimiento de una obligación contractual, ni el deudor, ni el acreedor pueden sustraerse de la aplicación de las disposiciones propias a la responsabilidad contractual para optar en favor de las reglas específicas a la responsabilidad extracontractual (art. 1233). A pesar de ello, los perjuicios que resulten de un daño corporal serán reparados bajo el fundamento de la responsabilidad extracontractual, incluso cuando ellos hubieren sido causados con ocasión del incumplimiento de un contrato. Sin perjuicio de lo anterior, la víctima puede invocar las estipulaciones expresas del contrato, siempre que aquello le sea más favorable que la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual (art. 1233-1). El proyecto también se refiere a la situación del tercero que se ve afectado por un incumplimiento contractual. Este solo puede hacer uso de las normas de la responsabilidad extracontractual respecto del deudor (bajo el fundamento de alguno de los hechos generadores de la responsabilidad: culpa, hecho de las cosas, perturbación anormal en las relaciones de vecindad). Sin perjuicio de lo anterior, si el tercero manifiesta un interés legítimo en la

ejecución adecuada del contrato, bajo el fundamento de la responsabilidad contractual, puede invocar el incumplimiento en razón del daño que éste le hubiere causado. Se hace, además, presente, que son oponibles al tercero las condiciones y limitaciones de la responsabilidad pactadas por los contratantes. Mientras que toda cláusula que limite la responsabilidad contractual de un contratante, respecto de terceros, se entenderá como no escrita (art. 1234).

II. EN CUANTO AL CAPÍTULO SEGUNDO

En este apartado, el proyecto aborda normas sobre los elementos de la responsabilidad. Refiriéndose a normas aplicables a la responsabilidad contractual y extracontractual, el proyecto se pronuncia primero respecto del *perjuicio reparable*. Se afirma que solo es indemnizable un perjuicio cierto, resultante de un daño y consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extra-patrimonial (art. 1235). Se recuerda que el daño futuro es reparable, cuando este signifique la prolongación cierta y directa del estado actual de la situación gravosa (art. 1236). Se considera también como perjuicio reparable a dos agravios particulares: por un lado, aquellos gastos razonablemente efectuados con el propósito de prevenir la realización de un daño inminente o para evitar su agravación o, bien, con el propósito de reducir sus consecuencias (art. 1237) y, por otro, la pérdida de chance, definida como el desaparecimiento actual y cierto de una eventualidad favorable. Se consagra aquello que innumerables sentencias ya han afirmado, en cuanto a que la oportunidad perdida, no puede ser igual a la ventaja que habría significado a la víctima esta oportunidad, en caso de realización de la misma (art. 1238). Más abajo, en cuanto al vínculo de causalidad, en el proyecto se indica que la responsabilidad supone la existencia de un nexo causal entre el hecho imputado al demandado y el daño. El proyecto no indica de manera expresa que la causalidad deba ser cierta y directa. Por su parte, se afirma que la causalidad puede ser establecida por cualquier medio (art. 1239). Así, estimamos que el proyecto habilita a las víctimas a recurrir a la prueba de la causalidad mediante presunciones de hecho, respecto de daños que no pueden ser demostrados científicamente. A nuestro entender, la omisión de las expresiones “cierta y directa”, ahorran la discusión a este respecto. El proyecto, a su vez, establece una regla de causalidad en lo relativo a daños provenientes de un agente indeterminado, miembro de un grupo determinado. Se verifica una regla de inversión del peso de la prueba, por cuanto se exige que quien afirme no ser responsable del daño, debe probarlo. De lo contrario, puede ser ordenada su responsabilidad por la totalidad de los daños, aplicación de una aproximación *in solidum* del instituto resarcitorio.

No obstante, el proyecto establece que respecto de las relaciones internas entre los miembros del grupo la responsabilidad será proporcional,

de acuerdo con la probabilidad de haber causado el daño (art. 1240). Respecto del *hecho generador de la responsabilidad extracontractual*, el proyecto consigna en primer lugar, que toda persona es responsable por el daño causado por su culpa (art. 1241). Enseguida, indica que constituye culpa tanto la violación de una prescripción legal, como el incumplimiento del deber general de prudencia y de diligencia (art. 1242). Se hace mención a que respecto de las personas jurídicas, la culpa de la entidad se identifica con aquella cometida por sus órganos o con defectos en su organización o en su funcionamiento (art. 1242-1). El fundamento de la responsabilidad también puede encontrarse en el *hecho de las cosas*, pieza insustituible del Derecho de la Responsabilidad civil gala. Esta comprende una responsabilidad de pleno derecho derivada del hecho de las cosas corporales, que se tienen bajo guarda. El hecho de la cosa se presume, desde que esta, en movimiento, entra en contacto con el objeto dañado. Respecto de otras situaciones, corresponde a la víctima probar el hecho de la cosa, demostrando el vicio de esta, la anormalidad de su posición, de su estado o de su comportamiento. El proyecto indica que se entiende por guardián a quien corresponde el uso, control o dirección de la cosa al momento del daño. El propietario se presume guardián (art. 1243).

También es considerado como fundamento, la *perturbación anormal en relaciones de vecindad*. En atención a esta figura se establece una responsabilidad de pleno derecho por los daños derivados de la perturbación, en atención a los inconvenientes que excedan los límites normales de la misma. Cabe destacar, que el proyecto faculta al juez para otorgar una indemnización o para ordenar medidas razonables que permitan hacer cesar la perturbación, cuando ésta haya sido generada, incluso, por actividades autorizadas administrativamente (art. 1244).

El proyecto, de igual forma, establece normas relativas a la *responsabilidad por el hecho ajeno*. Se estipulan normas particulares que se refieren a distintos supuestos. Se indica que esta responsabilidad supone la prueba de un hecho capaz de comprometer la responsabilidad del autor directo del daño. Así, respecto a los daños causados por el hecho de un menor, se establece una responsabilidad de pleno derecho que alcanza a los padres (siempre que ejerzan su autoridad parental), su o sus tutores (en caso en que tengan a su cargo la persona del menor) y a la persona física o moral encargada, por decisión judicial o administrativa, de organizar y controlar a título permanente el modo de vida del menor (respecto de este supuesto la responsabilidad de los padres del menor no puede ser ordenada) (art. 1246). Se enseña, además, que la persona física o moral encargada, por decisión judicial o administrativa, de organizar y controlar a título permanente el modo de vida de una persona mayor, es responsable de pleno derecho por los daños derivados de sus acciones (art. 1247). Se considera, asimismo, que puede ser establecida la responsabilidad de aquellas personas que por un

contrato, asumen a título profesional, una misión de organizar y de controlar la actividad de otro. Estas personas pueden liberarse de la responsabilidad por los daños cometidos por el sujeto vigilado, probando su ausencia de culpa (art. 1248). Se consigna, asimismo, en esta sección, que el mandante es responsable de pleno derecho de los daños causados por su mandatario. Se entiende por mandante quien tiene el poder de dar al mandatario órdenes o instrucciones en relación con el cumplimiento de sus funciones. Lo anterior, a menos que pruebe que el mandatario actuó fuera de las funciones para las cuales fue empleado, sin autorización o respecto de finalidades ajenas a sus atribuciones (art. 1249).

En el mismo capítulo, el proyecto dispone normas solo aplicables a la responsabilidad contractual, dentro de las que se consigna la regla general relativa a que todo incumplimiento contractual que hubiere causado daño al acreedor debe ser asumido por el deudor (art. 1250). Dicha responsabilidad será limitada a las consecuencias razonablemente previsibles a la época de la celebración del contrato, a menos que el incumplimiento haya sido doloso o por culpa grave (1251). Por su parte, la reparación del perjuicio resultante del retardo en el cumplimiento contractual requiere de la interpelación previa al deudor (art. 1252).

III EN CUANTO AL CAPÍTULO TERCERO

En esta sección, el proyecto *hace referencia a los mecanismos de exoneración de responsabilidad*. Son reconocidos: el caso fortuito, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima. Eventos totalmente exoneratorios si llevan aparejados los caracteres de la fuerza mayor, estos son la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Lo anterior, en atención a la formulación del proyecto que definiendo la fuerza mayor establece: en materia extracontractual, la fuerza mayor corresponde al evento que escapa al control del demandado o de la persona por cuyo actuar este debe responder, y el cual no podía ser evitado, ni respecto a su realización, ni a sus consecuencias a través de medidas apropiadas al efecto. Cabe destacar, además, que el proyecto hace referencia al art. 1218 del *Código Civil* el cual establece la conceptualización de la fuerza mayor aplicable al ámbito contractual, la norma indica:

“hay fuerza mayor en materia contractual, cuando un evento que escapa al control del deudor, que no podía ser razonablemente previsto a la época de la celebración del contrato y cuyos efectos no podían ser evitados por medidas apropiadas, impide la ejecución de las obligaciones por parte del deudor” (art. 1253).

En el ámbito contractual, la culpa de la víctima o de la persona por cuyo actuar esta debe responder resulta en parte exoneratoria en caso en que contribuya a

la realización del daño. Empero, en caso de daño corporal, solamente la culpa grave permite fundar una exoneración parcial (art. 1254). Se hace también referencia a la culpa de la persona privada de discernimiento, la cual no tendrá efectos exoneratorios, a menos que concurran los requisitos de la fuerza mayor (art. 1255). A su turno, la culpa o incumplimiento contractual, que puede ser invocado contra la víctima directa, también puede ser invocado contra las víctimas por repercusión (art. 1256). El mismo capítulo hace referencia a normas relativas a la exclusión de la responsabilidad. Así, se ordena que el hecho generador del daño, no da lugar a responsabilidad, en el caso en que el autor se encuentre en algunas de las situaciones previstas en los artículos 122-4 al 122-7 del *Código Penal*² (art. 1257). Tampoco da lugar a responsabilidad civil, el agravio cometido contra ciertos intereses o derechos, que pudiendo ser objeto de disposición por parte de la víctima, hubiera esta consentido en ello (art. 1257-1).

IV. EN CUANTO AL CAPÍTULO CUARTO

Por su parte, en el *capítulo en mención*, el proyecto se concentra en los *efectos de la responsabilidad*. Y lo hace consagrando, en primer lugar, el principio de la *reparación integral del daño*. En efecto, se indica con claridad que la reparación debe tener por objetivo, situar a la víctima en la posición que se encontraría si no hubiera mediado el daño. De aquí, que el resarcimiento no signifique para la víctima pérdida, ni beneficio (art. 1258). Se establece formalmente que la reparación admite dos formas: en natura y por equivalente, pudiendo ambas acumularse de manera de asegurar una reparación integral del perjuicio (art. 1259). Respecto de la primera de las modalidades señaladas, el proyecto

² Artículo 122-4: No será penalmente responsable quien realice un acto prescrito o autorizado por disposiciones legales o reglamentarias. No será penalmente responsable quien realice un acto ordenado por la autoridad legítima, salvo que el acto sea manifiestamente ilegal. Artículo 122-5: No será penalmente responsable quien, ante un ataque injustificado contra sí o contra otro, realice, al mismo tiempo, un acto ordenado por la necesidad de legítima defensa propia o ajena, salvo si existe desproporción entre los medios de defensa empleados y la gravedad de la agresión. No será penalmente responsable quien, para interrumpir la ejecución de un crimen o de un delito contra los bienes, realice un acto de defensa, que no sea un homicidio voluntario, si este acto fuera estrictamente necesario para lograr el fin perseguido y siempre y cuando los medios empleados sean proporcionados a la gravedad de la infracción. Artículo 122-6: Se presumirá que ha actuado en legítima defensa quien realice el acto: 1° Para repeler, de noche, la entrada por fractura, violencia o astucia en un lugar habitado; 2° Para defenderse contra los autores de robos o pillaje ejecutados con violencia. Artículo 122-7: No será penalmente responsable quien, ante un peligro actual o inminente que le amenace a él mismo, a otro o a un bien, ejecute un acto necesario para la salvaguarda de la persona o del bien, salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza.

deja en claro que no puede imponerse al afectado. Además, el juez puede autorizar a la víctima a proceder por ella misma, a la implementación de las medidas necesarias para reparar en natura su daño, con cargo al responsable (art. 1260). Respecto de la segunda de las modalidades, los daños y perjuicios son evaluados a la época de la sentencia, y se deberán considerar todas aquellas circunstancias que han podido afectar la consistencia y el valor el perjuicio desde el día de la manifestación del daño, así como su evolución razonablemente previsible. Incluso, en caso de agravación del daño verificado con posterioridad a la sentencia, la víctima puede demandar un complemento indemnizatorio en razón del perjuicio definitivo. A propósito del daño corporal, en caso en que este exista, puede de igual modo ser reclamado una indemnización complementaria, que comprenda toda categoría de perjuicio corporal preexistente, no comprendido en la demanda inicial. Cada una de las categorías de daños es calculado de forma independiente (art. 1262).

En el mismo capítulo, el proyecto consigna reglas particulares relativas a la reparación de perjuicios resultantes de *ciertas categorías de daños*. Entre ellos, se distinguen perjuicios resultantes de daños o agravios corporales, materiales y medioambientales. *En cuanto a los daños corporales*, cualquier estipulación contraria a lo dispuesto en el párrafo respectivo a la indemnización de este tipo de agravios, se reputa no escrita, a menos que beneficie a la víctima (art. 1267-1). En su valoración, no serán consideradas eventuales predisposiciones de la víctima, cuando el agravio haya sido causado por el hecho dañoso (art. 1268). Los perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, resultantes de un daño corporal, son determinados, categoría por categoría, siguiendo una nomenclatura no limitada, de tipologías de perjuicios fijada por un decreto denominado “en Consejo de Estado” (art. 1269). Salvo disposición contraria, el déficit funcional consolidado es determinado a la luz de un baremo único, indicativo, en que las modalidades de elaboración, de revisión y de publicación son establecidas reglamentariamente (art. 1270). *En cuanto a los daños materiales*, estos se limitan a bienes corporales. Dentro de las normas aplicables nos parece importante aquella que enseña, que cuando el bien no pueda ser reemplazado, ni reparado, la indemnización corresponde al valor que habría tenido el bien al día de la sentencia, en razón de su estado anterior al daño (art. 1278). *En cuanto al daño medioambiental*, el proyecto ordena que toda persona responsable de un perjuicio ecológico está obligado a repararlo (art. 1279-1). El daño ecológico que el proyecto estima como reparable, es aquel que se traduce en una afectación considerable a los elementos o a las funciones de los ecosistemas o a los beneficios colectivos obtenidos por el hombre, del ambiente (art. 1279-2). Cabe mencionar que la acción reparatoria del perjuicio ecológico es abierta a toda persona que tenga interés en accionar. Así, el Estado, la agencia francesa por la diversidad, las colectividades territoriales y sus agrupaciones cuyo territorio es involucrado. También, los establecimientos públicos y las asociaciones habi-

litadas o creadas desde al menos cinco años a la fecha de introducción de la instancia, que tienen por objetivo la protección de la naturaleza y la defensa del ambiente (art. 1279-3). Consideramos relevante mencionar que la reparación del ambiente es en prioridad, en natura. Frente a una imposibilidad o a una insuficiencia de medidas de reparación, el juez puede ordenar una indemnización de perjuicios, cantidad que será destinada a la reparación del ambiente, por medio del demandante, y en caso que este no pueda adoptar medidas destinadas a este fin, al Estado (art. 1279-4). Por último, también son comprendidos a título de daños indemnizables, aquellos identificados con el retardo en el pago de una suma de dinero (art. 1280), especie particular de daño material.

V. EN CUANTO AL CAPÍTULO QUINTO

En este segmento, el texto de reforma se refiere a las cláusulas de responsabilidad. Distinguiéndose aquellas que excluyen o limitan la responsabilidad, y las cláusulas penales. Respecto de las primeras, se dice que en principio son válidas, tanto en materia contractual como extracontractual. No obstante, la responsabilidad no puede ser limitada o excluida contractualmente en caso de daño corporal (art. 1281). Se menciona que en materia contractual las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, no producen efectos en caso de culpa grave o dolosa. Ellas se reputan no escritas cuando privan de su sustancia a la obligación esencial del deudor (art. 1282). En fin, en materia extracontractual, se impide excluir o limitar la responsabilidad por culpa (art. 1283). En cuanto a las cláusulas penales, establece el proyecto que estipulada que sea la pena, no puede ser impuesta una penalidad mayor o menor. Aun cuando, el juez bien puede alterar de oficio la magnitud de la pena, moderándola o aumentándola, si ella es excesiva o irrisoria. Por otro lado, si la obligación ha sido cumplida en parte, la pena puede ser disminuida, incluso de oficio por el juez, a proporción del interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor. Cualquier estipulación contraria a lo señalado debe reputarse no escrita. Por último, salvo en caso de incumplimiento definitivo, la pena no puede ser exigida a menos que el deudor sea constituido en mora (art. 1284).

VI. EN CUANTO AL CAPÍTULO SEXTO

Para finalizar, el proyecto comprende normas relativas a los principales regímenes especiales de responsabilidad. En ellos, se contempla tanto al régimen de responsabilidad por daños causados por *vehículos motorizados terrestres*, como por *productos defectuosos*.

En cuanto al primero de los regímenes, el conductor o el guardián (quien tiene el poder de uso, control o dirección del vehículo) responde de pleno derecho del daño causado por un accidente de circulación en el cual su vehículo, remolque o semirremolque, se ha visto implicado. Se menciona que las disposiciones son de orden público. Ellas se aplican aun cuando la víctima sea transportada en virtud de un contrato (art. 1285). Por otro lado, no puede ser invocado contra la víctima el caso fortuito o el hecho de un tercero, aun cuando presenten los caracteres de la fuerza mayor. Aunque ella no tiene derecho a resarcimiento, si ella ha voluntariamente buscado el daño sufrido (art. 1286). En caso de daño corporal, la culpa del damnificado no tiene incidencia en su derecho a reparación. Sin perjuicio de lo anterior, la culpa inexcusable le priva de todo derecho a reparación si ella ha sido la causa exclusiva del accidente. En caso en que no haya sido la causa exclusiva del accidente, la culpa inexcusable cometida por el conductor del vehículo terrestre motorizado tiene por objetivo limitar su derecho a reparación. El proyecto además consigna en este punto que, las víctimas, fuera de los conductores de vehículos terrestres motorizados, menores de dieciséis años o de más de setenta años, o cualquiera siendo su edad, que al momento del accidente sean titulares de un título que reconozca una incapacidad permanente o de invalidez al menos igual al 80%, deben ser, en todo caso, indemnizados por sus daños corporales (art. 1287). En fin, en caso de daño material, la culpa de la víctima tiene por efecto limitar o excluir la indemnización de sus perjuicios cuando ella ha contribuido en la realización del daño. La exclusión de la indemnización debe ser especialmente motivada en atención a la gravedad de la culpa. Sin embargo, los daños causados a elementos suministrados bajo prescripción médica, deben ser indemnizados según las reglas aplicables al daño corporal. Se indica, además, que cuando el conductor de un vehículo terrestre a motor no sea propietario, la culpa de este conductor puede ser invocada contra el propietario para efectos de la indemnización de daños diversos a los corporales. El propietario dispone de recurso contra el conductor (art. 1288).

En cuanto a la *responsabilidad por productos defectuosos*, el proyecto considera que el fabricante o productor es responsable de pleno derecho del daño causado por un defecto de su producto. Las disposiciones del proyecto en esta sección son de orden público, y se aplican aun en caso en que el agredido se encuentre vinculado contractualmente, con el productor (art. 1289). Las normas de la presente sección se aplican a la reparación de perjuicios que resulten de un daño corporal (art. 1290). Más abajo, el proyecto considera producto a todo bien mueble, aun si está incorporado en un inmueble, incluidos los productos del suelo, ganadería, caza y pesca. La electricidad es considerada como un producto (art. 1291). El proyecto indica además, que un producto es defectuoso, cuando no ofrece la seguridad que legítimamente puede esperarse de él. En la apreciación de este tipo de seguridad espe-

rada, deben ser consideradas diversas circunstancias, en particular, las que digan relación con la presentación del producto, el uso que razonablemente puede ser dado al mismo y el momento de su puesta en circulación. En fin, se menciona, por lo demás, que un producto no puede ser considerado como defectuoso, por el solo hecho que otro más perfeccionado, fue puesto luego en circulación (art. 1692). Más abajo, el proyecto establece quien es productor y quién debe ser considerado como productor, por aplicación de la presente sección del proyecto. Se dice, entonces, que es productor, cuando actúa a título profesional, el fabricante de un producto terminado, el productor de una materia prima, el fabricante de un componente. Mientras que debe ser asimilado como productor, toda persona que actuando a título profesional:

- 1° Se presente como productor, consignando en el producto su nombre, su marca u otro signo distintivo.
- 2° Que importe un producto en la Unión Europea en razón de una compraventa, de un arrendamiento, con o sin promesa de compraventa, o de toda otra forma de distribución (art. 1293).

Se hace referencia a la contingencia relativa a los problemas de identificación del productor. En ese caso, el vendedor, el arrendatario, o cualquier otro proveedor profesional, será responsable del defecto de seguridad del producto, en las mismas condiciones que el productor, a menos que comunique, dentro de un plazo de tres meses contados desde la fecha en la que ha sido notificada la demanda, quien es su propio proveedor o quien es el productor. La acción del proveedor contra el productor está sujeta a las mismas reglas que la demanda deducida por la víctima directa del defecto. Con todo, el proveedor debe interponer la acción dentro del año siguiente a su citación judicial (art. 1294).

A continuación la ley menciona una regla de responsabilidad solidaria entre el productor de una cosa defectuosa que se incorpora a otra, y quien ha realizado la incorporación (art. 1295). Se consigna, asimismo, el peso de la prueba que incumbe a la víctima, por cuanto esta debe demostrar el daño, el defecto y el vínculo de causalidad entre defecto y daño (art. 1296). Es consagrada también la imposibilidad en la exoneración de responsabilidad por parte del productor, en caso de que este alegue que el producto ha sido fabricado respetando las reglas del arte o las normas existentes o que haya sido obtenida una autorización administrativa (art. 1297). Lo anterior, por cuanto el productor es responsable de pleno derecho, a menos que demuestre:

- 1° Que no había puesto el producto en circulación;
- 2° Que en atención a las circunstancias de la contingencia, pueda ser estimado que el defecto que habría causado el daño no existía al momento en que el producto fue puesto en circulación por éste, o que el defecto nació posteriormente;
- 3° Que el producto no fue destinado a la venta o a cualquier otra forma de distribución;

- 4° Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, vigentes al momento en que el producto fue puesto en circulación, no permitían develar la existencia del defecto;
- 5° Que el defecto se debe a la conformidad del producto con reglas imperativas de orden legislativo o reglamentario.

A su turno, expone el proyecto, que el fabricante de una parte o componente de un producto, no es responsable, si demuestra que el defecto es imputable a la concepción del producto en sí mismo, en el cual esta parte ha sido incorporada o a las instrucciones formuladas por el fabricante de ese producto (art. 1298). Como indicamos más atrás, la causal de exoneración indicada en el numeral 4° anterior, riesgos del desarrollo, no puede ser invocada en el caso en que el daño haya sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos obtenidos de aquel, o por todo producto de salud destinado al uso humano mencionado en el primer capítulo del título II del libro II del quinta parte del *Código de Salud Pública* (art. 1298-1). Se consigna expresamente, que lo dispuesto en el art. 1254 inciso 2°, no se aplica en este ámbito, esto es, que en caso de daño corporal, solo la culpa grave puede justificar una exoneración parcial de la responsabilidad (art. 1299). El capítulo culmina con una norma de caducidad, de prescripción y de estatutos de responsabilidad. Así, se indica que la responsabilidad fundada en las disposiciones de la presente sección, se extingue diez años después de la puesta en circulación del producto dañoso (art. 1299-1). Por otro lado, la acción en reparación, fundada en las disposiciones de la presente sección, prescribe en tres años contados desde el día en que el demandante tuvo o habría debido tener conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor (art. 1299-2). Finalmente, se agrega, que las disposiciones de la presente sección, no prohíben a la víctima invocar las disposiciones de otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual, en el sentido en que estos regímenes reposan sobre un fundamento diverso al del defecto de seguridad del producto (art. 1299-3).

REFLEXIÓN FINAL

Consideramos que las disposiciones que componen este proyecto concuerdan con actuales lecturas de la responsabilidad civil. De aquí, que constituyan una modernización efectiva de las instituciones del Derecho francés en el indicado ámbito. Apreciamos como corolario final, que el recurso resarcitorio gira en torno a la protección de la víctima y a la integración de las reglas de Derecho formuladas por la jurisprudencia a lo largo de los años. Cuestión que se aprecia tanto en el reconocimiento al fenómeno de multiplicación de daños o de la flexibilización en la demostración del nexo casual. Fenómenos como los indicados deben entenderse en parte, en razón de un anhelo de

justicia; pero también en atención a que las víctimas de hoy no acusan la misma tolerancia al agravio que las de ayer. En fin, estamos seguros de que su análisis dará lugar a interesantes seminarios y a enriquecedoras actividades académicas en los meses venideros. Dichas instancias contribuirán en el mejoramiento de nuestro sistema a la luz del dinámico Derecho Civil francés.

DERECHOS DE LOS SERES VIVOS NO HUMANOS

NON HUMAN RIGHTS

*Raúl F. Campusano Droguett**

RESUMEN: Estos apuntes hacen una revisión de la teoría, la legislación comparada y la jurisprudencia comparada sobre eventuales derechos de los seres vivos no humanos. Desde Bentham hasta Stutzin, se hace una breve reseña de los pensadores más relevantes respecto de los eventuales derechos de seres vivos no humanos. En la segunda parte, hay una somera revisión de un par de constituciones políticas (Bolivia y Ecuador). Finalmente, en la tercera parte se presentan algunos ejemplos de jurisprudencia comparada. Esta es la parte central del artículo. A través de las sentencias es posible discernir el nacimiento de una nueva comprensión del derecho y de lo que significa tener personalidad jurídica y su devenir y expansión posible.

PALABRAS CLAVE: Derechos Animales - Personalidad Jurídica de No Humanos.

ABSTRACT: These lines attempt a theoretical, comparative law, and comparative case law review about non human beings' eventual rights. From Bentham to Stutzin, there is a short review of the most relevant thinkers on non human beings' eventual rights. In the second part, there is a brief review of a couple of National Constitutions (Bolivia and Ecuador). Finally, in the third section, it is presented some relevant comparative case law. This is the core of the article. Through the sentences it is possible to discern the birth of a new understanding of rights and what a legal person is and how could eventually expand.

KEYWORDS: Legal Rights - Legal Concept of Person.

* Abogado Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Profesor titular y director académico Magíster en Derecho Ambiental, Universidad del Desarrollo. rcampusano@udd.cl

“There is first of all the problem of the opening, namely, how to get us from where we are, which is, as yet, nowhere, to the far bank. It is a simple bridging problem, a problem of knocking together a bridge. People solve such problems every day. They solve them, and having solved them push on”.

Elizabeth Costello (J. M. Coetzee)

INTRODUCCIÓN

¿Tienen derechos los animales? ¿Las plantas? ¿Los ecosistemas? ¿La naturaleza? La teoría jurídica tradicional, desde los romanos, enseña que el ser humano es el único sujeto de Derecho, el único titular de derechos. Los demás seres vivos son objetos del Derecho, muchos de los cuales son susceptibles de ser objeto de derecho de propiedad y otros derechos por parte de los titulares del Derecho, esto es, los seres humanos. La filosofía platónica y aristotélica sentó las bases teóricas para el desarrollo del Derecho Romano en relación con los seres vivos no humanos. Las religiones que comparten el libro del *Génesis* aportaron una justificación metafísica a esta aproximación. La práctica de al menos dos milenios ha asentado y fortalecido esta mirada. Sin embargo, también desde antiguo, pero con fuerza desde hace algunas décadas, se ha ido levantando una mirada alternativa que propone, con matices y diferencias, que habría otros postulantes, además del ser humano, para ser considerados como sujetos de derechos. Más allá de la discusión filosófica sobre la materia, existen numerosos temas jurídicos relevantes de análisis y que se presentan desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. La finalidad de esta ponencia es presentar algunos aspectos del estado del tema desde la perspectiva teórica, legislativa y jurisprudencial¹.

PERSPECTIVA TEÓRICA

Jeremy Bentham es uno de los precursores en la reflexión sobre la consideración que el ser humano debe dar a los animales². El test que Bentham

¹ Nota técnica: Algunas de las citas o referencias se han mantenido en su idioma general, inglés. Esto se ha hecho en particular, respecto de lagunas citas de sentencias, argumentos doctrinarios y textos literarios. Se estima que la traducción al español de tales textos provocaría un perjuicio en la adecuada comprensión de su sentido y alcance.

² Las bases teóricas de la forma en que el derecho vigente y la ética preponderante entiende el estatus de los animales fue diseñado en la Grecia antigua a través de filósofos como Platón y Aristóteles y por el Derecho Romano clásico que declaró a los animales como objetos de derecho susceptibles de derecho de propiedad. Aristóteles enseñaba: “Las plantas existen para los animales,

propone es el de la capacidad para sentir dolor. Los seres humanos pueden sentir dolor y los animales también³. Bentham, exponente de la corriente utilitarista, que busca lograr la mayor cantidad de felicidad al mayor número de personas, propuso expandir la cerca de la consideración moral, más allá de la especie humana. Esta propuesta fue, y sigue siendo, pionera, controvertible y controvertida. Las diversas escuelas de filosofía moral tienden a otorgar valía moral solo al ser humano, tanto en su calidad de sujeto moral como en su calidad de objeto de consideración moral. Los tests utilizados van desde consideraciones metafísicas del tipo, los seres humanos son hijos de Dios, tienen alma, y naturalmente tienden al bien moral; a tests inspirados en la capacidad cognitiva de los seres humanos, del tipo, solo los humanos son inteligentes

y los demás animales para beneficio del hombre: los domésticos, para serles útiles y servirle de alimento; y los salvajes, si no todos, al menos la mayor parte de ellos, con vistas a la alimentación y a otras ayudas, para ofrecer tanto vestidos como otros utensilios. Por consiguiente, si la naturaleza no hace nada imperfecto ni en vano, es necesario que todos estos seres existan naturalmente para utilidad del hombre. En Gayo, se establece que: son animales todos los seres vivos que carecen de derechos". "Los animales son cosas movientes y pueden ser objeto de dominio". "Que todos los animales que vagan por la tierra, en el mar, o en el aire, esto es, los animales salvajes (*ferae bestiae*), las aves (*volucres*), y los peces (*pisces*) se hacen del que los captura". Por su parte, las religiones que comparten el libro del *Génesis* otorgaron justificación moral a este orden de cosas al indicar que Dios había creado a los animales y a las plantas para el servicio del ser humano. No habiendo responsabilidad del ser humano frente a los demás seres vivos, todo era posible y legítimo. El filósofo australiano John Passmore, en su texto *Pensamiento ecologista* ha dicho que "el cristianismo alentó determinadas actitudes frente al mundo natural: lo conceptuó más como fuente de suministro que objeto de contemplación, dio licencia al hombre para que lo tratase sin reparos, despojó a la naturaleza de su carácter sagrado, y vació nuestra conducta para con ella de contenido moral". Sin perjuicio de lo anterior, también cabe observar que el texto vaticano del año 2015, encíclica papal *Laudato Si*, puede constituir un punto de inflexión en la teología católica de la relación entre seres humanos y animales. El texto mantiene los postulados centrales de la teología tradicional en esta materia, pero genera matices y abre puertas al diálogo. De la misma forma, la actitud mostrada en el texto es de reflexión y encuentro. "Pero no basta pensar en las distintas especies sólo como eventuales 'recursos' explotables, olvidando que tienen un valor en sí mismas". Párrafo 33. Y en el párrafo 90 reitera conceptos tradicionales: "Esto no significa igualar a todos los seres vivos y quitarle al ser humano ese valor peculiar que implica al mismo tiempo una tremenda responsabilidad. Tampoco supone una divinización de la tierra que nos privaría del llamado a colaborar con ella y a proteger su fragilidad. Estas concepciones terminarían creando nuevos desequilibrios por escapar de la realidad que nos interpela".

³ "Puede llegar el día en que el resto de la creación animal adquiera esos derechos que nunca se lo podrían haber negado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para abandonar sin remedio a un ser al capricho de quien le atormenta. Puede que llegue un día que el número de piernas, la vellosidad de la piel o la terminación del os sacrum sean razones igualmente insuficientes para abandonar un ser sensible al mismo destino. Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? Es la facultad de la razón, o acaso la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. Pero, aun suponiendo que no fuera así, qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos: pueden razonar?, ni tampoco: pueden hablar?, sino: pueden sufrir?". BENTHAM (1780).

y pueden tener conciencias de sus actos. Sin embargo, Bentham elude caer atrapado en las múltiples complicaciones y dificultades que tales aproximaciones conllevan en sí mismas y propone un test diferente: la capacidad de sentir dolor. Allí se encuentra la verdadera consideración que debiera tenerse presente al momento de determinar deberes morales frente a otros seres vivos: ¿es capaz de sentir dolor? Si lo es, existe un deber de consideración. La imagen de avance progresivo de la moral y la comparación con el tema de la esclavitud, es particularmente significativa, y será retomada en diversas ocasiones, tanto en la filosofía, como en la literatura⁴.

En la actualidad, el filósofo australiano Peter Singer ha profundizado la aproximación utilitarista de Bentham compartiendo la idea de expandir el mayor bien posible también a los animales. Singer argumenta que la diferenciación entre humanos y animales es arbitraria y que la distancia entre un gran simio y una ostra es mayor que la que existe entre un gran simio y un ser humano. Y, sin embargo, la ostra y el gran simio son considerados como compartiendo una categoría y separándolo del ser humano. En su libro *Animal Liberation*, publicado en 1975, Singer aboga en contra de la experimentación en animales⁵ y promueve el veganismo. También difundió el concepto de especismo, acuñado por Richard D. Ryder y que denuncia un nuevo tipo de discriminación. En efecto, así como existe el racismo, el clasismo y el sexismo, también existiría la discriminación de la especie humana respecto de todas las demás especies de seres vivos, el especismo.

Tom Regan, filósofo estadounidense, fallecido el 2017 y autor del texto *The Case for Animal Rights*, señala que los animales, humanos y no humanos, son todos “sujetos de una vida” y que si queremos adscribirles valor a los seres humanos, en forma independiente a su capacidad cognitiva, también deberíamos hacerlo con los animales no humanos. El atributo clave no es la racionalidad, sino que todos los seres vivos son “sujetos de una vida” y esto

⁴ Es lo que hace J. M. Coetzee en su novela *Elizabeth Costello*. En el texto, la protagonista declara: “No consciousness that we would recognize as consciousness. Not awareness, as far as we can make out, of a self with a history. What I mind is what tends to come next. They have no consciousness therefore. Therefore what? Therefore we are free to use them for our own ends Therefore we are free to kill them? Why? What is so special about the form of consciousness that we recognize that makes killing a bearer of it a crime while killing an animal goes unpunished?” Y también dice: “At such moments, even a negligible creature, a dog, a rat, a beetle, a stunted apple tree, a cart track winding over a hill, a mossy stone, counts for more than a night of bliss with the most beautiful, most devoted mistress. These dumb and in some cases inanimate creatures press toward me with such fullness, such presence of love, that there is nothing in range of my rapturous eye that does not have life. It is as if everything, everything that exists, everything I can recall, everything my confused thinking touches on, means something”. Y también: “Perhaps we invented the gods so that we could put the blame on them. They gave us permission to eat flesh. They gave us permission to play with unclean things. It’s not our fault, it’s theirs. We’re just their children”.

⁵ Con algunos casos excepcionales en que la acepta.

confiere derechos morales que se traducen en una regla básica y que es la del derecho a nunca ser tratado simplemente como un medio para el logro de los fines de otros seres vivos. Existe así un derecho a ser tratado con respeto y esto deriva a no ser objeto de daño o maltrato.

El filósofo noruego Arne Naess, fundador de la corriente filosófica “Deep Ecology”, argumenta que existe una ecología superficial que simplemente intenta hacer gestión ambiental básica, pero sin abordar los temas en forma estructural. Esta ecología se construye sobre una premisa inconsistente con la real protección ecológica: la idea de que es la especie humana la medida de toda acción ambiental, esto es, una cosmovisión antropocéntrica. Esta ecología superficial considera a los demás seres vivos, a los ecosistemas y al planeta como meros insumos para los intereses del ser humano. Así, los árboles no son seres con un fin en sí mismos, sino que son recursos naturales cuya finalidad es servir los intereses del ser humano. Esta aproximación superficial ha llevado al planeta a situaciones que se acercan a la irreversibilidad: pérdida de diversidad biológica, agotamiento de hábitats y ecosistemas, cambio climático, contaminación de tierra, aire y aguas, sobrepoblación, exceso de residuos no degradables, y aumento de plagas y pestes. Frente a esta ecología superficial, Naess propone una ecología profunda, una ecología que se haga cargo de las raíces de los males y problemas ambientales del planeta, una ecología que recupere los equilibrios ecosistémicos, una ecología biocéntrica.

La propuesta de una ecología biocéntrica apunta directamente a la pregunta sobre la relación del ser humano con el resto de los seres vivos y los ecosistemas. La ecología profunda propone una reconceptualización no solo de la forma en que el ser humano trata a los animales sino que, también, de la forma en que debe ser interpretado a sí mismo. Así, hay un abandono de la idea de “amo de la creación” y la aceptación de un papel de partícipe entre muchos, de la naturaleza y la existencia.

En Chile, el abogado Godofredo Stutzin fue un pionero de la idea de derechos de la naturaleza y de los animales. Plantea como imperativo ecológico reconocer los derechos de la naturaleza:

“Reconocer a la naturaleza como una entidad dotada de derechos es jurídicamente posible, tiene en cuenta una situación real y responde a una necesidad práctica”⁶.

⁶ Dice Stutzin: “La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biósfera frente a las pretensiones de la tecnósfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte interesada en los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural. El mal funcionamiento de la balanza, que se va acentuando día a día, ha sumido al planeta en la actual crisis ecológica sin precedentes. La gran perdedora no es solamente la naturaleza, sino la propia humanidad cuyos intereses, en definitiva, coinciden plenamente con los de la biósfera por mucho que se quiera hacernos creer lo contrario. Por lo mismo, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, lejos de atentar

James Lovelock aborda el tema de derechos de la naturaleza desde una perspectiva original al proponer que el planeta Tierra funciona como un sistema autorregulado. Esta idea la construyó alrededor del concepto de Hipótesis Gaia. Indica que las partes orgánicas y las partes inorgánicas del planeta trabajan en conjunto para que se presenten las condiciones de equilibrio que hacen al planeta ser lo que es y permitir la vida. Sin embargo, la acción del ser humano estaría produciendo desequilibrios que pondrían en peligro la vida en el planeta.

Leonardo Boff, ex-teólogo de la liberación brasileño, se acerca al tema de los derechos de la naturaleza y de los animales desde una perspectiva distinta. Sobre la base de una reflexión de justicia social y utilizando categorías propias de la teología cristiana. Advierte la necesidad de una reflexión de la relación entre el ser humano y la naturaleza y los seres vivos. Sugiere considerar que el deterioro del planeta está ligado a un deterioro de la salud mental de las personas⁷. Y propone trascender el antropocentrismo:

“la actitud de apertura y de inclusión ilimitada propicia una cosmovisión radicalmente ecológica (de panrelacionalidad y de religación con todo); ayuda a superar el antropocentrismo histórico y fomenta el que seamos cada vez más singulares y al mismo tiempo solidarios, complementarios y creadores. De este modo estamos en sinergia con el universo entero y, por nuestro medio, él se anuncia, avanza y continúa abierto a novedades nunca antes probadas, rumbo a una Realidad que se esconde tras los velos del misterio situado en el campo de la imposibilidad humana”⁸.

Desde distintas miradas y diferentes aproximaciones, se levanta una cosmovisión distinta a la imperante. ¿Tiene la naturaleza un valor en sí misma, con prescindencia de los intereses del ser humano? ¿Tienen los seres vivos una categoría moral en sí mismos, más allá de la utilidad o sentido que

contra los derechos de los seres humanos, constituye una garantía de que estos derechos sean apreciados en su verdadero significado y alcance y de que sean debidamente resguardados ante las presiones ejercidas por una tecnocracia deshumanizada” STUTZIN (1978).

⁷ “El estado del mundo va ligado al estado de nuestra mente. Si el mundo está enfermo eso es síntoma de que nuestra psique también está enferma. Hay agresiones contra la naturaleza y voluntad de dominio porque dentro del ser humano funcionan visiones, arquetipos, emociones que conducen a exclusiones y a violencias. Existe una ecología interior lo mismo que una ecología exterior, y se condicionan mutuamente. El universo de las relaciones con las cosas es internalizado, lo mismo que la referencia al padre, a la madre, al medio ambiente, etc.; esos contenidos se transforman en valores y antivalores, alcanzando a las relaciones ecológicas de forma positiva o negativa. El mismo mundo de los productos industriales, de la tecnificación de las relaciones, genera una subjetividad colectiva asentada sobre el poder, el status, la apariencia y una precaria comunicación con los demás. La ecología mental intenta construir una integración psíquica del ser humano que vuelva más benevolente su relación hacia el medio natural y social y que fortalezca un pacto de reverencia y equilibrio más duradero con el universo” BOFF (2011).

⁸ BOFF (2011).

le pueda dar el ser humano? La cosmovisión biocéntrica y la ética expansiva están mostrando una senda que se vuelve cada día más transitada.

PERSPECTIVA DE LEGISLACIÓN

El artículo 10 de la Constitución de Ecuador dispone: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. El artículo 71 profundiza este derecho al señalar:

“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”⁹.

Esta es una institución jurídica novedosa. La doctrina clásica continental, a cuya tradición pertenece Ecuador, Chile y todos los países latinoamericanos, postula que solo las personas humanas son sujetos de Derecho¹⁰. En la Constitución de Ecuador la naturaleza es un sujeto de Derecho, tiene personalidad legal y como tal, puede actuar en el Derecho como sujeto del mismo. Eduardo Gudynas dice:

“cuando se afirma que la Naturaleza posee derechos que le son propios, y que son independientes de las valoraciones humanas, se da un paso mucho mayor. En efecto, la Naturaleza pasa de ser objeto de derechos asignados por los humanos, a ser ella misma sujeto de derechos, y, por lo tanto, se admite que posee valores intrínsecos. Recordemos que un paso intermedio que ha sido tomado en varios lugares es reconocer derechos a los animales. Dando un paso más, la Naturaleza o Pachamama ya no puede ser concebida únicamente en función de su utilidad para el ser humano, como conjunto de bienes y servicios que pueden tener un valor de uso o de cambio, o ser tratados como una extensión de los derechos de propiedad o posesiones humanas (individuales o colectivas)”¹¹.

El año 2010, Bolivia promulgó la Ley de Derechos de la Madre Tierra¹². La finalidad de la ley es:

⁹ Por su parte, el artículo 72 establece el derecho a la restauración: “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas necesarias para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”.

¹⁰ Sin perjuicio de la ficción legal de las personas jurídicas, pero esta es una materia que no altera el principio señalado.

¹¹ GUDYNAS (2009).

¹² Ley 071 (Bolivia), Ley de Derechos de la Madre Tierra.

“reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos”¹³.

La ley aporta una conceptualización teórica al disponer:

“La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”¹⁴.

Pero no se trata de presentar una idea filosófica, sino que se está construyendo una institución jurídica:

“Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra”¹⁵.

Los derechos de la tierra son los siguientes:

A la vida: Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración.

A la diversidad de la vida: Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Madre Tierra, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de manera artificial, de tal forma que amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro.

Al agua: Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.

Al aire limpio: Es el derecho a la preservación de la calidad y composición del aire para el sostenimiento de los sistemas de vida y su protección frente a la contaminación, para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.

¹³ Ley 071, artículo 1.

¹⁴ Ley 071, artículo 3.

¹⁵ Ley 071, artículo 5.

Al equilibrio: Es el derecho al mantenimiento o restauración de la interrelación, interdependencia, complementariedad y funcionalidad de los componentes de la Madre Tierra, de forma equilibrada para la continuación de sus ciclos y la reproducción de sus procesos vitales.

A la restauración: Es el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente.

A vivir libre de contaminación: Es el derecho a la preservación de la Madre Tierra de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radioactivos generados por las actividades humanas¹⁶.

Junto con lo interesante y novedoso de estos conceptos, cabe observar los desafíos de aplicación de estas normas y los conflictos de derechos a los que pueden llevar. Es razonable pensar que será la acción de los tribunales a través de su jurisprudencia, la que vaya asentando el sentido y alcance de estas disposiciones jurídicas.

PERSPECTIVA DE JURISPRUDENCIA

En los últimos años, ha habido un número interesante de casos sobre derechos de los animales. En esta sección se presentan algunos de tales casos, cada uno de los cuales hace un interesante aporte doctrinario. Por cierto, hay otros casos y también hay matices en la naturaleza de los casos jurisprudenciales. Por ejemplo, es muy interesante el caso sobre las ballenas que falló la Corte Internacional de Justicia el año 2015¹⁷ y el caso *Myriad Genetics*, que falló la Corte Suprema Federal de Estados Unidos el año 2013¹⁸.

¹⁶ Ley 071, artículo 7.

¹⁷ El año 2010, Australia presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia señalando que a través de la adopción y la aplicación del Programa de Investigación de Ballenas japonés bajo permiso especial en la Antártica (JARPA II), Japón estaba incumpliendo varias obligaciones derivadas de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena. La Corte falló a favor de la demandante prohibiendo a Japón continuar su práctica ilegal. La sentencia ha provocado debate respecto de quién en realidad ganó esta causa. También se discute sobre qué es lo que protege la Convención de la Ballena. Y también sobre la dicotomía desarrollo sustentable v. preservación y derechos animales. Especialmente interesante es la opinión del juez Abdulkawi Ahmed Yussuf, de Somalia, representando la mirada tradicional en la materia: "Varios de nosotros nos sentimos perturbados con la matanza de estos icónicos e inteligentes animales y por la forma en que se les mata. Sin embargo, estas perfectamente justificadas reacciones emocionales no debieran hacer que dejáramos de ver que es solo con referencia al derecho que los asuntos presentados ante la Corte deben ser resueltos. La resolución judicial de disputas entre estados no puede hacerse sobre la base de argumentos emocionales o puramente éticos".

¹⁸ *Association for Molecular Pathology vs. Myriad Genetics*. 13 de junio de 2013. Las preguntas en esta causa eran tres: 1. Si puede exigir la propiedad intelectual de un fragmento

CASO ORCAS 2012¹⁹

Este es un caso en el que se discutió la personalidad jurídica de una orca, su capacidad de ocurrir en un juicio. El caso fue presentado por PETA (People for the Ethical Treatment of Animals) en representación de la orca Tilikum en contra de Sea World Corporation, la organización que tenía en su poder a Tilikum.

En la sentencia, la Corte dispuso que, si bien los demandantes carecen de *locus standing* para presentar un caso derivado de la Décimo Tercera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, eso no quiere decir que los animales no tengan derechos legales. De hecho, dijo la Corte, hay numerosos cuerpos legales, tanto estatales como federales, que entregan derechos a los demandantes en causas relacionadas con animales. Algunas de estas leyes son penales y castigan a todos aquellos que violen obligaciones legales de protección de animales²⁰. La Corte concluye señalando que, si bien es cierto, la intención del demandante de proteger a la orca es meritorio, no hay norma que pueda sustentar la acción y por ello la Corte la rechaza²¹.

CASO BIENESTAR ANIMAL 2014²²

Toros y otros animales eran usados como parte de festividades en los estados Tamil Nadu y Maharashtra. La organización “Animal Welfare Board of India”

de ADN aquel que describió y comprendió por vez primera la función de determinado gen humano. 2. Si puede una empresa reservarse de forma exclusiva la explotación comercial de la información relacionada con las mutaciones que predisponen a desarrollar una enfermedad. 3. Si la caracterización de un gen y de sus variantes parten de datos que se encuentran en cada uno de nosotros, no deberían ser patrimonio de toda la humanidad. La Corte invalidó las patentes de Myriad, y además negó a otras empresas, que tienen patentes del 40% de los genes humanos descubiertos en Estados Unidos, iniciar acciones legales contra cualquier científico que desee usar un gen aislado. Dice la sentencia: “Sostenemos que un segmento de ADN surgido naturalmente es un producto de la naturaleza y no es elegible para patente solamente porque ha sido aislado, pero que el ADNc es elegible para patente porque no surge naturalmente. Por lo tanto, afirmamos en parte y revocamos en parte la decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito Federal”.

¹⁹ Tilikum, Katina, Corky, Kasatka, and Ulises, five orcas, Plaintiffs, by their Next Friends, People for the Ethical Treatment of Animals, Inc., Richard “Ric” O’Barry, Ingrid N. Visser, Ph.D., Howard Garrett, Samantha Berg, and Carol Ray, vs. Sea World Parks & Entertainment, Inc. and Sea World, Llc. United States District Court Southern District Of California. February 8, 2012.

²⁰ Cetacean, 386 F.3d at 1175.

²¹ While the goal of Next Friends in seeking to protect the welfare of orcas is laudable, the Thirteenth Amendment affords no relief to Plaintiffs. In sum, the court dismisses the action with prejudice for lack of subject matter jurisdiction. The Clerk of Court is instructed to close the file.

²² Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors on 7 May, 2014. Supreme Court of India.

AWBI, demandó ante la Corte Suprema de India argumentando las torturas físicas y mentales de que eran objeto los animales solo para el placer y diversión de los participantes en las fiestas señaladas. La Corte falló a favor de la demandante estableciendo derechos constitucionales de los animales.

La sentencia de la Corte Suprema de India es muy interesante por un número significativo de razones. Una de estas propone una gradación en tres etapas del Derecho Internacional del Medio Ambiente. En la primera etapa, se establecen acuerdos internacionales de protección del ambiente por razones de interés de la especie humana. En la segunda etapa, los tratados ambientales tienen por propósito la búsqueda de equidad internacional. En la tercera etapa, los tratados internacionales de contenido ambientales reconocen que la naturaleza posee derechos propios²³.

CASO HÉRCULES & LEO 2015²⁴

El 2 de diciembre de 2013 la organización civil no gubernamental, THE NON HUMAN RIGHTS PROJECT, presentó una demanda de *Habeas Corpus* ante la Cor-

²³ Respecto de esta tercera etapa, la sentencia dispone lo siguiente: “The Third Stage: Natures own rights. Recent Multinational instruments have asserted the intrinsic value of nature. UNEP Biodiversity Convention (1992) Conscious of the intrinsic value of biological diversity and of the ecological, genetic, social, economic, educational, cultural, recreational and aesthetic values of biological diversity and its components... [we have] agreed as follows:... The World Charter for Nature proclaims that every form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man. The Charter uses the term nature in preference to environment with a view to shifting to non-anthropocentric human-independent terminology. 48. We have accepted and applied the eco-centric principles in T. N. Godavarman Thirumulpad v. Union of India and Others (2012) 3 SCC 277, T. N. Godavarman Thirumulpad v. Union of India and Others (2012) 4 SCC 362 and in Centre for Environmental Law World Wide Fund-India v. Union of India and Others (2013) 8 SCC 234. 49. Based on eco-centric principles, rights of animals have been recognized in various countries. Protection of animals has been guaranteed by the Constitution of Germany by way of an amendment in 2002 when the words and the animals were added to the constitutional clauses that obliges state to respect animal dignity. Therefore, the dignity of the animals is constitutionally recognised in that country. German Animal Welfare Law, especially Article 3 provides far-reaching protections to animals including inter alia from animals fight and other activities which may result in the pain, suffering and harm for the animals. Countries like Switzerland, Austria, Slovenia have enacted legislations to include animal welfare in their national Constitutions so as to balance the animal owners fundamental rights to property and the animals interest in freedom from unnecessary suffering or pain, damage and fear”.

²⁴ Identificación del caso: In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of Habeas Corpus, The Nonhuman Rights Project, Inc., on behalf of Hercules and Leo, Petitioner, against Samuel L. Stanley Jr., M.D. as President of State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University and State University Of New York At Stony Brook a/k/a Stony Brook University.

te Suprema del Estado de New York, respecto de unos chimpancés basándose en evidencia científica que probaba que los chimpancés son seres autónomos y con conciencia y, por lo tanto, con titularidad para ser reconocidos como “personas en su sentido legal” con ciertos derechos fundamentales. Hércules y Leo son dos chimpancés de propiedad del New Iberia Research Center, y usados en investigación experimental relacionada con el movimiento, en el Departamento de Anatomía de la Stony Brook University, en Stony Brook, NY. El objetivo de la demanda era la liberación de los chimpancés y que estos fueran llevados a un santuario parte del “North American Primate Sanctuary Alliance (NAPSA)”, de manera que puedan vivir en un entorno con otros animales de su especie y en las condiciones más cercanas, dentro de lo posible, a una vida en la naturaleza²⁵.

Steven M. Wise, fundador y presidente de “The Non Human Rights Project”, la organización a cargo de la demanda, declaró al inicio de la misma que:

“nadie ha demandado derechos para un animal no humano hasta la fecha, y que se le pedirá a los jueces que reconozcan por vez primera, que estos seres cognitivamente complejos y autónomos, tienen el derecho básico a no ser prisioneros”²⁶.

En la base teórica de la demanda se encuentra evidencia genética, cognitiva, fisiológica, evolucionaria, y taxonómica que los chimpancés son seres conscientes y autónomos. De esta forma, la organización demanda derechos apropiados para los chimpancés de acuerdo con evidencia científica existente. Por su parte, la causa legal de la acción es la institución del *Habeas Corpus*, existente en la tradición jurídica del *Common Law*, a través de la cual, alguien que se encuentra cautivo, por ejemplo, en prisión, busca justicia a través de lograr que el juez exija a sus captores que exhiban las causas y

²⁵ La causa han sido argumentada por las partes utilizando doctrinas de Derecho Internacional que reconocen ciertos derechos a los animales *per se* y no como propiedad de seres humanos. Así, la decisión judicial de admitir a tramitación el *habeas corpus* es interesante por diversas razones. Primero porque reconoce que ciertos animales podrían ser sujetos beneficiarios del *habeas corpus*, institución legal tradicionalmente entendida solo respecto de seres humanos. Algunos han llegado a especular que, de esta forma, la Corte le habría concedido a los chimpancés la calidad de personas no humanas. Segundo, porque la discusión jurídica se ha construido en gran medida sobre la base de doctrina de Derecho Internacional sobre derechos de los animales. Tercero, porque la relevancia y novedad de la causa, unida a la jerarquía y fama del tribunal, ha generado interés en la opinión pública internacional y es razonable pensar que otros tribunales podrían recibir acciones similares en los próximos meses.

²⁶ Wise también declaró en la ocasión que “no hace mucho tiempo atrás, la gente estimaba que los esclavos humanos no eran personas legales, sino que simplemente eran propiedad de sus dueños. (En esta causa) afirmaremos, basados en clara evidencia científica, que ha llegado el tiempo de dar el siguiente paso y reconocer que estos animales no humanos no pueden seguir siendo explotados como propiedad de sus propietarios humanos”.

razones que justificarían el derecho de retenerlo. En forma más específica, la acción se basa en un caso que tuvo lugar en Inglaterra, el año 1772, cuando el esclavo americano James Somerset, que había sido llevado a Londres por su dueño, escapó, fue recapturado, y fue llevado encadenado a un barco pronto a zarpar hacia los mercados de esclavos de Jamaica. Con la ayuda de un grupo de abogados abolicionistas, los padrinos de Somerset interpusieron un *habeas corpus* en su nombre, que desafiaba su clasificación legal como una cosa. El caso fue visto por el Chief Justice of the Court of King's Bench, lord Mansfield, quien dictaminó que Somerset no era una cosa objeto de propiedad, sino una persona legal, y ordenó su libertad²⁷.

El estado de New York reconoce la continua vigencia de la acción de *habeas corpus*. La jurisprudencia del estado, construida de acuerdo con sus precedentes, permitió a esclavos usar el sistema para desafiar su estatus y establecer su derecho a la libertad. El estado adoptó la decisión de lord Mansfield en el caso Somerset. La apelación del caso de Hércules y Leo se presentó ante la Segunda Sala de Apelaciones, en Brooklyn. Allí, la Corte rechazó la apelación de plano. En la sentencia se señala que la apelación es rechazada también debido a su naturaleza académica.

Frente al rechazo de la apelación, la organización decidió volver a presentar el recurso, el 19 de marzo de 2015, ante la Corte Suprema del estado, en Manhattan. El 20 de abril de 2015, la ministra de la Corte Suprema del estado de New York Barbara Jaffe, otorgó admisibilidad a la solicitud de *habeas corpus* a favor de Hércules y Leo. Esta decisión significó que la Stony Brook University, representada por el Attorney General of New York, tuvo que presentarse ante la Corte para argumentar razones legales suficientes para justificar la detención de los chimpancés²⁸.

El 30 de julio de 2015, la ministra Barbara Jaffe emitió su decisión rechazando el *habeas corpus* de Leo y Hércules, en un texto de treinta y tres páginas. La ministra señaló que “por ahora” debe ceñirse a lo determinado

²⁷ En un primer momento se presentaron tres *habeas corpus*, pero el de Leo y Hércules es especialmente interesante por los razonamientos que se llevaron a cabo durante el procedimiento. El tribunal de primera instancia rechazó los tres *habeas corpus*. La razón de este rechazo fue que los chimpancés no pueden ser considerados como personas para los efectos del artículo 70 de la Ley de Procedimiento del Estado. Así, el siguiente paso fue apelar ante la Corte de Apelaciones del estado de New York alegando que los chimpancés si califican para los efectos del artículo 70 de la Ley de Procedimiento del Estado.

²⁸ La organización interpretó esta decisión como un reconocimiento de la Corte de la calidad de personas de Leo y Hércules. Sin embargo, prontamente, moderó esta interpretación señalando que lo que la Corte había decidido era solo la admisibilidad del recurso y que el fondo de la materia se decidiría en los alegatos orales pertinentes. El fiscal del Estado (Attorney General) presentó un documento señalando que el caso pertenecía al condado de Suffolk y que no procedía verlo en Manhattan. El Comité de Cuidado Animal de la Universidad presentó un documento indicando los protocolos, estándares y certificaciones de las que goza respecto del trato y cuidado de animales.

por otra causa similar respecto de un chimpancé (Tommy) en que se rechazó su petición de *habeas corpus*. La sentencia contiene argumentaciones interesantes para los efectos del desarrollo de los derechos de los animales:

1. “La personalidad legal no es algo necesariamente sinónimo con ser humano... más bien, los parámetros de la personalidad legal han sido y continuarán siendo objeto de debate y discusión entre los teóricos del derecho, comentaristas y tribunales, y no se centrará en semántica o biología, y ni siquiera en filosofía, sino que en la adecuada asignación de derechos de acuerdo con el derecho, preguntándose en efecto, quién cuenta en nuestro sistema jurídico.

2. La organización tenía capacidad de comparecer en representación de los chimpancés.

3. Los esfuerzos para extender derechos legales a los chimpancés son entonces comprensibles. Algún día, pueden llegar a tener éxito. Por ahora, sin embargo, dados los precedentes respecto de los cuales estoy obligada, ordeno que la petición de *habeas corpus* sea rechazada”.

Con posterioridad a la sentencia, la Stony Brook University ha declarado que ha tomado la decisión de no seguir experimentando con Leo y Hércules. Por su parte, el NIH (National Institutes for Health) ha anunciado que no financiará investigación alguna en chimpancés en instituciones públicas de Estados Unidos.

CASO ORANGUTÁN SANDRA 2015²⁹

Dos organizaciones no gubernamentales, el Proyecto Gran Simio (PGS) y la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), presentaron un *habeas corpus* a favor de la orangután Sandra, quien vivía cautiva en el zoológico de Palermo en Buenos Aires. El año 2015, la Sala II de la Cámara de Casación Penal dictaminó que Sandra debe ser considerada como un sujeto no humano que tiene derecho a la vida, a la libertad y a no sufrir daño.

La sentencia resuelve lo siguiente: Hacer lugar a la acción de amparo promovida en los siguientes términos:

- 1) Reconocer a la orangutana Sandra como un sujeto de derecho, conforme a lo dispuesto por la ley N° 14.346 y el *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* en cuanto al ejercicio no abusivo de los derechos por parte de sus responsables, el concesionario del zoológico porteño y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²⁹ Asociación de funcionarios y abogados por los derechos de los animales y otros contra GCBA sobre amparo, expte. A2174-2015/0. 21 de octubre 2015.

- 2) Disponer que los expertos *amicus curiae* Dres. Miguel Rivolta y Héctor Ferrari juntamente con el Dr. Gabriel Aguado del zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires elaboren un informe resolviendo qué medidas deberá adoptar el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la orangutana Sandra. El informe técnico tendrá carácter vinculante.
- 3) El gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá garantizar a Sandra las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas.

CASO CHIMPANCÉ CECILIA 2016

El año 2016, el Tercer Juzgado de Garantía de Mendoza falló favorablemente un *habeas corpus* en favor de la chimpancé Cecilia, cautiva en el zoológico de la provincia de Mendoza, la declaró “sujeto de derecho no humano” y dispuso su traslado al santuario de Sorocaba, en Brasil. La sentencia dispone que existe el deber de “preservar el derecho de Cecilia a vivir en un medio ambiente en las condiciones propias de su especie”³⁰.

La sentencia es especialmente interesante por su razonamiento doctrinario:

“Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido

³⁰ En este caso, el demandante, Dr. Pablo Buompadre argumentó que Cecilia “ha sido privada ilegítimamente y arbitrariamente de su derecho de la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de autoridades del zoológico de la Ciudad de Mendoza, Argentina. Que su estado de salud físico y psíquico se halla profundamente deteriorado y empeorado día a día con evidente riesgo de muerte siendo deber del estado ordenar urgentemente la libertad de esta persona no humana, que no es una cosa y, por ende, no puede estar sujeto al régimen jurídico de la propiedad sobre la cual cualquier persona pueda tener el poder de disposición”. En la sentencia, se dispone: “Ahora bien, es una regla de la sana crítica racional que los animales son seres sintientes en tanto les comprenden las emociones básicas. Los expertos en la materia coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planificada para batallas intra específica y emboscada de caza, poseen habilidades meta cognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas”. (Véanse fs. 200/209, 214/234, 235/240).

por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años. Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales ‘sienten’ ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal”.

ALGUNAS IDEAS FINALES

La construcción jurídica imperante de que el ser humano es el único sujeto de derecho está siendo tensionada. Esta tensión tiene una larga data en el ámbito de la teoría y especialmente en el de la filosofía moral. Lo novedoso es que esta tensión se ha extendido también al derecho, tanto en el espacio legislativo como en el jurisprudencial. Así, la reflexión y problemática se traslada del ámbito del buen trato y la compasión, al espacio del derecho con normas, deberes y sanciones precisas y ejecutables.

La extensión de derechos a los seres vivos no humanos plantea desafíos y problemas significativos, tanto en el ámbito de lo teórico, como en el de lo práctico. Una primera pregunta es si esta ampliación debiera otorgarse a todos los seres vivos, o solo a algunos y cuál sería el criterio de diferenciación. Por ejemplo, podría considerarse que aquellos animales con capacidades cognitivas superiores, como los chimpancés, gorilas y orangutanes, podrían acceder a ciertos derechos. La categoría podría extenderse a ballenas y delfines y a otros animales. Sin embargo, esta distinción pugnaría con los criterios de capacidad de sentir dolor de Bentham y con la categorización de “sujetos de una vida” de Regan. ¿Por qué sería la capacidad cognitiva la categoría diferenciadora?

Millones de seres humanos se alimentan de animales. La industria de la carne de vacas, cerdos, pollos, peces, y otros animales es enorme y se encuentra en crecimiento. ¿Qué se puede hacer frente a esta realidad? Algunos opinan que la humanidad debiera hacer un salto alimenticio abandonando el consumo de carne animal y adoptando el veganismo. Otros sugieren que se podría mantener a la industria de la carne animal asegurando una vida y

una muerte digna a los animales. Este es un tema complejo en lo teórico y en lo práctico. Otros aún, sugieren mantener la base alimenticia animal, pero reemplazando los animales que se consumen actualmente, por insectos.

Investigaciones recientes estarían mostrando que se sabe muy poco sobre las especies vegetales y que estas serían más complejas de lo que hasta ahora se ha pensado. El desarrollo de estas investigaciones y conocimientos podrían llegar a mostrar también desafíos éticos en relación con el consumo de especies vegetales.

Los enormes y acelerados avances en la ciencia y tecnología en el campo de la Biología, presentan escenarios inéditos respecto de los cuales ni la Filosofía, ni la Ética, ni el Derecho, parecen preparados para enfrentar. La creación de especies vegetales y animales genéticamente modificadas, o más recientemente, la creación de especies vegetales y animales con diseño genético, generan situaciones novedosas y preguntas básicas de compleja respuesta. La creación artificial de especies nuevas, en su totalidad desconocidas en la naturaleza, y la creación intencionada de características en tales especies nuevas, abre escenarios que requerirán una nueva bioética y un nuevo bioderecho. Si tales creaciones incluyen seres cognitivos superiores, se abre una nueva línea de interrogantes.

Para cerrar estos apuntes incompletos, quiero acudir (me atrevo a acudir) a la voz eterna de William Blake:

“Tyger! Tyger! burning bright, In the forests of the night, What immortal hand or eye could frame thy fearful symmetry? In what distant deeps or skies burnt the fire of thine eyes? On what wings dare he aspire? What the hand dare sieze the fire?”.

BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, Jeremy (1780): “Capítulo XVII: Of the Limits of the penal branch of Jurisprudence”, en *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (London, T. Payne and Son) pp. 307-334.
- BENTON, Ted. (1993): “Animal Rights and Social Relations”, en Andrew DOBSON y Paul LUCARDIE (Eds.) *The Politics of Nature: Explorations in Green Political Theory* (London, Ritledge).
- BERGOGLIO, Jorge Mario (papa Francisco) (2015): *Laudato Sí. Sobre el cuidado de la casa común* (Vaticano, Tipografía vaticana).
- BOFF, Leonardo (2011): *Ecología: Grito de la Tierra; grito de los pobres* (Madrid, Trotta Editorial).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2017): “Sentencia de alto tribunal que abre la posibilidad de reconocer derechos a animales de acuerdo con doctrina de derecho internacional” en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 36: pp. 423-442.

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CONTRERAS, Francisco (2015): "El Concepto de Desarrollo Sustentable en la Doctrina y en la Práctica de Tribunales Nacionales", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 31: pp. 119-156.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2014): *El Buen Vivir y los Derechos de la Naturaleza en las Nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador. Acta de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: Sustentabilidad o sobreexplotación?* (Santiago, Legal Publishing, Thomson Reuters).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y RODRÍGUEZ, Tomás (2014): "Régimen Jurídico de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador", en *Actualidad Jurídica*, N° 30: pp. 305-326.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2014): "Cambio climático y migraciones: Desafíos para el Derecho y las políticas públicas", en *Actualidad Jurídica*, N° 29: pp. 239-254.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2013): *Derechos Humanos y Medio Ambiente. XLIII Jornadas de Derecho Público* (Concepción, Universidad de Concepción octubre 2013).
- Campusano Droguett, Raul F. (2012): *Desde la Certeza de la Regla a la Diversidad de la Práctica: El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente. VI Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago, Universidad de Chile agosto 2012).
- CANUT DE BON, Alejandro (2016): *Ecología y Sociedad. Sobre la influencia de la ecología en la formación de un nuevo paradigma ético, económico y jurídico*. (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).
- CANUT DE BON, Alejandro (2007): *Desarrollo sustentable y temas afines* (Santiago, Consejo Minero).
- COETZEE, J. M. (2003): *Elizabeth Costello* (New York, Viking).
- CULLINAN, Cormac (2011): *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*. (2ª edición, New Hampshire, Chelsea Green Publishing).
- FERRY, Luc (1994): *El nuevo orden ecológico. El árbol, el animal y el hombre* (Barcelona, Tusquets).
- GUDYNAS, Eduardo (2009): "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", en *Revista de Estudios Sociales*, N° 32: pp. 34-47.
- HARARI, Yuval Noah (2016): *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow* (London, Penguin Random House).
- HARARI, Yuval Noah (2015): *Sapiens. A Brief History of Humankind* (New York, Harper Collins).
- JONAS, Hans (1996): *The Phenomenon of Life. Toward a Philosophical Biology* (North Western, University Press).
- KEAN, Sam (2012): *The Violinist's Thumb* (New York, Little Brown and Company).
- KLEIN, Naomi (2015): *This Changes Everything. Capitalism v. The Climate* (New York, Simon & Schuster).
- LECAROS, Juan Alberto (2009): *Manual Introductorio a la Ética Medio Ambiental. Principios Éticos y Valores para el Ciudadano de la Sociedad Global* (Barcelona, Fundación MAPFRE).

- LEOPOLD, Aldo (1949): *A Sand County Almanac and Sketches Here and There* (Oxford, Oxford University Press).
- LOVELOCK, James (2009): *The Vanishing Face of GAI. A final warning* (London, Penguin Books).
- LYNN, White (1967): "The Historical Roots of our Ecological Crisis", en *Science*, Vol. 155 N° 3767: pp. 1203-1207.
- NAESS, Arne (1989): *Ecology, community and lifestyle. Outline of an Ecosophy* (Cambridge, Cambridge University Press).
- NASH, Roderick Frazier (1989): *The Rights of Nature. A History of Environmental Ethics* (Wisconsin, University of Wisconsin Press).
- OYARZÚN, Luis (2015): *Defensa de la Tierra* (Santiago, Ediciones Biblioteca Nacional).
- PASSMORE, John (1978): *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza* (Madrid, Alianza).
- REGAN, Tom (1985): "The Case for Animal Rights", en Peter SINGER (ed.), *In Defense of Animals* (New York, Basil Blackwell) pp. 13-26.
- REGAN, Tom (1980): "Animal Rights, Human Obligations", en *Environmental Ethics*, Vol. 2 N° 2: pp 99-120.
- RIECHMANN, Jorge (2005): *Todos los animales somos hermanos. Ensayos sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas* (Madrid, Catarata).
- ROZZI, Ricardo (2007): "Ecología Superficial y Profunda", en *Revista Ambiente y Desarrollo CIPMA*, Vol. xxiii N° 3.
- SILVER, Lee M. (2006): *Challenging Nature: The Clash of Science and Spirituality at the new Frontiers of Life* (New York, Harpers Collins).
- SINGER, Peter (1989): "All Animals are Equals", en Tom REGAN y Peter SINGER (eds.), *Animal Rights and Human Obligations* (New Jersey, Prentice-Hall) pp. 148-162.
- SINGER, Peter (1975): *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals* (New York, Harper Collins).
- SINGER, Peter. (2015): *The Most Good you can do: How Effective Altruism Is Changing Ideas About Living Ethically* (London, Yale University Press).
- SINGER, Peter (1999): "Ética más allá de los Límites de la Especie", en *Teorema*, Vol. xviii N° 3: pp. 5-16.
- STUTZIN, Godofredo (1978): "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza", en *Revista Atenea*, N° 2.
- TAYLOR, Paul (1986): *Respect for Nature. A Theory of Environmental Ethics* (New Jersey, Princeton University Press).
- VENTER, Craig. (2013): *Life at the Speed of Light. From the Double Helix to the Dawn of Digital Life* (New York, Penguin Books).
- WEISMAN, Alan (2007): *The World without Us* (New York, Picador-Thomas Dunne Books).
- WISSENBERG, Marcel (2016): "The Anthropocene, Megalomania, and the Body Ecologic", en Philipp PATTBURG y Fariborz ZELI (eds.), *Environmental Governance*

- in the Anthropocene: Institutions and Legitimacy in a Complex World* (London, Routledge) pp. 15-30.
- WISSENBURG, Marcel (2016): *Disarming the Anthropocene, Keynote closing lecture, ECPR Summer School in Environmental Politics & Policy, Lille* (Nottingham, The University of Nottingham).
- WISSENBURG, Marcel (2016): "Geo-engineering: a curse or a blessing? Paper for the ECPR Joint Sessions of workshops, Pisa", en *Workshop on Environmental Political Theory in the Anthropocene*: pp. 24-28.
- WISSENBURG, Marcel y SCHOLSBERG, David (eds.) (2014): *Political Animals and Animal Politics* (UK, Palgrave Macmillan).
- WISSENBURG, Marcel (2014): "An Agenda for Animal Political Theory", en Marcel WISSENBURG and David SCHLOSBERG (eds.), *Political Animals and Animal Politics, Hargreaves* (UK; Palgrave Macmillan Animal Ethics Series) pp. 30-43.
- WISSENBURG, Marcel (2014): "From Animal Ethics to Animal Political Philosophy", en *Paper for the 2nd Annual OZSW Conference in Philosophy*, Nijmegen: pp. 7-8.
- WISSENBURG, Marcel (2005): *Mens, natuur en onderwerping: Een humanistisch perspectief op de intrinsieke waarde van de natuur* (NL, Wageningen Universiteit).
- WISSENBURG, Marcel (2007): "Ecologie en Hedendaags Humanisme", en *Tijdschrift voor Humanistiek*, Vol. 8: pp. 2-7.
- WISSENBURG, Marcel (2012): "Politiek, Leefomgeving en Natuur", en Marten TERPSTRA (ed.), *Onenigheid en gemeenschap* (Amsterdam, Boom) pp. 307-412.
- WISSENBURG, Marcel (1998): *Green Liberalism. The free and the green society* (London, UCL Press).
- WISSENBURG, Marcel (1993): "The idea of nature and the nature of distributive justice", en Andrew DOBSON y Paul LUCARDIE (eds.): *The Politics of Nature: Explorations in Green Political Theory* (London, Ritledge)

Jurisprudencia

- Caso Chimpancé Cecilia. Tercer Juzgado de Garantías. Poder Judicial de Mendoza. Expediente número: P-72.254/15. 3 de noviembre 2016.
- The Non Humanrights Project Inc., on behalf of Hercules & Leo v. Samuel L. Stanley JR, M.D. as President of State University of New York at Stony Brook and State University Of New York. Supreme Court of the State of New York. In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of Habeas Corpus. July 29, 2015.
- Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors on 7 May, 2014. Supreme Court of India.
- People For Animals vs Md Mohazzim & Anr on 15 May, 2015. High Court of Delhi.
- Caso Organgután Sandra. Asociacion de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y Otros Contra Gcba Sobre Amparo" Expte. A2174-2015/0. 21 de octubre 2015.

The People Of The State Of New York Ex Rel. The Nonhuman Rights Project, Inc., On Behalf Of Tommy, Appellant, V Patrick C. Lavery, Individually and as an Officer of Circle L Trailer Sales, Inc., etal. State of New York Supreme Court, Appellate Division Third Judicial Department. December 4, 2014.

Tilikum, katina, corky, kasatka, and ulises, five orcas, plaintiffs, by their next friends, people for the ethical treatment of animals, inc., richard "ric" o'barry, ingrid n. Visser, ph.d., howard garrett, samantha berg, and carol ray, vs. Sea world parks & entertainment, inc. And sea world, llc. United states district court southern district of california. February 8, 2012.

REVISIÓN CRÍTICA DE LA NOCIÓN
DE TRABAJO ESCLAVO:
LA IDEALIZACIÓN
DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL
Y LA SERVIDUMBRE BAJO CONTRATO
EN SU DESARROLLO EN INGLATERRA
Y SU POSTERIOR TRASPLANTE A AMÉRICA

FOR A CRITICAL REVIEW OF THE NOTION
OF SLAVE WORK
AND THE IDEALIZATION
OF THE CONTRACTUAL RELATIONSHIP:
THE SERVITUDE UNDER
CONTRACT IN ITS DEVELOPMENT
IN ENGLAND AND ITS SUBSEQUENT
TRANSPLANTATION TO AMERICA

*José Miguel Lecaros Sánchez**

RESUMEN: El presente trabajo forma parte de la investigación doctoral del autor en torno a la necesidad de una revisión crítica de las nociones de esclavitud y trabajo forzoso. Frente a los desafíos que presentan los movimientos migratorios mundiales en un contexto de globalización, sostiene la necesidad de conceptualizar el trabajo en condiciones de esclavitud al margen de las rígidas nociones académicas que se suelen emplear en su tratamiento histórico. Asimismo, plantea que la existencia de una relación laboral contractual no excluye, sino al contrario muchas veces facilita y oculta un trabajo forzoso o en condiciones de esclavitud. Para tal efecto, hace una regresión a ciertos modelos históricos de relación laboral contractual con características de forzosa en Inglaterra y su posterior recepción y adaptación en las colonias en América.

* Profesor de la Universidad de Desarrollo y expresidente de la Fundación Fré, que brinda acogida y promueve la inserción social de los migrantes en Chile.

PALABRAS CLAVE: Esclavitud - Trabajo Forzoso - Contrato - Servidumbre Contractual.

ABSTRACT: his work is part of the author's doctoral research on the need for a critical review of the notions of slavery and forced labor. Faced with the challenges posed by global migratory movements in a context of globalization, he argues the need to conceptualize work in conditions of slavery outside the rigid academic notions that are often used in its historical treatment. It also states that the existence of a contractual labor relationship does not exclude but on the contrary, it often facilitates and hides forced labor or conditions of slavery. For this purpose, it makes a regression to certain historical models of contractual labor relations with characteristics of forced in England and its subsequent reception and adaptation in the colonies in America.

KEYWORDS: Slavery - Forced Labor - Contract - Contractual Servitude.

1. INTRODUCCIÓN

Según el informe Coyuntura Económica en América Latina y el Caribe, de la CEPAL y la OIT, publicado en mayo de este año¹, entre 2010 y 2015, la población de inmigrantes en Chile aumentó un promedio de un 4,9% anual, seguido de México, Brasil y Ecuador. El flujo migratorio ha sido visiblemente creciente durante el año 2017, generándose oportunidades de empleabilidad en muchos sectores productivos, al mismo tiempo que oportunidades para los migrantes de tener un ingreso estable, con seguridad y poder en muchos casos remesar algunos excedentes a los familiares y seres cercanos que se encuentran en los países de origen. Este fenómeno ha debido ser enfrentado con una ley de extranjería promulgada en un contexto geopolítico en absoluto diferente del actual. Algunas adaptaciones importantes que se han hecho sin cambiar la ley, han sido muy relevantes para dar cabida a la enorme potencialidad de mano de obra. Tal vez una de las más importantes es la llamada Visa temporaria por motivos laborales, creada por el Departamento de Extranjería, el año 2015, que permite al trabajador regularizar fácilmente su situación migratoria, acceder a cotizaciones previsionales y de seguridad social aun antes de obtener cédula de identidad, pudiendo cambiarse con toda flexibilidad de empleadores y accediendo al cabo de un año a una permanencia definitiva. Adicionalmente, este sistema elimina la exigencia de garantizarse por el empleador el pasaje de regreso al país natal, exigencia discriminatoria que

¹ www.ilo.org/santiago/publicaciones/coyuntura-laboral-am%C3%A9rica-latina-caribe/WCMS_553535/lang--es/index.htm

ponía a los trabajadores migrantes en una posición desventajosa al momento de postular a un empleo formal, contraviniéndose lo dispuesto en el art 49 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, ratificado por Chile el año 2005.

Hay, sin embargo, un universo de migrantes, aquellos que no hablan el idioma español, para los que la barrera idiomática representa una alta vulnerabilidad en la contratación y en el desarrollo de la relación laboral. Lo dicho resulta de fácil comprobación en relación con los migrantes de origen haitiano, los que no obstante su gran capacidad de aprendizaje de la lengua española y el manejo de algunas herramientas básicas obtenidas por la cercanía de República Dominicana, suelen experimentar durante los primeros meses, la natural desorientación y en algunos casos –afortunadamente pocos– el irrespeto de sus derechos laborales. Un reciente sondeo realizado por el Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca² en algunas comunas de Santiago concluyó que un 40% de los migrantes se sienten en una condición menos favorable que los chilenos, ante la ley. Es natural preguntarse si acaso el estado chileno está cumpliendo con la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas. Los estados de necesidad, la ausencia de redes de contacto y protección, el aislamiento social, la desinformación, la falta de conciencia sobre los propios derechos, el miedo, todo lo cual se traduce en vulnerabilidad del migrante, son condiciones propicias para la aceptación de condiciones de trabajo que respetando en su forma la legislación nacional, puedan ser descritas como relaciones no enteramente libres. En la relación laboral, como en cualquier relación contractual, la libertad en la decisión y la voluntariedad en la contratación y en la permanencia del trabajador, puede verse alterada o afectada en distintos grados y de diversas formas, resultando un trabajo en cierta medida forzoso, que resulta invisibilizado por el cumplimiento tanto de las formas como el deficiente funcionamiento de las instituciones destinadas a prevenir tales condiciones. Chile ratificó el convenio N° 122 de la OIT, sobre la política del empleo (1964) que vincula los Estados a crear condiciones que impidan el surgimiento de trabajo forzado y promuevan un “empleo pleno, productivo y libremente elegido”. También ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo art. 6° se reconoce el derecho a trabajar, que comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Por fortuna, nuestro país está atento al surgimiento de circunstancias de contratación o condiciones laborales que calcen dentro de lo que el Derecho

² www.otalca.cl/link.cgi/SalaPrensa/Academia/11012

Internacional humanitario ha llamado trabajo forzoso o en condiciones de esclavitud. Con todo, resulta importante en mi opinión profundizar sobre el siguiente planteamiento: en la actualidad, la diferenciación bipolar entre trabajo libre y trabajo esclavo aparece abiertamente desafiada por la realidad; es necesario replantear la noción de trabajo en condiciones de esclavitud como una condición que no resulta incompatible con el respeto a las formas jurídicas y que, incluso, se ampara en ellas para intentar pasar desapercibida.

2. MODERN SLAVERY Y TRABAJO FORZOSO O EN CONDICIONES DE ESCLAVITUD. LA NECESIDAD DE ACOTAR LOS CONCEPTOS

En su libro titulado *Modern Slavery. The margins of freedom*, Julia O'Connell informa que desde el año 2000, no menos de treinta libros antiesclavitud y una profusión de artículos sobre el tema han sido publicados. La autora recuerda iniciativas gubernamentales tanto legislativas como testimoniales que recientemente han sido parte de la agenda de algunos Estados liberales. Frente a nociones como "trabajo forzoso", "servidumbre por deuda" (*debt-bondage*), "matrimonio forzoso", "tráfico sexual", sugiere que el "nuevo abolicionismo" ofrece una visión bastante selectiva a través de la cual controla la libertad humana y que en lugar de preguntarse "cómo terminar con la esclavitud" la cuestión que debería plantearse es más bien "qué significa el término esclavitud moderna". Una rápida mirada por internet permite corroborar la constatación de la profesora O'Connell, verificando el importante número de organizaciones no gubernamentales dedicadas a combatir lo que de manera simple podría llamarse –como de hecho sucede– "*modern slavery*", agrupando bajo este concepto una serie de fenómenos. Así, la ONG *anti-slavery international*³, la organización más antigua del mundo, creada en 1839, sugiere que la esclavitud moderna se expresa en uno o más de los siguientes modos: trabajo forzado bajo la amenaza de alguna forma de castigo, servidumbre por deudas, trata de seres humanos con fines de explotación, o utilizando la violencia, las amenazas o la coerción, esclavitud por herencia, trata de niños, uso de niños como soldados, matrimonio infantil, esclavitud infantil doméstica, matrimonio forzado y prematuro, entre otros. Para la organización Global Business Coalition Against Human Trafficking, en tanto, la esclavitud moderna se identifica con el tráfico de personas entendido como:

"el acto de reclutar, albergar, transportar, proveer u obtener a una persona por trabajo compulsivo o actos sexuales comerciales mediante el uso de la fuerza, el fraude o la coerción",

³ www.antislavery.org/

en el entendido que la trata de personas puede incluir, pero no requiere movimiento. Las personas pueden ser consideradas víctimas de la trata independientemente de si han nacido en estado de servidumbre, han sido transportadas a la situación de explotación, han consentido con anterioridad a trabajar para un traficante o han participado en un delito como resultado directo de la trata. En cualquier caso, no puede desconocerse que algunos de los fenómenos que se suelen describir bajo el concepto de *modern slavery* tienen explicaciones comunes: la explosión demográfica, la facilidad con que pueden concretarse migraciones masivas de personas hacia países que ofrecen mayores y mejores oportunidades de trabajo, la corrupción policial o en el ámbito gubernamental que permite dejar impunes actividades sancionadas en lo penal, discriminación por género, raza, religión y en algunos lugares por tribus o castas. No obstante, la distorsión salta a la vista si se repara en que las metodologías de análisis y de cuantificación no son claras y muchas veces, ni siquiera explícitas. En 1999, Kevin Bales denunciaba la existencia en el mundo de veintisiete millones de esclavos: más que toda la población de Canadá, seis veces la población de Israel y mayor número que todos los esclavos arrancados desde África a América en la trata atlántica. El mismo Bales refiere que existen otros activistas que hablan de doscientos millones de esclavos, cifra que no considera fiable. Anti-Slavery International, el año 2015 afirmaba calcular la cifra en veinte millones. Walk Free Foundation⁴ el año 2013 en su Global Slavery Index⁵ señalaba 29,8 millones de modernos esclavos, al año siguiente la estadística arrojaba 35,8 millones y para el año 2016, en ciento sesenta y siete países, la cantidad había ascendido a 45,8 millones. Tales cifras no pueden sino explicarse, principalmente, por una falta de rigurosidad en la estadística que resulta inevitable si se parte de una ambigüedad conceptual. La misma en la que ha incurrido, por cierto, el papa Francisco recientemente al declarar:

“la esclavitud moderna en todas sus formas, prostitución, trabajos forzados, mutilación, venta de órganos o trabajo de niños es un crimen de lesa humanidad”⁶.

La afirmación es cierta, pero incompleta y parcial; lo primero porque omite algunas formas que, incluso, con más propiedad calzarían en la noción de esclavitud moderna; y lo segundo porque no resulta difícil encontrar situaciones en que la prostitución, o la venta de órganos, por poner solo dos ejemplos, es ajena totalmente a la idea de esclavitud.

⁴ www.walkfreefoundation.org/

⁵ www.globalslaveryindex.org/

⁶ www.periodistadigital.com/religion/vaticano/2014/12/02/francisco-la-esclavitud-moderna-es-un-crimen-de-lesa-humanidad-iglesia-religion-dios-jesus-papa-anglicanos-musulmanes-judios-budistas.shtml

Esta ambigüedad conceptual y falta de precisión metodológica es explicable: se mezclan categorías próximas presentes en distintas latitudes, que representan un problema global, aun cuando su representación varía geográficamente. Y es que la rigurosidad conceptual debe partir por distinguir entre la idea de esclavitud como un estatus legal y filosófico abstracto y aquella institución, con diversas manifestaciones que implica funciones económicas y relaciones interpersonales.

Respecto de lo primero, mucho se ha escrito, pero desconociendo las manifestaciones concretas de la institución y las distintas máscaras que la ocultan. La ambigüedad conceptual ha sido reconocida por la OIT en varias oportunidades en orden a que se mantiene cierta incertidumbre acerca de qué debería ser calificado como trabajo forzoso y qué no, aunque existe cierta claridad acerca de qué situaciones no deberían ser calificadas como trabajo forzoso. Un ejemplo que genera confusiones es el trabajo infantil. Una cosa es el trabajo infantil generado por la pobreza y que se encuentra muy presente en América latina. En Chile se ha informado que hay a lo menos 219.624 niños (menores de quince años) que ejercen algún tipo de trabajo. Entre estos, 197.743 ejercen tareas consideradas peligrosas y trescientas cuarenta de ellos sufrieron accidentes laborales durante 2016. El 87% de estos menores forzados a trabajar por necesidad viven en zonas urbanas y el 13% en sectores rurales. Asimismo, el 70% de ellos pertenecen a los dos quintiles más pobres del país, lo que pone en evidencia el vínculo entre trabajo infantil y pobreza. Eso es trabajo infantil, pero no es esclavitud infantil. Esta última suele ser una esclavitud por deudas, caracterizada porque los padres entregan a los hijos a prestamistas para trabajar como forma de pagar la deuda que, mientras esté vigente, impide recuperar a los hijos y a estos, escapar. La diferencia es clara y las formas de combatir ambas realidades es totalmente distinta. Lo complejo es que con una mirada global y sin mayores distinciones, los movimientos *anti-slavery* actuales parecen pretender erradicar la esclavitud incluyendo en esa meta un espectro muy amplio de constreñimientos a la libertad y, en cierto modo, trasuntan una pretensión de superioridad moral, como si cualquier fenómeno que pudiera caer dentro de ese abanico interpelara la conciencia de un modo que muchas otras formas de desgracia humana no serían capaz de hacerlo.

Un esfuerzo por acotar lo que he llamado amplio espectro de constreñimientos a la libertad lo representa el documento, suscrito por connotados especialistas en la materia, titulado "Bellagio-Harvard Guidelines on the legal parameters of slavery"⁷. En el documento, se parte de la definición de esclavitud de la Convención de 1926, es decir, la condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de

⁷ www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/FileStore/Fileupload,651854,en.pdf

ellos. Luego se explica que ese ejercicio ha de ser entendido como un control sobre la persona que la prive significativamente de su libertad. Se precisa en el documento que la posesión es fundamental para la comprensión de la definición jurídica de esclavitud, incluso, cuando el Estado no admite un derecho de propiedad en relación con las personas, precisión de mucho valor desde que no es difícil encontrar Estados que niegan que en sus fronteras exista trabajo esclavo solo porque la legislación lo prohíbe. Como manifestaciones o indicios de dicho control, en el “Bellagio...” se citan el comprar, vender o transferir entre vivos o por causa de muerte a una persona, usar o gestionar el uso o beneficiarse del uso de una persona, deshacerse de ella, maltratar o descuidarla. En el documento se precisa que el trabajo forzoso definido en el Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930 y las prácticas análogas a la esclavitud de la Convención Suplementaria de 1956, solo equivaldrán a esclavitud cuando se ejerciten sobre la persona algunos atributos del derecho de propiedad.

La evolución experimentada por los instrumentos jurídico-internacionales sobre esta materia, da cuenta del esfuerzo por acotar el problema del trabajo forzoso y adaptarse a las nuevas manifestaciones que va adoptando. Formalmente, a finales del siglo XIX, la esclavitud y el tráfico o trata de esclavos estaban abolidos en todo el mundo. Para la historiografía oficial, desde entonces, había resultado muy difícil encontrar situaciones de esclavismo, al menos en el sentido del siglo XVII a mediados del XIX. No obstante, la permanencia del trabajo esclavo en diferentes latitudes continuó como un fenómeno que los gobiernos debían afrontar.

La General Act for the Suppression of African Slave Trade, suscrita por varios Estados en julio de 1890 representó el primer paso en la protección de los nativos y en internalizar el tema como materia de derechos humanos. Pero no será sino hasta la Convención de 1926 de la Liga de las Naciones que se reconocería la esclavitud y el tráfico de esclavos como un problema que requería una política global. Sin embargo, la Convención presentó una debilidad en su génesis, al restringir la esclavitud en referencia al ejercicio del derecho de propiedad sobre otra persona (art 1º) incurriendo en la concepción rígida, la de la *chattel slavery*, difícil de identificar o reconocer en la época moderna, omitiendo la servidumbre por deudas (*debt bondage*) y el reclutamiento de niños para fines de explotación laboral. Estas debilidades se manifestaron en la poco fructífera labor del Committee of Experts on Slavery, que se reunía una vez al año y solo para detectar situaciones de esclavitud (en la ya circunscrita concepción).

El convenio N° 29 de la OIT, de 1930, sobre trabajo forzoso lo definió como aquel “exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Con este instrumento se superó la exigencia de la propiedad o posesión para abrirse a las diferentes hipótesis de subyugación. Sin embargo, el concepto también

fue inútil a los efectos de una adecuada comprensión del fenómeno, porque daba a entender que lo determinante para la calificación era el conjunto de circunstancias en que se iniciaba la relación. Pero parece fácil comprender que la voluntariedad en un trabajo, ha de ser analizada en una doble dimensión: en la faz de la contratación y en la de la permanencia. La historia ofrece múltiples ejemplos de formas de trabajo forzoso que no cumplen con una o ambas condiciones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art 4°) presagió la convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas de 1956 que contempló referencias a cuatro *servile status*:

- a) la servidumbre por deudas (*debt bondage*), o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración, ni se define la naturaleza de dichos servicios;
- b) la servidumbre de la gleba (*serfdom*), o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o de forma gratuita, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;
- c) ciertas prácticas de matrimonio y
- d) la explotación infantil, generalmente originada en la entrega por los propios padres para fines de explotación laboral.

A modo de síntesis, la Convención Americana de Derechos Humanos en su art 6° prohibió “ser sometido a esclavitud o servidumbre”, la “trata de esclavos y la trata de mujeres”. En 1957, el Convenio N° 105 sobre abolición del trabajo forzoso identificó otras muchas formas de trabajo forzoso, que han puesto en evidencia las múltiples manifestaciones, aparentes justificaciones bajo las cuales pueden ocultarse tratos análogos a la esclavitud. Dado que el trabajo forzoso y la privación de libertad por deudas están estrechamente vinculados a las migraciones, ha complementado estas normas la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, de 1990, prohibiendo la privación de libertad por incumplimiento de las obligaciones contractuales (art 20). En su extenso Informe de 2001, la OIT se exhibe en muchas otras manifestaciones detectadas: tráfico internacional de personas para trabajar en fábricas en condiciones de explotación, prostitución o servicio doméstico, en lo común como servidumbre por deudas, explotación en sectores rurales por adelantos de dinero, trabajo en condiciones de servidumbre para el Estado por persecuciones políticas o por exestudiantes impedidos de saldar sus deudas de estudios, trabajo forzoso en África generado a consecuencia de secuestros

y conflictos étnicos, trabajo forzoso como “contribución a la comunidad” sea en obras públicas o en cultivos obligatorios, trabajo forzoso de niños en la actividad agrícola, utilización de “enganchadores” y “contratistas” para reclutar trabajadores que quedan vinculados por deudas. Otros instrumentos de la OIT han intentado enfrentar el trabajo forzoso desde distintos ángulos. Entre otros, pueden citarse el convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, N°182, de 1999; el convenio N° 97, de 1949 complementado por un convenio N° 143, de 1975 y el convenio N° 181 sobre agencias de empleo privadas, del año 1997. Sin embargo, cabe preguntarse si podrá llegar a ser eficaz la lucha contra el trabajo forzoso solo tomando conciencia de la magnitud y dramatismo del fenómeno o si, por el contrario, nada se avanzará mientras no se adopten políticas públicas que eliminen las condiciones económicas y sociales que hacen posible que exista. Se podría incluso ir más allá: ¿tiene en verdad sentido hablar de erradicar la esclavitud o el trabajo forzoso como si fuese una enfermedad o una epidemia, si bajo ese concepto se agrupan más bien un conjunto de reclamos acerca de lo que parece políticamente obscuro e inadmisibles en pleno siglo XXI? La pobreza, el desempleo, el analfabetismo, la discriminación racial o de género, no constituyen formas compulsivas de trabajo, pero representan el ambiente propicio para que se generen y se invisibilicen a los ojos de las autoridades.

A ello, debe añadirse que la velocidad de las comunicaciones y la globalización de las estructuras empresariales hacen que el trabajo forzoso no sea una realidad local, ni siquiera nacional, sino transnacional. Adicionalmente, las legislaciones locales muchas veces promueven condiciones propicias de trabajo que los instrumentos internacionales califican como análogos a la esclavitud. Dos ejemplos claros son la rehabilitación mediante el trabajo como parte de la pena (China) y la contratación de prisioneros por empresas privadas concesionadas por los centros carcelarios (Estados Unidos). Pero existe, aún, otro enemigo larvado más peligroso: el trabajo que se protege bajo un impecable cumplimiento de las formalidades jurídicas. Comprender la dimensión y los antecedentes de ese enemigo larvado resulta difícil sin una regresión histórica. A continuación, un retroceso histórico que estimo puede resultar útil, primero desde el punto de vista conceptual y a continuación utilizando un marco histórico que creo interesante tomar en consideración.

3. LA IDEALIZACIÓN DEL TRABAJO BAJO RELACIÓN CONTRACTUAL SERVIDUMBRE BAJO CONTRATO Y “ESCLAVITUD DE FACTO”

En la visión global e idealizada de la Ilustración, la idea de contrato refería a la propiedad de cada uno como dueño soberano de sí mismo, de las propias facultades y de su trabajo y, por lo tanto, al intercambio voluntario entre

individuos aislados⁸, formalmente libres e iguales⁹. Esa visión resultaba coherente con la idea de Hobbes de una renuncia contractual a la propia libertad a cambio de seguridad, de alejar el miedo a la muerte violenta y la vida en el estado presocial: “solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”. También con la propuesta de Locke: se es libre aun cuando se esté atado, si dicho estatus es el fruto de un contrato celebrado por voluntad. Locke distinguía entre el esclavo y el sirviente. El primero es cautivo de guerra, sometido al dominio y poder de victoria del dueño por “haber perdido el derecho a la vida” y, por lo tanto, a la libertad y, al haberse quedado sin bienes, incapaz de propiedad alguna. El esclavo –acotaba Locke– “no puede, en tal estado, ser tenido como parte de la sociedad civil, cuyo fin principal es la preservación de la propiedad”. En cambio, el sirviente es miembro de la sociedad civil. Locke, tras referirse a la relación marido/mujer y padre/hijo, menciona la del amo/sirviente. Este último, sostenía Locke, es un “hombre libre” que se hace:

“servidor de otro vendiéndole por cierto tiempo los desempeños que va a acometer a cambio del salario que deberá recibir, y aunque ello comúnmente le introduce en la familia de su amo y le pone bajo la ordinaria disciplina de ella, con todo, no asigna al amo sino un poder temporal sobre él, y no mayor que el que se definiera en el contrato establecido entre los dos”¹⁰.

En otras palabras, Locke identificaba la condición que distingue al sirviente del esclavo, en el hecho de que el primero, aun sometido al amo y su familia, tal sometimiento deriva de un acuerdo previo. La relación de poder y obediencia, para Locke, dejaba de ser arbitraria por el solo hecho de ser *consensualmente aceptada*.

Las analogías de Locke se entienden: el contrato privado rige relaciones de propiedad y de intercambio de riqueza¹¹, de modo análogo a las relaciones

⁸ La idea de que el trabajo forzoso se presenta en particular en individuos aislados de grupos sociales o de parientes, el extranjero o el esclavo, por ejemplo, se desarrolla de forma brillante por MEILLASOUX (1990), p. 26 y ss. a partir de la afirmación de E. Benveniste: los hombres libres son “los que han nacido y se han desarrollado conjuntamente”. El aislamiento puede ser visto incluso de un modo más amplio, como aislamiento respecto de la tierra: como lo ha hecho notar STEINFELD (1991), p. 8, antes que el mercado dominara hegemónicamente la vida social y económica en Inglaterra, los pobres tenían un acceso a la tierra que les garantizaba en cierto medida autonomía e independencia económica frente a la riqueza. Se ha señalado que el origen de la esclavitud blanca en Inglaterra debe encontrarse en los siglos XII y XIII con la formalización, mediante la Carta Magna, de los derechos de los lords lo que implicó el traspaso masivo de las tierras del campesino independiente, la clase del *yeomanry*, hacia los lords, HOFFMAN (1992), p. 17

⁹ Para una explicación de la ausencia de libre consentimiento en la doctrina del contrato previa al siglo XIX, se puede consultar ATIYAH (1985).

¹⁰ LOCKE (2009), pp. 55-56.

¹¹ Sus expresiones perduraron hasta el siglo XIX como sin ir más lejos lo contempla el *Código Civil* chileno que alude al contrato de “arrendamiento de servicios” y dentro de ellos, el de “criados domésticos”.

domesticas basadas en el matrimonio y la familia, pues, como explicaba ya en el siglo XVIII, William Blackstone, las relaciones contractuales pueden referirse a derechos sobre cosas y derechos sobre personas¹². Amy Dru Stanley ha ofrecido sobre el particular una interesante interpretación: los derechos sobre personas, en la Inglaterra de la ilustración, resultarían consistentes con la doctrina puritana que, habiendo desacralizado el matrimonio como sacramento, lo transformó en una relación contractual iluminada por la idea teológica del pacto entre Dios y la humanidad, como un contrato oneroso y bilateral¹³. En ese pacto –agregaría Edmund Morgan– Dios promete la salvación no por obediencia, desde que esta es ahora imposible, sino por la fe. Dios cumple ambas partes del pacto: provee la salvación y también la fe para alcanzarla¹⁴.

Inspirada en ese contractualismo omnicomprendido, para la teoría clásica contractual, la esposa es el análogo del sirviente y el matrimonio análogo a la relación de contrato remunerado. En ambos casos se presenta, gracias al consentimiento, una relación de autoridad y subordinación basada en un intercambio recíproco. Como el sirviente, la esposa debe a su marido su trabajo y sus ingresos, solo que a cambio, no de un sueldo, sino de protección¹⁵. El intercambio recíproco podía imaginarse de muchas maneras. Solo a título ejemplar, en Chile, hasta la década de 1950, los tribunales entendían que si la mujer no hacía vida en común, no tenía derecho de exigir que el marido la socorriera alimenticiamente¹⁶. El sirviente, en especial el residente, era como la esposa y los hijos: miembro del orden social en una relación de dependencia.

Siempre en el terreno de las ideas, para el Derecho anglosajón, desde sus orígenes, la esencia del contrato era el consentimiento y a lo sumo la

¹² En sus *Commentaries on the Laws*, según refiere DRU STANLEY (1998), p. 8, n. 17.

¹³ DRU STANLEY (1998), p. 8; LOCKE (2009), p. 52.

¹⁴ MORGAN (1966), p. 3.

¹⁵ La relación matrimonial como un contrato oneroso y bilateral de intercambio, aunque no de equivalencia, se encontraba reflejado plenamente en la redacción de nuestro original artículo del *Código Civil* vigente hasta la ley N° 18.802 del año 1989: “El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él... La mujer por su parte tiene derecho a que el marido la reciba en su casa (art 133)... El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido” (art 134). Esta relación de dependencia podía hacerse efectiva con la fuerza pública. Al menos así se entendió por parte de la doctrina. Cfr REPERTORIO (1977), t. I p. 167 n. 1 y 2. Similares expresiones en el art 57 del *Código Civil* español. Aún se mantiene en el *Código Civil* chileno algunas disposiciones que implican una relación contractual de subordinación, como el art 1993, 1995 y que conciben al “criado” o “sirviente” como bajo su tutela del mismo modo que un hijo menor (art 2322). Antes de la ley N° 18.802, la mujer casada no divorciada seguía “el domicilio del marido”, como el hijo sujeto a patria potestad (antes de la ley N° 5.521 seguía el domicilio paterno) o el pupilo (arts 71 y 72 del *Código Civil*). El art 2176 del Proyecto de 1853 (actual art 1993) contemplaba como causal de término del “arrendamiento de servicios de criados domésticos”, la “insubordinación o infidelidad, i además la holgazanería, ebriedad u otro vicio habitual del que le sirve...”.

¹⁶ Cfr jurisprudencia en tal sentido REPERTORIO (1977), p. 180.

reciprocidad. La equivalencia, el intercambio perfecto de utilidades no era considerado consustancial. Pasó mucho tiempo antes de los planteamientos de Adam Smith, según los cuales la división del trabajo, al garantizar que cada persona necesita de los otros lo que los otros le pueden ofrecer, generaría siempre un intercambio de igualdad. De este modo, recién en el siglo XIX, la equivalencia, el contrato de trabajo a sueldo, se presentó como la superación de la esclavitud y la propiedad del trabajo humano dejó de aparecer como la mercancía poseída por el dueño de esclavos. Antes, hasta al menos mediados del siglo XVIII, existía la suposición de que, desde que todo contrato constituye una manifestación de voluntad, todo contrato de trabajo es libre¹⁷. No se puede negar que aún existen resabios de esa idea ilustrada: si todo contrato de trabajo es libre, solo hay esclavitud, cuando no hay contrato. Por el contrario, durante siglos, la esclavitud fue en Occidente solo el extremo en un espectro de situaciones jurídico-laborales caracterizadas por diferentes grados de coerción. En el mundo del *Common Law*, los aprendices, obreros, indocumentados, inmigrantes, esclavos y amos eran solo las categorías más importantes, pero en cada una de ellas había una plétora de definiciones en las que el *Common Law* y la legislación fijaban diferentes límites de libertad¹⁸. En suma, la suposición de que en el siglo XVII y XVIII la existencia de un contrato de trabajo excluía una relación de esclavitud no solo resulta controvertida a la luz de los hechos sino que, además, como lo ha expresado un autor, es ideológica en el sentido negativo que tiene la expresión: como una cierta manera de concebir algunas realidades “que mantiene, enmascara o justifica percepciones erróneas o relaciones de poder desiguales o injustas”¹⁹. La libertad de contratar, aparecía, en el siglo XVIII y XIX y aun desde antes, como lo verdaderamente relevante; resultaba irrelevante, en cambio, que en virtud de dicho contrato se cediera la libertad por tiempos más o menos indefinidos. El *indentured servant*, el siervo bajo contrato de la Inglaterra y de las colonias anglosajonas en América en los siglos XVII y XVIII, conocido como en Francia como *engageance serve*, es así apreciado, por ejemplo, por Emmanuel Sieyès en plena Revolución:

“Es más exacto decir que, en el momento en que estipula el contrato, lejos de ser obstaculizado en su libertad, él la ejerce del modo que más le conviene; cualquier convención es un intercambio en el que cada uno aprecia más lo que recibe que lo que cede”²⁰.

Si para el formalismo cristiano medieval, no era fácil aceptar que una decisión de voluntad no fuera libre²¹, en pleno siglo XXI resulta difícil soste-

¹⁷ DRU STANLEY (1998), pp. 74-75.

¹⁸ O'CONNELL (2015), p. 65 citando a Paul Craven y Douglas Hay, CRAVEN y HAY (1994), p. 71.

¹⁹ COURTIS (2006), p. 149.

²⁰ En *Écrits politiques*, citado en LOSURDO (2005), p. 88.

²¹ Thomas Haskell, según O'CONNELL (2009), p. 30.

ner que una decisión cuya alternativa es una muerte cierta pueda ser libre²². No obstante, muchas sentencias aún recientes han tenido un sentido muy restrictivo de lo que es una decisión involuntaria. En Estados Unidos, un fallo emblemático de la Corte Suprema en EEUU del año 1988, sostuvo:

“la servidumbre involuntaria existe solamente cuando el amo somete al sirviente a amenaza o fuerza física real, coacción legal impuesta por el Estado, real o eventual, o fraude o engaño cuando el sirviente es un menor, inmigrante o mentalmente incompetente.”²³

El asunto, sin embargo, es más complejo. Una visión global de la relación de servicio ha de ser juzgada como un continuo, caracterizado por la constante voluntariedad y no como una decisión irreversible. Y en ese continuo, la existencia de diversas opciones realistas ante el sujeto que las enfrenta, al margen de condiciones de opresión. Una posible aplicación de lo que vengo expresando la hace Robert Steinfeld, quien con la finalidad de desmitificar el trabajo libre explica:

“Para comprender el trabajo moderno libre, no es suficiente con saber que incluye un trabajo voluntariamente asumido, por un período o propósito específico, a cambio de un sueldo o de otra compensación o incluso que se encuentra además en absoluto contraste con la esclavitud... En la *indentured servitude*, los individuos voluntariamente contratan para servir por un término a cambio de compensación –gastos de transporte o derechos de libertad. ¿Constituye esa práctica trabajo libre porque es voluntariamente asumido por un término prescrito y compensado? O cuenta eso como esclavitud o constituye una tercera categoría?”

La respuesta –dice Steinfeld– se vincula a un esquema que ignora las características que la *indentured servitude* comparte con el trabajo libre –libertad contractual, plazo limitado, compensación– y que lo clasifica junto a la esclavitud a causa de la compulsión que ambas categorías envuelven²⁴. No obstante, contrariamente a lo que sugiere Steinfeld, no me parece aventurado afirmar que las características comunes que vinculaban a la *indentured servitude* con la *chattel slavery*, la esclavitud sureña que veía al esclavo como una cosa, eran

²² O’CONNELL (2009), p. 153. La OIT ha planteado explícitamente el problema del consentimiento, señalando: “... En lo tocante al grado de coacción y a la interpretación del concepto, procede tener en cuenta la situación particular del individuo... la situación de vulnerabilidad es toda situación en la cual el interesado no tiene otra alternativa real y aceptable que la de someterse al abuso de que se trate”. En “Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación”, OIT, 2006, p. 22, disponible en white.lim.ilo.org/ipecc/documentos/guia_trata_forzoso.pdf

²³ United States v. Kozminski 487 U.S. 931 (1988) disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/931/case.html>

²⁴ *Indentured servitude* puede traducirse como “servidumbre bajo contrato”. STEINFELD (1991), p. 10.

mucho más importantes que las que permitían asociarla con el trabajo libre. Eran, ambas condiciones, grados de lo que Roediger ha llamado “un continuo de opresión”²⁵. En efecto, de una lectura comparativa de las normativas y de los pronunciamientos judiciales relativas a ambas condiciones de trabajo no libre, es posible concluir que más allá de los formalismos, en la *indentured servitude* no existió realmente libertad contractual: en la mayoría de los casos se trataban de analfabetos o personas cuya alternativa era la muerte segura por hambre y afirmar que “contrataban” es, de forma ficticia, revestir de legalidad y normalidad a una realidad del todo alejada de lo que podría de forma razonable calificarse como un acuerdo libre. No parece tampoco relevante argumentar un plazo limitado cuando en los hechos ese plazo se prolongaba muy fácilmente de por vida. Por último, resulta una ilusión hablar de compensación en circunstancias que el trabajo forzoso continuaba por muchos años después que el valor del transporte había quedado pagado. Los *indentured servants* eran legados en los testamentos, subastados por los acreedores, vendidos sin restricción alguna. Eran *tratados* como cosa y algunos autores los ubican dentro de la categoría de *peonazgo no libre* junto a los esclavos²⁶.

Es cierto que es difícil encontrar en la *indentured servitude* calificaciones que los refieran como cosa mueble, como, en cambio, sucedió con los esclavos negros. Tal diferencia tiene, por supuesto, una explicación racial a la que no me referiré por ahora. Pero hay, además, otra explicación y es que durante el siglo XVII, que fue la época en que prevaleció la *servidumbre contractual*, no existió la profusa jurisprudencia de cortes del siglo XVIII y los problemas laborales eran más bien resueltos por los juzgados de paz con sentido práctico, de forma casuística y sin mayor ánimo teórico o especulativo. Además, existe una tercera explicación: un supuesto tácitamente compartido que hizo posible durante muchas décadas hablar de esclavitud y servidumbre como categorías diferentes, pese a tratarse de condiciones muy cercanas, es que legalmente la libertad o la ausencia de ellas no es algo absoluto sino cuestión de grados²⁷. Es decir, las denominaciones diferentes respondían, no al binomio especulativo libertad/esclavitud, sino a la existencia de diferentes grados de sumisión y compulsión. Por ejemplo, en Inglaterra la ausencia de libertad era mayor en *apprentices* y *servants* y menor –pero en modo alguno ausente– en *laborers* y *artificers*. En ninguno de los casos mencionados, se trataba de trabajo enteramente libre. Un importante aporte de Steinfeld ha sido explicar cómo hasta el siglo XVIII no existió el trabajo libre en los términos modernos; el concepto de trabajo libre era una contradicción en los términos, pues el concepto de trabajo, de trabajar para otro, envolvía la idea de restricción a la propia libertad de hacer lo que se quisiera. Quien

²⁵ ROEDIGER (1995), p. 25.

²⁶ UNDERWOOD (1947), p. 90.

²⁷ ROEDIGER (1995), p. 25.

trabaja para otro, por ese solo hecho ya no es enteramente libre²⁸. Es decir, la ausencia de libertad se presentaba en diversos grados, lo que hace muy difícil trazar con prontitud líneas entre un “idealizado trabajador blanco libre y un menospreciado y lastimoso trabajador negro en servidumbre”²⁹. En el mismo sentido, Marcus Cunliffe ha sostenido:

“El trabajo siempre envuelve una forma de servidumbre; los trabajadores son manifiestamente inferiores que sus empleadores. Las técnicas de la moderna producción necesitan una fuerza de trabajo sometida...”³⁰.

En el trabajo a sueldo como en la esclavitud está presente, en suma, la idea de dominación. En el primer caso, se vende la fuerza de trabajo como mercancía por fuerzas tan impersonales como es el hambre y otras necesidades; en la esclavitud, en su versión extrema de *chattel slavery*, se fuerza de hecho la cesión de la fuerza de trabajo a la persona a quien legalmente el sujeto le pertenece³¹. Por eso, como veremos, una amplia variedad de trabajadores blancos, no solo *indentured* recibieron el apelativo de *servants*. Con el adjetivo de *perpetual* y de *nigger*, entonces se entendía esclavitud.

“Esta costumbre que sería absolutamente intolerable para los empleados blancos en las tres décadas previas a la Revolución, reflejaba el hecho que *en los siglos XVII y XVIII en América, el trabajo de los esclavos y el de los sirvientes blancos era virtualmente intercambiable en muchas áreas*”³².

Por ejemplo, las sanciones penales por abandono de trabajo eran por entero comprensibles como un incidente normal tanto en una relación esclava como en una relación de trabajo a sueldo y que incluso en el siglo XVIII se aplicaban a trabajadores independientes contratados para un trabajo que lo abandonaban sin terminarlo. En esa misma lógica se juzgaba al *indentured servant* y otras categorías similares, en la Norteamérica de los siglos XVII y XVIII como un término medio entre el esclavo y el hombre libre: no era esclavitud, cierto, sino una forma atenuada de ausencia de libertad³³. Pero sea que se concluya

²⁸ Roediger explica, desde esta perspectiva, al mercenario o la prostitución como casos de seres que no son libres: en ambos casos es la remuneración material el motivo de sus acciones. ROEDIGER (1995), p. 45.

²⁹ *Op. cit.*, p. 25

³⁰ CUNLIFFE (1979), p. 4; Cfr. LAMENNAIS (1979). Un texto muy ilustrativo de las condiciones de trabajo de la Inglaterra industrial del siglo XVIII y su asimilación al trabajo forzoso es “The Labouring Classes in Early Industrial England, 1750-1850”. RULE (1986).

³¹ O’CONNELL (2015), p. 62.

³² ROEDIGER (1995), p. 25. Las cursivas son mías.

³³ STEINFELD (1991), p. 102. El autor informa que conforme a un “Act for regulating the Journeymen Taylors”, se aplicaba dos meses de trabajo forzado al sastre que abandonaba su trabajo encomendado sin terminarlo. Dos años después se extendió la aplicación a zapateros independientes (*op. cit.*, p. 115).

que más allá del contrato, los *indentured servants* eran “esclavos *de facto*” o una relación laboral contractual con espacios de libertad muy atenuados, lo cierto es que son los hechos y no la calificación conceptual, los que deben prevalecer al momento de calificar la situación y el estatus del trabajador. Si bien, hay que notarlo, con el rigor necesario para evitar calificar sin más de esclavitud lo que era trabajo bajo contrato con estrechos límites de libertad, pues existe el peligro, advertido con claridad por Julia O’Connell:

“de descontextualizar elementos de la experiencia humana o relaciones humanas de toda clase de derechos, obligaciones, inmunidades y privilegios que van vinculados a determinados estatutos sociales en momentos particulares en el tiempo y tratar la “esclavitud” como un concepto definitivo”³⁴.

Veamos entonces el terreno de los hechos. Una mirada general permite concluir que ni la reciprocidad, ni la equivalencia existió en la mayoría de los contratos de trabajo en Inglaterra al menos hasta fines del siglo XIX. Me referiré en las líneas que siguen a las figuras contractuales de trabajo en Inglaterra porque me parecen extraordinariamente interesantes. A diferencia de lo que sucedió con el estatus del esclavo negro en los territorios ingleses en América, que fue fruto de un desarrollo local a través de la costumbre, de los *statutes* que fueron dictándose, recogiendo, y las decisiones de los jueces y las cortes precisándola; en el caso del trabajo forzoso blanco, en cambio, este fue consecuencia del desarrollo y adaptación en las colonias y después en los Estados Unidos de Norteamérica, de normas, instituciones y formas contractuales que se remontan a siglo XIV en Inglaterra y que fueron trasplantadas a partir de los primeros colonos de Virginia³⁵.

Desde principios del siglo XVII llegaron a América, no solo algunos esclavos sino, además, prisioneros políticos (irlandeses y escoceses), colonos que huían de persecuciones religiosas y también, conforme a la antigua normativa inglesa, condenados (*convicts*), mendigos, vagabundos y prostitutas, personas simplemente secuestradas por la fuerza o llevadas embriagadas en los barcos a América. La inmensa mayoría de la población que en el siglo XVII llegó a Jamestown y que más tarde se expandirían por la bahía de Chesapeake y principalmente por Maryland y el valle de Delaware (Pennsylvania, Delaware y New Jersey) fue compuesta por personas de raza blanca sujetas a trabajo forzoso por distintos motivos, pero un trabajo forzoso en su mayoría sujeto a un contrato (*indentured servants, redemptioners, apprentices*³⁶). Se calcula que dos tercios de los sirvientes que llegaron a América

³⁴ O’CONNELL (2015), p. 69.

³⁵ DAVIS (1923), p. 253.

³⁶ SNYDER (2007); ABRAMITSKY y BRAGGION (2006); ALTINK (2001).

desde Inglaterra, fueron en virtud de un contrato³⁷. Personas que libremente escogieron acudir al mercado laboral y vender su fuerza de trabajo. Trabajo en condiciones de esclavitud, pero que actuaban con libertad en el sentido lockeano, desde que entraban por su voluntad a participar de un contrato de intercambio de propiedad.

4. LA SERVIDUMBRE CONTRACTUAL EN SUS ORÍGENES EN INGLATERRA

Una importante antecedente de relación contractual de trabajo no libre en Inglaterra, se encuentra en la Edad Media, en la prohibición impuesta al trabajador de abandonar la labor que había convenido realizar en los contratos de trabajo remunerados. Incluso, antes de los *statutes* del siglo XIV, las comunidades de campesinos prohibían a sus miembros abandonar un trabajo que se estaba desarrollando y que era necesario³⁸. Naturalmente, no había conciencia de falta de libertad en la relación contractual. Al contrario, la convicción de que la existencia de un acuerdo garantizaba una relación libre fue manifiesta en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII lo que es consistente con las nuevas realidades políticas: en la emergente cultura legal y política, el consentimiento era lo que legitimaba el ejercicio de la autoridad. Así, no se concebía que hubiera esclavos³⁹. No obstante:

“en la segunda mitad del siglo dieciséis había personas en Inglaterra que reconocía que el estatuto legal de los *servants* podría ser inconsistente con la noción de que esas personas eran *liberi homines*”⁴⁰.

A partir de esa expresión, el trabajo no libre se desarrolló abandonándose paulatinamente el supuesto de que el trabajo es un recurso de la comunidad y fue expandiéndose, en cambio, la idea de que los individuos se pertenecen a sí mismos y son libres para disponer sus energías en el mercado. En la Inglaterra del siglo XVIII, la mercantilización del trabajo del obrero había sido denunciada por Engels como equivalente a la antigua esclavitud⁴¹, idea difundida por CB

³⁷ GRUBB (2000), p. 94.

³⁸ STEINFELD (1991), p. 61.

³⁹ *Op. Cit.*, p. 100. Robert Steinfeld informa que refiriéndose en 1580 a un caso decidido en el último cuarto del siglo XVI, William Harrison escribía: “Esclavos y siervos, no tenemos; no, tal es el privilegio de nuestro país por especial gracia de Dios y recompensa de nuestro príncipe...”. Citando el mismo caso, en 1652, John Liburne afirmaba que Inglaterra tenía un aire demasiado puro para que habitaran esclavos”. En STEINFELD (1991), p. 96.

⁴⁰ *Op. Cit.*, p. 98.

⁴¹ “Toda la diferencia con respecto a la esclavitud antigua practicada abiertamente –escribía Engels– es que el trabajador actual parece ser libre, porque no es vendido en una sola

Macpherson bajo el concepto de “individualismo posesivo”: cada individuo es soberano, es dueño de sí mismo y de sus capacidades, pudiendo excluir a los otros; de hecho eso es lo que nos hace, estrictamente hablando, humanos; cuando mediante el trabajo transformamos la naturaleza, el resultado es de nuestra propiedad y entonces –explica Macpherson–

“...cuanto más enfáticamente se afirma que el trabajo es una propiedad, más se comprende que es alienable. Pues la propiedad, en el sentido burgués, no es solamente un derecho a disfrutar o usar; es un derecho a disponer, a cambiar, a alienar. Para Locke, el trabajo de un hombre es tan indiscutiblemente propiedad suya que puede venderlo libremente a cambio de salarios... El trabajo vendido así se convierte en propiedad del comprador, el cual se halla entonces autorizado a apropiarse de su producto”⁴².

De este modo, al considerarse el trabajo como una simple mercancía, se postulaba implícitamente que el trabajo y su producto

“son algo por lo que nada se debe a la sociedad civil. Si el trabajo, la propiedad absoluta de un hombre, es lo que justifica la apropiación y crea el valor, el derecho individual de apropiación pasa por encima de todas las pretensiones morales de la sociedad. La concepción tradicional según la cual la propiedad y el trabajo eran funciones sociales y la propiedad implicaba obligaciones morales, se ve por ella minada”⁴³.

Desde esta perspectiva, en el contrato de trabajo, la alienación tiene un objeto: el sujeto es “contratado para” algo; pero ese algo es el interés individual de su contraparte, al margen de toda función social. El trabajo, así, no es un recurso de la comunidad.

Estos supuestos sirvieron de base a diferentes expresiones, pues en las colonias inglesas en América, el surgimiento del contrato de trabajo libre no desplazó los *indentured servants*, sino que ambas formas de trabajo permanecieron en forma paralela al menos hasta el siglo XIX. Recién, desde entonces, la relación empleador-trabajador pudo ser concebida como una relación contractual libre, ya no en el sentido en que se consideraba libre hasta el siglo XVIII, desde la perspectiva de la libertad contractual, sino en el sentido

pieza, sino poco a poco, por día, por semana, por año, y porque no es un propietario quien lo vende a otro, sino él mismo es quien se ve obligado a venderse así, pues no es el esclavo de un particular, sino de toda la clase poseedora. Para él, la cosa en realidad no ha cambiado nada. Y si bien esa apariencia de libertad le da necesariamente de una parte cierta libertad real, la misma tiene el inconveniente de que nadie le garantiza su subsistencia y puede ser despedido en cualquier momento por su amo, la burguesía, y ser condenado a morir de hambre desde que la burguesía ya no tenga interés en emplearlo, en hacerlo vivir” ENGELS (2012).

⁴² MACPHERSON (1970), p. 186.

⁴³ *Op. cit.*, p. 191.

de que la relación se ejecutaba sin alterar la base legal ni el estatus político de las partes y sin que alguna de las partes quedara obligada respecto de la otra de un modo distinto a como ésta quedara respecto de aquella⁴⁴.

Pero los *indentured servants* no fueron ni los primeros ni los únicos trabajadores bajo contrato en una relación no libre⁴⁵. En Inglaterra muchos trabajadores, no solo dedicados al trabajo manual, recibieron la calificación de *servants*: agentes fiscales, funcionarios públicos, contadores, mayordomos y administradores de *lords*, recibieron tal calificativo desde el siglo XIII al XVII. Lo que los calificaba para ser designados *servants* era estar al servicio de su amo. Sin embargo, con frecuencia y en un sentido más estricto, el término *servant* era aplicado a trabajadores contratados por un plazo generalmente de un año, para un trabajo manual y que residía en la misma vivienda de su *master*, el cual tenía la obligación de alimentar, dar abrigo y cuidar la salud del sirviente, a cambio de obediencia. El acuerdo era, durante el siglo XII y XIII, casi siempre solo oral, lo que no deja de sorprender, pues cuando el pago había sido por anticipado (*retainer*) en caso de abandono del lugar de trabajo, autorizaba para apresarlo⁴⁶. Más tarde, en el siglo XIV, las cortes de *Common Law* solo permitieron ordenar el encarcelamiento en casos de contratos escritos, aunque la *Ordinance* y el *Statute of Laborers* (de 1349 y 1351, respectivamente) autorizaron a los jueces de paz a ordenar el encarcelamiento para el caso de abandonar el trabajo antes del tiempo acordado aun en ausencia de toda prueba escrita, o a ordenar continuar sirviendo más allá del plazo acordado en caso de abandono o de no haber manifestado con anticipación de tres meses (*quarter's warning*)⁴⁷ la intención de no continuar trabajando más allá del término. Al poco tiempo, las cortes de *Common Law* empezaron a admitir, además, acciones civiles en caso de abandono del trabajo, acciones que se enmarcaban como un caso de *torts for breach* (daños por incumplimiento). Representaban, junto al delito mismo, hipótesis de *trespasses*, en el sentido de transgresión al orden público. En tanto, cuando no había pago anticipado, el *master* quedaba obligado a pagar el sueldo durante el plazo acordado (generalmente de un año) aunque el sirviente se enfermara o incapacitara⁴⁸.

En contraste con los *servants*, los *laborers* y *artificers* se casaban, vivían en sus propias casas, y no eran contratados por un tiempo sino, más bien,

⁴⁴ STEINFELD (1991), pp. 5-7 y 15. La *indentured servitude* fue vista inicialmente por los colonos ingleses en América como una expresión de libertad contractual, y recién después de la Revolución Americana fue percibida como una forma de trabajo no voluntaria casi indistinguible de la esclavitud (*Ibid.*). No obstante, las relaciones entre empleador y empleado bajo formas de dominación más indirectas continuaron hasta la segunda guerra mundial. BLACKMON (2008).

⁴⁵ SIMPSON (1987).

⁴⁶ STEINFELD (1991), pp. 27 y 32.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁸ *Op. Cit.*, p. 31.

por lo que hoy llamaríamos “por faena”. *Laborers* y *artificers* no estaban al servicio de otro sino que su vida transcurría variando permanentemente de trabajos y de beneficiarios de este. En numerosos estatutos laborales de los siglos XIV a XVI se aludía a *Labourer*, *Servant* o *Artificer* tomándose la expresión ‘*servant*’ en el sentido estricto ya señalado. Sin embargo, en ocasiones la expresión ‘*servant*’ era tomada en sentido más amplio como un sustantivo calificado por distintas funciones, como “*servant of husbandary*”, “*servant artificer*”, etc.⁴⁹. Si bien, entre las primeras fuentes del moderno Derecho Laboral inglés está el *Statute of Artificers* (1562-1563), los estatutos laborales que le precedieron y los *case law* que surgieron de dicha normativa lo complementaron. Ya en ellas es posible encontrar cláusulas contractuales libres junto a cláusulas de trabajo compulsivo o forzoso. Ejemplo de estas últimas eran las que consideraban como delito el abandonar el trabajo, las que aplicaban tanto a *servants* como a *laborers* y *artificers* y en general a:

“cualquier segador, cortacésped u otro trabajador o empleado, de cualquier estado o condición que sea, retenido bajo el servicio de cualquier hombre (que) se aparten de dicho servicio sin causa o licencia razonable, antes del término acordado”⁵⁰

Otra categoría de trabajo bajo contrato con carácter compulsivo fue la de los *apprentices*⁵¹ cuyo primer estatuto se remonta al año 1562 (*Statute of Apprentices*) en Inglaterra como una forma de enfrentar la pobreza que produjo la transformación de la economía agrícola a la industrial⁵² y que junto a la *Poor Law Act* (1601) representó el germen de la educación estatal compulsiva y mediante agencias. El *Statute of Apprentices* tuvo por finalidad promover la educación industrial y de comercio: se contemplaba un trabajo por contrato, de al menos siete años, en que el *apprentice* vivía en la casa de su amo (*master*), sin remuneración, pero teniendo este la obligación de enseñarle alguna técnica, darle abrigo, cuidarlo en su enfermedad, alimentarlo, y corregirlo. El amo no podía golpearlo; si estimaba que sus correcciones a faltas de obediencia no estaban dando resultados, debía acudir al juez de paz

⁴⁹ STEINFELD (1991), pp. 19-20. En su ensayo titulado *Servants and Labourers in Seventeenth Century England*, C.B. Macpherson se propone demostrar que en la Inglaterra del siglo XVII, la expresión refería a todo aquel que trabajaba para un empleador a cambio de un sueldo. El ensayo se recoge en el libro *Democratic Theory* MACPHERSON (1979), pp. 207-223.

⁵⁰ Algunos ejemplos en STEINFELD (1991), p. 23 notas 44-46.

⁵¹ En su monumental trabajo “Government and labor in early America” MORRIS (1947), Richard Morris trata de los *apprentices* en la segunda parte, como “*Bond Labor*” en contraste con las situaciones de la primera parte del texto, titulada “*Free Labor*”.

⁵² En la Inglaterra del siglo XVI, los jueces eran además, mayoritariamente, dueños de tierras, y estaban autorizados para fijar el sueldo máximo de los trabajadores agrícolas. Esto explica en gran medida la hambruna y la pobreza que en parte se enfrentó con el *Statute of Apprentices*. JERNEGAN (1965), pp. 46-47.

para que aplicara los castigos de acuerdo con su discreción y sabiduría. A su vez, si el *apprentice* consideraba que el *master* no estaba cumpliendo sus obligaciones, debía recurrir también al juez de paz; si solo abandonaba su lugar de trabajo era considerado *runaway* (fugitivo): el juez oficiaba al sheriff para que fuera capturado y encarcelado

“hasta que diese suficiente garantía de servir bien y honestamente al maestro, amante o señora de cuyo poder se había fugado o partido, conforme al mandato de la ley”⁵³.

El *apprentince*, en todo caso, era un trabajo forzoso de aprendizaje y por eso, a diferencia del *servant*, que trabajaba a cambio de un pago y generalmente solo por un año, el *apprentice* no recibía ningún pago y sus servicios eran por siete años o más. Más allá de las apariencias, no obstante, parece ser que la *Poor Law Act*, más que la educación, tuvo por finalidad la mantención de niños pobres a través del sistema de *apprenticeship*, también llamando *binding out*. También había un contrato –si bien no escrito– entre el supervisor (*overseer*) y el niño pobre⁵⁴: un acuerdo de trabajo, con obligaciones recíprocas, y registrado ante las autoridades locales⁵⁵.

La idea del trabajo como objeto de propiedad en Inglaterra encuentra sus orígenes en la Edad Media y una de sus expresiones fue la del *villein*, el villano. Hay antecedentes que permiten sostener que, en el siglo XIII, el villano era objeto de propiedad de su señor, era un campesino adscrito a la tierra como parte de la propiedad de su lord. Su origen parece claro: el *villein* habría surgido en Inglaterra como una necesidad económica, cuando los *lords* abandonaron el arriendo pasando a la gestión directa del solar. Y, aunque su estatus estaba definido por la tierra que cultivaban, en dependencia real, había diferentes grados. Al *villein* se le reconocía la posibilidad de tener propiedad, pero no podía vender libremente su ganado y debía obtener autorización de su lord y pagar una suma de dinero para poder casar a su hija. Había una dependencia corporal y una sujeción económica⁵⁶. La primera se manifestaba al punto que si huía y no era recapturado tras un cierto tiempo pasaba a ser libre, aplicándose una suerte de prescripción⁵⁷. Tal concepto de

⁵³ “...till they shall find sufficient Surety well and honestly to serve their Masters, Mistresses or Dames from whom they so departed or fled, according to the Order of the Law”. STEINFELD (1991), p. 26. Benjamín Franklin, por ejemplo, comenzó trabajando como *apprentice* en una imprenta en Boston; su hermano James trabajó en esa calidad hasta los veintiún años. En O’CONNELL (2015), p. 67.

⁵⁴ Bajo este sistema se usaba en Inglaterra a niños de alrededor de seis años para deshollar chimeneas, los *child chimney sweeps* cuya existencia denunció William Blake en los *Chimney Sweepers poems*. www.ctsweep.com/blog/top-sweep-stories/child-chimney-sweeps/

⁵⁵ JERNEGAN (1965), pp. 116-117.

⁵⁶ FELLER (2007), p. 202.

⁵⁷ POLLOCK y MAITLAND (1978), pp. 29-80. Sobre la propiedad sobre derechos, pp. 124-149.

bien corporal evolucionó más tarde en la consideración del *villein* como un bien incorporeal heredable, recogiendo, de ese modo, el hecho obvio que el recurso económico valioso no era tanto el hombre o la mujer en sí, sino su trabajo. Siglos más tarde, el *villeinage*⁵⁸, evolucionado ya como una forma de trabajo agrícola no libre, no había desaparecido en Inglaterra. Ello no ocurrió sino hasta entrado el siglo XVII en la misma época en que los ingleses comenzaban la colonización de Norteamérica⁵⁹. Desde entonces, el *villein* continuó siendo, en Inglaterra, la única forma de trabajo absolutamente esclava (*bondage labour*). Todas las restantes formas, de una u otra manera, tenían espacios de libertad. No obstante, en la reglamentación de *statutes* respecto de los *servant* y *apprentices*, el derecho del *master* sobre la labor de aquellos fue objeto de propiedad. Y no se trataba de derecho en un sentido figurado, sino con el alcance de tratarse de un derecho que se ejercía, no en relación con otro sujeto, sino en relación con toda la comunidad, es decir, se trataba de un derecho que generaba un estatus ante ella. Así se explican, por ejemplo, las acciones penales de que disponía el *master* para excluir a terceros que pretendieran interferir en el trabajo de sus sirvientes. Así se entiende también, el tratamiento de acuerdos verbales de arriendos por días o por faenas⁶⁰.

5. LA RECEPCIÓN DE LA SERVIDUMBRE CONTRACTUAL EN LAS COLONIAS INGLESAS EN AMÉRICA

Durante el siglo XVII, en las colonias inglesas en Estados Unidos de Norteamérica, estos estatutos fueron reproducidos en su mayor parte. La servidumbre contractual existió desde el inicio en Virginia, pero de forma muy diferente al estatuto del sirviente inglés. Desde luego, no recibía sueldo dado que este estaba comprendido en el transporte a América. Además, era muy superior la cantidad que le esperaba de años de servicios y por si fuera poco, el trato era peor. Edmundo Morgan explica:

“Los patrones de Virginia no tenían demasiadas razones para tratar bien a sus sirvientes, dado que probablemente no renovarían su servicio una vez expirado el plazo, y los sirvientes tenían pocos motivos para trabajar afanosamente con la esperanza de ser recontratados porque nadie se sometería a un segundo periodo de servidumbre cuando podía ganar mucho más trabajando por su cuenta”⁶¹.

⁵⁸ Sobre el estatuto jurídico del *villain*, se puede consultar FELLER (2015), pp. 223-228.

⁵⁹ STEINFELD (1991), p. 72.

⁶⁰ *Op. Cit.*, pp. 75-78. En el siglo XVI, sir Thomas Smith definía *laborers* y *artificers* como formas de trabajo libre y *servants*, *apprentices* y *villaines*, como formas de trabajo no libre, *op. cit.*, p. 104.

⁶¹ MORGAN (2009), p. 132.

Pero, además, en Inglaterra existían leyes y costumbres antiguas que permitían al sirviente tener cierta seguridad y proyección en su vida, como la obligación del *master* de dar un preaviso de tres meses si quería prescindir de sus servicios. Una garantía así no solo no aplicaba a los *indentured servants*, sino que, además, habría resultado inimaginable: los estatutos que regularon la servidumbre contractual en América buscaban proteger al sirviente, sí, pero no por una cuestión de reciprocidad sino *en la medida en que su desprotección fuese una amenaza a la seguridad de las plantaciones y de las autoridades*. Un estatuto de Virginia, de 1632, reproduciendo casi a la letra el *Statute of Artificers*, contemplaba multa y un mes de cárcel para el trabajador o artífice que abandonaba su trabajo antes del vencimiento del plazo⁶². También se reprodujo el estatuto de los *apprentices*, incluyendo las penas por negligencia o desobediencia y prisión en caso de abandonar el lugar de trabajo⁶³. Y un dato pintoresco y que puede resultar sorprendente: estas relaciones de trabajo limitadamente libres solían aplicarse a accionistas. En efecto, en los primeros años de los asentamientos en Virginia, la Virginia Company of London estaba organizada como una sociedad anónima con algunos accionistas que hacían su inversión en Inglaterra (*Adventurers*) y otros que suscribían acciones a cambio de emigrar a trabajar a la colonia (*Planters*). Estos últimos recibían, a cambio del trabajo forzoso por cierto número de años, el transporte y la mantención a cargo de la Compañía y la posibilidad de ser accionista de una sociedad en crecimiento. El tratamiento en el trabajo no era el que hoy esperaríamos a accionistas de una gran Compañía: existían severas penas por desobedecer los edictos y cualquier forma de indisciplina. Solo un ejemplo: ausentarse a misa un domingo estaba sancionado con trabajo esclavo desde una semana hasta un año y un día⁶⁴.

Este sistema se complementaba con niños enviados en calidad de aprendices. En 1619 alrededor de cien niños y niñas recogidos de las calles de Londres fueron enviados a Virginia con la ayuda del Consejo de la Ciudad para trabajar, por algunos años, en labores industriales tras los cuales, llegando a la mayoría de edad, recibirían un retazo de tierra y una porción de maíz para comenzar a trabajar de forma independiente⁶⁵. Estos *apprentices* de Virginia tuvieron un tratamiento equivalente a la esclavitud no simplemente por costumbre sino, a partir de 1619, por normativa dictada por la Primera Asamblea General de Virginia. Se contemplaba un poder discrecional para el Gobernador y el Consejo y severas penas corporales en caso de indisciplina. Este sistema subsistió hasta la disolución de la Compañía en 1624.

⁶² STEINFELD (1991), p. 41.

⁶³ *Op. cit.*, p. 44.

⁶⁴ CURTIS BALLAGH (1895), p. 24.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 29.

Similares normativas existieron años más tarde en Maryland, Rhode Island, New England y Massachusetts Bay Colony⁶⁶. Durante el siglo XVII, especialmente, las colonias británicas en América requerían con urgencia mano de obra especializada y nada mejor, tal como ocurría en la metrópoli, que comenzar con niños y niñas de entre doce y dieciocho años que servían mediante contratos suscritos por los padres y en ocasiones por los *masters* (señores) o los *overseers* (supervisores) de sus padres o, sencillamente, por quienes los habían comprado en subastas públicas. Se reprodujo de este modo el sistema de educación temprana que existía en Inglaterra, aunque organizada solo en New England (Maine, Rhode Island, Connecticut) no así en las colonias centrales (Pennsylvania, New Jersey) ni del sur (Virginia, Maryland). En todos los casos, eso sí, el formalismo estaba muy presente, casi con majadería: se trataba de formularios preimpresos, y se firmaba ante testigos y refrendado por un magistrado⁶⁷. Los contratos eran similares a los de los *indentured servants*, pero con el añadido de brindar educación general, leer, escribir y enseñar algún trabajo cualquiera (*pauper apprenticeship*), los “misterios” del comercio (*trade apprenticeship*) o trabajos más especializados de artesanía (*craft apprenticeship*)⁶⁸. El *apprentice*, como en Inglaterra, no recibía más que la mantención y el aprendizaje a través del trabajo y, al término del periodo, algunas especies (*freedom dues*), ropa, un poco de dinero o herramientas de trabajo⁶⁹. El *apprentice* no tenía derecho a ningún sueldo, aunque solía acostumbrarse pagar una cantidad de dinero al finalizar el periodo de trabajo. El tiempo de duración del servicio, que en Inglaterra era normalmente de siete años de duración, era variable en cada colonia, aunque por lo común terminaba cuando el aprendiz cumplía veintiún años de edad, en el caso de los jóvenes, y hasta los dieciséis o dieciocho o hasta que contrajesen matrimonio, en el caso de las niñas. El *apprenticeship system* derivaría más tarde en una política de gobierno, pues junto con ser un método de brindar educación, fue una institución destinada a dar protección a niños pobres o huérfanos a través de las parroquias, generándose diferencias sociales entre los *parish apprentices* y los *trade apprentices*⁷⁰. En el caso de los primeros, operaban de un modo bastante similar a las *workhouses*, que se reprodujeron en las colonias americanas de modo muy similar a como existieron en la metrópoli y hasta bastante entrado el siglo XIX⁷¹. Nativos americanos y negros también fueron participes de esta especial relación

⁶⁶ STEINFELD (1991), pp. 48-50.

⁶⁷ MORRIS (1947), p. 367.

⁶⁸ Un ejemplo de un contrato de aprendizaje, suscrito en 1674 en Maine se encuentra en MORRIS (1947), p. 366.

⁶⁹ MURRAY y WALLIS (2002).

⁷⁰ MORRIS (1947), pp. 366-386.

⁷¹ Para conocer en detalle la operatoria se puede leer ALTINK (2001).

contractual, mediante contratos igualmente escritos ante un juez de paz, aunque asimilados al estatuto de los *orphans*⁷² and *pauper childrens* (y, por lo tanto, sin la exigencia de participación de los padres) y en su mayoría para la actividad agrícola⁷³.

Es posible identificar un contraste importante entre el *servant* de Inglaterra y los *indentured servants* o los *redemptioners* de las colonias. En todos ellos existió la relación de obediencia jerárquica, fidelidad y paternalismo inspirada en la doctrina puritana⁷⁴, en cuyo contexto se presentaba la *master's household* como una unidad de organización social en la cual el trabajo era realizado con una actitud filial⁷⁵. Pero mientras el *servant* inglés trabajaba por contrato (generalmente verbal) de un año a cambio de un sueldo; los *indentured servants* o los *redemptioners* de las colonias trabajaban sin pago alguno (pues trabajaba a cambio del transporte al continente) por varios años y siempre (a diferencia de lo que sucedía en Inglaterra) lo hacían por contrato escrito (*indenture*). Además, la condición del *indentured servant* y del *redemptioner* fue más rigurosa que la del *servant* inglés en relación con el tiempo de servicio y las penas en caso de fuga: para evitar estas, algunas colonias adoptaron normas sobre salvoconductos que debían usar si se alejaban de la casa del *master*. Por último, mientras en Inglaterra estaba prohibido el castigo físico, un estatuto de Maryland, del siglo XVIII, solo prohibía golpear *de modo excesivo* al *indentured servant*: no más de diez latigazos por cada ofensa y si el *master* estimaba que el *servant* merecía una corrección mayor, debía acudir al juez de paz quien, tras oír al acusado podía ordenar hasta treinta y nueve latigazos por cada ofensa⁷⁶. El mismo estatuto prescribía una prolongación del servicio por ausencia: diez días extra por cada día de ausencia.

La venta de los *indentured servants* por parte del *master*, costumbre habitual y que sería en detalle, reglada en las colonias de América, tuvo sus precedentes en Inglaterra, pues durante siglos los gremios habían permitido a los *masters* vender o asignar los servicios de los *apprentices* e, incluso, arrendar los servicios a otros “empleadores” o vecinos cobrando rentas, así como a los *servants*, con permiso del *master*, arrendarse a sí mismos para periodos de cosechas a cambio de compartir el pago con el *master*⁷⁷. Desde el punto de

⁷² Respecto de los huérfanos no había contratos, pero sí obligaciones recíprocas. En Virginia hubo no menos de diecisiete leyes que regulaban las obligaciones de los orfanatos, donde los internos recibían educación a cambio de un trabajo forzoso. Cfr. JERNEGAN (1965), pp. 143-146.

⁷³ En Virginia, hubo al menos ocho importantes leyes entre 1646 y 1769 para la educación religiosa e industrial de niños pobres en *workhouses* bajo condiciones de trabajo forzoso. Cfr. JERNEGAN (1965), pp. 146-150. Similares previsiones existieron para los hijos ilegítimos de *indentured servants* y niños mulatos, *op. cit.*, pp. 151-153 y pp. 157-171.

⁷⁴ MORGAN (1966), pp. 110-113.

⁷⁵ TALPALAR (1960), p. 319.

⁷⁶ En STEINFELD (1991), p. 46.

⁷⁷ *Ibid.*

vista contractual, los *indentured servants*, tanto como los esclavos, podían ser vendidos y arrendados a nuevos *masters* o *mistresses*, si bien hubo decisiones judiciales que ponían ciertos límites, aunque no por aplicación de normas objetivas, sino en razón de una cierta discrecionalidad y movidos por razones de salud, de evitar separaciones dentro de la familia y otras consideraciones solo casuísticas. No obstante todo lo anterior, en su momento, los siervos bajo contrato fueron considerados una forma de trabajo libre. Ellos representaron, en las colonias británicas en América, solo una variante de lo que en esa época era calificado como trabajo libre, una forma de trabajo basada en un contrato, que no excluía a negros y nativos, y que, si bien es cierto presentaba un carácter compulsivo, no era distinto que el presente, en toda relación de trabajo. La libertad aparecía manifestada en el inicio de la relación (y eso aparecía como suficiente), justificada en la necesidad de hacerse de un capital (*hired servants*), aprender un oficio (*apprentices*) o pagar la navegación que los había llevado a América (*indentured servants* y *redemptioners*).

Además, si bien durante el siglo XVII muchos contratos de sirvientes fueron verbales, durante el siglo XVIII, casi todas estas relaciones de trabajo forzoso se celebraron por escrito, suscritas ante un magistrado e incorporadas en un registro especial, en la respectiva *registry office*. El cumplimiento de estas formalidades era considerado una garantía para el sirviente. No obstante, una vez firmado el contrato ante el magistrado y registrado en la *registry office*, quedaba automáticamente limitada la libertad del contratante. En el caso de los *indentured servants* y *redemptioners*, el sirviente que firmaba contrato en tierra, antes de zarpar, quedaba privado de libertad en el mismo barco por los días o semanas restantes para el zarpe, en casas especialmente destinadas al efecto cerca del barco o, por último, en la cárcel local. Tal privación de libertad se justificaba porque el “empleador”, durante ese tiempo, estaba obligado a darle ropa y alimentación a su nuevo sirviente.

Todas las descripciones anteriores eran de una *servidumbre considerada libre porque era por contrato*. Había también, claro está, servidumbre que se estimaba no libre: la de los sirvientes que trabajaban como alternativa a la pena de muerte, prisioneros de guerra, nativos capturados en guerra, esclavos negros canjeados por los anteriores en las Antillas Británicas, y la de irlandeses o escoceses rebeldes capturados por las fuerzas de Cromwell y enviados a Nueva Inglaterra a trabajar para empresas concesionadas por algunos años⁷⁸. En estos casos *no había contrato de por medio y por eso se les reconocía como trabajo no libre*. Y es que la visión de que la existencia de un contrato garantizaba un carácter libre al desempeño laboral, persistió durante el siglo XVII y casi todo el siglo XVIII. El gran salto en la evolución del trabajo solo tendría lugar cuando la servidumbre, no obstante ser por propia

⁷⁸ MORGAN (1966), pp. 109-110.

voluntad contratada, llegó a ser calificada como servidumbre involuntaria; cuando los grados de libertad en el trabajo no dependían de haberse celebrado un contrato, sino de los pequeños espacios de autonomía que podían negociarse, como poder trabajar para otro algunos días al año, comerciar ciertas materias primas en los ratos libres, o ejercer alguna profesión u oficio; aunque fuere entregando al *master* parte de las utilidades⁷⁹. Y sobre todo, cuando, a fines del siglo XVIII comenzó a expandirse la idea de que el trabajo libre estaba proporcionalmente unido a la eficiencia.

En el mundo anglosajón, el trabajo esclavo bajo contrato existió hasta bien entrado el siglo XIX. En Inglaterra, la legislación de *Masters* y *Servants* existió hasta 1875 y permitió cubrir trabajos industriales, agrícolas y domésticos bajo condiciones en que el abandono del trabajo era sancionado al menos con tres meses de prisión⁸⁰. El siglo anterior, la clase trabajadora, sobre todo industrial, en la Inglaterra del siglo XVIII había sido analógada a la población esclava de los países civilizados⁸¹. En contraste, en Estados Unidos, ya en la primera mitad del siglo XVIII, la *indentured servitude* estaba restringida en varios Estados solo a los menores nacidos en América y a los inmigrantes y el número de estos que llegaron en el siglo XVIII fue cada vez menor. De la *indentured servitude* blanca se había pasado a la negra y esta finalmente terminó siendo desplazada por la esclavitud negra⁸².

En la América anglosajona, la existencia de una labor remunerada no podía siempre ser calificable de libre. En apariencia podría haberlo sido, en cuanto la remuneración implicaba desde luego la existencia de prestaciones recíprocas. Sin embargo, la elección de las funciones estaba muchas veces severamente restringida y movida por necesidades públicas como, por ejemplo, el trabajo en muelles y fortificaciones, el de zapateros contratados a la fuerza para elaborar calzado para los soldados, el de artesanos contratados forzosamente para reparar armamento. Este tipo de trabajos remunerados

⁷⁹ STEINFELD (1991), pp. 108-109. Cita un caso de un *servant* que en Maryland negoció con su *master* la posibilidad de actuar como abogado litigante en la corte del condado de Baltimore, *op.cit.*, p. 110.

⁸⁰ O'CONNELL (2015), p. 68.

⁸¹ O'BRIEN (2009). En la misma línea, el manifiesto comunista de K. Marx en que se lee: "Los obreros, soldados rasos de la industria, trabajan bajo el mando de toda una jerarquía de sargentos, oficiales y jefes. No son sólo siervos de la burguesía y del Estado burgués, sino que están todos los días y a todas horas bajo el yugo esclavizador de la máquina, del contraamaestre, y sobre todo, del industrial burgués dueño de la fábrica. Y en relación a la clase obrera, la burguesía... Es incapaz de gobernar, porque es incapaz de garantizar a sus esclavos la existencia ni aun dentro de su esclavitud, porque se ve forzada a dejarlos llegar hasta una situación de desamparo en que no tiene más remedio que mantenerles, cuando son ellos quienes debieran mantenerla a ella", www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm

En "La situación de la clase obrera en Inglaterra en 1844", de F. Engels. www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/situacion/

⁸² DAVIS (1923), pp. 267-279.

fueron contrastados por muchos defensores de la esclavitud negra sureña para defender esta como muy superior al trabajo que se llamaba despectivamente “mercenario”. Fue el caso de William Grayson quien en su labor política en South Carolina así como en sus poemas⁸³ sostuvo que de los distintos sistemas de explotación laboral en que de forma inevitable debía sustentarse el avance de la civilización, la esclavitud era muy superior al “trabajo remunerado” (*hireling*, que se podría traducir como mercenario) y las plantaciones esclavas eran *la salvación de los pobres*⁸⁴. También fue el caso de los planteamientos de George Fitzhugh, en Virginia, quien traspasando las fronteras raciales, insistió en que el trabajo esclavo en las plantaciones era mucho más humano y protector que el de los obreros remunerados en las industrias, a quienes dedicó su texto llamado sugestivamente “Cannibals all, or slaves without masters”⁸⁵. Los trabajos forzados remunerados tuvieron también lugar durante la Revolución americana, tanto para desarrollar labores civiles como militares. Las condiciones de trabajo sueldos y horas de labor estaban reguladas por la autoridad militar y el ausentismo era juzgado por tribunales militares⁸⁶.

Quedaría incompleto este recuento de trabajo forzoso en Inglaterra y en la Norteamérica colonial si no se incluyera en él a las víctimas de los *kidnapers* (secuestradores). En abierta competencia con los reclutadores de *redemptioners* (llamados *newlanders*), proliferaban en los principales puertos de Inglaterra, a veces identificados como *Spirits*⁸⁷. Se trataba simplemente de delincuentes que, mediante falsas acusaciones de fugas de los lugares de trabajo o falsas denuncias criminales, obtenían, a través del engaño, la firma de algunos contratos de trabajo. En otras ocasiones, tomaban ventaja de la ingenuidad de muchas personas a quienes persuadían –al decir del testimonio de un jesuita, en 1665– “que la vida en las islas era una cama de rosas, que de la tierra salía leche y miel y que se trabajaba poco y se ganaba mucho”⁸⁸. En otros casos, mediante engaños, incluyendo regalos de dulces a los niños, o

⁸³ Sus poemas *pro-slavery* publicados en 1856 bajo el título *The hireling and the slave*, se pueden leer en <https://archive.org/details/cu31924021989607>

⁸⁴ Uno de sus poemas termina así: “No want to goas, no faction to deplore, the slave escapes the perils of the poor”, *op. cit.*, p. 49. La literatura proesclavismo sureño que argumentaba contrastando esa realidad con la desprotegida clase obrera inglesa y haciendo el paralelismo entre republicanismo y monarquía, es abundante. Puede citarse también “*English Serfdom and American Slavery*” (Lucius Chase, 1854) en <http://antislavery.eserver.org/proslavery/chaseenglishserfdom/englishserfdom.pdf>

⁸⁵ <https://ia600304.us.archive.org/7/items/cannibalsallorsl00fitz/cannibalsallorsl00fitz.pdf>

⁸⁶ MORRIS (1947), pp. 295-300.

⁸⁷ Según MANNIX y COWLEY (1968), p. 64, se les denominaba *Spirits* porque “hacían desaparecer” a sus víctimas como si fueran espíritus. Y agrega: “llegaron a convertirse en agentes tan comunes y eficientes como los antiguos secuestradores de la costa africana”, *ibid.*

⁸⁸ Citado en WILLIAMS (1984), p. 97.

en caso de ser necesario, mediante golpes o embriagando a mujeres y niños, los secuestraban⁸⁹ y antes de embarcarse, quedaban viviendo semanas en los principales puertos, privados de libertad por los *Spirits* hasta que algún comerciante los comprara para transportarlos y revenderlos en las colonias. Una vez vendidos los embarcaban y entonces, en alta mar los hacían firmar contratos de trabajo. El formalismo lo escondía todo. Muchos migrantes que llegaron a Virginia y a Maryland, durante la primera mitad del siglo XVII, llegaron en estas condiciones, hasta el punto que en 1664, el Committee for Foreign Plantations debió intervenir ante reclamos de comerciantes que sentían que tales secuestradores hacían una competencia desleal respecto de los comerciantes honestos que ofrecían el transporte a cambio de entre seis y siete años de trabajo forzoso, mediante contratos “libremente celebrados” en tierra. Solo desde entonces, rigió la norma que obligaba a registrar nombres y edades de todos los migrantes a las colonias.

6. CONCLUSIONES

Sobre la base de los modelos históricos descritos, entre otros, creo que resulta legítima la siguiente afirmación: la suposición de que si existe un contrato tras un determinado trabajo este no es forzoso, resulta desmentida por la historia. Ni en el pasado, ni en la actualidad, la existencia de un contrato de trabajo excluye el trabajo esclavo; ni al momento de la incorporación, ni en el desarrollo de la relación, la existencia de un contrato excluye la compulsión. Esto resulta relevante al momento de dimensionar el derecho a la libertad de trabajo. El Derecho del Trabajo regula relaciones de trabajo libremente consentidas y no debe olvidarse que representa una rama escindida del Derecho Civil, una de cuyas bases desde el siglo XVIII es la libertad contractual. Pero así como desde el Derecho Civil junto a la libertad contractual positiva se menciona la libertad contractual negativa –derecho a no contratar–, el Derecho del Trabajo no debería olvidar que junto a su faz positiva –el derecho a contratar y ser contratado para un trabajo– existe una faz negativa, tanto o más importante: el derecho a no desempeñar un trabajo en el que no se ha consentido –y no se está consintiendo– en libertad. Esto no es Derecho Civil ni Derecho Laboral y va más allá de la libertad de trabajo como derecho económico y social. Es una perspectiva medular en el campo del nuevo Derecho Humanitario, un elemento fundamental del Estado de derecho y del constitucionalismo democrático social contemporáneo: la libertad de trabajo,

“en su vertiente negativa, de no ser obligado a ejercer un trabajo, no se ha concebido como un mero derecho social o económico, ha adquirido

⁸⁹ MORRIS (1947), pp. 337-345; THOMAS (1998), p. 175; MANNIX y COWLEY (1968), pp. 63-64.

un sentido ético o moral en relación con la protección de la dignidad y la libertad de la persona y ha devenido en uno de los principales derechos humanos⁹⁰.

En la actualidad, la servidumbre por deudas es la forma de trabajo forzoso más extendida en el mundo, quizá porque en la lógica de la mercantilización del trabajo, es la más simple de justificar ante las autoridades. En ocasiones el contrato solo se utiliza para atraer al sujeto dando un halo de legalidad que prontamente es abandonado, así como para justificar la permanencia del trabajador ante las autoridades policiales y fiscalizadoras. En otros casos, existe en efecto un contrato y el acreedor no se pretende dueño del deudor, no lo reivindica como su propiedad, pero su pretensión de obtener del deudor su trabajo aparece, ante sus ojos, como una forma perfectamente legítima de facilitarle el pago de las deudas. De acreedor de una suma de dinero, se transforma en acreedor de un trabajo. Llegado a ese enunciado, las circunstancias concretas hacen casi invisibles las fronteras entre un trabajo libre y un trabajo forzado. Las realidades superan las categorías conceptuales y sus presupuestos, y aquellas y estos deben, por lo tanto, ser objeto de un constante cuestionamiento.

Al lector puede parecer arbitrario y falta de justificación haberme explayado con detalle en la explicación de relaciones contractuales que han pasado a la historia y que nos resultan tan ajenas no solo temporal, sino geográficamente. No obstante, revelan, a mi juicio, de un modo extremo y sorprendente una realidad atingente a un debate que merece atención. La existencia de contratos, de registros, de autorizaciones, de requisitos y de supervisiones estandarizadas, no impide que se extiendan condiciones de trabajo forzoso o aquello que una convención llamó prácticas análogas a la esclavitud⁹¹. Más aún, como lo ha mostrado Kevin Bales, en la obra citada al comienzo, todo ello resulta funcional a la invisibilización de esas prácticas. ¿Qué queda entonces? Asumir que ellas no surgen de la maldad, ni siquiera de la pura agencia humana, de decisiones arbitrarias de alguien en particular, sino que nacen *necesariamente* y se extienden cuando las condiciones económicas y sociales les son propicias. La segregación y la segmentación de los trabajos basada no en aptitudes y condiciones objetivas, sino en el origen de los trabajadores migrantes, la falta de atención del Estado en universalizar las protecciones sociales, son condiciones propicias. Por el contrario, representan una valla importante a esas prácticas análogas a la esclavitud, la recepción de la mano de obra migrante, no como un problema, sino como un proceso normal que conlleva un enorme potencial de desarrollo, la educación en la tolerancia y la diversidad y, desde luego, la

⁹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, en DE LA VILLA (2011), p. 306.

⁹¹ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas, de 1956.

difusión generalizada de beneficios sociales y de aquellos derechos y garantías que nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas, cualquiera sea su origen. Las consagraciones y las prevenciones normativas son, por sí solas, insuficientes. Los derechos sociales tanto como los individuales, no dependen solo de su consagración normativa sino de su vigencia sociológica y de su eficaz promoción por las instituciones llamadas a protegerlos. En la coyuntura que Chile vive, con tanta mano de obra migrante que se ofrece en toda su inmensa riqueza y diversidad, pero, al mismo tiempo, tan vulnerable en sus condiciones de contratación, puede ser un aporte la regresión a la historia para tomar conciencia de las limitaciones que presenta el formalismo legalista y el enorme potencial que implica entender el Derecho como una herramienta realista para dar respuesta positiva a los desafíos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMITSKY, Ran y BRAGGION, Fabio (2006): "Migration and human capital: self-selection of indentured servants to the Americas", en *The Journal of Economic History*, Vol 66 N° 4: pp. 882-905.
- ALTKIN, Henrice (2001): "Slavery by another name: Apprenticed women in Jamaican Workhouses in the period 1834-8", en *Social History*, vol. 26 N°1: pp 40-59.
- ATIYAH, Patrick (1985): *The rise and fall of freedom of Contract* (Oxford, Oxford University Press).
- BALES, Kevin (2000): *La nueva esclavitud en la economía global* (Madrid, Editorial Siglo XXI).
- BLACKMON, Douglas (2008): *Slavery by another name* (Nueva York, Doubleday).
- COURTIS, Christian (2006): "El juego de los juristas", en COURTIS (coord.), *Observar la ley ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. (Madrid, Editorial Trotta).
- CURTIS BALLAGH, James (1895): *White Servitude in the colony of Virginia: a study of indentured labor in the American Colonies* (reimpreso en India, 2016).
- DAVIS, T.R. (1923): "Servitude in the United States: Servitude distinguished from slavery", en *The Journal of Negro History*, Vol. 8 N° 3: pp. 247-283.
- DRU STANLEY, Amy (1998): *From bondage to contract*. (Cambridge, Cambridge University Press).
- ENGELS, Federico (2012): *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Edición de www.marxists.org. disponible en www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf [fecha de consulta: 12 de octubre de 2016].
- FELLER, Laurent (2007): *Campesinos y señores en la edad media* (Valencia, Universidad de Valencia).
- GRUBB, Farley (200): "The Transatlantic Market for British Convict Labor", en *The Journal of Economic History*, Vol. 60 N° 1: pp 94-122.

- HOFFMAN, Michael (1992): *They were White and they were slaves. The untold history of the enslavement of whites in early America* (New York, Wiswell Ruffin House).
- JERNEGAN, Marcus Wilson (1965): *Laboring and dependant classes in colonial America. 1607-1783* (New York, Ungar).
- LAMENNAIS, Felicite Robert. (1979): *De l'esclavage moderne*.
- LOCKE, John (2009): *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes Editorial).
- LOSURDO, Doménico (2005): *Contrahistoria del liberalismo* (Madrid, Editorial El Viejo Topo).
- MANNIX, D. y COWLEY, M. (1968): *Historia de la trata de negros* (Madrid, Alianza Editorial).
- MACPHERSON, C.B. (1970): *La teoría política del individualismo posesivo* (Barcelona, versión original, *The Political Theory of Possesive Individualism*, Oxford, 1962).
- MACPHERSON, C.B. (1979): *Democratic Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- MEILLASOUX, Claude (1990): *Antropología de la esclavitud* (Madrid, Editorial Siglo XXI). Versión en inglés: *The Anthropology of Slavery: The womb of Iron and Gold*. University of Chicago Press, 1991. En el original: *Anthropologie de l'esclavage*, Presses Universitaires de France, 1988.
- MORGAN, Edmund (2009): *Esclavitud y libertad en los Estados Unidos* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores).
- MORRIS, Richard (1947): *Government and labor in early America* (New York, Columbia University Press).
- MURRAY, John y WALLIS, Ruth (2002): "Markets for Children in Early America; a Political economy of Pauper Apprenticeship", en *The Journal of Economic History*, Vol. 62 N° 2: pp 356-382.
- O'BRIAN, James (2009): *The rise, progress, and phases of human slavery: how it came into the world and how it shall be made to go out*. (Delhi).
- O'CONNELL DAVIDSON, Julia (2015): *The margins of freedom. Modern Slavery* (Bristol, University of Bristol).
- POLLOCK, Sir Frederich and MAITLAND, Frederic William (1978): *The history of English law before the time of Edward I* (Cambridge) Vol. II. Disponible en: <https://archive.org/details/historyofenglish00polluoft>
- ROEDIGER, David (1995): *The wages of whiteness. Race and the making of the american working class* (San Francisco, Verso).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel (2011): "El trabajo obligatorio o forzoso", en DE LA VILLA, Luis (coord.), *El trabajo*, Madrid, 2011.
- RULE, John (2013): *The Labouring Classes in Early Industrial England, 1750-1850* (New York, Longman).
- SIMPSON, A WB (1987): *A history of the common law of contract: the rise of the action of assumpsit* (Claderndon Press).

- SNYDER, Mark (2007): "The education of Indentured Servants in Colonial America", en *The Journal of Technology Studies*, Vol 33 N° ½: pp 65-72.
- STEINFELD, R, (1991): *The invention of free Labor* (Carolina del Norte, University of North Carolina Press).
- TALPALAR, Morris (1960): *The sociology of colonial Virginia* (New York, Philosophical Library).
- THOMAS, Hugh (1998): *La trata de esclavos* (Barcelona, Editorial Planeta).
- UGARTE VIAL, Jorge (1977): *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil 1977*.
- UNDERWOOD, Harold (1956): *Historia económica de los Estados Unidos* (Buenos Aires, Editorial Nova).
- WILLIAMS, Eric (1984): *From Columbus to Castro. The history of the Caribbean* (New York).

EL MOBBING O ACOSO LABORAL Y SU TUTELA EN UN ESCENARIO DE SUBCONTRATACIÓN

THE MOBBING OR LABOR HARASSMENT AND ITS GUARDIANSHIP IN A SUBCONTRACTING SCENARIO

*Santiago Zárate González**

RESUMEN: En el presente trabajo nos preguntamos cuál debiera ser la solución que puede darse al *mobbing* o acoso laboral cuando este se da en un escenario de subcontratación, y la efectiva tutela de los derechos fundamentales del trabajador, vulnerado a través del procedimiento especial contemplado en el párrafo 6° del título I del libro V del *Código del Trabajo*. La actuación del juez laboral es relevante y no puede eximirse el mismo de cautelar los derechos del trabajador vulnerado, y de analizar la vulneración desde la perspectiva de la prueba indiciaria, estándar mínimo que otorga al trabajador la posibilidad cierta de protección de parte del órgano jurisdiccional.

PALABRAS CLAVE: Mobbing - Vulneración - Tutela - Subcontratación.

ABSTRACT: In this paper, we ask what should be the solution that can be given to mobbing or labor harassment when it occurs in a context of outsourcing, and the effective protection of fundamental labor rights violated through the special procedure referred to in paragraph 6 Title I of Fifth Book, of the Labor Code. The performance of the labor court is relevant and it can't exempt the same, first, to protect the rights of the worker violated, and then, to analyze the violation from the perspective of circumstantial evidence, minimum standard that gives the worker the possibility of certain protection part of the court.

KEYWORDS: Mobbing - Infringement - Guardianship - Subcontracting.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Evolución de las Instituciones Jurídicas Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Romano y Civil Universidad Central de Chile.

El *mobbing* o acoso laboral fue reconocido expresamente en nuestra legislación por la ley N° 20.607 de 8 de agosto de 2012, norma que estableció con claridad cuándo aquella conducta se daba y cuáles eran sus requisitos. La norma en cuestión modificó el artículo 2° del *Código del Trabajo (CT)* y otras normas del mismo cuerpo legal, agregando una segunda parte al inciso 2° (el cual se refería a la figura del acoso sexual, ya presente antes en la legislación).

Dispone la norma en cuestión:

“Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Realizando una labor exegética y analítica de la norma transcrita, la Dirección del Trabajo (DT), mediante ordinario N° 3519/034 de fecha 9 de agosto de 2012, fijó el sentido y alcance de la norma en comento, definiendo la conducta de acoso laboral, en términos amplios, como:

“Todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que de ello resulte mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados”¹.

La misión de hacer comprensible los alcances de la nueva normativa, son adecuados y de una minuciosidad que se espera de todo órgano del Estado, que tenga por finalidad fijar el sentido y alcance de las leyes laborales, como se puede desprender de la ley orgánica de esa Dirección. Según esta entidad,

“la intención del legislador ha sido, por una parte, sancionar el acoso laboral ejercido en las condiciones previstas en la nueva normativa como contrario a la dignidad de la persona, por tratarse de una conducta ilícita”.

¹ Dirección del Trabajo (2012): Dictamen N° 3516/034.

ta, que lesiona diversos bienes jurídicos que derivan de dicho derecho, tales como la integridad física y psíquica y la igualdad de oportunidades, teniendo, de esta forma, por fundamento, el respeto y promoción de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito de su trabajo, resguardados por la Constitución y las leyes”².

Por su lado, la doctrina laboralista nacional ha definido el *mobbing* como el:

“proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio”³.

En definitiva, y como se puede apreciar, se trata de situaciones que afectan no solo aspectos físicos de las personas sino que, también, psicológicos, tales como el menoscabo o el hostigamiento, ocurridos en la realidad con una normalidad que sobrecoge. Como señala Eduardo Caamaño, el *mobbing* “resulta [ser] un comportamiento hostil, de ordinaria ocurrencia”⁴.

Para evitar esta clase de situaciones, el Estado, a través de la reforma de su sistema de enjuiciamiento laboral (acción de tutela por la vulneración de derechos fundamentales laborales, artículo 485 y siguientes del CT), ha debido intervenir el centro neurálgico del poder empresarial representado por esa unidad económica denominada empresa, a fin de proteger a las personas (trabajadores), ajenas al papel que puedan o no jugar en su interior, y, a ser respetadas en sus derechos, en su condición inalienable de personas (sujetos de derecho), lo que se ha denominado por algunos autores ciudadanía en la empresa⁵.

Sin embargo, la judicatura nacional⁶ ha sostenido algo que a todas luces pugna con el sentido propio de la norma legal en análisis, algo que nuestros autores han debido aclarar que es que los actos discriminatorios que conforman el *mobbing* no pueden ser estimados aisladamente, pues aquello constituiría un evidente despropósito⁷.

² Véase artículo 1º del DFL 2 de fecha 29 de septiembre de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.

³ GAMONAL CONTRERAS y PRADO LÓPEZ (2006), p. 12.

⁴ CAAMAÑO ROJO (2011), p. 218.

⁵ GAMONAL CONTRERAS (2004), p. 24 y ss. También en CAAMAÑO ROJO (2011), pp. 215-240.

⁶ Véase sentencia del JLT de Valparaíso en causa RIT T-62-2009. También en sentencia de la CA de Santiago, rol 743-2010.

⁷ CORDERO MENESES y CORVALÁN SOTO (2010) p. 39. También en UGARTE CATALDO (2010) p. 25.

En efecto, no se puede reducir el *mobbing* a la ocurrencia única de actos aislados sino, también, a una serie de actos conectados entre sí, y que confluyen normalmente en el despido del trabajador por una causal que ni siquiera se acerca a la realidad. Esta conectividad lesiva se da, recordemos, en el marco de un conjunto de actos y de omisiones que son oscuras, tapadas, clandestinas si se quiere, y que resultan ser un difícil test para el trabajador⁸.

No trata el *mobbing* de una situación aislada o temporal, sino permanente y reiterada en el tiempo, cuyos efectos no siempre se evidencian de inmediato. Pueden darse varios hechos al parecer inconexos entre sí, pero que se dirigen hacia un mismo destino: el despido del trabajador por una causal inconexa. José Luis Ugarte sostiene que si el plazo para interponer la denuncia caducara como se piensa por algunos jueces de tribunales superiores “Estariamos frente a un ilícito continuado cuyo reproche jurídico se mantiene, ya que se siguen vulnerando derechos fundamentales”, y continúa luego la misma:

“Se trata de defender derechos básicos de las personas, por lo que la actitud judicial debería ser especialmente cuidadosa en no sostener interpretaciones procesales o sustantivas que restrinjan los derechos fundamentales laborales innecesariamente. De sostener lo contrario lleva a absurdos intolerables en los cuales los graves atentados a derechos fundamentales, como atentados a la vida e integridad física de los trabajadores se sanearía jurídicamente con el transcurso del plazo, pudiendo el empleador en esos casos seguir manteniendo la conducta que vulnera las más importante normas jurídicas como son las normas constitucionales”⁹.

En el mismo sentido se pronuncian Cordero y Corvalán:

“Por tanto –sostienen– es evidente que el plazo debe contarse desde que concluya la conducta lesiva entendiendo que se trata de una conducta que lesiona derechos básicos para la sociedad”¹⁰.

Ahora bien, como el acoso laboral es un proceso compuesto de varias acciones u omisiones que vulneran en su conjunto los derechos de los trabajadores (de uno o de un grupo de ellos), se presenta el problema de determinar de qué manera es perceptible ese proceso en una relación de subcontratación. Fácil parece sostener que en un escenario de subcontratación, tal proceso no es posible debido a que el trabajador afectado nada tiene que ver con la gerencia o con los trabajadores de otra empresa. Y en cierto modo, aquello es así, dado que entre trabajadores de empresas relacionadas no exis-

⁸ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010) p. 2; CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2012).

⁹ UGARTE CATALDO (2010), p. 25.

¹⁰ CORDERO MENESES (2010), p. 39.

te vinculación contractual laboral alguna. Es decir, que cada trabajador debe ser considerado solo en relación con su empresa y no respecto de la empresa llamada mandante.

Sin embargo, esta visión es sesgada, debido principalmente a la relación contractual de carácter civil que relaciona a las empresas entre sí. De hecho, dos o más empresas pueden encontrarse relacionadas en virtud de un contrato civil, por el cual, por ejemplo, la empresa que es dueña de la obra le confiere una delegación del mismo o de una parte del mismo para que la segunda la desarrolle. Así, si se trata de la construcción de una obra que tiene varias etapas, lo usual es que cada etapa se licite a varias a empresas, las cuales asumen obligaciones en virtud de contratos también civiles (casi siempre de construcción o mantenimiento), de modo que cada una de las empresas involucradas cumple con cada una de ellas en una relación descendente cuyos niveles dan origen a las denominaciones fácticas de contratistas y subcontratistas, en relación con cada etapa; todo conforme a las reglas establecidas en los contratos civiles, con frecuencia, bajo supervisión técnica de trabajadores de esas empresas relacionadas, denominados administradores de contrato.

En esta dinámica, los trabajadores de cada empresa, parecen permanecer vinculados en exclusiva a la empresa para la cual se encuentran contratados. Esto, en apariencia. En efecto, cuando se produce esta relación contractual civil entre las empresas estamos en presencia de lo que se denomina subcontratación, figura que no significa otra cosa que si bien entre las empresas relacionadas se puede dar una relación contractual de carácter civil (tanto contratistas como subcontratistas), los trabajadores de esas empresas vinculadas se relacionan entre sí en un régimen que la ley N° 20.123 de 2006 llamó “Del trabajo en régimen de subcontratación”, tratado en el párrafo 1°, del título VII del libro I del *CT*.

Por ello, para que se dé un régimen de subcontratación laboral es necesario, primero, que exista con anterioridad una relación contractual de carácter civil entre empresas que se vinculan en dicho carácter, sea como contratistas, sea como subcontratistas. Segundo, que en las empresas contratistas o subcontratistas existan trabajadores cuyas labores sean atingentes al fin perseguido en el contrato civil suscrito entre las empresas que la ley llama mandante o dueña de la obra, y contratistas o subcontratistas, respectivamente.

Tercero, que la empresa mandante ejerza supervigilancia respecto del cumplimiento de ciertas obligaciones de carácter laboral y previsional, de las empresas contratistas o subcontratistas con sus propios trabajadores, lo que se conoce como derecho de información y derecho de retención. En mérito de estos derechos o facultades, el legislador busca tanton supervigilar el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales, exigiendo la empresa mandante a sus contratistas o subcontratistas, un estándar cuyo incumplimiento

puede generar el término del contrato civil al cual acceden esas empresas como la retención de los estados de pago pendientes para los solos efectos de cumplir con el pago de las leyes laborales (bonos, indemnizaciones) o previsionales (cotizaciones, subsidios de cesantía), que se encontraren insolutas. Es la opción que han establecido las empresas para controlar ya los aspectos civiles originados en el contrato matriz ya, también, aquellas relativas a los aspectos laborales y previsionales de ellos, sean estas mandantes, contratistas o subcontratistas. Por ello la figura del administrador de contrato.

Este administrador posee todas las facultades conferidas por las empresas en las cuales aquellos desempeñan sus labores para llevar a cabo el fin último de ser custodios del cumplimiento del contrato civil, por lo que forman parte del equipo de administración de aquellas empresas y, por ende, de la gerencia de la misma. Son trabajadores con facultades de administración, mando y control.

La empresa mandante, entonces, nombra a un trabajador como administrador del contrato, con facultades que le permiten inmiscuirse en la administración de la empresa contratista o subcontratista, quien a su turno nombra también a un administrador del contrato, el cual, sin embargo, carece de facultades de mando y control en referencia a la empresa mandante. Es decir, el administrador de la empresa mandante tiene facultades de mando y control; no así el administrador de la empresa contratista o subcontratista que únicamente tiene facultades reducidas en su propia empresa. Este último es solo un relacionador público. Esta es la realidad que surge en una relación de subcontratación, subterfugio legal que permite a las empresas mandantes solicitar la salida de trabajadores de la empresa contratista o subcontratista (pedidos), o generar la exoneración de trabajadores conflictivos, generalmente asociados a un sindicato en formación (listas negras).

De esta manera, como estas acciones quedan bajo el manto de la oscuridad y la clandestinidad, no pueden ser detectadas sino en virtud de estimar que en un escenario de subcontratación, las facultades de mando y control de la empresa mandante, pueden afectar las facultades de las jefaturas de sus empresas contratistas o subcontratistas, determinando en cada caso, quién sigue trabajando y quién no. Es decir, en un escenario de subcontratación se da una extensión de las facultades de mando y control desde la empresa mandante hacia las empresas contratistas o subcontratistas. Esta situación permite, sin duda, el ocultamiento de las intenciones de la jefatura de la empresa mandante, que resulta ser en los hechos lo más difícil de acreditar, por parte del trabajador en un juicio por tutela.

Pues bien, el presente trabajo propone un enfoque que puede ser reducido al absurdo por algunos, tanto por la defensa de la empresa denunciada, como por el juez de la causa, toda vez que en un estadio de subcontratación, las empresas relacionadas tienen comunicabilidad en lo que a las facultades de mando y control se refiere. Es decir, en virtud de esa relación interempre-

serial las facultades de mando y control traspasan los límites estructurales de las empresas contratistas o subcontratistas, determinando qué trabajadores, bajo vínculo de dependencia y subordinación de alguna de ellas, se encuentren también bajo el halo de control de la empresa mandante.

Así, no se podría entender, por ejemplo, que un empleado de la empresa A (mandante) pudiese darle instrucciones al empleado de la empresa B (contratista), y así sucesiva e indistintamente hacia sus subcontratistas. A ello apunta la pregunta: ¿por qué si el administrador de contrato de la empresa mandante presta servicios para esa empresa, puede no solo hostigar a un trabajador de una empresa contratista o subcontratista de forma tal que al final salga impune de esa situación, y que además, pueda darle instrucciones de cómo proceder en su trabajo?

Por ello, pensamos que hay que hilar más fino, como lo hemos hecho al plantear esta posibilidad. Instituciones subrepticias como los pedidos y las listas negras, tan clásicas del quehacer empresarial chileno, debilitan principios tan importantes como la dignidad de los trabajadores, y la estabilidad en el empleo. Se trata de comportamientos típicos e ilegales que se esconden tras el manto de la impunidad. Todos saben que los pedidos, y las listas negras existen, pero nadie se atreve a denunciar y probar su existencia. Por ello, es tan importante el actuar tanto de jueces como de los organismos técnicos de fiscalización, ya que es en ellos sobre los que descansa la protección última de los trabajadores.

Adquiere singular importancia en el sentido anotado, lo que se denomina prueba indiciaria, amén de las medidas cautelares decretadas por el juez para proteger aquello que pudiese constituir una prueba irrefutable y determinante, a manos de un empleador poco transparente. Una relación de subcontratación constituye el escenario perfecto para el desarrollo de conductas lesivas de derechos fundamentales.

Como la conducta de *mobbing* ha sido incorporada al CT (artículo 2, inciso 2°, segunda parte, del CT), lo que correspondía era que de la misma forma, el legislador protegiera adjetivamente al trabajador de estos atentados a la dignidad, creando una acción eficaz para ello: una acción de tutela para el caso de vulneración de derechos fundamentales de carácter laboral. En efecto, señala el artículo 485, inciso 2° del CT, lo siguiente:

“También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Encontrándose la conducta de acoso laboral en el inciso 2° del artículo 2° del CT, el procedimiento de tutela es absolutamente aplicable.

Con anterioridad a la modificación de la ley N° 20.607, la doctrina refería en sus textos, a la posibilidad de que los juzgados del trabajo aplicaran una sanción al *mobbing* solo a partir del análisis, tanto del artículo 19, N° 1

de la Constitución Política (derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de la persona), como al del artículo 2°, inciso 2° (en su redacción anterior referida al acoso sexual), y artículo 5° (esencia de los derechos laborales), normas estas últimas del CT. De hecho, así ocurría, pero con la posibilidad de que algunas Cortes de Apelaciones pudieran no aceptar el mismo criterio, provocando con ello incertidumbre jurídica y desprotección de los trabajadores. Esto, sobre todo pensando que, aunque la prueba producida por el trabajador pudiere adolecer de insuficiencia, la labor judicial siempre se encuentra amparada por el principio *pro operario*.

De este modo, y como sea, el legislador prefirió consagrar la figura del *mobbing* en forma expresa, definiéndolo en los siguientes términos:

“Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

Pues bien, ya establecida la legalidad del derecho a reclamar la tutela en caso de *mobbing*, en un escenario tan complicado como el de subcontratación, es necesario referirnos al procedimiento de tutela judicial efectiva tratado en el párrafo 6° del título I del libro V del CT, más específicamente a aquello relacionado con el estándar de prueba requerida por los artículos 490 y 493 del CT, esto es, con la prueba indiciaria.

Todos los autores están contestes en señalar que este estándar de prueba mínimo que, si bien no exime de probanza a la parte denunciante, sí permite que a partir de ciertos hechos el juez pueda establecer un *modus operandi* lesivo de parte del empleador; posee una finalidad diversa de aquella que los tribunales piensan estar aplicando correctamente.

La labor del juez a partir de la exposición de los hechos constitutivos de la lesión toma una importancia dantesca, ya que podrá aplicar toda la gama de instrumentos que la ley le confiere para efectos de adentrarse en la temática planteada por el denunciante (a través de medidas cautelares), hasta culminar con la aplicación de una sanción ejemplar, al empleador que vulnera derechos fundamentales de sus trabajadores (principio de impulso procesal de oficio).

Un doble aspecto importa relevar a propósito de la prueba en esta materia. El primero relativo al *onus probandi*, y el segundo, al *thema probandi*.

Respecto del primer aspecto, los artículos 490 y 493 del CT, señalan, en sus partes pertinentes, que debe hacerse “una enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada”, añadiendo la segunda norma citada: “de los que resulten indicios suficientes”.

Este sistema, señala Valdés Dal-Re, resulta ser una modificación de la regla general aplicable a la gran mayoría de los casos laborales, y que en el caso chileno se encuentra consagrada en el artículo 1698 del *Código Civil*:

“Sin embargo, esta regla común en materia del onus probandi, que se concreta adjudicando la carga de la prueba al litigante, se ha rectificado en materia de derechos fundamentales y no discriminación. La razón reside en la gran variedad del proceder vulneratorio y discriminatorio, en su polimorfismo, que se traduce en la especial dificultad de su demostración, lo que convierte la actividad probatoria en el banco de prueba de la garantía constitucional de los derechos fundamentales y la no discriminación”¹¹.

El punto fundamental que orienta a este tipo de prueba se encuentra en el hecho de lo difícil que resulta para el trabajador probar sus dichos.

La reducción de la carga, que no implica la mutación del sujeto llamado a probar sus dichos conforme a la regla general de los contratos, permite, no obstante, que los hechos constitutivos de vulneración de derechos puedan ser examinados por el juez a partir de señales mínimas que le convenzan de existir una amenaza. En los casos de hostigamiento, muchas veces las acciones u omisiones de las empresas quedan cubiertas por el manto de la impunidad, debido esto a que es muy difícil saber con mediana certeza cuáles han sido las motivaciones o intenciones reales del empleador. Es aquí donde el principio de supremacía de la realidad cobra cabal importancia.

El principio de supremacía de la realidad se ha entendido, en la doctrina, como aquel en que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, debe dársele preferencia a lo primero. El autor uruguayo Américo Pla Rodríguez, estudioso del derecho laboral, hoy fallecido, ha sostenido “que la realidad lleva necesariamente a la verdad” y que esta, a su turno, es un reflejo del imperio del principio de la buena fe, por lo que cuando en una relación laboral se disfraza la verdad, ello atenta contra la buena fe.

Como es sabido, la realidad como concepto tiene una doble connotación:

- i) una concreta y
- ii) otra abstracta.

La primera se asume desde la perspectiva de la cosa misma (*ipsa res*), por lo que, siguiendo a Aristóteles, solo es posible su cognición a partir de los sentidos. Sostiene el Estagirita¹²: “Nihil est in intellectu quod paus non fuerit in sensu” [nada hay en el intelecto que antes no haya estado en los sentidos].

¹¹ VALDÉS DAL-RE (1990) p. 261. También en LOUSADA (2005), p. 38.

¹² DE AQUINO (1485).

En mérito de la visión aristotélico-tomista, la realidad es una cosa palpable de acuerdo con lo que los sentidos pueden ofrecernos.

La segunda, entiende que la realidad como tantas otras cosas, no tiene un ser palpable, captable por los sentidos, sino muy por el contrario, este es abstracto e incorporeal, de modo que siendo ella una concepción mental, no tiene un correlato en la realidad, sino solo en la mente de quien la piensa. Es decir, la realidad es un concepto y como tal únicamente aprehensible por el intelecto.

Leibniz, en este sentido, sostiene que la cuestión de la realidad es un tanto diversa de la visión aristotélica, pues si los sentidos, como órganos del cuerpo humano, pueden engañarnos, Aristóteles no tenía razón absoluta en su postulado. Así, Leibniz, partiendo, eso sí, de la teoría de Aristóteles, sostiene que: "Nihil est in intellectu quod paus non fuerit in sensu" [nada hay en el intelecto que antes no haya estado en los sentidos] y agrega: "nisi intellectus ipse" [excepto el intelecto mismo], que en definitiva restringe el concepto y lo relativiza. Esto, porque en Leibniz la verdad es una proposición apriorística relacionada con el principio de identidad, misma consideración que se aplica a la experiencia¹³.

Por otro lado, y como una consecuencia evidente de lo señalado, la verdad es, asimismo, un concepto que bien puede adecuarse o no a la realidad cognoscible. Así, entonces, si la realidad se adecua a la verdad, esta se dice ser una verdad apodíctica, vale decir, una que no merece examen ni duda alguna, incluso en el caso de que no se cumpla el silogismo que la sustenta. Lo anterior, porque debemos entender que el Derecho, en tanto ciencia, no se vale de la lógica formal para la sustentabilidad de sus premisas, como ocurre en las Ciencias Naturales, sino que en la formulación de un entimema, o sea, de un silogismo de carácter dialéctico¹⁴.

Ahora bien, basado en esto, es imprescindible concluir que si las premisas y conclusiones del silogismo son verdaderas, lo será también, entonces, el silogismo. No obstante ello, y aquí es donde Américo Pla yerra notablemente, todo silogismo jurídico, que como hemos dicho, es de naturaleza dialéctica, termina por subsumirse en el contenido que le es propio. Es decir, cuando se plantea un silogismo jurídico (por así llamarlo), las conclusiones del mismo pueden ser válidas o inválidas, pero jamás verdaderas o falsas. En otras palabras, la realidad no conduce necesariamente a la verdad, porque en el ámbito del derecho de lo único que es posible hablar, es de silogismos argumentales de carácter dialéctico, con premisas y conclusiones válidas, pero no de inmediato verdaderas.

El problema que se plantea, por ende, es el de determinar qué implica que la realidad pueda, por ende, ser considerada como verdad. En definitiva, si aceptáramos que la realidad es verdad, sea intelectual como en lo concre-

¹³ ESQUISABEL (1999), p. 169.

¹⁴ Véase GARCÍA AMADO (1999), pp. 131-147.

to, los hechos ocultos quedarían reducidos al espectro interno del empleador y jamás verían la luz. Salvo que, por consiguiente, sea la realidad concreta constituida por algunos hechos con apariencia de inconexión entre ellos, la que informe a quien deba determinarlo así en su análisis, la posibilidad cierta de existir una vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, según Pla Rodríguez, el disfraz de la realidad puede influir en el principio de la buena fe contractual, lo cual resulta difícil de sostener. Primero, por cuanto la buena fe contractual no mira a la verdad como realidad, y que en Pla Rodríguez conduce necesariamente a la verdad. Y segundo, porque la buena fe se basa en la conducta consciente de los actores en orden a cumplir con lo pactado, cuestión que responde a un imperativo jurídico, no siempre escrito, como ocurre con la *ratio legis* que sí se expresa en la ley. Así, si se desconoce el pacto entre empleador y trabajador planteado en un finiquito, por ejemplo, allí sí se puede hablar de mala fe¹⁵.

No obstante, el argumento es interesante desde que en el caso del *mobbing*, tanto general como especial (régimen de subcontratación), se da, por cierto, el problema del disfraz de la realidad a que se refiere Pla Rodríguez, ya que el ocultamiento de la intención del empleador de hostigar al trabajador, sea de modo directo, sea indirecto (como en el caso de la subcontratación), demuestra, *a priori*, la mala intención de quien realiza el acto u omite la debida protección del trabajador. En otras palabras, aunque la mala intención del empleador no se manifieste de forma ostensible, igual es posible alcanzar la verdad de la misma a través de los hechos, lo cual, en la óptica anotada, pugna con el concepto de buena fe que debe existir en la relación empleador y trabajador. Si el empleador adrede disfraza la realidad, miente y en esa medida, atenta contra la buena fe.

Esto es importantísimo, ya que el juez tiene una labor titánica en orden a establecer una secuencia de hechos vulneratorios que se basan en una conducta reñida con la ética y, por tanto, de mala fe. Recordemos que los hechos que conforman el *mobbing* deben ser estimados en su conjunto y no por separado. Un hecho aislado no es forzoso que constituya acoso laboral, pero la ocurrencia de varios hechos, en apariencia inconexos, permite concluir a quien examina el complejo lógico, que la proposición silogística es posible. De hecho, el juez puede verse obnubilado ante la elocuencia de los argumentos forenses de la defensa que una empresa puede plantear, pero jamás puede perder de vista el complejo escenario de prueba que el trabajador, y ningún otro interviniente, se encuentra forzado a tener *a priori*.

Preguntémonos si no resulta claro que a partir de un despido incausado, y respecto del cual no se han acreditado sus fundamentos, tanto en los hechos como en el derecho, ¿son constitutivos de una duda razonable

¹⁵ Véase IRURETA URIARTE (2011), pp. 133-188. También en CORRAL TALCIANI (2007), pp. 187-226. Antes en CÓRDOBA (2004), pp. 205-224.

para quien examina el caso (el juez)? Es evidente que esa sola situación es suficiente para otorgar al juez la posibilidad de indagar en todos los hechos anteriores al despido, y que forman parte del complejo vulneratorio.

Dado lo anterior, es necesario referirse a los requisitos que debe cumplir el denunciante en su demanda para que el juez pueda, a su turno, hacer su trabajo. Sin embargo, y previamente, es necesario referirse a las medidas cautelares de que el juez se encuentra premunido.

En primer término, lo previsto de modo general en el artículo 489, inciso 6° del CT:

“El juez de la causa, en estos procesos, *podrá requerir* el informe de fiscalización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 486”, norma que refiere a la posibilidad que tiene la Inspección del Trabajo para generar un informe de fiscalización sobre la vulneración denunciada y de esa manera pesquisar con mediana eficacia, aquellas pruebas que acrediten los dichos de quien denuncia. Si el juez no utiliza esta herramienta, tal vez los vestigios de la vulneración desaparezcan”.

En segundo término, el inciso 2° del artículo 490 del CT, de acuerdo con los antecedentes que la parte denunciante debe acompañar a su demanda conforme al inciso 1° de la norma citada, aquella dispone que: “En el caso que no los contenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación”. Esta regla otorga al juez la facultad de solicitar más antecedentes que funden su requerimiento, para el caso que la demanda no los contenga. Esto es relevante desde que refuerza la acción inquisitiva del juez.

En tercer lugar, el artículo 492 del CT dispone:

“El juez, *de oficio* o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes”.

Nuevamente, el legislador le otorga al juez la facultad de actuar de oficio para efectos de asegurar el resultado de la acción y de esa manera proteger al trabajador de la acción vulneratoria de su empleador cuando esta ha sido de especial gravedad.

Como se puede apreciar, las normas citadas confieren al juez un haz de facultades para investigar *motu proprio* cuestiones relativas a la vulneración denunciada, facultades que no siempre son utilizadas por la judicatura¹⁶.

¹⁶ Véase LÓPEZ MORENO (1879).

En lo que se refiere, por otro lado, a los requisitos de la denuncia, estos se reducen a la expresión de dos:

- a) que se haga una enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada (artículo 490 del CT) y
- b) que de esos hechos alegados resulten indicios suficientes para condenar (artículo 493 del CT).

En el primer caso, el presupuesto procesal se materializa en el texto de la denuncia mediante su enunciación, esto es, expresando breve y sencillamente una idea. En relación con el segundo de los requisitos, conviene hacer los siguientes alcances. Primero, ¿qué debemos entender por indicios en materia laboral? (ya que en materia penal es ya muy conocida la institución)¹⁷ y, segundo, ¿qué debemos entender por indicios suficientes?

La especialidad o excepcionalidad de la prueba indiciaria en este estadio de ideas:

“consiste en que la modulación, también denominada debilitamiento de la carga de la prueba, se produce trasladando la misma al demandado, siempre que el demandante aporte indicios racionales de discriminación o lesión”.

Así, el indicio es una herramienta eficaz a la hora de desentrañar la oscuridad de pensamiento lesivo de algunos empleadores¹⁸. Pero, ¿qué es un indicio?

Sostienen Cárcamo y Núñez:

“El término ‘indicio’ debe entenderse en el sentido de que lo alegado permita inferir la existencia de una intención no percibida a simple vista por la conducta empresarial, es decir, que permita al órgano judicial deducir la posibilidad de que se haya lesionado el derecho fundamental, mediante señales o acciones que manifiestan –de forma inequívoca– algo oculto”¹⁹.

Pues bien, si el juez advierte en la exposición del denunciante indicios de vulneración de los derechos de un trabajador, debe decretar todas aquellas medidas tendientes a proteger al mismo del actuar vulneratorio de su empleador, como ya expresamos. Para ello cuenta con una serie de medidas

¹⁷ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 8. También en FERNÁNDEZ LÓPEZ (1992), p. 236.

¹⁸ CAAMAÑO ROJO (2007) pp. 157-194. El autor sostiene: “Suelen ser conductas enmascaradas (normalmente ocultas) en una apariencia de legalidad. Este es el motivo por el que la prueba se erige como el elemento más difícil y esencial, no solo porque la discriminación o lesión viene cualificada por la actividad del empleador, sino también por el resultado perjudicial que de ella se deriva. De hecho, se dice que lo que se tipifica es un ilícito laboral objetivo (...), por lo que para su consumación no se debe atender a aspectos volitivos del comportamiento del empleador”.

¹⁹ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 8.

de cautela que, de nuevo, el juez debe aplicar. No se trata aquí de llegar a la audiencia preparatoria sin haber aplicado estas normas, ya que se supone previamente que el empleador hará lo imposible por esconder los efectos de su ilícito.

Respecto de la segunda pregunta, la ley requiere que esos indicios sean suficientes. Según Cárcamo y Núñez²⁰ se trata de un principio de prueba, unos

“mínimos de vulneración de derechos fundamentales (...) prueba prima facie que no consiste en acreditar, sino en imbuir en el juez una sospecha racional. Por tanto, siendo el demandante el gestor de su propio derecho, se le exige la diligencia suficiente, también en el plano probatorio, de generar indicios racionales de los que pueda deducirse la lesión”,

todo lo cual no significa que el órgano jurisdiccional sea relevado de su labor más importante: amparar al trabajador.

“Este principio dispositivo –continúan los autores– no puede ser aplicado a modo de barrera formal infranqueable que exonere a los órganos judiciales de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego, porque el mandato constitucional obliga a una interpretación y aplicación de las normas procesales orientadas a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental [vulnerado]²¹.”

Ahora bien, ¿qué toca probar al denunciado? En relación con el *thema probandi*, esto es, “aquello que debe ser probado cuando aparecen indicios de vulneración”, el Código lo previene en los términos siguientes. El denunciado debe: a) “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 493 del CT) y b) “considerando los límites legales a las facultades del empresario” (artículo 485 del CT)”.

Respecto del primer supuesto, explicar no es enunciar, de modo que el estándar de prueba es mayor para el denunciado. ¿Y qué debe explicar? Primero, que las medidas adoptadas fueron racionales (idóneas y necesarias), y, luego, que las mismas fueron proporcionales, considerando sobre todo los límites legales a las facultades del empleador (facultades de mando y control). El límite a esas facultades siempre ha sido el respeto por la dignidad humana del trabajador²².

²⁰ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 9.

²¹ Véase SILVA IRARRÁZVAL (2011), pp. 31-48. También en FERRADA BÓRQUEZ y WALTER DÍAZ (2011), pp. 91-111.

²² CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 11. También en MONEREO (1996), p. 32.

Según Cárcamo y Núñez el principio de proporcionalidad es un “mecanismo que sirve para calcular en qué punto se establece el equilibrio entre los diferentes derechos en conflicto. Su operatividad se activa comprobando si se cumplen tres requisitos o condiciones: el primero, conocido como *juicio de idoneidad*, [que] consiste en estimar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo empresarial (lícito) que se propone; el segundo, *juicio de necesidad* – o indispensabilidad–, deberá verificar si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto, habrá que evaluar si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”²³.

Frente a actos de hostigamiento, ¿qué medidas debe adoptar la empresa para terminar con aquellas situaciones? Aquellas que sean idóneas, necesarias y proporcionales. De hecho, en forma previa, todo juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad parte de una regla fundamental que es el respeto por la persona humana. En este sentido, el artículo 184 del CT dispone una regla general y transversal a toda la legislación laboral y de seguridad en el trabajo, al siguiente tenor: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores”, lo que se encuentra en relación con los dispuesto en los artículos 2° (principio de no discriminación) y 5° (principio de dignidad de la persona del trabajador, como límite al poder del empresario-empleador), ambas del CT, y en el artículo 19, N° 1 de la Constitución Política de la república (CPR), esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de toda persona. Recordemos en esta parte, que con anterioridad a la modificación planteada en la ley N° 20.607 de 2006, el *mobbing* o acoso laboral no existía, de modo que la arquitectura de los fallos judiciales se balanceaba entre la condena y la absolución, ya que el juez debía fundamentar *in extenso* todas sus motivaciones jurídicas para alcanzar el ideal que la Dirección del Trabajo ya había anunciado muchas veces antes. Ese trabajo en exceso complicado para el juez, se vio, por tanto, favorecido por la modificación que expresamente señaló que debía entenderse por *mobbing* o acoso laboral, poniendo esta conducta indeseada bajo la protección de la acción de tutela. Por ello, es que nos sorprende que en la actualidad, jueces tanto inferiores como superiores, aún les tiemble la mano para aplicar las normas sobre *mobbing* cada vez más claras en la ley.

Pero, además, es necesario que el denunciante pruebe (y esta vez sí lo debe hacer) la falta de motivación lesiva del despido. Señalan Cárcamo y Núñez:

²³ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 12.

“Es absolutamente preciso que se demuestre la falta de motivación lesiva, no solo la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar su adopción”²⁴,

es decir, no pueden concurrir motivaciones pluricausales o acausales que intenten justificar aquello que es injustificable.

“La empresa debe, por tanto, crear suficiencia probatoria, la convicción cierta del juez, no la mera duda: si la empresa no cumple la exigencia de suficiencia probatoria, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador”²⁵.

Poco importan, en este sentido, las acciones volitivas del empleador, sino que importan aquellas racionales. La empresa debe acreditar bajo un estándar de plena prueba, que sus decisiones y medidas adoptadas fueron racionales y no simplemente volitivas. Que las medidas fueron tomadas en consideración a aspectos volubles e insignificantes, mas no considerando aspectos relativos al manejo racional de la empresa son, en efecto, fundamentos inaceptables para el juez, o al menos deberían serlo. ¿Qué tienen que ver las decisiones adoptadas por una empresa, tendientes a llevarse bien con el cliente (mandante) o aquellas tendientes a no hacerlo enojar? No tienen connotación racional alguna, pues no son atingentes al manejo o administración de la empresa. No podemos imaginar a una empresa tomando una decisión animada por el miedo al qué dirán si la misma se implementa o lleva a cabo, pues ello escapa al escenario intelectual que mueve el actuar de las estructuras empresariales, en lo que a la toma de decisiones se refiere.

Y ahí está el problema, ya que una empresa toma decisiones conforme a un *status rationalis* cuyos resultados deben aumentar sus ganancias, y no tomando en consideración cuestiones meramente volubles e insignificantes, como el llevarse bien con el mandante. No hay idoneidad, necesidad, ni proporcionalidad en decisiones provenientes de la mera voluntad del empleador. De hecho, las decisiones adoptadas de esa manera, nada tienen que ver con las facultades de mando y control de una empresa.

Lo que se manilla siempre en estos casos es la dignidad de los trabajadores, quienes son objeto de procesos angustiosos de hostigamiento por parte incluso de un agente externo a sus propias empresas.

Las personas (sujetos de derecho), son trabajadores durante algunas horas del día, pero nunca dejan de ser personas.

²⁴ Véanse sentencias del Tribunal Constitucional Español desde la número 90/1997 hasta hoy.

²⁵ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 12.

A modo de conclusión, debemos entender que los escenarios en los cuales los trabajadores son vulnerados en sus derechos, difieren unos de otros. Sin embargo, sostenemos que existen normas comunes que conectan el actuar de las jefaturas empresariales y que no obedecen a aspectos técnicos (intelectivos) del quehacer de la empresa, sino que provienen del mero capricho del empleador, comportamiento que pugna con lo que el legislador quiere proteger: la dignidad humana.

Los jueces, en ello, tienen un deber que solo es posible comparar con el que anima a todo ser humano en el cuidado de sí mismo. Están llamados a indagar profundamente en los hechos denunciados hasta lograr una mediana preconvicción, que luego podrá o no ser ratificada en su sentencia, pero que permite al menos el descanso en el arduo camino probatorio que carga en sus hombros el trabajador. Las más de las veces, las conductas de los empleadores se esconden bajo el disfraz de la justificación, pero a poco andar, el juez puede darse cuenta de que aquello es simplemente un ardid que busca obnubilar el juicio judicial hasta hacerlo errar.

En este sentido, cobra gran importancia la prueba indiciaria, la que, como hemos dicho, establece un estándar mínimo que no puede ser apreciado sino en relación con lo que se busca proteger: la dignidad humana. Un hecho aislado puede no generar un estadio vulneratorio, pero varios hechos aparentemente inconexos, sí pueden erigirlo. Si además, ese proceso vulneratorio es escondido bajo la apariencia de una relación contractual diversa de la normal (subcontratación), la intención del agente vulnerador queda oculta tras la nube desplegada por aquella empresa que debió proteger a su trabajador, no permitiendo, por ejemplo, el hostigamiento del mismo. Suelen los tribunales confundir el contexto en el que los hechos se desarrollan, con el estigma de la ignorancia del trabajador o de su abogado, lo cual no puede ser un óbice para el juez, quien posee muchas herramientas que de hecho están consagradas en el *CT* con la finalidad de prever estas situaciones.

Proponemos que en un escenario de subcontratación se da una extensión de las facultades de mando y control desde la empresa mandante hacia las empresas contratistas o subcontratistas, una comunicabilidad situacional que permite, sin duda alguna, el ocultamiento de las intenciones de la empresa mandante, que resulta ser por ello lo más difícil de acreditar por parte del trabajador en un juicio por tutela, y que termina con el despido de este aplicando una causal inexistente, la que además jamás es acreditada por el empleador.

BIBLIOGRAFÍA

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2011): "La noción de acoso moral laboral o *mobbing* y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile", en *Revista de Derecho de la PUCV*, N° 37, segundo semestre: pp. 215-240.

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007): “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”, en *Revista Ius et Praxis (Talca)*, Vol. 13 N° 2: pp. 157-194.
- CÁRCAMO ZAMORA, Ximena y NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2010): “La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral chileno”, en *RIJF (Porrúa)*.
- CÁRCAMO ZAMORA, Ximena y NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2012): “La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral chileno”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 204.
- CORDERO MENESES, Mario Arturo y CORVALÁN SOTO, Jorge Andrés (2010): *La jurisprudencia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva justicia laboral*, memoria (Santiago, Universidad de Chile).
- CÓRDOBA, Marcos (2004): *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (Buenos Aires, Di Lalla Ediciones) Tomo II.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007): “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 12-13: pp. 187-226.
- DE AQUINO, Santo Tomás (1485): *Summa Theologica* (Basilea).
- ESQUISABEL, Oscar M. (1999): “Leibniz: sobre la verdad y la coherencia”, en *Revista de Filosofía y Teoría Política* (Buenos Aires), N° 33: pp. 167-199.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F. (1992): “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL (coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo* (Madrid, Marcial Pons) pp. 161-274.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y WALTER DÍAZ, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derecho UACH* (Valdivia), Vol. 24, N° 2: pp. 91-111.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2004): *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos* (Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela (2006): *El mobbing o acoso moral laboral* (Santiago de Chile, Lexis Nexis).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1999): “Retórica, argumentación y derecho”, en *Revista Isegoría* (Madrid), N° 21: pp. 131-147.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2011): “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, en *Revista Ius et Praxis* (Talca) Vol. 17 N° 2: pp. 133-188.
- LÓPEZ MORENO, Santiago (1879) *La prueba de indicios* (Madrid, Imprenta de Aurelio J. Alaria).
- LOUSADA, José Fernando (2005): “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación”, en *Revista de Derecho Social* (Madrid), N° 30: pp. 35-54.
- MONEREO, José Luis (1996): *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro (2011): “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en *Revista de Derecho UACH* (Valdivia), Vol. 24, N° 1: pp. 31-48.

UGARTE CATALDO, José Luis (2010): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, Legal Publishing).

VALDÉS DAL-RE, Fernando (1990): *Ley de procedimiento laboral*, en *VV.AA.* (Bilbao, 1990).

PROYECTO DE LEY
EN DISCUSIÓN



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

COMENTARIOS
SOBRE EL PROYECTO DE LEY
QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS
LEGALES PARA REGULAR,
EN IGUALDAD DE CONDICIONES,
EL MATRIMONIO DE PAREJAS
DEL MISMO SEXO

COMMENTS
ON THE PROJECT OF LAW
THAT MODIFIES VARIOUS LAWS
TO REGULATE, IN EQUALITY
OF CONDITIONS, THE MARRIAGE
OF COUPLES OF THE SAME SEX

*Jimena Valenzuela del Valle**

RESUMEN: Análisis crítico del proyecto de ley que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo y cómo se vería afectada la institución matrimonial, la posibilidad de adopción por parte de esos contrayentes y su posible efecto en los hijos.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio - Parejas Homosexuales - Adopción Homoparental.

ABSTRACT: Critical analysis of the bill that legalizes same-sex marriage and how the marriage institution would be affected, and the possibility of adoption by those contracting parties and its possible effect on the children.

KEYWORDS: Marriage - Homosexual Couples - Homoparental Adoption.

* Abogada, Magíster en Derecho Privado. Profesora de Derecho Civil y de Derecho de Familia. Correo electrónico: mjimenaValen@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La expresidenta Bachelet firmó el proyecto de ley¹ que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, cumpliendo de este modo con una de las promesas de su programa de gobierno y concretando así el anuncio que realizó el año 2017, en su última cuenta pública ante el Congreso pleno. La iniciativa que comenzó a discutirse en el Congreso propone varios cambios en la legislación actual, siendo la modificación de la definición de matrimonio del artículo 102 del *Código Civil* el núcleo central del señalado proyecto, sustituyendo el acápite que señala que dicha institución está conformada por un hombre y una mujer, por la frase “dos personas”. El resto del concepto de matrimonio contemplado en el artículo citado permanecerá inalterado, asunto que llama profundamente la atención, aunque no es arriesgado especular sobre cuáles son las razones de dicha intangibilidad².

Asimismo, las expresiones “marido y mujer” de toda la legislación vigente serán sustituidas por la de ‘cónyuges’. Con estas modificaciones al estatuto del matrimonio civil, se pretende –en palabras de la mandataria propiciadora del proyecto– reconocimiento pleno al amor humano cualquiera sea el sexo de la persona amada y de esta manera otorgar igualdad de derechos a todos los ciudadanos, acabando con anacrónicos prejuicios y discriminaciones injustas.

El proyecto, también, contempla la posibilidad de que los ‘cónyuges’ de un mismo sexo puedan acceder a la adopción de niños y niñas en igualdad de condiciones que las parejas matrimoniales conformadas por un hombre y una mujer, sin que la ley de adopción, actualmente vigente, tenga que sufrir ninguna modificación. Para reafirmar aquello, el proyecto de ley cambia la nomenclatura de “padre y madre” por la de ‘progenitores’, vocablo ambiguo, porque la ley no puede prescindir del hecho de que en las relaciones matrimoniales del mismo sexo, falta o un padre o una madre. Es más, los cónyuges de los matrimonios del mismo sexo no son progenitores. De paso, este proyecto de ley esquiva una cuestión central, que consiste en que estos matrimonios del mismo sexo van a recurrir al sistema de reproducción asistida y de esta manera van a impedir que el niño conozca su verdadera identidad, lo que infringe nuestra legislación y los tratados internacionales.

¹ *Boletín* N° 11.422-07: Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.

² Artículo 102 del *Código Civil* señala: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer, se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

IGUALAR LO DESIGUAL

El proyecto de ley que reconoce el llamado “matrimonio igualitario” se basa en la premisa de que la concepción del matrimonio que se ha tenido desde tiempos inmemoriales sería injustamente discriminatoria con las parejas del mismo sexo, privándolas del derecho humano esencial de contraer matrimonio (*ius connubi*) y de formar una familia³. El legislador al darle reconocimiento jurídico solo a las parejas heterosexuales estaría negando la igualdad fundamental de todos los seres humanos “dotados de una idéntica identidad moral”⁴. Haciéndose cargo de estos argumentos, el proyecto de ley en comento contempla como única diferencia entre los matrimonios del mismo sexo y los conformados por parejas heterosexuales que los primeros no podrán contraer el vínculo con el régimen patrimonial de sociedad conyugal, régimen que por el momento permanecerá inalterado y que continuará como el supletorio legal de las parejas conformadas por un hombre y una mujer, como ha sido desde la creación del régimen de separación total de bienes y con posterioridad con la introducción en el *Código Civil* del régimen de participación en los gananciales. Las parejas del mismo sexo podrán contraer matrimonio adoptando cualquiera de los regímenes señalados, distintos a la sociedad conyugal, esto es: separación total de bienes o participación en los gananciales. La razón de esto, suponemos, es la complejidad de la tarea que significa la reforma de la sociedad conyugal para adecuarla a la relación conyugal entre personas del mismo sexo.

Los que nos oponemos a que se iguale la relación afectiva de parejas heterosexuales y homosexuales con la protección del matrimonio, de ningún modo negamos la igualdad esencial en cuanto a dignidad y derechos que existe entre todos los seres humanos cualquiera sea su orientación sexual, raza, origen, etc. Al reservar la institución matrimonial solo a personas de distinto sexo no estamos haciendo una discriminación arbitraria, sino que ella se ajusta a criterios de razonabilidad que pasamos a exponer a continuación:

La primera cuestión es determinar cuál es el fin tenido en cuenta por el legislador y por los tratados que reconocen el derecho a contraer matrimonio. En ningún caso, cuando se regula este derecho fundamental se ha pensado en satisfacer los deseos y fines subjetivos de los individuos que lo contraen. ¿Por qué el legislador ampara, desde siempre, el matrimonio con normas jurídicas de orden público que en principio no pueden ser alteradas por la autonomía de la voluntad? ¿Es porque quiere fomentar y proteger el amor y la convivencia de las personas? ¿Por qué entonces no regula jurídicamente todas las relaciones afectivas donde hay convivencia y ayuda mutua?

³ En este sentido: NASH (2013); VIDAL (2013).

⁴ GARGARELLA (2011), p. 75 y ss.

La finalidad del *ius connubi* se enraíza con los fines esenciales del matrimonio y estos son la procreación y la educación de los hijos con roles diferenciados. La institución del matrimonio está ordenada a sus fines esenciales, que lo distinguen de cualquier otra institución. A mayor abundamiento, las personas homosexuales no solo no pueden asumir el fin procreacional del matrimonio sino que tampoco pueden educar hijos brindándoles una imagen paterna y materna, que es lo óptimo que requiere un niño.

En este sentido es claro que:

“En la faz teleológica del derecho a casarse no podemos interpretar el derecho partiendo de las elecciones vitales de cada individuo, ni de sus personales proyectos por muy respetables que estos sean, porque es tanta la diversidad de deseos e intereses que llevan a casarse que sería imposible hablar de un derecho a contraer matrimonio a partir de los fines individuales. Necesariamente ha de tenerse en cuenta la esencia de la institución jurídica que se encuentra en la naturaleza del instituto matrimonial”⁵.

Llama con fuerza la atención, que el proyecto que venimos comentando conserve la definición de matrimonio del artículo 102 con respecto a sus fines, en tanto en cuanto el fin nuclear del matrimonio que es procrear, es estructural y ontológicamente imposible entre personas del mismo sexo. Es cierto que existe la posibilidad de engendrar mediante técnicas de reproducción asistida, pero el hijo procreado de tal manera jamás será la síntesis genética de sus padres⁶. Pretender, que utilizar el procedimiento señalado es cumplir con el fin procreacional es una falacia que, entre sus muchas consecuencias negativas, vulnerará gravemente los derechos del hijo a conocer sus orígenes, a ser criado por aquellos que lo engendraron y, a tener un padre y una madre.

El hecho de que las uniones homosexuales sean en su estructura estériles las hace socialmente irrelevantes, ya que no depende de ellas la continuidad de la sociedad a través del nacimiento de nuevos miembros.

Planteamos la siguiente hipótesis: si se produjera una mutación genética en la raza humana que nos hiciera morfológica y genéticamente estériles y los nuevos seres humanos se fabricaran en un laboratorio controlado por el Estado, que también se encargará de su educación y crianza –como describe el genial libro de Huxley *El mundo feliz*– ¿Se justificaría la existencia legal del matrimonio?

Pensamos que no. Esto no significa que las personas dejarían de relacionarse afectivamente con otros semejantes. Podrían darse todo tipo de

⁵ Palabras de Graciela Medina, civilista argentina, camarista federal y quien fuera abogada asesora de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA). Cita extraída de MEDINA (2010).

⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2016), p. 66.

relaciones amorosas –sexuales o no–, que incluyan o no convivencia. Estas relaciones podrían normarse mediante acuerdos y contratos civiles que, sobre todo, velarían por la regulación de los asuntos patrimoniales y que contendrían normas mínimas de convivencia que hiciesen tolerable la vida en común.

Esta hipótesis puede parecer ciencia ficción a algunos, pero no estamos lejos de que sea una realidad, al ver cómo ha evolucionado la institución del matrimonio en la era de la posmodernidad.

SITUACIÓN DE LAS PAREJAS ESTÉRILES

La unión de un hombre y una mujer es única y radicalmente distinta a la unión de las parejas del mismo sexo. La cópula entre hombre y mujer es *per se* fecunda, capaz de transmitir la vida. Esa es la razón fundamental por la cual el legislador la ampara, la tutela y la regula. La capacidad reproductiva de la relación heterosexual cumple la función social de provocar el relevo generacional que requiere el entramado social y de satisfacer la necesidad de crianza, cuidado y educación que requieren los nuevos miembros que se integran a la sociedad.

Por lo expuesto, tratar de la misma manera a las parejas heterosexuales que a las homosexuales sería injusto, ya que una premisa fundamental de la justicia es tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Existe un interés fundamental para el Estado en promover el matrimonio heterosexual, no así las uniones homosexuales que solo incumben al ámbito privado de las personas. Esta es la razón de que las normas que regulan el Derecho de Familia sean de carácter imperativo.

Los partidarios del mal llamado “matrimonio igualitario” arguyen que si fuera efectivo que no puede ser verdadero matrimonio el conformado por uniones estructuralmente infecundas, tampoco podrían contraer matrimonio las parejas que por cualquier razón no pueden tener descendencia, ya que no cumplirían con el fin procreativo. El argumento no deja de ser un sofisma: Las parejas de distinto sexo están capacitadas para realizar el acto generativo y, por lo tanto, en potencia apto para producir la concepción. Es posible y no infrecuente que, debido a una anomalía o patología, efectivamente no se produzca la generación. El hecho de que el matrimonio esté ordenado al fin de la procreación no significa que cada matrimonio en particular alcance el fin propio de la institución, pero es razonable que se exija que para poder acceder a él, por lo menos en potencia, este se pueda obtener⁷. Con todas las imperfecciones que pueden tener las analogías procuraremos

⁷ En este sentido véase a CORRAL TALCIANI (2013), p. 110.

hacer una: si pensamos en cual es el fin del órgano de la vista, no dudaremos en señalar que es ver; ahora el hecho de que haya ojos que no ven, ¿los hace iguales a los oídos que tampoco ven?

POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN

Las parejas heterosexuales en potencia, están capacitadas para procrear y así cumplir con el fin propio del matrimonio, por lo tanto, es lógico que el legislador no les vede el acceso a esta institución, aunque hubiera certeza absoluta de su infertilidad, lo que no ocurre con demasiada frecuencia. Además, dicho matrimonio podrá cumplir su aspiración de formar una familia mediante la institución de la adopción, y así proporcionarle al niño un padre y una madre reemplazando a los padres biológicos que no pudieron o no quisieron asumir su parentalidad. Se cumplirá, de este modo, con plenitud el interés superior del menor adoptado que tiene derecho a recibir aquello que solo le puede proporcionar un padre y una madre que cumplen papeles complementarios y, diferenciados.

Las parejas del mismo sexo no pueden proporcionarle al niño el ambiente ideal requerido para que alcance su desarrollo integral. La naturaleza es sabia, dice el refrán popular. Si los niños, para existir, requieren de la participación de un hombre y de una mujer, no es irrazonable pensar que para su mejor crianza requieran de la intervención activa de un padre y de una madre.

Al señalar lo anterior, no se pretende estigmatizar a los niños que por cualquier razón carezcan de madre o de padre. Todos conocemos personas que han sido criadas en las circunstancias descritas y se han desarrollado plenamente. Pero otra cosa es que el derecho ampare la privación deliberada de padre o de madre a un niño vulnerable, pudiendo dársela.

La realidad se impone: en Chile existen decenas de parejas de distinto sexo que aspiran a acoger un niño susceptible de ser adoptado y que deben esperar largos meses o, incluso, años para conseguirlo. Existen más matrimonios y potenciales padres que niños para adoptar. El eslogan que se repite hasta el hartazgo de que los niños del SENAME estarían mejor con padres adoptivos del mismo sexo que institucionalizados, ha penetrado con fuerza en la conciencia colectiva provocando un cambio de mentalidad que ve con buenos ojos la posibilidad de este tipo de adopción. Lo que no se dice es que la inmensa mayoría de los niños en el sistema de protección estatal no son susceptibles de ser adoptados y que hay muchísimas parejas heterosexuales que aspiran a adoptar, pero que no pueden hacerlo, por las trabas que impone el mismo sistema.

A mayor abundamiento, la ley de adopción actualmente vigente permite que personas solteras o viudas adopten a un menor, pero con la condición de que no haya matrimonios interesados. Es decir, la ley establece un orden de prelación. El proyecto de ley que nos ocupa coloca, en igualdad

de condiciones, a las parejas heterosexuales y homosexuales. Más aún, con una cierta ventaja para las parejas homosexuales, ya que la ley de adopción señala como uno de los requisitos para adoptar que los matrimonios tengan un mínimo de dos años de vigencia, a menos que se pueda comprobar fehacientemente la esterilidad de la pareja. Es de perogrullo concluir que son muy pocas las parejas que pueden comprobar, sino transcurridos muchos años, que sufren de infertilidad. También es de toda evidencia que las parejas del mismo sexo no tendrán que esperar esos dos años ni menos probar que son estériles.

Los defensores de la adopción por parejas del mismo sexo señalan, asimismo, que hay estudios que acreditarían que no hay diferencias en cuanto a resultados en niños educados por dos padres o dos madres y los educados por padre y madre. Lo cierto es que estos trabajos no son concluyentes y la mayoría de ellos han sido sumamente cuestionados por las deficiencias en la metodología científica que se ha utilizado en su elaboración. Por otra parte, hay centenares de estudios que reflejan las dificultades y perjuicios que se producen cuando en la crianza de un niño falta la presencia paterna o materna⁸. También hay otros que reflejan de hecho los problemas que ocasiona la crianza homoparental. Por lo menos entonces, podemos admitir que existe una duda razonable sobre los perjuicios o beneficios que pudieran producir a los menores, este tipo de adopción. El interés superior del niño impone, por un imperativo ético, evitar la experimentación sociológica con los menores más vulnerables de la sociedad como son los huérfanos o abandonados. El deseo subjetivo de ser padre o madre no puede ser reconocido como un derecho ilimitado por el legislador, si con ello se vulnera el derecho de niños a los cuales el Estado debe privilegiar en su protección.

NO EXISTE EL MATRIMONIO IGUALITARIO

El proyecto de ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo supuestamente reconocería la “igualdad” de derechos de los homosexuales con respecto a los heterosexuales. De ahí que se lo suela denominar “matrimonio igualitario”. Lo cierto es que el matrimonio nunca ha sido igualitario para los heterosexuales, en el sentido de que estos puedan contraer matrimonio con cualquier persona del otro sexo y en cualquier circunstancia.

En Chile, un individuo heterosexual no puede casarse con una persona que tiene un vínculo anterior no disuelto, ni con un menor de dieciséis años, ni con el que tiene ciertos grados de parentesco, ni con dementes, ni

⁸ Véase el reciente estudio “From the Fragile Families and Child Wellbeing Study Fact Sheet”, disponible en fragilefamilies.princeton.edu/publications

con aquellos que tengan anomalías psíquicas que hagan imposible la vida conyugal, ni con el asesino o cómplice en el asesinato del cónyuge, ni con dos personas a la vez, etc., por más que se amen mutuamente. El legislador siempre ha impuesto restricciones razonables para el acceso al matrimonio y exigido ciertos requisitos para su validez, de manera que se pueda preservar su naturaleza y los fines que le son propios. Nadie podría pensar que señalar ciertos impedimentos para acceder a la institución matrimonial atenta contra la igualdad.

De igual forma, el negar a las personas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio entre sí no obedece a un capricho del legislador o a un atavismo histórico, sino a razones plenamente justificadas, toda vez que las uniones homosexuales son en su raíz incapaces de cumplir con los fines esenciales del matrimonio como son la procreación y crianza de la prole cimentada en la complementariedad sexual del hombre y la mujer.

El comparar la prohibición del acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo con una discriminación arbitraria equivalente a la prohibición de legislaciones del pasado del matrimonio interracial, no deja de ser otro eslogan utilizado por el *lobby* LGBT. Jamás, los defensores de estas leyes racistas negaron que la unión entre personas de distinta raza fuera un verdadero matrimonio, su prohibición solo fue una manifestación más de la segregación entre blancos y personas de color.

HACIA EL VACIAMIENTO DEL MATRIMONIO

A nuestro modo de ver, para los que creemos en la importancia del matrimonio en la estabilidad y salud de la familia –célula fundamental del entramado social– esta iniciativa legal es un grave atentado a la institución civil matrimonial.

Durante las últimas décadas hemos contemplado el paulatino vaciamiento de los elementos esenciales de esta institución jurídica que hacen que sea lo que es –y no otra cosa– y que justifica su existencia legal.

Analicemos sus elementos: El matrimonio es un instituto jurídico ordenado a sus fines, siendo la procreación y educación de la prole el más relevante debido a su función social; al suprimir el requisito de la heterosexualidad este fin queda excluido. Asimismo, se considera que perpetuar la especie y formar nuevos ciudadanos, depende de la voluntad de los cónyuges. Estos pueden descartar deliberadamente la prole, sin que se considere que aquello altera la esencia misma del vínculo matrimonial.

El matrimonio siempre se ha entendido como una relación afectiva sexual donde los cónyuges realizan los actos generativos propicios para producir el fin de la procreación. Si esto no fuera esencial: ¿por qué el matrimonio supone relaciones sexuales? Perfectamente podría ser una relación afectiva de otra clase y no se justificaría prohibirla entre parientes próximos; por ejemplo, entre hermanos. A mayor abundamiento, la nueva Ley de Matri-

monio Civil suprime la causal de impotencia perpetua e incurable como un impedimento para contraer matrimonio, por lo que personas imposibilitadas de realizar los actos generativos pueden casarse. Cualquier acto sexual que no sea la cópula entre un hombre y una mujer, es absolutamente ineficaz para el fin de la procreación y, por lo tanto, puede estar o no estar incluida en el matrimonio. Incluso, con los tratamientos de reproducción asistida se puede tener hijos sin necesidad de relaciones sexuales. En consecuencia, ya no existe la necesidad de que el matrimonio las incluya, luego este se debería poder extender a personas con relaciones de parentesco que hoy están vedadas por el ordenamiento jurídico.

Prosigamos con los elementos del matrimonio: La indisolubilidad ya no existe. En la historia fidedigna de la Ley de Matrimonio Civil se discutió la posibilidad de reformar el artículo 102 del *Código Civil* que define el matrimonio, debido a la admisión de la posibilidad de terminar con el vínculo matrimonial mediante el divorcio. Prevalció la opinión de la mayoría de los parlamentarios que optaron por conservarla, ya que el matrimonio seguiría siendo indisoluble en su esencia, dado que no es posible disolverlo por la voluntad de uno o ambos cónyuges. Solamente se aprueba la indisolubilidad extrínseca, esto es, la disolución del matrimonio por la voluntad de una autoridad externa a los cónyuges como es el juez. La tendencia es a que ni siquiera este tipo de indisolubilidad (intrínseca) subsista. Prueba de ello es que en España se ha aprobado no hace mucho, una ley que permite que los cónyuges puedan divorciarse de mutuo acuerdo acudiendo al notario y pagando por ello. Ya hay voces alentadoras para que esta “facilidad” se imite en nuestro país, para así acabar con los “engorrosos” y largos procesos judiciales cuando ambos cónyuges están de acuerdo en acabar con su vínculo matrimonial.

Asimismo, el matrimonio hoy por hoy no se considera como la institución idónea para formar familia y para la crianza y el bien superior de los hijos. Cuando el 70% de los niños en nuestro país nace fuera de él y no se hace nada por fomentarlo y protegerlo, quiere decir que para el legislador y las autoridades que elaboran las políticas públicas, es indiferente que este exista o no exista.

Lo que aún prevalece es la idea de que el matrimonio debe estar fundado en una relación de pareja, con o sin posibilidad de procreación. Ahora, ¿por qué no poner en tela de juicio también este elemento del matrimonio? A mayor abundamiento, si el matrimonio deja de ser una unión permanente, entre un hombre y una mujer, orientada a la procreación y a la educación de los hijos, pasando a redefinirse como una relación de convivencia afectiva, donde sus miembros se ayudan mutuamente, ¿por qué no permitir la poli-ginia, la poliandra o el matrimonio grupal? ¿Qué razón hay para prohibirlo?

CONCLUSIONES

En primer lugar, como muchos ya lo auguran, el matrimonio legal está destinado a desaparecer por falta de justificación social y carencia de sentido. Será reemplazado por acuerdos de unión civil que debieran amparar todo tipo de relaciones de convivencia, donde haya afectividad –sexual o no– y auxilio emocional, económico o de cualquier índole. El destino del matrimonio es que se limite a ser una institución privada, celebrada bajo ciertos ritos religiosos, que obligue en conciencia a los que la contraen y que no produzca ningún efecto jurídico civil.

Por otra parte, es posible sostener que, El Estado, al redefinir y desestructurar el matrimonio está socavando la institución base de la familia que le da estabilidad a la sociedad. El matrimonio –entendido como una institución de derecho natural anterior al Estado– ha dejado poco a poco de ser amparado por el legislador que la ha privado sistemáticamente de sus propiedades esenciales. No es difícil imaginar las consecuencias negativas que este camino acarreará para todo el entretejido social y sobre todo para sus miembros más débiles: los niños.

La sabiduría popular enseña que Dios perdona siempre, los seres humanos algunas veces, pero la naturaleza no perdona nunca. Por este motivo, no parece razonable introducir en nuestra cultura, cambios que obedecen a la ideología de género y que no responden a la naturaleza de los seres humanos, ni a la sana formación de nuestros niños.

BIBLIOGRAFÍA

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): “Acuerdo de vida en pareja: ¿de la unión civil al matrimonio homosexual?”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE (dir.) y Cristián LEPÍN (coord.) *Parejas homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 103-114.
- GARGARELLA, Roberto (2011): “Razones para el matrimonio igualitario: El argumento de la igualdad”, en Néstor SOLARI y Carolina VON OPIELA (dirs.) *Matrimonio del mismo sexo. Ley N° 26.618. Antecedentes, Implicancias y Efecto* (Buenos Aires, Editorial La Ley) p. 75 y ss.
- MEDINA, Graciela (2010): *Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo, informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países* (Buenos Aires, Universidad Austral).
- NASH ROJAS, Claudio (2013): “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada desde los derechos humanos”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE (dir.) y Cristián LEPÍN (coord.) *Parejas homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 197-244.

- Princeton University (2018): *From the Fragile Families and Child Wellbeing Study Fact Sheet*. Disponible en https://fragilefamilies.princeton.edu/sites/fragilefamilies/files/ff_fact_sheet.pdf
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2016): “Acuerdo de Unión Civil”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, Año XVII, N° 33: pp. 63-124.
- VIDAL BEROS, Christian (2013): “Inexistencia del matrimonio homosexual: Incumplimiento de la obligación del Estado-Legislador, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su relación con la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1881-10 de 3 de noviembre de 2011”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE (dir.) y Cristián LEPÍN (coord.) *Parejas homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 267-294.

LIBROS, RESÚMENES
Y
RECENSIONES

ÍNDICE
*REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO*
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 6 - N° 12 - ABRIL DE 2018

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

Presentación

ESTUDIOS

Estudios sobre derechos fundamentales

Alejandra Cabrera: Determinación y fijación de los cauces naturales en Chile.
El límite entre un bien nacional de uso público y la propiedad privada

Felipe Lizama: El recurso de amparo y el otorgamiento de libertad condicional
en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Juan Andrés González: Los derechos sociales: La nueva tradición constitu-
cional y sus problemas

Rudi di Marco: Il dogmatismo dell'autodeterminazione "giuridica" contem-
poranea Il diritto di autodeterminazione quale problema gius-filosofico

Estudios sobre Derecho Administrativo Sancionador

Cristián Román: La ejecución de las resoluciones a firme en materia de acceso
a la información pública

Estudios sobre Filosofía política

Giovanni Turco: Il bene e il giusto: quale relazione?

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Guillermo Leighon: Derecho de Información al paciente: alcances prácticos

Eduardo Soto Kloss: Tribunal Constitucional y derechos de los consumidores

RECENSIONES

Guadalupe Fernández Mehle: *Stare Decisis*: las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, de Saul Brenner y Harld Spaeth

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

ÍNDICE
REVISTA IUS PUBLICUM N° 40/2018
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESTUDIOS

Carlos i. Massini-correas: *Racionalidad y Estado de derecho. El rule of law en los discursos de Joseph Ratzinger*

Juan Fernando Segovia: *Francisco Elías de Tejada: Su lugar en la historia de las ideas políticas*

Miguel Ayuso: *Las causas de la corrupción y la crisis contemporánea*

Carlos E. Delpiazzo: *Vigencia de la enseñanza de Maurice Hauriou sobre el principio de juridicidad*

Sergio Raúl Castaño: *El derecho de los padres a la educación de sus hijos como exigencia del recto orden político*

Eduardo Soto Kloss: *Nota sobre algunos aspectos de la llamada "revocación" de los actos administrativos (art. 61 Ley 19.880/2003)*

Luis Alfonso Herrera Orellana: *Tensiones entre el derecho administrativo y la propiedad privada: Algunas lecciones a partir del caso venezolano*

Cristian Román Cordero: *La sanción administrativa y las fronteras del Derecho Administrativo Sancionador*

IN MEMORIAM

In memoriam

CRÓNICA

Reflexiones tomasistas: Tomás Salas, Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Gastón Escudero Poblete, Gonzalo Rojas S., Paula Schmidt, Mons. Giampaolo Crepaldi, P. Pedro Trevijano. *Reflexiones fuertes*: Acepreña, Max Silva Abbott, Juan Manuel de Prada, Bruno Moreno Ramos, José Luis Aberasturi, P. Pedro Trevijano, Juan Manuel de Prada, Agustín Laje

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: S,S Juan Pablo I. *Audiencia a Procuradores de la Compañía de Jesus*. S,S. Pío XII: *La familia. Radiomensaje sobre la conciencia y la moral (23 de marzo de 1952)*. Mensaje del Santo Padre Francisco para la

celebración de la 51 Jornada Mundial de la Paz (1 de enero de 2018). OTROS: Las cinco trampas para la Iglesia de hoy. La oscura alianza entre las organizaciones ecologistas y abortistas

ACTUALIDADES

La ideología de género, una revolución cultural que subvierte la civilización cristiana.

1. Mons. Reig Pla: “Nos enfrentamos a una revolución cultural que subvierte la civilización cristiana”. 2. ¿Hay en marcha una expropiación de los hijos? 3. El gobierno es perverso al pretender promocionar la “diversidad sexual” en los niños. 4. La tiranía LGBT. 5. Ideología de género. 6. Adoctrinamiento de género en el Mineduc. 7. El Colegio Americano de Pediatras advierte contra la ideología de género. 8. ¿Por qué la perspectiva de género destruye la democracia? 9. Lo propio de los regímenes totalitarios es apoderarse de los niños / Stalin, Hitler, Castro

JURISPRUDENCIA

Control y responsabilidad de la administración en el siglo XIX: dos casos de estudio (Comentario de Rodrigo Céspedes P.).

Cargas públicas y enriquecimiento sin causa: un caso del siglo XIX (Comentario de Rodrigo Céspedes P.) .

Corte Suprema (13.9.2017). Olivieri Uzcátegui c/Inversiones Inmazzo Ltda. Tutela laboral e indemnizaciones. Unificación de jurisprudencia (Comentario de Felipe Lizama Allende).

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Recensiones

Reseña de libros

Reseña de revistas

Noticias

Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD JURIDICA

FORMULARIO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre _____

Dirección _____

Dirección de despacho _____

Comuna _____

Ciudad _____ País _____

Teléfono _____ Fax _____

Profesión/Carrera _____

Universidad/Instituto _____

Empresa/Institución _____

Giro _____

R.U.T. _____ Correo electrónico _____

TIPO DE SUSCRIPCIÓN

Nueva Renovación 1 año 2 años

Emitir cheque cruzado a nombre de

“EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO LTDA.”

por la suma de \$ por suscripción (es)

TIPO DE DOCUMENTO

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 revistas)	2 AÑOS (4 revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E-mail: cferrando@udd.cl

