

# ACTUALIDAD JURIDICA



Año XIII

N°26

Julio 2012

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Pugna valórica y errores de la ley  
antidiscriminación

•

Radiografía al Instituto Nacional de DDHH:  
entre la política y el derecho

•

Igualdad ante la ley y jurisprudencia  
del Tribunal Constitucional



Universidad del Desarrollo

SANTIAGO - CONCEPCION

# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año XIII, N° 26 – Julio 2012**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho

013763 C3

**Consejo Editorial**

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Jorge Ogalde M.

Bruno Caprile B.

Ignacio Covarrubias C.

Julio Alvear T.

**Director**

Pablo Rodríguez G.

**Editor**

Hugo Fábrega V.

**Representante Legal**

Federico Valdés L.

ISSN N° 0717–5914 – Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

La Revista **ACTUALIDAD JURIDICA** es una publicación semestral de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción) de **Universidad del Desarrollo**

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

Impresión: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

# Índice de contenidos

• **Presentación** ..... 5

**Tema central: *Pugna valórica y errores de la ley antidiscriminación.***

- **Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación".** J. Alvear T. - I. Covarrubias C..... 9
- **La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria.** H. Rosende A. .... 31
- **Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** E. Navarro. B. .... 63
- **La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances.** E. Fuenzalida R..... 97
- **La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales.** C. Hecker P. .... 125
- **Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.** R. Céspedes P. .... 137

**Ensayos y estudios**

- **El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial.** P. Rodríguez G. .... 169
- **Radiografía al instituto nacional de DD.HH: entre la política y el derecho.** S. Verdugo R. - J. F. García G. .... 193
- **Ley Nº 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria.** N. Enteiche. R..... 259
- **Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental.** R. F. Campusano. D. .... 279
- **Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización.** J. L. Varela D..... 301
- **Parricidio por omisión: inoperancia del principio non bis in ídem en la construcción del tipo.** A. Leiva. L. .... 307
- **Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO).** H. Oberg Y. .... 323
- **La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa.** D. Quintero F. .... 339
- **Teoría de la posesión inscrita.** F. J. Rabat C. - F. Mauriziano C..... 357

- **Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo.** H. Cataldo M - E. Flores J. .... 399
- **¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina.** M. F. Juppert E. .... 421
- **Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas.** J. P. Reyes G. H. .... 437
- **Libertad de expresión, bien jurídico protegido.** H. C. Álvarez C. .... 443
- **Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito.** E. Oñate V. .... 459
- **La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés.** V. Thomas (traducción de C. Hecker P.) ..... 479

### **Desarrollo sustentable: ¿un paradigma en crisis?**

- **Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis?** J. L. Varela D. .... 497

### **Análisis Jurisprudencial**

- **La extraviada juridicidad en materia tributaria.** J. García E. .... 539
- **Ausencia de notificación de auto de prueba.** H. Oberg Y. .... 551
- **La otra mirada de la ley.** H. Fábrega V. .... 559
- **La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales.** J. Alvear T. .... 577

### **Actividades de las Facultades**

- **Santiago.** T. Siles D. .... 591
- **Concepción.** S. Arcas A. .... 617

### **Libros, Resúmenes y Recensiones**

- **Teoría general del negocio jurídico,** de R. Domínguez A. H. Corral T. .... 627
- **Índice Revista Ius Publicum N°28** ..... 633

## Presentación

La presente edición - N°26 - de "Actualidad Jurídica" ha escogido como tema central el análisis de la ley "antidiscriminación" y los problemas que este fenómeno plantea. No se trata de una legislación pacífica, no obstante los laudables móviles que a su respecto se pregonan. Tras ella subyace una serie de cuestiones y conflictos que, lejos de esclarecer la finalidad de esta legislación, más bien confunde los propósitos que realmente se persiguen. Las encuestas elaboradas en los últimos años dan cuenta de una sociedad en que predomina la discriminación en una multiplicidad de aspectos (sociales, económicos, raciales, sexuales, políticos, religiosos, etcétera). Por lo mismo, fortalecer un trato sin restricciones o exclusiones injustificadas, respetuoso y sin prejuicios, no puede ser rechazado a priori.

Sin embargo, al menos, dos cosas saltan a la vista. Por una parte, la Corte Suprema rechazó reiteradamente este proyecto de ley, por estimar que era innecesario, atendido el hecho de que existían garantías suficientes y recursos que salvaguardaban un tratamiento no discriminatorio y justo, sin que fuera necesario recargar innecesariamente a los tribunales de justicia con recursos especiales. En medida nada despreciable, el máximo tribunal del país advierte una exagerada judicialización de cuestiones que pueden resolverse empleando el arsenal de medios de que se dispone en el día de hoy para hacer respetar los derechos asegurados en la Carta Política Fundamental. Por otra parte, para nadie es un misterio que el acento está puesto en la defensa de minorías sexuales que postulan la identidad de género. A este respecto gravitaron poderosamente en el proyecto los llamados principios de *Yogyakarta* sobre aplicación del derecho internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. A lo anterior habría que agregar los problemas de constitucionalidad que puedan suscitarse (conflicto que ya han advertido algunos profesores de derecho), y la opinión que sustentan diversos credos religiosos. Como puede apreciarse, se trata de un proyecto que toca materias valóricas ultrasensibles, las cuales, sin duda, servirán de antecedente para nutrir un debate que está todavía pendiente.

Creemos que los trabajos que se han recopilado en esta edición sobre esta nueva legislación contribuirán a profundizar el estudio y develar las diversas facetas que éste presenta. Insistimos en que la apertura de un debate, aun cuando nos hallamos ante una legislación ya prácticamente afinada, no puede posponerse, porque están en juego definiciones y valores fundamentales para la construcción de una sociedad pluralista, basada en el respeto y la dignidad de la persona humana.

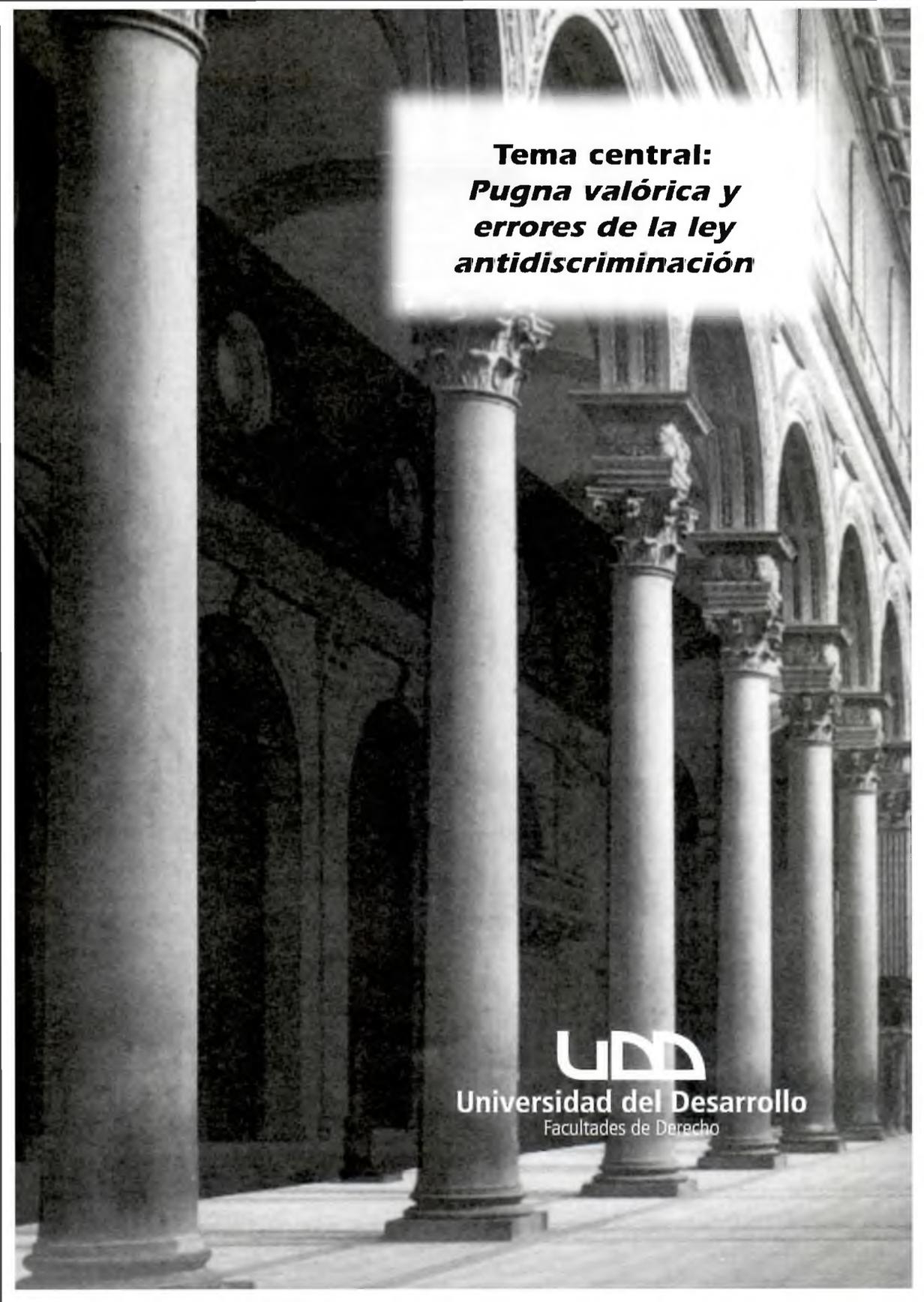
Es posible que esta normativa no tenga un efecto práctico muy significativo, pero no puede negarse que ella será una bandera de lucha para movimientos que procuran una alteración profunda de instituciones jurídicas esenciales, tales como el movimiento internacional LGBT. <sup>1</sup> De aquí la trascendencia que asignamos a esta legislación.

La revista ofrece, además, una serie de artículos sobre tópicos importantes, tales como la "Radiografía al Instituto Nacional de Derechos Humanos: entre la política y el derecho", problema que se viene analizando a través de diversas instancias institucionales desde hace meses; "Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental"; "Teoría de la posesión inscrita"; "Reflexiones en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho del Trabajo"; "Importancia de la Teoría de la Justicia en John Rawls para la solución de problemas de ética normativa en las sociedades menos desarrolladas", etcétera. El contenido de estos artículos da cuenta de las muchas inquietudes que experimentan los abogados en relación a la nueva temática que se incorpora al sistema jurídico principalmente como consecuencia de la innovación científica y tecnológica.

Esperamos seguir contando con la cooperación de estudiosos y profesores, a fin de divulgar opiniones y análisis destinados a perfeccionar y profundizar tanto la legislación tradicional como las nuevas manifestaciones normativas. La ley antidiscriminación constituye, por así decirlo, el arquetipo de lo que podríamos llamar una definición valórica de discutible factura.

## EL DIRECTOR

1 "Lesbianas, gay, bisexuales y transexuales".



**Tema central:**  
***Pugna valórica y  
errores de la ley  
antidiscriminación***



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho

# Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación"

(Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)

## Julio Alvear Téllez

Doctor en Derecho  
Universidad Complutense  
Madrid  
Profesor de Derecho Constitucional  
Director del Departamento de Ciencias del Derecho  
Profesor Investigador del Centro Justicia Constitucional  
Universidad del Desarrollo.

## Ignacio Covarrubias Cuevas

Doctor en Derecho  
Universidad de los Andes  
Profesor de Derecho Constitucional  
Director del Centro Justicia Constitucional  
Universidad del Desarrollo.

**Resumen:** El presente comentario persigue, en primer término, efectuar una crítica conceptual a algunas premisas, habitualmente presentes en las legislaciones antidiscriminación o en nociones diseminadas en materia de igualdad jurídica. En segundo lugar, y a la luz de lo expuesto previamente, se llevará a cabo un examen de determinados aspectos del proyecto de ley (en adelante, el "Proyecto") aprobado por el Congreso, correspondiente al Boletín N° 3815-07<sup>2</sup>, que establece medidas contra la discriminación.

\*\*\*

## I. Presupuestos lógicos del principio de *no discriminación*

Iniciamos nuestro estudio con este breve epígrafe. En razón de su aridez, aunque pasajera, y por tratarse de un comentario, nos remitimos a la indulgencia del

<sup>1</sup> Al momento de efectuarse este comentario, el aludido proyecto de ley se encontraba aún en su trámite de control preventivo obligatorio ante el Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> Boletín N° 3815-07, iniciado por Mensaje del Presidente de la República, con fecha 14 de marzo de 2005.

lector, confiados en que a posteriori se constatará su importancia en orden a situar el análisis en sus términos adecuados.

La voz "*discriminar*" viene del latín *discrimen*, derivado de *discernere*, separar, diferenciar, distinguir: apreciar dos cosas como distintas o como desiguales. En general, quien raciocina necesariamente discrimina, esto es, discierne, distingue y ordena ideas, categorías o juicios fundándose en la igualdad /diversidad de situaciones que existen en la realidad. La vida humana racional consiste en discriminar y ponderar nociones abstractas y concretas de la realidad.

Nuestra Constitución Política ("CPR" o "Carta Fundamental") hace suyo lo anterior y prohíbe no cualquier discriminación, sino específicamente la discriminación *arbitraria*, esto es, la diferenciación carente de toda fundamentación racional, de base razonable en el orden de lo real. Y esto, como se verá más adelante, se debe a que el principio de igualdad no envuelve una pretensión de uniformidad, sino de distinción entre lo que es igual y lo que es diferente según un parámetro de lo que es justo. De ahí que el principio jurídico de la igualdad se exprese habitualmente bajo la fórmula "igualdad para lo igual y diferencia para lo distinto".

Desde el punto de vista lógico el llamado "*principio de no discriminación*" es falso, si con él se pretende que no se distinga entre situaciones, categorías o personas que, real o lógicamente, son distintas. Precisamente porque se piensa y actúa discriminando, distinguiendo, diferenciando entre dos cosas diferentes. La exigencia de "no discriminación" puede llegar a ser, en este sentido, contraria a los principios lógicos de no contradicción y de tercero excluido.

Por otro lado, todos los seres tenemos algo en común. Incluso entre entes tan diferentes como un hombre, un gusano o una bacteria encontramos relaciones de semejanza según la perspectiva en que nos situemos para hacer la comparación (comparación en base a la vida, a la corporeidad, etc.). Lo complejo, entonces, no está en establecer relaciones de semejanza o desemejanza, de igualdad o diferencia, sino en discernir cuál es el criterio razonable para determinar unas u otras atendido el enfoque en que nos situemos.

En todo caso y a cualquier evento, se ha de afirmar que lo común y lo distintivo cruza toda la estructura de los seres y del pensamiento humano, por lo que cualquier filosofía o planteamiento jurídico que pretenda reducir el mundo a uno de los dos extremos (diferencia total, igualdad absoluta) carece de realismo.

En este sentido, es tan absurdo imponer diferencias arbitrarias (v. gr., exigir categoría de raza para reconocer los derechos esenciales de la persona humana) como exigir la igualdad niveladora (v. gr., no reconocer a la persona el derecho de propiedad sobre los medios de producción o "todos tienen

derecho a todo"). A este propósito y dada la ideología igualitaria que hoy se promueve en el campo del derecho por parte de ciertos sectores interesados, no es difícil incluso al legislador caer en falacias de falsa analogía al asimilar forzosamente situaciones de semejanzas no relevantes o extender la elasticidad de ciertas categorías ignorando la exigencia de semejanzas relevantes. El caso característico es el denominado "matrimonio homosexual", en donde se ignora la diferenciación y complementariedad de la estructura virilidad/feminidad.

Es que el principio de no discriminación no puede operar razonablemente cuando se exige una misma medida para dos situaciones que no son análogas, imponiendo el principio lógico de identidad a ámbitos que solo son aplicables a la tautología, la definición de sí mismo o la sinonimia. El principio de no discriminación solo tiene sentido cuando exige igualdad de semejanza sobre la base de una analogía fundada en elementos lógicamente relevantes. Para ello, y como operación previa, es que debe necesariamente recurrirse a la discriminación, esto es, a la diferenciación lógica que le permita categorizar unos elementos en vez de otros.

Esta operación lógica es compleja<sup>3</sup>, pues supone no solo una pluralidad de cosas, seres o situaciones a reconocer y comparar, sino además un *tertius comparationis*, esto es, una base, medida o criterio de comparabilidad que siempre alude a un elemento potencial o actualmente existente en las situaciones a relacionar. Este criterio ha de ser racionalmente justificable, definido y permanente y su objeto es atribuir una titularidad jurídica genéricamente determinada (v. gr., sobre la base del criterio de edad y otros factores de diferenciación complementarios se atribuye la pensión de viudez). El *tertius comparationis* equivale al criterio racional elegido para fundar la igualdad o desigualdad de trato en una relación específica e importa siempre una igualdad proporcional en el marco de lo que los clásicos denominaban justicia distributiva. Es lo que permite emitir un juicio de semejanza o desemejanza concreto (*trato igual trato distinto*) de acuerdo al criterio de atribución previamente elegido.

Hay algo que frecuentemente se olvida: desde el punto de vista lógico el juicio de igualdad nunca es absoluto. Si así fuera, la igualdad se confundiría con la identidad y perdería sentido cualquier referencia de comparación real: no cabe comparar lo igual, sino lo igual en un sentido y lo distinto en otro. Por ello, el juicio de igualdad es siempre relativo: solo se refiere a un aspecto determinado –común y relevante– entre dos o más personas o situaciones, que ha sido previamente determinado como base de comparabilidad dentro de la categoría elegida.

<sup>3</sup> Para una síntesis descriptiva, pero muy bien lograda de los distintos elementos lógicos involucrados en el principio de no discriminación, VALDÉS PRIETO, Domingo (1992): *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico* (Santiago, Cono Sur,), pp. 1-28.

De lo dicho es que el juicio de igualdad obliga a una abstracción necesaria y controlada de todos los demás aspectos diferenciadores que no se tomaron en cuenta. De ahí que todo juicio de igualdad exija indicar lógicamente el aspecto al que se refiere, pues aun entre dos cosas o situaciones específicamente semejantes nos encontramos con importantes diferencias individuales. En este sentido, el igualitarismo es siempre un atentado a la configuración del principio de no discriminación arbitraria en la medida en que no integra la diversidad y pluralidad legítimamente existentes entre personas, cosas y situaciones.

## **II. Significado técnico-jurídico del principio de no discriminación arbitraria**

El principio de no discriminación debe enfrentar un gran dilema a efectos de su adecuada definición. Y es que, en buena medida, como nota Díez Picazo, legislar consiste en hacer distinciones. Preguntarse en abstracto si dos personas han de ser tratadas igual no deja de ser inútil dada la casi infinita variedad de leyes que reglan o disciplinan una casi infinita multiplicidad de situaciones distintas. De ahí que la igualdad *en la ley* no tenga un contenido descriptivo, sino prescriptivo: se refiere primariamente a los criterios elegidos por la legislación (en sentido amplio) para atribuir derechos, beneficios, cargas y deberes<sup>4</sup>.

A estos efectos, ha de distinguirse (se trata de una *distinctio inadaequata*) entre el principio de igualdad *en la ley* (o en el *contenido de la ley*) del inciso primero del art. 19 N° 2 y el principio de no discriminación arbitraria consagrado en el inciso segundo del mismo artículo de la Carta Fundamental.

El principio de *igualdad en la ley* se manifiesta primariamente como un mandato de igualdad formal y material al legislador. Es un imperativo de igualdad *formal* en cuanto el legislador debe ocupar la técnica de la generalidad y la abstracción para formular el contenido definitorio o prescriptivo de sus preceptos. Tanto cuanto posible, porque hoy la legislación ha alcanzado tal nivel de diversidad en la disposición de múltiples estatutos que, para algunos, no estamos lejos de un escenario análogo al derecho estatutario del *Ancien régime*<sup>5</sup>.

En relación a la igualdad *material*, el legislador está obligado a establecer criterios razonables, fundados, no absurdos, justificables, para diferenciar o distinguir entre situaciones o grupos, a fin de distribuir al interior de ellos, en régimen de igualdad de trato, los beneficios o cargas. La igualdad en la ley no es más que el criterio de justicia distributiva de los clásicos: un criterio justo

<sup>4</sup> Díez Picazo (2008): Luis, *Sistema de derechos fundamentales* (Pamplona, Thomson-Civitas, 3ª edición), pp. 202.

<sup>5</sup> Un análisis a partir de las "leyes medida" y las "leyes plan" en Nieto, Alejandro (2007): *Crítica de la razón jurídica* (Madrid, Trotta), pp. 204-206.

de atribución de derechos y deberes<sup>6</sup>. Por esa misma razón, como ha hecho ver el Tribunal Constitucional español, la igualdad o desigualdad de trato únicamente puede ser formulada respecto de una relación jurídica determinada, en relación a derechos y deberes específicos ya asignados que operan como *tertium comparationis*<sup>7</sup>.

Sobre la igualdad material, el Tribunal Constitucional chileno ha sostenido, con clarividencia, que *"las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y consecuentemente diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso, conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición"*<sup>8</sup>.

En esa línea, el principio de no discriminación arbitraria es una proyección del principio de igualdad material, aunque opere con distintivo propio, tamizado por la formulación negativa que le es inherente. Como lo ha afirmado incontestablemente la dogmática constitucional, es un mandato de prohibición o inhibición de determinados actos legislativos, administrativos, jurisdiccionales o simplemente conductuales. Por comodidad de lenguaje u omisión deliberada se acostumbra a hablar simplemente de "no discriminación", pero no hay que olvidar la referencia esencial a lo "arbitrario" para los efectos de la composición suficiente del principio.

Para que el principio de no discriminación arbitraria funcione se requiere de una operación previa de carácter normativo (en manos del constituyente o del legislador) o declarativa de carácter hermenéutico (en manos del juez): la fijación o determinación de criterios de discriminación legítimos o de no discriminación prohibidos. A este respecto, el constituyente chileno ha sido bastante dúctil y a la vez cuidadoso. Como principio normativo, la no discriminación es una categoría abierta que vincula especialmente al legislador y al administrador. Como derecho fundamental, ha entregado a la jurisdicción la calificación concreta de la conducta arbitraria en el marco de admisibilidad del recurso de protección. Lo "arbitrario" sigue siendo aquí una categoría abierta, susceptible de una taxonomía integradora, pero nunca definitiva, como lo han hecho ver nuestros tribunales superiores de justicia, dada la imaginación desbordada que puede asumir aquí el agravio constitucional.

<sup>6</sup> DIEZ PICAZO, Luis, op. cit., pp.203-204.

<sup>7</sup> STC España, 40/1989 (16 de febrero).

<sup>8</sup> STC Chile, Rol 1254/2008 (15 de octubre).

### III. La deficiente técnica de la legislación antidiscriminación y sus trampas

Al respecto, la técnica de la legislación antidiscriminación no deja de ser deficiente, en la medida en que intenta identificar y especificar con *pretensiones* de validez *universal* ciertas categorías prohibidas de discriminación en razón de atribuirle *ex ante* el carácter de arbitrario a la distinción fundada en ellas. La pretensión, sin embargo, produce efectos paradójicos, que cuestionan su conveniencia:

i) Al identificar y especificar legislativamente determinadas categorías, de manera apriorística, se acota innecesariamente el campo de atención prudencial con que ha de aplicarse el principio, esencialmente abierto a situaciones imposibles de prever.

Se objetará que el constitucionalismo ha hecho suya la prohibición de ciertas estratificaciones históricas (edad, sexo, raza, religión, condición, opinión política), y con ello se ha dado un gran paso adelante en el rechazo de tipos odiosos característicos. Pero lo cierto es que al ser situaciones históricas por todos repudiadas (en sus justos límites), tales categorías no han mermado ni legislativa ni judicialmente el campo de atención hacia otros tipos de infracción del principio. Salvo cuando, paradójicamente, la legislación antidiscriminación habilita al Estado para llevar adelante políticas públicas que ensalzan las categorías no históricas ("orientación sexual", "identidad de género") a costa de colocar en la penumbra otras, tanto las históricas enunciadas en la ley, como las no enunciadas por ella.

ii) La pretensión de *validez universal* de la mayor parte de las categorías prohibidas resulta absurda y normalmente debe ser cohibida por límites o excepciones establecidos por la misma ley, en términos tan amplios como amplia es, asimismo, la posibilidad de aplicación de la categoría. En general, se puede decir que todas las categorías de prohibición, en cuanto pretenden ser expresiones del derecho fundamental a la igualdad, suponen el límite de la concurrencia de otros derechos fundamentales así como su modulación al interior de los estatutos legales que regulan las actividades específicas, v. gr, las relaciones laborales.

Así, el derecho a la igualdad en razón de una categoría determinada ("orientación sexual") entra fácilmente en tensión con otro derecho a la igualdad amparado en otra categoría determinada ("sexo", "religión"). Sentado lo anterior, hay que recurrir al odioso y ridículo expediente hermenéutico de preferir unas categorías de igualdad sobre otras. Lo que equivale a afirmar que unos son más iguales que otros. Es lo que ha sucedido en el Reino Unido, donde la preferencia por la categoría "orientación sexual" ha preterido una a una las

otras categorías. Quienes invocan la "orientación sexual" se transforman en los nuevos privilegiados para efectos de prestaciones sociales, educación o incluso adopción de menores<sup>9</sup>.

En esta lógica de exclusión de unos y preferencia de otros, bajo criterios casi absolutos y apriorísticos, propia de las legislaciones antidiscriminación (y de discriminación positiva), el resultado, como dice Finnis, es suma cero: siempre junto "*al beneficiario de la acción corresponde, uno a uno, un perdedor*"<sup>10</sup>.

**iii)** Resulta *inadecuado*, en la perspectiva lógica, atribuir *ex ante* el carácter arbitrario a ciertas categorías de diferenciación que por su grado de abstracción solo pueden dar razón de sí *a posteriori* cuando son aplicadas en concreto a relaciones jurídicas específicas. Tales categorías resultan de este modo ilusorias, por cuanto requieren elementos adicionales de composición para emitir el juicio de igualdad. Así, por ejemplo, la categoría de edad por sí sola no sirve para determinar en concreto si en una relación específica se debe excluir siempre este criterio.

Depende de la naturaleza y finalidad de la actividad, entre otros factores. De ahí que la legislación antidiscriminación se vea en la necesidad de compensar este hiato insalvable entre lo abstracto y lo concreto recurriendo al estándar de lo "razonable", que en realidad convierte a tales categorías en criterios mucho más abiertos de lo que a primera vista se postula.

**iv)** Desde un punto de vista metodológico, siempre tenemos que elegir qué categorías de diferenciación integramos como criterio de prohibición. Paradójicamente, se quiera o no, la ley discrimina cuando establece categorías de no discriminación, o porque deja pocas o muchas afuera, o porque al especificar unas, excluye otras.

En este sentido, además de *inadecuado*, resulta especialmente *peligroso* para el mismo juicio de igualdad atribuir *ex ante* el carácter arbitrario a las categorías de diferenciación que no pertenecen al patrimonio del constitucionalismo clásico, y que, en consecuencia, no son compartidas por parte de la sociedad. Nos referimos a las categorías de "orientación sexual" e "identidad de género". Estas suelen ser impuestas en la legislación antidiscriminación sin el consenso cultural o valórico posible atendida la artificialidad de tales estándares. Asimismo, sin la matización aplicativa que da la experiencia social. Factores todos que sirven de base hermenéutica a las categorías tradicionales ("edad", "raza", "sexo", "condición", "religión", "opinión política"), que ganan así en equilibrio, estabilidad y razonabilidad.

<sup>9</sup> Sobre el punto, vid. el debate público de uno de los autores de este artículo, Julio Alvear T., con el embajador del Reino Unido Sr. Jon Benjamin, en "*El Mercurio*", sección opinión y cartas, A2, ediciones de los días 5, 6, 10, 11, 13, 14 y 15 de abril del 2010.

<sup>10</sup> FINNIS, John (2011): "Equality and Differences", en *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 56, p. 34.

Tal falta de sustento y de contextualización hermenéutica explica por qué las nuevas categorías se defienden a la sombra de una retórica igualitaria absolutista e impositiva (si no somos partidarios de ellas, se afirma, seremos "discriminadores" *simpliciter*) o se explotan emocionalmente a través de artificios publicitarios destinados a culpabilizar a quienes no las acepten<sup>11</sup>.

A la sombra de estas estrategias metajurídicas, las categorías de "orientación sexual" y de "identidad de género" obligan a formular en sede jurídica un juicio de igualdad que los estándares tradicionales no exigen. Fuerzan a no tomar en consideración diferencias realmente existentes y de diversidad complementaria (virilidad y feminidad, paternidad y maternidad, etc.), como si no fuese racional considerarlas.

En otras palabras y en términos lógicos, las categorías que cuestionamos imponen una exigencia bajo la lógica de la igualdad numérica donde tendría que prevalecer la igualdad de distinción. Exigen identidad donde hay diferencia razonable. Se trata de un privilegio no justificado al pretender imponer la fórmula "*igualdad para todos*", bajo ciertas categorías, en lugar de reconocer el principio de "*igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales*" (igualdad proporcional o de semejanza).

Porque, en realidad, y salvo que nos encontremos en un escenario político demagógico, hay consenso en que el principio de igualdad no se viola por otorgar un trato distinto. Lo que se prohíbe es el trato *arbitrario o injustificado*. El asunto clave es entonces determinar qué criterios de diferenciación normativa son razonables y cuáles no lo son, puesto que tan ilegítimo es *tratar de forma desigual a los iguales como tratar de manera igualitaria a quienes se encuentran en situación distinta*.

A este respecto, las categorías de "orientación sexual" y de "identidad de género" son peligrosas, porque abren un campo de interpretación lesivo para el juicio de igualdad proporcional (aplicable a los otros criterios), sustituyéndolo por el juicio de igualdad nivelador (aplicable en beneficio propio). Se invoca, en definitiva, la igualdad numérica para inhibir el factor de diferenciación del juicio de igualdad proporcional (*trato desigual entre quienes se hallan en situación distinta*), tan inherente a la comprensión jurídica (y no político-demagógica) del principio de no discriminación arbitraria.

▼ El paradigma de la no discriminación no parece ser pacífico cuando se aplica a categorías que no son universales, en la medida en que pueden sentar tácitamente las bases para una nueva discriminación invertida. Clave es advertir

<sup>11</sup> Sobre la estrategia de "culpabilización" es notable la reciente entrevista de Raphaël Delavigne al galardonado filósofo y novelista germano Martin Mosebach, autor de *Das Bett, Eine lange Nacht* y de *Häresie der Formlosigkeit: Die römische Liturgie und ihr Feind*. Vid. MOSEBACH, Martin (2012): *Le sentiment de culpabilité et son usage collectif*, en *Revue Catholica*, Vol. 115, pp. 23-34.

que a este resultado se llega no tanto por mala voluntad o premeditación, sino por el impulso lógico de las consecuencias inadvertidas que se van sacando de las propias categorías. En este plano, algunas minorías pueden o suelen exasperar las categorías de prohibición que las amparan en una dinámica que suele presentarse del siguiente modo:

a) El proceso se inicia exigiendo *tolerancia*, bajo el amparo de la simple no discriminación negativa impuesta por la ley;

b) Posteriormente, se clama por una conducta positiva de *reconocimiento social*, pasando a ver de manera negativa a quien no realiza la conducta esperada por este reconocimiento.

Es recurrente incluir aquí las acusaciones simbólicas contra quienes se oponen a la agenda de las organizaciones homosexuales y transexuales. Por ejemplo, la "Federación estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (FELGTB)", promovió durante el gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero, campañas de estigmatización de personajes públicos, con fotos de los dirigentes políticos de la centro-derecha y de Benedicto XVI. ¿La leyenda bajo las imágenes? Muy simple: *"trabajan contra la igualdad: ¿qué haces tú para evitarlo?"*.

c) Del reconocimiento social se pasa a *la exigencia de sanción* a quienes manifiesten en el fuero externo una actitud que implique un juicio negativo sobre el valor moral de la conducta de la minoría protegida, no obstante se respete a sus integrantes en razón de su dignidad de personas.

Llegados a este punto se vulnera lisa y llanamente, so pretexto de no discriminación, la libertad de conciencia de quienes, a partir de sus propias convicciones, consideran moralmente reprochable y jurídicamente inadmisibles la conducta moral que tales minorías reivindican como buenas<sup>12</sup>.

Un ejemplo ilustrativo es el *Manifiesto* de Izquierda Unida del 17 de mayo del 2010. En este manifiesto de la izquierda española contra la discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales se exige la *"reafirmación del derecho a la propia orientación sexual-identidad de género en el ámbito laboral, con persecución efectiva y sanciones administrativas contra las situaciones discriminatorias"* (N°11). La medida propuesta debe ir acompañada de otras medidas coactivas: (a) *"protocolos de control de estereotipos y perjuicios"* en los medios de comunicación (N°13); (b) *"no concesión de subvenciones por parte del Estado a las organizaciones que incurran en homofobia y transfobia"* (N°14); además de la (c) *"obligatoriedad de una perspectiva LGTBI [lesbianas, gays, tran-*

<sup>12</sup> Sobre el concepto de libertad de conciencia, ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2010): *La libertad de conciencia y de religión. Una apelación a nuestro presente histórico*, en AYUSO, Miguel (ed.), Estado, ley y conciencia (Madrid, Marcial Pons): pp.129-143.

sexuales, bisexuales e intersexuales] en convenios colectivos y plan de igualdad de empresas" (N° 12)<sup>13</sup>.

La actual ley chilena antidiscriminación prevé onerosas multas (imposibles de ser pagadas por un particular) que podrán ser utilizadas para estos efectos bajo una hermenéutica extensiva.

d) Queda un paso más: erigir como *modelo social*, como principio político jurídico, la conducta que ha institucionalizado la minoría en su interior. Es lo que promueven, por ejemplo, los más avanzados teóricos de la ideología homosexual –*Radically Gay*– en un contexto que para ellos es una guerra cultural, o la sentencia en el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando impone programas de "reeducación" en la "ideología de género" a todos los jueces chilenos en todos los escalafones.

Sobre el primer punto hay muchos ejemplos. Harry Hay, uno de los mayores teóricos del movimiento homosexual norteamericano y fundador de las *Hadas Radicales* (*Radical Faeries*, 1979), aplicó el método marxista a la promoción del homosexualismo como modelo de conducta, sustentando la tesis de que los homosexuales son una minoría cultural oprimida por la mayoría heterosexual opresora. En realidad, tal categoría representaría el nuevo y selecto género del androginismo natural de carácter sagrado<sup>14</sup>.

A este respecto, Michael Signorile sostiene que "*la acción más subversiva que pueden emprender los gays y lesbianas es transformar por completo la noción de familia*"<sup>15</sup>. Y Paul Varnell afirma que "*el movimiento gay, lo reconozcamos o no, no es un movimiento de derechos civiles, ni aun un movimiento de liberación sexual, sino una revolución moral dirigida a cambiar la visión moral que la gente tiene sobre la homosexualidad*"<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista de las obligaciones del Estado, las leyes antidiscriminación suelen abrir una línea de interpretación extensiva por la que aquel queda obligado a realizar programas, políticas y acciones para equiparar a las denominadas "minorías sexuales" y, lo más grave, para promover la ideología de

<sup>13</sup> Izquierda Unida, "Por una Ley Integral contra la LGTBI-fobia. Área de Libertad de Expresión Afectivo-Sexual de Izquierda Unida". [http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/manifiesto.17.mayo\\_.2010.pdf](http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/manifiesto.17.mayo_.2010.pdf)

<sup>14</sup> BRONSKI, Michael, "The Real Harry Hay", en *The Boston Phoenix*, Oct.31-Nov.7, 2002. Más ampliamente, HAY, Harry (1996): *Radically Gay: Gay Liberation in the Words of its Founder* (Boston, Beacon Press) Sobre Hay, TIMMONS, Stuart (1990): *The Trouble with Harry Hay: Founder of the Modern Gay Movement*, (Los Angeles, Alyson Publications), y THOMPSON, Mark (2012): en (Ed.), *The Fire in Moonlight: Stories from the Radical Faeries 1975-2010* (New York, White Crane Book Lethe Press).

<sup>15</sup> Declaraciones del autor a *Magazine Out!*, diciembre/enero 1994.

<sup>16</sup> VARNELL, Paul, "Defending Our Morality", en Chicago Free Press, 16/8/2000. Para esta cita, ASDTFP (2004): *Defending a Higher Law: Why We Must Resist Same-Sex, "Marriage and the Homosexual Movement"*, (Penn., Spring Grove) pp. 8. 9 Sobre el movimiento homosexual, BULLOUGH, Vern L. (2002): *Before Stonewall: Activists for Gay and Lesbian Rights in Historical Context* (New York, Harrington Park Press).

sus teóricos. Todo lo cual se logra mediante políticas de enseñanza, de cuotas, de financiamiento, de prestaciones sociales y en general implementación de políticas públicas de favorecimiento privilegiado.

Especial atención merecen los programas de "reeducación" en las ideologías aludidas a las que se intenta someter a toda la población, especialmente a los niños. Es lo que proyectó, antes de perder el poder, el Gobierno español de Rodríguez Zapatero con la categoría de "Identidad de género". Entre otras iniciativas, Bibiana Aído, titular del Ministerio de Igualdad de dicho Gobierno, dio a conocer el 7 de abril del 2010, junto al Instituto de la Mujer y la Federación de Enseñanza UGT (socialista), la campaña educacional "*reeducando en la igualdad*", que incluía la edición de 42.000 guías para que los profesores reeduzcan a los pequeños en la igualdad de género. Promovía la abolición de toda diferenciación sexual considerada peyorativamente como "estereotipo sexista" (hombre-mujer, esposa-marido, madre-padre).

Asimismo –y aunque parezca fantasía– la iniciativa comportaba la prohibición en las escuelas de los cuentos infantiles clásicos como *Blancanieves, la Bella Durmiente, la Cenicienta o Caperucita Roja*, así como la imposición de la "*asexualidad en los juguetes*". Se consideraba violación grave a la igualdad la publicidad de una muñeca o de un coche dirigido exclusivamente a las niñas o a los niños. A partir de ahora, ya "*no hay juegos o actividades para niñas y para niños*". Prohibido diferenciar. Ya no se puede distinguir. El plan causó un rechazo mayoritario en los medios<sup>17</sup>.

En Chile, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también impone programas de reeducación en la identidad de género, pero esta vez dirigida a los jueces. En este nivel, como se ve, es tenue la frontera que divide los programas de enseñanza o "reeducación" (que en realidad son proyectos de adoctrinamiento financiados por los contribuyentes) con el control totalitario del pensamiento. Cuando se constata que la ley antidiscriminación chilena incluye, como veremos, la categoría de "identidad de género", hay razones para temer.

**vi)** Hoy en día el término "discriminación" es puesto recurrentemente al servicio de una campaña internacional de explotación política en favor de programas conniventes con ciertas ideologías heredadas del freudomarxismo y del posestructuralismo, en la estela de la "revolución cultural" incoada en la revolución sexual norteamericana de los sesenta y en el mayo francés de 1968.

No es solo ineptitud política, sino ignorancia, el no considerar la ideología libertaria e igualitaria que alimenta las categorías de "orientación sexual" e

<sup>17</sup> Una buena síntesis en *Bibiana Aído versus Walt Disney: Igualdad quiere vetar los cuentos clásicos*, Forum Libertas digital, 9 de abril del 2010.

"identidad de género" en el plano de su instrumentalización. Saber discernir este contexto que vuelve al derecho un instrumento de objetivos políticos ulteriores es hoy obligación de todo estudioso de la ciencia jurídica. Al fin del día, no debatimos palabras, ni siquiera conceptos jurídicos, sino visiones de mundo que implican concepciones jurídicas que hay que tener cuidado en precisar y definir.

Cuando se estudia a los teóricos socialistas de la década de los sesenta y setenta (cuyas propuestas doctrinarias fueron progresivamente integradas a los programas de los principales partidos socialistas europeos) es sorprendente considerar cómo se adelantaron a la caída del muro de Berlín para los efectos de proyectar con ayuda del poder difuso la demolición aparentemente indolora de las estructuras que consideraban opresivas por ser típicas de la sociedad burguesa: la familia, la escuela, la Iglesia y los modos de sentir no puramente instintivos.

Al respecto, es oportuno citar algunas expresiones de estas metas que hoy cobran tanta actualidad:

*"Hay algo que podemos afirmar con seguridad: se acabó la idea tradicional de revolución y la estrategia tradicional de revolución. Estas ideas son anticuadas. Nosotros debemos alcanzar las raíces de la sociedad en los propios individuos. Hoy el cambio cualitativo, la liberación, implica cambios orgánicos de instinto y biológicos, al mismo tiempo que cambios políticos y sociales. Lo que debemos emprender es una especie de difusa y dispersa desintegración del sistema"* (Herbert Marcuse)<sup>18</sup>.

*"Todo lo que existe se pone nuevamente en tela de juicio y simultáneamente. Las izquierdas consideran que el hombre está alienado en su vida sexual, porque sus deseos reales son ahogados desde su infancia por la moral, la familia, la escuela. Ahora se trata de liberarse de todos los maestros y de todos los obstáculos a la libertad"* (Richard Gombin)<sup>19</sup>.

*"La revolución sexual, o sea la abolición de las actuales relaciones entre los sexos, acompañada de una transformación radical de las relaciones entre hijos y padres, jóvenes y adultos, debe acompañar el curso de la revolución económica, social y política ... La revolución sexual hará saltar las trabas psíquicas que aún hoy impiden la expansión ilimitada de las posibilidades revolucionarias existentes en cada ser humano ... La revolución psicosexual constituye una fuerza decisiva para lograr la revolución total"* (Pierre Fougeyrollas)<sup>20</sup>. Insistimos en que este es el contexto

<sup>18</sup> MARCUSE, Herbert (1969): *La sociedad carnívora* (Buenos Aires, Galerna, 2ª ed), pp. 77 y 91.

<sup>19</sup> GOMBIN, Richard (1971): *Les origines du gauchisme* (Paris, Seuil), p. 178.

<sup>20</sup> FOUGEYROLLAS, Pierre (1972): *Marx, Freud et la révolution totale* (Paris, Anthropos), pp. 630 y 367.

político ideológico en el que se inserta la instrumentalización de las categorías de "orientación sexual" e "ideología de género".

Enseguida se revisará de qué modo estos criterios se incorporan o no en la nueva ley que establece medidas en contra de la discriminación, sin perjuicio de otras observaciones focalizadas en determinados aspectos de la referida normativa.

#### **IV. Algunos aspectos positivos del Proyecto que morigeran la afirmación absolutista de la no discriminación**

Sin perjuicio de las observaciones críticas que se formularán más adelante, cabe mencionar algunos aspectos del Proyecto que son destacables, toda vez que morigeran –sin desterrar– aquellos aspectos negativos contenidos en el referido texto a que se hacía referencia en lo precedente.

**i) Las categorías protegidas por motivos de no discriminación *no habilitan a ejercer un derecho a la igualdad subjetivo y autónomo***

Según el Proyecto, el artículo 2º, inciso 1º<sup>21</sup>, la discriminación arbitraria se configura a partir de aquella conducta (*distinción, exclusión o restricción*) que genere algún grado de vulneración (*privación, perturbación o amenaza*) en alguno de los derechos fundamentales o libertades (su goce y ejercicio) reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior cobra pleno sentido desde que la referida disposición desconoce, en las materias que el Proyecto señala, que "la no discriminación" sea un bien en sí mismo o un principio de carácter absoluto. Admite la referida norma que una actuación motivada en las categorías protegidas –"*la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad*"–

<sup>21</sup> Boletín N° 3815-07, artículo 2º: "Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".

no vulneran, de suyo, el principio de igualdad, a menos que la diferencia o exclusión "*carezca de justificación razonable*".

De este modo, si la distinción o diferencia, motivada por cualquiera de las referidas categorías, es razonable y tampoco contraviene algún derecho fundamental, tal actuación será plenamente jurídica y no podrá atribuírsele el carácter de "discriminación arbitraria".

Se asume por el legislador que las características humanas representadas por las categorías protegidas (sexo, raza, estado civil, apariencia personal, opinión política, idioma, entre otras) tienen un carácter instrumental, cuyo valor estriba en la identificación con determinados contenidos normativos exigidos por los presupuestos de la justicia distributiva. La atribución de derechos y deberes, de cargas y beneficios, se encontraría determinada por una titularidad jurídica.

Es posible exigir no ser injustamente diferenciado en relación a una situación jurídica concreta, según criterios que son *comunes a todos* (edad, sexo, religión o creencia, opinión política, estado civil, etc.) o bien *distintivos de algunos* (la enfermedad, la discapacidad, la situación socioeconómica, el idioma, etc.), pero que en cualquiera de ambas situaciones se refieren a algo respecto de lo cual se tiene *derecho*, conforme al ordenamiento jurídico y a exigencias de mentada justicia distributiva.

Si la igualdad es a secas o no se vincula con alguna referencia que la identifique con un contenido normativo, no pasa de ser un concepto vacío<sup>22</sup>, como dice Westen, que como tal podría ser "llenado" con una variedad de "contenidos" sin referencia a algún valor intrínseco. Desde Aristóteles "lo igual" corresponde a "lo justo", siendo éste el criterio conforme al cual debe ajustarse lo igual o desigual de una situación o relación jurídica. La misma idea se encuentra en el Derecho Romano Justiniano.<sup>23</sup>

En este contexto, el derecho a no ser discriminado arbitrariamente refiere su contenido, en último término, a lo que la Constitución Política consagra como derechos o bienes reconocibles en la persona. Desde este prisma, y habida consideración de algunas prevenciones a las que nos referiremos, lo que el Proyecto consagra es el derecho a no ser injustamente turbado o privado del ejercicio de una libertad, del goce de un derecho o de la prestación de un bien o servicio a los que la Carta Fundamental ha brindado reconocimiento jurídico.

<sup>22</sup> WESTEN, Peter (1982): "The Empty Idea of Equality", en *Harvard Law Review*, Vol. 95, pp. 537-596.

<sup>23</sup> *Instituciones de Justiniano*, que definió la justicia como la disposición de dar a cada uno lo suyo, 1.1; 1.2.2.

La igualdad cuya infracción importaría una discriminación arbitraria, conforme al texto aprobado, sería aquella que, junto con no estar justificada en su razonabilidad, cause "privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales" reconocidos por la Constitución Política de la República o en virtud de ella, esto es, en tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos en vigor.

Lo anterior asume una cuestión crucial: el contenido de la igualdad viene dado por su identificación con aquellos derechos fundamentales asegurados directamente por la Constitución o reconocidos en virtud de ella. Consecuencialmente, la "distinción, exclusión o restricción" será justificada o no teniendo como punto de referencia los aludidos derechos y (también veremos) bienes fundamentales.

De este modo, dentro de la máxima de la igualdad consistente en "*tratar igual los casos iguales y tratar diferente los casos diferentes*", lo igual o diferente dependerá en buena medida de lo que se reconoce como "propio" o "suyo" de la persona o grupos de personas, y un referente inestimable de dicha pertenencia viene dado por los derechos de las personas, sus bienes básicos y las exigencias de la justicia distributiva. Estos constituyen el sustento prescriptivo en cuya virtud la igualdad cobra un valor no meramente instrumental, sino pleno de significado intrínseco.

¿Porqué es necesario que la distinción efectuada con ocasión de las categorías aludidas tenga que carecer de justificación además de ser vulneradora de los derechos fundamentales? ¿No habría bastado este último requisito en el entendido que la infracción de derechos es siempre irrazonable? De ser esto efectivo ¿qué sentido tiene exigir que el acto cuestionado junto con violentar los derechos sea además injustificado? Estas interrogantes serán abordadas inmediatamente, al referirnos al siguiente aspecto positivo del Proyecto.

**ii)** Las categorías protegidas no constituyen criterios *absolutos* por lo que éstos pueden ser justificadamente vulnerados

Los estándares protegidos consagrados en el Proyecto están afectados por un criterio de relatividad. Como se señaló, en el juicio de igualdad jurídica existen posiciones relativas, por lo que no puede ser observado sin considerar las diferencias razonables y legítimas entre las personas y las situaciones concretas en que aquellas se desenvuelven.

De ahí se sigue que la "discriminación" no sea *el* elemento *decisivo* en el juicio de igualdad. Una diferenciación fundada en la "*nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política*", entre las otras que se

reconoce, no supone incurrir en una discriminación arbitraria en los términos formulados por el artículo 2º, incisos primero y final.

Para que la actuación motivada en alguno de los criterios protegidos constituya una discriminación arbitraria aquella conducta debe, en primer lugar, carecer de "*justificación razonable*" y, en segundo término, producir una "*privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales*", conforme a lo dispuesto en artículo 2º inciso primero del Proyecto.

El primer requisito de configuración del ilícito previsto en el texto es relevante toda vez que asume derechamente que hay "distinciones, exclusiones o restricciones" que, fundadas en motivos de sexo o edad, religión, idioma u otras, son justificadas y razonables. Y no podría ser de otra manera, pues una condición básica para tratar lo igual/desigual consiste en discernir qué es lo igual y qué es lo diferente y, entre éstos, los distintos grados o tipos de diferencias o semejanzas.

En dicho proceso intelectual de discernimiento y distinción consiste la labor de distinción y "discriminación", aunque sobre éste término haya recaído –equívocamente como se ha visto– el peso de aquello que identifica como igualdad absoluta, al punto de llegar a sostener, como se ha hecho en algunas legislaciones, que toda discriminación fundada en las aludidas categorías equivale a una infracción al principio de igualdad.<sup>24</sup> Esto no sólo es absurdo, entre otros motivos por violentar el principio de identidad y de no contradicción, sino que en muchos casos parece atentar contra la misma igualdad en la que supuestamente se ve inspirada, como veremos más adelante.

Si bien muchas de las categorías protegidas constituyen aspectos –comunes y distintivos– de la personalidad, no todas son manifestaciones de características humanas cuya afectación siempre y en cualquier circunstancia debieran ser objeto de reproche, por lo que podrían ser justamente desconocidas en una situación concreta.

A modo ilustrativo: sería ridículo invocar discriminación arbitraria por motivos de "idioma" en el caso de haber sido excluido del proceso de selección en la postulación al trabajo de piloto de una línea aérea internacional. Igualmente irrisorio sería que una mujer alegara haber padecido dicha discriminación por

<sup>24</sup> Esa es la lógica dominante en ciertas "leyes antidiscriminación". Por ejemplo, bajo la Ley de Igualdad Inglesa (English Equality Act) del 2010, se considera que cualquier decisión directamente discriminadora en alguna de las categorías protegidas –religión, creencia filosófica, sexo, orientación sexual, entre otras– no puede ser legalmente justificada, con la salvedad de dos categorías –edad y discapacidad– en las que cabe una diferenciación menos favorable (discriminación) cualificada por la finalidad perseguida y la idoneidad del medio empleado para obtener dicha finalidad, Equality Act 2010, 13 (2) (age). Para un completo recuento de la legislación antidiscriminación en UK, puede consultarse HEPPLE, Bob (2011): *Equality: The New Legal Framework* (Oxford, Hart Publishing).

haber sido denegada su solicitud de ingreso, en calidad de seminarista, al noviciado de una congregación católica.

La segunda condición para incurrir en discriminación arbitraria es que la conducta que se cuestiona como antijurídica "cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución" o "en los tratados internacionales sobre derechos humanos" vigentes en nuestro país. Esta exigencia conecta con lo ya señalado en cuanto a que la igualdad no es un valor autorreferencial, sino que remite a algún bien que le brinde sustento prescriptivo.

Como ya se señaló, dicho contenido normativo viene configurado por el marco constitucional, en lo que a derechos fundamentales y bienes constitucionales se refiere. Tanto es así que el mismo inciso tercero del Proyecto en cuestión afirma que se considerarán razonables (justificadas, por tanto) aquellas "*distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental*" "o en otra causa constitucionalmente legítima".

Algunas interrogantes surgen al respecto: ¿quiere decir la disposición citada que la ley autoriza la distinción o exclusión por motivos de sexo, por ejemplo, siempre que ella tenga por fundamento el ejercicio legítimo de un derecho o de un bien fundamental? Sobre este mismo punto: ¿por qué este inciso tercero omite la exigencia de concurrir una "*justificación razonable*" en circunstancias que ésta es una condición copulativa para que la discriminación sea estimada arbitraria. Finalmente: ¿qué "*causa constitucionalmente legítima*" distinta al ejercicio regular de un derecho fundamental puede legitimar una diferenciación motivada por las categorías protegidas?

Sobre las dos primeras preguntas, habría sido redundante que en el inciso tercero del Proyecto se hubiere exigido una conducta razonablemente justificada, en circunstancias que la concurrencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental –particularmente los indicados por vía ejemplar en la aludida disposición– implica, de suyo, una razón justificada que, por tanto, legitima la diferenciación o exclusión llevada a cabo con base en las categorías protegidas.

En cuanto a la tercera interrogante, estimamos que una "*causa constitucionalmente legítima*" que autorizaría a diferenciar por los motivos legalmente protegidos no podría ser otra que aquellos bienes constitucionales configurados por "*la moralidad pública*", "*el orden público*", "*la seguridad nacional*", "*la salud o salubridad públicas*", "*la conservación del patrimonio ambiental*", en fin, todos aquellos aspectos del bien común que en la Constitución se encuentran identificados bajo las referidas denominaciones.

Para dar un par de ejemplos: un profesor que promoviera "*la identidad de género*" en un colegio de inspiración cristiana podría ser legítimamente excluido de dicha comunidad escolar por vulnerar la libertad de enseñanza para "*abrir, organizar y mantener*"<sup>25</sup> los referidos establecimientos educacionales, derecho éste que es la contracara de aquella libertad de la que gozan los padres de los mismos alumnos para "*escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos*"<sup>26</sup>.

De modo análogo, tampoco sería procedente invocar discriminación arbitraria por motivo de "*situación socioeconómica*" en razón de haber sido descalificado en un procedimiento de licitación pública convocado por un organismo público en el que se hubiera exigido un capital mínimo, entre otras condiciones, a fin de garantizar la seriedad de la oferta. Todo a fin de satisfacer el fin público que justifica la adjudicación de la construcción de una carretera concesionada, por parte de los oferentes que participan en dicho procedimiento concursal.

La consideración del factor "socioeconómico" estaría justificada por la "*causa constitucionalmente legítima*" representada aquí –remota y discutiblemente eso sí– por la necesidad pública de aumentar la dotación de la infraestructura nacional.<sup>27</sup>

## V. Algunos aspectos negativos de la futura ley

Si bien se trata de un texto que formalmente persigue "*instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*"<sup>28</sup>, en realidad la futura ley introduce cierta terminología (v. gr. "identidad de género") y establece determinados deberes (v. gr. para el Estado) que, entre líneas y en concordancia con la historia fidedigna de su establecimiento de este Proyecto<sup>29</sup>, se develan como las verdaderas innovaciones sustantivas del texto finalmente aprobado.

i) Lo realmente novedoso en materia sustantiva está en "la orientación sexual" y "la identidad de género"

<sup>25</sup> CPR, art. 19 N° 11, inc. 1°.

<sup>26</sup> Ibid, inc. 4°.

<sup>27</sup> La problematización sobre algunos aspectos de los denominados "bienes constitucionales legítimos" en COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2011): *El bien común, el interés público o los fines constitucionalmente legítimos como justificaciones del regulador para limitar los derechos fundamentales*, en ARANCIBIA, MARTINEZ y ROMERO (coord.) *Litigación Pública* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), pp. 397-433.

<sup>28</sup> Proyecto de Ley, art. 1°, inciso 1°: "*Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*".

<sup>29</sup> En el presente número de la Revista *Actualidad Jurídica* el profesor Hugo Rosende A. lleva a cabo una interesante síntesis de ciertos aspectos de la historia fidedigna del Proyecto en cuestión.

Lo realmente distintivo del Proyecto es la consideración de la *orientación sexual* y la *identidad de género* como categorías protegidas. Todos los criterios restantes se encuentran resguardados en mayor o menor medida en distintos cuerpos normativos del ordenamiento jurídico nacional.

Los factores de "edad", "enfermedad", "nacionalidad" están regulados en diversos cuerpos normativos vigentes –el Código del Trabajo, el Código Sanitario y el DL 1.939<sup>30</sup>–. La "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas" se encuentran incorporados en virtud del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho nacional en virtud del artículo 5°, inciso 2° de la Carta Fundamental. Hay otras categorías –v. gr. "idioma", "edad"– que están bien internalizadas en la cultura jurídica chilena como diferencias razonables.

¿Qué pretensión sustantiva diversa de la "orientación sexual" o "la identidad de género" habría en incorporar categorías que ya se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico o en las que buena parte estaría de acuerdo en estimarlas como criterios según los cuales es legítimo efectuar distinciones o diferencias justificadamente razonables? Valgan aquí las consideraciones y ejemplos ya desarrollados precedentemente en este comentario.

Con todo, la historia fidedigna del Proyecto entrega un derrotero cuyo estudio permitiría abordar de un modo más categórico la interrogante formulada. Se trata del estudio del alcance de los principios contenidos en la Declaración de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de derechos humanos a la cuestiones de orientación sexual e identidad de género<sup>31</sup>, a la cual se hace referencia en la discusión legislativa.

Todas las críticas que formulamos en el acápite III de este trabajo en cuanto a las fallas de la legislación anti-discriminación y sus "trampas" se han de aplicar aquí en lo que cabe.

ii) Junto con consagrar el test de *razonabilidad*, el texto incorpora –inadvertidamente– el test de *proporcionalidad*

El artículo 2°, inciso primero, establece como test o parámetro el de *razonabilidad*, al prescribir que para los efectos de esta ley se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación

<sup>30</sup> Por ejemplo, el art. 19 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, establece que por razones de interés nacional se prohíbe a los nacionales de países limítrofes adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en las zonas del territorio nacional actualmente declaradas fronterizas, en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1967.

<sup>31</sup> Véase al respecto: [http://es.wikipedia.org/wiki/Principios\\_de\\_Yogyakarta](http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_de_Yogyakarta).

razonable y, asimismo, produzca algún grado de vulneración en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por su parte, la disposición contenida en el artículo 1º, inciso segundo, establece el deber de "*cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, [de] elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

Si bien la norma citada es formalmente inocua, ella indudablemente se prestará para que algunos gobiernos de signo progresista promuevan, particularmente a través de medidas administrativas de orden educacional, la agenda de la "identidad de género" bajo pretexto de introducir contenidos mínimos obligatorios en la enseñanza de los establecimientos educacionales.

Interpuestas en dicho contexto las acciones jurisdiccionales pertinentes con el objeto de impugnar aquellos actos administrativos o legislativos que violenten la libertad de conciencia o de enseñanza, es muy probable que la Administración, junto con invocar en su defensa la supuesta razonabilidad de las referidas medidas o actos, recurrirá al expediente de sostener que la adopción de aquéllas se fundamenta en la obtención de un "*objetivo constitucionalmente lícito*", frente a lo cual el tribunal que conozca del asunto se verá, en cierto modo, forzado a aplicar, además del test de razonabilidad, el denominado estándar o test de proporcionalidad.

Lo anterior se explica desde el momento en que el Proyecto envuelve tácitamente una condición de aplicación del test de proporcionalidad, al admitir que los estándares protegidos sean, con ocasión de esta ley, erigidos a una categoría de *objetivos indubitados de políticas públicas*, supuesto a partir del cual arranca una dinámica, propia de la estructura lógica del test de proporcionalidad (y cuyo desenvolvimiento no es del caso explicar aquí), en la que el fin público invocado llevará todas las de ganar.

Este resultado es probable, entre otros motivos, porque la lucha sin cuartel ya no se librará entre dos derechos (v. gr. la igualdad *versus* la libertad de enseñanza), sino entre un "*objetivo constitucionalmente lícito*" y un derecho (v. gr. la promoción de políticas públicas motivadas en la "identidad de género" *versus* la libertad de enseñanza), sorteando de este modo un discernimiento más complejo bajo el criterio de razonabilidad y reeditando la difundida falacia de una supuesta primacía del primero sobre el segundo.

Bajo este expediente, toda pretensión invocada (como derecho) o medida adoptada (acto administrativo) que sea fundada en la *orientación sexual* o en la

identidad de género irá acompañada de una fuerte presunción de identificación con un "interés público prevaeciente", replicando una lógica similar a aquella afirmada en otras latitudes en los casos en que un derecho fundamental debe ceder frente a los derechos identificados con un interés público (v. gr. *libertades preferidas*).

Esto revela el carácter artero del proyecto, al menos desde una hermenéutica extensiva. Por lo que no está demás reflexionar acerca de las herramientas jurídicas necesarias para hacer frente en el futuro a iniciativas públicas fundadas en una falaz concepción de la igualdad.

## Bibliografía

ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2010): *La libertad de conciencia y de religión. Una apelación a nuestro presente histórico*, en AYUSO, Miguel (ed.), Estado, ley y conciencia (Madrid, Marcial Pons), pp. 129-143.

BULLOUGH, Vern L. (2002): *Before Stonewall: Activists for Gay and Lesbian Rights in Historical Context* (New York, Harrington Park Press).

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2011): *El bien común, el interés público o los fines constitucionalmente legítimos como justificaciones del regulador para limitar los derechos fundamentales*, en ARANCIBIA, MARTÍNEZ y ROMERO (coord.) *Litigación Pública* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), pp. 397-433.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): *La desproporción de la proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación* [aceptado para su publicación en la *Revista Chilena de Derecho*].

DÍEZ PICAZO (2008): Luis, *Sistema de derechos fundamentales* (Thomson-Civitas, Pamplona, 3ª edición).

FINNIS, John (2011): "Equality and Differences", en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 56, pp. 17-44.

FOUGEYROLLAS, Pierre (1972): *Marx, Freud et la revolution totale* (París, Anthropos).

GOMBIN, Richard (1971): *Les origines du gauchisme* (Paris, Seuil).

HAY, Harry (1996): *Radically Gay: Gay Liberation in the Words of its Founder* (Boston, Beacon Press).

HEPPEL, Bob (2011): *Equality: The New Legal Framework* (Oxford, Hart Publishing).

MARCUSE, Herbert (1969): *La sociedad carnívora* (Buenos Aires, Galerna, 2ª ed).

MOSEBACH, Martin (2012): *Le sentiment de culpabilité et son usage collectif*, en *Revue Catholica*, Vol. 115, pp. 23-34.

NIETO, Alejandro (2007): *Crítica de la razón jurídica* (Trotta. Madrid).

TIMMONS, Stuart (1990): *The Trouble with Harry Hay: Founder of the Modern Gay Movement*, (Los Angeles, Alyson Publications).

THOMPSON, Mark (2012): en (Ed.), *The Fire in Moonlight: Stories from the Radical Faeries 1975-2010* (New York, White Crane Book Lethe Press).

VALDÉS PRIETO, Domingo (1992): *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico* (Santiago, Cono Sur).

WESTEN, Peter (1982): "The Empty Idea of Equality", en *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 537-596.

# La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria

**Hugo Rosende Álvarez**

Director del Departamento de Derecho Privado  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** En el presente trabajo se examina la pugna valórica entre el movimiento internacional LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) y los credos religiosos, lo cual no terminará con la ley contra la discriminación, sino que se prolongará en el tiempo hasta el cabal cumplimiento de los Principios de Yogyakarta, que postula LGBT.

\*\*\*

## I. El proyecto aprobado por el Congreso Nacional

El proyecto se estructura sobre la base de tres títulos: Título I, Disposiciones generales; Título II, la acción de no discriminación arbitraria, y Título III, reformas a otros cuerpos legales.

### A. Título I. Disposiciones generales.

El *propósito de la ley* consiste en instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria (art. 1° inciso 1°).

Contempla la obligación de cada uno de los órganos de la *Administración del Estado*, dentro del ámbito de su competencia, de elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 1° inciso 2°).

Define la *discriminación arbitraria*, entendiéndolo por tal toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el

ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, las sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad (art. 2° inciso 1°).

Se hace la salvedad que las categorías que se indican en el inciso 1° del artículo 2° no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público (art. 2° inciso 2°).

Se consideran razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso 1° se encuentren justificadas en el *ejercicio legítimo de otro derecho fundamental*, en especial los referidos en los números: 4°, sobre el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; 6° la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; 11° la libertad de enseñanza, que incluye el derecho de abrir organizar y mantener establecimientos educacionales, la cual no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional; 12° la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley; 15° el derecho de asociarse sin permiso previo; 16° la libertad de trabajo y su protección, que prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos, y 21° el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, todos del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima (art. 2° inciso 3°).

## **B. Título II. La acción de no discriminación arbitraria.**

Es tribunal competente el juez de letras del domicilio del afectado por la discriminación arbitraria o el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión a elección de la persona lesionada en su derecho (art. 3°).

La legitimación activa es amplia, pudiendo interponer la acción cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, su representante legal, o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la

educación del afectado. Está facultada para interponerla cualquier persona a favor de quien ha sido víctima de discriminación arbitraria, cuando el afectado estuviere imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla (art. 4°).

### ***Normas de procedimiento.***

Se admite la interposición de la demanda por escrito y en casos urgentes de manera verbal, levantándose acta por la secretaria del tribunal competente. El plazo para demandar es de 90 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. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida la acción u omisión (art. 5°).

Se establece el *trámite de inadmisibilidad* de la acción cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que éstas hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido; o se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo; o cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes; o cuando se objeten sentencias emanadas de tribunales creados por la Constitución o la ley; o cuando carezca de fundamento, lo que el juez decretará por resolución fundada; o cuando la acción fuere deducida fuera de plazo (art. 6°).

Deducida la acción, el tribunal requerirá informe a la persona denunciada, la cual tendrá el plazo de 10 días hábiles para evacuarlo, y si no lo hiciere, el tribunal puede proseguir la tramitación sin ese informe (art. 8°).

Evacuado el informe, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia para el quinto días hábil después de la última notificación por cédula a las partes.

La audiencia tendrá lugar por la parte que asista, y si concurren todas ellas, el tribunal las llamará a conciliación.

Si no se produce la conciliación, el tribunal citará a las partes a oír sentencia si no hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. En caso contrario, recibirá la causa a prueba, para cuya realización se fijará la audiencia de recepción de las pruebas (art. 9°). Se admiten todos los medios de pruebas obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. No se admiten más de dos testigos de cada parte por cada punto de prueba. No hay testigos ni peritos inhábiles, sin perjuicio del derecho de las partes para exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no merece fe. La prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 10).

Se contemplan medidas para mejor resolver (art. 11).

La *sentencia* puede declarar la existencia de la discriminación arbitraria y el juez dejará sin efecto el acto discriminatorio y adoptará las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Además, aplicará una multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorios. Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de fundamento, el juez aplicará al recurrente una multa de 2 a 20 unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal (art. 12).

Se establece el recurso de *apelación* en contra de la sentencia definitiva, de la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución, que deberá interponerse dentro de 5 días hábiles para ante la Corte de Apelaciones respectiva, sin que se necesario hacerse parte. En el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla, dándosele preferencia para su vista y fallo. Se oirán alegatos si las partes los ofrecen por escrito hasta el día previo de la vista de la causa (art. 13).

Como *normas supletorias* a las del proyecto de ley, se aplicarán las reglas generales contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil (art. 14). El proyecto contempla una medida cautelar especial, de suspensión provisional del acto reclamado, que reglamenta su artículo 7°.

### **C. Título III. Reformas a otros cuerpos legales**

Se modifica el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales en el sentido de considerar como acto atentatorio a la dignidad de los funcionarios una acción de discriminación arbitraria , según está definida en el artículo 2° del proyecto de ley ( art. 16).

Se modifica el Código Penal y se agrega como agravante de un delito, en el artículo 12 del código del ramo, el numeral 21°, "Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca (art. 17).

**Interpretación de este proyecto de ley.** El artículo 18 establece que los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes.

**El jefe de Estado manifiesta su voluntad de no ejercer el derecho a v veto.** Por oficio 10159 de 10 de mayo de 2012 el señor presidente de la Cámara de Diputados comunicó al Presidente de la República la aprobación prestada por el Congreso Nacional al proyecto que establece medidas contra la discriminación, Boletín N° 3015-07. Expresa esta comunicación que el proyecto contiene normas propias de ley orgánica constitucional, pues modifica los criterios establecidos por la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto a las tareas que competen a los órganos de la Administración en materia de elaboración e implementación de políticas. Se precisa saber si el Presidente de la República hará uso de la facultad de veto que le confiere el artículo 73 de la Constitución Política de la República.

Por oficio N° 100-360, de 14 de mayo de 2012, el Primer Mandatario hizo presente su voluntad de no hacer uso de la mencionada facultad, para los efectos de que el Proyecto aprobado se remita al Tribunal Constitucional, para su consideración.

**Trámite ante el Tribunal Constitucional.** Por oficio N° 10173, de 15 de mayo de 2012, el Presidente de la Cámara de Diputados remitió al Tribunal Constitucional copia, debidamente autenticada, del Proyecto aprobado por el Congreso Nacional, para que ese Excelentísimo Tribunal ejerza el control de constitucionalidad respecto del inciso 2° del artículo 1° y artículos 3°, 6° y 13 del Proyecto.

## II. Historia del proyecto de ley

A. El proyecto de ley sobre normas contra la discriminación fue considerado innecesario por la Excelentísima Corte Suprema en cuatro oportunidades, según consta de los oficios N° 58, de 3 de mayo de 2005; N° 168, de 15 de noviembre de 2005; N° 27, de 23 de enero de 2007; N° 96, de 23 de junio de 2008, y N° 126, de 29 de julio de 2011.

En el último oficio la Corte Suprema emite su parecer en el mismo sentido que lo hiciera invariablemente con anterioridad y cuyo tenor originario es el que sigue:

*"Acuerdo de mayoría. Se señala que como se infiere del proyecto, sus disposiciones tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona.*

Al respecto, los señores ministros manifiestan que debe considerarse que nuestra Carta Fundamental ya establece como derecho esencial de la persona humana –en el artículo 19 N° 2– la igualdad ante la ley, asegurando que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. En dicha

norma, adicionalmente, se agregó a través de una reforma constitucional, que hombres y mujeres son iguales ante la ley. De esta forma, se regula de algún modo la no discriminación y, frente a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de este derecho, se concede el recurso de protección.

En ese sentido, la Corte Suprema es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo.

*Tres ministros de la mayoría concurren al acuerdo teniendo además presente que la iniciativa legal es incongruente con las disposiciones que establece el Código del Trabajo para impedir la discriminación en el ámbito laboral y que fueron perfeccionadas con la reforma que introdujo la Ley 19.759, de 5 de octubre de 2001. Asimismo expresan los mismos ministros que la falta de concordancia entre el proyecto con la normativa vigente no sólo se produce en los distintos términos en que ambos describen los actos de discriminación, sino en los diferentes tribunales que conocerían de la materia a través de procedimientos igualmente disímiles. Finalmente consigna que la circunstancia que el proyecto declare que la acción que concede es sin perjuicio de otras acciones especiales, no resuelve la incongruencia señalada, en la medida que en materia laboral, en que precisamente hay mayor riesgo de discriminación, la iniciativa daría lugar a la existencia de dos regímenes paralelos y diferentes para impugnarla, tanto en aspectos sustantivos como especialmente en el plano judicial.*

**Voto de minoría.** Los ministros que conforman la minoría fueron de opinión de acoger favorablemente el proyecto, por estimar que la iniciativa resultaría un complemento necesario al derecho constitucional de la igualdad ante la ley y la prohibición que se le impone a la ley o a cualquiera autoridad para establecer diferencias arbitrarias.

Expresan que en otras oportunidades han opinado –respecto de otras acciones o reclamaciones– que sería del caso entregar a la jurisdicción natural, jueces de letras, su conocimiento en primera instancia. Sin embargo, por la importancia de los derechos en juego y su cercanía con la acción de protección, les parece prudente lo que se propone en el proyecto en cuanto a la competencia de una Corte de Apelaciones, aun considerando la recarga de trabajo que ello implica para los tribunales de justicia. Lo anterior se ve morigerado con la sencillez del procedimiento establecido y la facultad que se da a la Corte Suprema para que mediante auto acordado establezca los aspectos procesales de la acción que regula el proyecto.

En todo caso, los ministros de la minoría formulan reparos en relación a la prueba, a la forma de conocer el recurso de apelación por la Corte Suprema

y hacen ver la necesidad de un financiamiento adicional al presupuesto del Poder Judicial, para atender esta mayor carga de trabajo.

Ahora bien, en el oficio N° 126-2011, la Corte Suprema manifiesta que el derecho a la no discriminación se encuentra suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, a través de las acciones constitucionales y legales pertinentes, como son el recurso de protección, de amparo, de amparo económico, el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales y la acción especial contemplada en el artículo 57 de la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer otras acciones adicionales y especiales para su resguardo. Por estas consideraciones, se acuerda informar desfavorablemente el aludido proyecto de ley.

## **B. Mensaje de la iniciativa legal**

### **1. Fundamentos:**

- a) El Estado tiene el deber primordial de estar al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.
- b) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, al comprometerse a reconocer y respetar la dignidad intrínseca y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, entre los cuales se encuentra la no discriminación, constituye un pilar histórico que es recogido en múltiples convenios internacionales, en los que, en su mayoría, nuestro país tiene la calidad de Estado Parte.
- c) Se ha preferido utilizar el mecanismo legal para proteger el principio de la no discriminación, porque su dinamismo permitirá una constante reformulación del contenido normativo del principio, acorde con los avances del mundo moderno, lo que no sucedería con una norma de rango constitucional.

### **2. Propuesta del Mensaje:**

- a) Fijar como un deber del Estado la elaboración de políticas y el arbitrio de las acciones necesarias para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Lo anterior no obsta a que el poder público pueda establecer diferenciaciones legítimas, en la medida que ellas se encaminen a promover y fortalecer el principio de no discriminación y la real igualdad de oportunidades de las personas.

- b) Delimitar el concepto de discriminación arbitraria, para lo cual recurre a cuatro variables.
- i. La primera consiste en definir las modalidades que puede adoptar la discriminación arbitraria, sea que ocurra en el ámbito público o privado. La misma se puede traducir en distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias, modalidades que se pueden realizar por acción u omisión. Las distinciones son diferenciaciones basadas en alguna particularidad. Las exclusiones se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa. Las restricciones son reducciones a límites menores. Las preferencias son ventajas que se conceden a una persona sobre otra.
  - ii. La segunda variable consiste en que la discriminación debe basarse en cierto criterio de distinción, exclusión, restricción o preferencia. Sistematiza los criterios y señala que son condiciones individuales o sociales que remarcan algún grado de identidad. Los cuantifica en veinte criterios y opta por diferenciar algunas situaciones análogas para evitar discusiones sobre si están comprendidas o no. El proyecto separa el criterio del sexo, del género y de la orientación sexual. Lo mismo hace respecto de la religión y la creencia; del idioma y la lengua.
  - iii. La tercera variable define la discriminación arbitraria y la configura como una calificación de la conducta discriminatoria que no está asociada necesariamente a un resultado determinado, ya sea de anulación o menoscabo, en el reconocimiento o ejercicio de un derecho. No se requiere daño para que la discriminación sea reprochable.
  - iv. La cuarta variable exige que la discriminación sea arbitraria, sin que, además, requiera de ser ilegal como factor de configuración. En síntesis, la falta de fundamento o de proporcionalidad, o la desviación del fin da lugar a una conducta discriminatoria<sup>1</sup>.

### **C. La disputa valórica en el proyecto de ley contra la discriminación arbitraria suscitada entre la ideología del género y de la orientación sexual, por una parte, y las creencias religiosas, por la otra.**

La discusión parlamentaria se encendió por la incorporación en el proyecto de ley de dos criterios de discriminación arbitraria, uno de ellos fundado en la "**orientación sexual**" y el otro en la inclusión de "**identidad de género**".

<sup>1</sup> Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Boletín 3815-07, de 18 de abril de 2006.

## ***1. El ideario existente detrás del movimiento que postula la no discriminación fundado en la orientación sexual y/o en la identidad de género.***

### **A) Principios de Yogyakarta<sup>2</sup>.**

El ideario de este movimiento se consigna en los principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es "Los principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género", que según sus redactores marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar las protecciones a los derechos humanos a las personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales).

El documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008) y se redactó en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de personas dedicadas a los derechos humanos y derecho internacional de varios países. Su presentación tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. El origen de este documento estuvo en el llamamiento que hicieron 54 Estados en dicho Consejo en el año 2006 para que se respondiera ante las graves violaciones de derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transexuales o transgénero e intersexuales.

Una síntesis de los principios de Yogyakarta es la siguiente:

#### **Principio 1: El derecho al disfrute universal de los derechos humanos:**

Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.

**Principio 2: Los derechos a la igualdad y a la no discriminación:** Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

#### **Principio 3: El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica:**

La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos como requisito para el reconocimiento

<sup>2</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Principios\\_de\\_Yogyakarta](http://es.wikipedia.org/wiki/Principios_de_Yogyakarta)

legal de su identidad de género. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.

**Principio 4: El derecho a la vida:** A nadie se le impondrá la pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo.

**Principio 5: El derecho a la seguridad personal:** Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o agresión contra su integridad personal.

**Principio 6: El derecho a la privacidad:** Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Incluyendo el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género, así como también las decisiones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas.

**Principio 7: El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente:** Es arbitrario el arresto o la detención por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 8: El derecho a un juicio justo:** Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad y con las debidas garantías, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 9: El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente:** Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con dignidad con independencia de su orientación sexual o identidad de género, conceptos que son fundamentales para la dignidad de toda persona.

**Principio 10: El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes:** Todas las personas tienen el derecho a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

**Principio 11: El derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas:** Toda persona tiene derecho a la protección contra la trata de personas, venta y cualquier forma de explotación, incluyendo la explotación sexual, basadas en una orientación sexual o identidad de género.

**Principio 12: El derecho al trabajo:** Toda persona tiene derecho al trabajo digno realizado en condiciones equitativas y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 13: El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social:** Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 14: El derecho a un nivel de vida adecuado:** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo una alimentación adecuada, agua potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuada, así como a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 15: El derecho a una vivienda adecuada:** Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye la protección contra el desalojo y carencia de hogar, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

**Principio 16: El derecho a la educación:** Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia éstas.

**Principio 17: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud:** Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con derecho de consentimiento informado. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.

**Principio 18: Protección contra abusos médicos:** Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, con motivo de su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, *curadas* o suprimidas.

**Principio 19: El derecho a la libertad de opinión y de expresión:** Incluyendo la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la

concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin consideración a las fronteras.

**Principio 20: El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas:** Incluyendo las manifestaciones pacíficas relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género. Las personas pueden formar y hacer reconocer, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información, a o sobre personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos.

**Principio 21: El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:** Estos derechos no pueden ser invocados por el Estado para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 22: El derecho a la libertad de movimiento:** La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana.

**Principio 23: El derecho a procurar asilo:** En caso de persecución relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá expulsar a una persona a otro Estado del que haya sospechas fundadas de que esa persona podría sufrir cualquier forma de penas o tratos crueles o degradantes a causa de su orientación sexual o identidad de género.

**Principio 24: El derecho a formar una familia:** con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

**Principio 25: El derecho a participar en la vida pública:** incluyendo el derecho a postularse a cargos públicos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar, así como a tener acceso a todos los niveles de las funciones y empleos públicos, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 26: El derecho a participar en la vida cultural:** pudiendo expresar a través de este derecho la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género.

**Principio 27: El derecho a promover los derechos humanos:** incluyen las actividades de los defensores de los derechos humanos encaminadas a promover y proteger los derechos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

**Principio 28: El derecho a recursos y resarcimientos efectivos:** brindando reparaciones a personas cuyos derechos hayan sido violados por motivo de su orientación sexual o identidad de género.

**Principio 29: Responsabilidad penal:** Toda persona cuyos derechos humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, tiene derecho a que a las personas responsables de dicha violación se les responsabilice penalmente por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. No deberá haber impunidad para autores de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

En procura del cumplimiento íntegro de este ideario los movimientos sobre los derechos LGBT se movilizan de manera activa para obtener declaraciones sobre orientación sexual e identidad de género y modificaciones de la legislación interna de los países, ya sea de rango constitucional o simplemente legal. Este documento fue invocado durante la tramitación del proyecto de ley sobre mecanismo judicial contra la discriminación.

B) Declaración sobre orientación sexual e identidad de género presentada ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 2008 <sup>3</sup>.

Es una iniciativa francesa respaldada por la Unión Europea y presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008, la cual fue firmada por 66 de los 192 miembros de las Naciones Unidas, incluyendo los países de la Unión Europea y la mayoría de los países occidentales, con la excepción de los Estados Unidos, que tras declarar que firmarla era incompatible con su ordenamiento interno ha decidido finalmente apoyarla.

La declaración, originalmente propuesta como resolución, provocó otra declaración en sentido opuesto promovida por países árabes. Ambas declaraciones permanecen abiertas a nuevas firmas.

El activista británico Peter Tatchele dijo sobre la declaración: "conseguir esta declaración de la ONU es el resultado del esfuerzo colectivo global de muchas organizaciones LGBT y de derechos humanos. Nuestra colaboración como

<sup>3</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n\\_sobre\\_orientaci%C3%B3n\\_sexual\\_e\\_identidad\\_de\\_g%C3%A9nero\\_de\\_las\\_Naciones\\_Unidas](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_sobre_orientaci%C3%B3n_sexual_e_identidad_de_g%C3%A9nero_de_las_Naciones_Unidas)

unidad y solidaridad han conseguido este éxito": Acto seguido rinde homenaje al esfuerzo y contribución de Amnistía Internacional, ARC Internacional, Center for Women's Global Leadership, COC Nederland, Global Rights, Human Rights Watch, International Committee for IDAHO, International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC), ILGA, International Services for Human Rights, Pan Africa ILGA y Public Services International.

### **El texto de la declaración es el que sigue:**

1. Reafirmamos el principio de la universalidad de los derechos humanos, tal y como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo 60º aniversario se celebra este año. En su artículo 1 establece que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".
2. Reafirmamos que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, tal como lo establecen el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..
3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.
4. Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.
5. Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos.
6. Condenamos las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud.

7. Recordamos la intervención pronunciada en 2006 ante el Consejo de Derechos Humanos por cincuenta y cuatro países, solicitando al Presidente del Consejo que brindara una oportunidad, en una futura sesión adecuada del Consejo, para el debate sobre estas violaciones.
8. Elogiamos la atención que a estas cuestiones prestan los titulares de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos y órganos de tratados, y los alentamos a continuar integrando la consideración de las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o identidad de género dentro de sus mandatos relevantes.
9. Recibimos con beneplácito la adopción de la resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) sobre "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género" por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos durante su 33ª sesión el 3 de junio de 2008<sup>4</sup>.
10. Hacemos un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos a que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.
11. Urgimos a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención.
12. Urgimos a los Estados a asegurar que se investiguen las violaciones de derechos humanos basados en la orientación sexual o la identidad de género y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.
13. Urgimos a los Estados a asegurar una protección adecuada a los defensores de los derechos humanos, y a eliminar los obstáculos que les impiden llevar adelante su trabajo en temas de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Se debe tener presente que esta declaración fue únicamente presentada a Naciones Unidas y no fue aprobada por este organismo, por lo que no es vinculante para los Estados, y no crea obligaciones para éstos tendientes a

<sup>4</sup> En esta resolución de la OEA se manifiesta la preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. Se encarga a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya en su agenda el tema "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género". Se solicita al Consejo permanente que informe a la Asamblea General de la OEA el cumplimiento de esta resolución, cuya ejecución estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros de la organización y de otros recursos.

acatarlas o a modificar su legislación interna. A mayor abundamiento, es de advertir que aunque hubiese existido una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre orientación sexual o identidad de género, que no la hubo, una resolución de esa clase carece de fuerza normativa. Por estos motivos, resulta insólito que en la discusión del proyecto de ley sobre discriminación se hayan invocado por un lado, una declaración presentada a Naciones Unidas, sin valor jurídico alguno, y por otro lado, los principios de Yogyakarta, que corresponden a un ideario del movimiento LGBT, sirviendo ambos como el trasfondo que justifica el proyecto de ley sobre no discriminación.

## **2. La pugna valórica en la ley sobre mecanismo judicial contra la discriminación arbitraria.**

La visión de Amnistía Internacional y de la Fundación Iguales.

**a) Amnistía Internacional, a través de su Directora Ejecutiva, señora Ana Piquer, reveló ante la Comisión Mixta de la Cámara de Diputados y del Senado<sup>5</sup>, los puntos de preocupación de la entidad, que son:**

- La ley debiera considerar medidas preventivas y la obligación del Estado de hacerlo, porque el establecimiento de un recurso judicial para reclamar de la discriminación cubriría sólo parcialmente los aspectos garantizados por la normativa internacional en esta materia.
- Señala que se debiera incluir las categorías de sexo, orientación sexual e identidad de género, porque diversos organismos internacionales, interpretando tratados de derechos humanos, han considerado que ellas están entre las categorías protegidas contra la discriminación en los mismos tratados, *aun cuando no se nombren expresamente*.
- No deben establecerse disposiciones que contradigan a la misma norma, o categorizar o calificar derechos a priori.

**b) La Fundación Iguales a través de su presidente, señor Pablo Simonetti, y el asesor jurídico de la identidad, profesor Mauricio Tapia, plantearon su punto de vista<sup>6</sup>.**

El señor Simonetti manifestó que el sector a quien representa no queda satisfecho con que se dicte la ley sin que considere políticas públicas y medidas

<sup>5</sup> Informe de la Comisión Mixta Boletín N° 3815-07, de 7 de mayo de 2012.

<sup>6</sup> Informe Comisión Mixta Boletín N° 3815-07, de 07 de mayo de 2012.

especiales temporales que permitan superar la desigualdad a que han estado sometidos los grupos históricamente discriminados.

No se contenta con que la Comisión de Constitución Política apruebe con vicios de inconstitucionalidad un precepto que invierte la carga de la prueba, que era uno de los pocos avances reales que consideraba la acción judicial propuesta en la ley.

Expresa su insatisfacción con que la aplicación de la ley se vea limitada por resguardos ajenos a nuestro ordenamiento jurídico transformándola en una ley de segunda clase.

El profesor Tapia alude a un vicio de constitucionalidad que se apreciaría en la ley en cuanto establece **un orden jerárquico** entre los derechos y garantías fundamentales, criterio, a su juicio, desconocido por el constituyente e inaceptable en un Estado de Derecho, ya que todos los derechos pertenecen a un sistema y gozan de igual valor en términos materiales y axiológicos. Agrega que también se opone a la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que los derechos fundamentales jamás pueden excluirse entre sí (art. 29).

En apoyo de la inconstitucionalidad mencionada, se acompañó la opinión del profesor *Humberto Nogueira Alcalá*, quien señala que "no pueden utilizarse algunos enunciados constitucionales de derechos o bienes jurídicos para anular otros; todos ellos son elementos constitutivos del orden constitucional que no pueden entrar en contradicción, pudiendo sólo existir conflictos aparentes por una inadecuada o deficiente delimitación de los derechos, éstos deben interpretarse siempre en el sentido de darles un efecto útil y de la máxima efectividad, vale decir, optimizándolos dentro de su ámbito propio. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a aniquilar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro, a su vez todos ellos tienen incorporado el límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad"<sup>7-8</sup>.

**El profesor Tapia señala que en estrecha vinculación a lo indicado precedentemente, existe un segundo vicio de constitucionalidad por violación o afectación de la garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución.**

<sup>7</sup> Nogueira A., Humberto, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales". La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista *Ius et Praxis*, N° 11 (2, 2005, p.5).

<sup>8</sup> Se silencian opiniones distintas a la sustentada por el profesor Nogueira, como por ejemplo la del catedrático José Luis Cea Egaña en su libro "Derecho Constitucional Chileno", Derechos, deberes y garantías, T. II, pp. 65 y ss., Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª edición, 2004.

Se imputa a la norma del inciso 3° del artículo 2° del proyecto de ley un vicio de constitucionalidad, el cual se refiere a la violación o afectación del artículo 19 N° 26 de la Constitución, denominada doctrinaria y jurisprudencialmente como la "garantía del contenido esencial", que se expresa en: "*La seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*".

Finalmente, se impugna la oración final del inciso 3° del artículo 2°, que dice "o en otra causa constitucionalmente legítima", porque no sólo vulnera la esencia del derecho a la no discriminación arbitraria, sino que también coloca por sobre éste cualquier interés tutelado por la Constitución (y cualquier interés legítimo puede reconducirse a la Constitución) y no sólo otros derechos fundamentales. Critica la expresión en comento, porque relega, en definitiva, al principio de la no discriminación arbitraria al último lugar de los intereses tutelados por la Constitución.

### **Opinión de distintas creencias religiosas.**

**A) El señor Manfred Svensson, Delegado de las Organizaciones Evangélicas, Consejo Nacional de Obispos y Pastores de Chile, Consejo de Pastores de la Zona Oriente, Coordinadora de Pastores de la Región de Valparaíso y Red de Profesionales Cristianos de Chile (Movimiento ISACAR), manifestó su deseo de dirigir una mirada de tipo más general a esta clase de legislación y el tipo de mentalidad que representa y fomenta.**

El punto principal que a estos efectos sostiene es que se introduce un patrón cuyo objeto inequívoco es dejar atrás la tolerancia. Al incorporar en las funciones del Estado la promoción de la diversidad no se da un paso más en una cultura de la tolerancia, sino que se avanza hacia un proyecto de sociedad opuesto al de la sociedad tolerante. Por ejemplo, desde la Fundación Iguales se ha pedido que el Día Internacional de la Tolerancia se celebre en Chile como el Día Nacional de la Diversidad. La solicitud de la Fundación Iguales ha sido secundada por otros defensores de tal modelo, de modo que en pocas semanas se ha vuelto moneda común entre nosotros el oponer tolerancia y aceptación, llamándonos sólo a esta última<sup>9</sup>. Por ello le parece crucial que se tome la decisión de que no se aprueben políticas de reconocimiento o discriminación positiva bajo el título de políticas de tolerancia. Don Pablo Simonetti ha llamado expresamente a dejar de lado la tolerancia por constituir ésta "el último resquicio de superioridad de mentes prejuiciosas"<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Paula Escobar Chavarría, "Tolerancia versus aceptación", en El Mercurio, A2, viernes 27 de abril de 2012.

<sup>10</sup> Pablo Simonetti, "Diversidad: mas allá de la tolerancia", en El Mercurio, viernes 16 de marzo de 2012.

Afirma el señor Svensson que la tolerancia implica que en nuestro medio existan desacuerdos robustos, presupone que algunos encontremos malo lo que otros creen o hacen y que, no obstante, nos abstengamos de usar poder en su contra. La tolerancia es una actitud negativa, de abstinencia; es esto lo que, si no es adecuadamente comprendido y enraizado en una visión moral que incluya también otras actitudes positivas, escandaliza y motiva los llamados a dejarla atrás. Pero si la sociedad plural no va a ser al mismo tiempo la sociedad del silencio, lo que requerimos es precisamente de actitudes de paciencia recíproca, no actitudes de pura afirmación recíproca; pretender reemplazar esa tolerancia que presupone considerar algo como malo, por actitudes más positivas, como si ella fuese una prescindible etapa intermedia, es ser ingenuos respecto del hecho de que los desacuerdos forman y van a seguir formando parte esencial de la convivencia humana. Concedemos que ninguna sociedad puede existir de eso solo, únicamente de tolerancia. Requiere el cultivo del respeto, que se guarde la igualdad ante la ley, que los ciudadanos de diversas convicciones estén dispuestos a escucharse unos a otros. Requerimos respetar y aceptar a aquellos en quienes vemos un mal que toleramos; pero ese mal es precisamente objeto de tolerancia; y no de respeto. La norma que aquí se discute, como abiertamente lo sostienen sus promotores, busca dejar atrás estas distinciones para inculcar solamente las actitudes consideradas positivas.

La disyuntiva presente no es la de una sociedad religiosa o moralmente homogénea versus una sociedad plural. Por el contrario, es un hecho que somos una sociedad moral y religiosamente heterogénea. En tal contexto, la disyuntiva actual es si acaso vamos a buscar una cultura de la tolerancia o si el Estado se va a involucrar en no sólo aceptar la diversidad de facto que tenemos, si no que se dedicará activamente en promoverla. Y la duda es, por supuesto, cómo podría involucrarse en tal tarea el Estado sin echar abajo la sabiduría arduamente ganada en la época moderna respecto de los límites de sus funciones en relación a las diversas visiones del mundo que integran una sociedad.

El llamado a promover la diversidad no se materializará en una promoción del conjunto de las visiones rivales coexistentes en nuestro país, y sería absurdo que lo fuera. Se tratará, por el contrario, de grupos que logren presentarse como merecedores de algún tipo de atención especial.

Para ilustrar sobre la materia a los señores parlamentarios, el Delegado, señor Svensson, compara la situación de los homosexuales con la población evangélica, señalando que los primeros bordean un 10% de la población y los evangélicos, según el último censo, un 15%. De acuerdo a tales porcentajes, ambos serían minorías. Agrega que un porcentaje significativo de los evangélicos gusta verse a sí mismos como perseguidos por un pasado católico o un presente no creyente. Se pregunta, entonces, ¿debería el Estado involucrarse en la difusión de la fe evangélica? ¿Debería siquiera hacerlo por un tiempo para restablecer

un equilibrio? Piensa que no, porque le parece que es incorrecto utilizar los sentimientos que ese atropello genera para hacer creer que se merece algún trato especial. Por último, es errado pensar que en algunos de estos casos se trata de minorías indefensas: el lobby gay y el lobby evangélico son hoy fuerzas considerables en la discusión nacional que, en lugar de estar buscando el apoyo estatal para promocionar sus posiciones, debieran preocuparse por ellos mismos administradores cautelosos del poder que han alcanzado. El Estado, a su vez, debe ser cuidadoso para no trabajar mediante este tipo de legislación a favor de minorías empoderadas, olvidando a quienes sí requieren de su asistencia.

Concluyó su intervención el señor Svensson manifestando que la cultura influye poderosamente sobre las leyes, pero también las leyes repercuten sobre la cultura, y expresó a los señores parlamentarios que en manos de ellos está la decisión de que la nuestra sea una cultura que pueda seguir siendo caracterizada como una en la que desacuerdos sustantivos son posibles.

## **B) Directora del Centro de Libertad Religiosa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Ana María Celis.**

Expresa que no hay necesidad de dictar la legislación especial que se propone por los alcances que ella tiene en materia de libertad religiosa. Agrega que el legislador pareciera olvidar fundamentar sus decisiones en aspectos jurídicos necesarios a todo derecho fundamental, como lo son la libertad de conciencia y de religión.

### **I. Deja constancia de fuentes normativas que contienen textos que contemplan la libertad religiosa.**

Ella ha sido reconocida internacionalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 18); en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12). A nivel nacional, se consagra en la Constitución Política de la República (art. 19 N° 6), que se combina con otras garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y la eliminación de discriminaciones arbitrarias (art. 19 N° 2); el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos (art. 19 N° 4 inciso 4°), el derecho a la educación (art. 19 N° 10) y la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11); o la libertad de opinión y de informar (art. 19 N° 12) sin que el Estado pueda monopolizar los medios de comunicación social (inc. 2°); el derecho a reunirse pacíficamente (art. 19 N° 13) y a asociarse (art. 19 N° 15); el derecho a presentar peticiones a la autoridad (art. 19 N° 14); el derecho a adquirir toda clase de bienes (art. 19 N° 23) y el derecho de propiedad (art. 19 N° 24).

El constituyente, además, ha previsto como mecanismo de tutela de la libertad religiosa, el recurso de protección (art. 20), que puede ser invocado si por actos

u omisiones arbitrarias o ilegales se sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la libertad religiosa.

La Ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas (publicada en el Diario Oficial de 14 de octubre de 1999), y que incluye algunos aspectos correspondientes más bien a una ley marco de libertad religiosa.

Incluso, es en este texto legal donde se incorpora por primera vez el término libertad religiosa subordinado a lo establecido en la Constitución Política, afirmando el principio de igualdad y no discriminación, y garantizando dicha libertad a nivel individual y asociativo (arts. 1° a 3°). El reconocimiento de la libertad religiosa a nivel individual es coherente con la normativa nacional e internacional vigente y "*con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción*", que significan para toda persona, a lo menos, las facultades siguientes:

- Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba;
- Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos;
- Recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre. La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, serán reguladas mediante reglamentos que dictará el Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud, de Justicia y de Defensa Nacional, respectivamente;
- Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí –y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado– la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y
- Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley".

## **II. La dimensión individual de la libertad religiosa y su adecuada eficacia a la luz del proyecto de ley en discusión.**

El creyente de una religión determinada es a la vez ciudadano de un Estado.

La inmunidad de coacción pasa a ser a nivel individual, lo relevante para quien es, a la vez, creyente y ciudadano. Y en esto se debe reconocer que se ha perdido la oportunidad en diversas ocasiones de ser más claros acerca del conflicto que vive quien, obligado por una norma estatal, se encuentra en la disyuntiva cuando ésta afecta sus creencias. *La objeción de conciencia y la libertad de expresión* pasan a ser los resguardos necesarios para que el creyente pueda manifestar y transmitir sus creencias.

Para el creyente es claro que parte del ejercicio de su libertad religiosa consiste en que podrá manifestarse pacíficamente, libre de una eventual intervención arbitraria del Estado.

Un ejemplo que afecta al creyente y ciudadano, puede consistir en que, de acuerdo a sus creencias, sólo pueden ser **ministros de culto los varones**. Para algunos, ello puede parecer poco paritario, injusto e incluso se sientan con la necesidad de que deba ser cambiado, sin embargo, para quienes participan de tal creencia, ello se acepta como parte de lo que las fuentes de Revelación establecen y adhieren a ellas sin pretender su modificación. La colisión en este caso sería con otro derecho fundamental, cual es el de la libertad de expresión.

Otra situación puede ocurrir cuando, en **cuanto funcionario público**, se le requieran servicios contrarios a sus creencias, y en tal caso el ejercicio de la objeción de conciencia es el instrumento que parece adecuado al reconocimiento de sus creencias. De ahí que a los creyentes legítimamente les interesen las leyes de un país, sin que pretendan aislarse, sino porque encontrándose en todas las esferas sociales, sus creencias pueden sufrir un menoscabo que les ponga en el dilema (y no por capricho) de elegir.

## **III. La dimensión asociativa de la libertad religiosa y los aspectos controvertidos del proyecto.**

Lo relevante en la dimensión asociativa es el reconocimiento de la necesaria autonomía de las entidades religiosas.

La autonomía de las religiones implica un sistema no solamente respetuoso de la libertad religiosa, sino que la favorece y promueve la labor de las entidades religiosas, evitando interferir con las decisiones tomadas en su ámbito propio. Esto implica desde la formación de los ministros de culto a las consideraciones

acerca de la efectiva pertenencia de sus miembros y también a lo que se conoce como exención ministerial. Ello comprende la protección del derecho de las comunidades religiosas de seleccionar, supervisar, disciplinar y desvincular a los líderes religiosos sin la interferencia del Estado.

Y es que la arbitrariedad en la discriminación de alguna manera se ha comprendido que puede tener excepciones cuando se trata de entidades religiosas a las que los Estados les reconocen autonomía. Dicha autonomía, por cierto, no significa exención, pero es clave en el reconocimiento, protección y promoción de la libertad religiosa. Ello por lo demás resulta más necesario a mayor pluralismo religioso existente en una determinada sociedad.

Uno de los ámbitos clásicos donde se puede tensionar la situación por la intervención del Estado es respecto de la organización interna de las comunidades religiosas, incluyendo la selección de sus autoridades.

Otras tensiones surgen del conflicto de derechos, y entre estos, la relación entre libertad religiosa, libertad de expresión, derecho al trabajo, derecho a la educación y enseñanza.

Para intentar resolverlas, se intenta que se eviten en lo posible expresiones que se consideran gratuitamente ofensivas hacia otros, en especial si han sido suficientemente públicas como para causar ofensa.

Dado que el ámbito laboral es habitualmente uno de los más conflictivos, en el ámbito europeo tanto los instrumentos regionales relativos a derechos humanos (en especial, algunas directivas), como diversos autores, distinguen los niveles y, según ello, el aporte a la eventual solución del conflicto entre derechos.

Existen algunos casos en los que habría acción positiva en favor de personas de determinadas creencias o religiones en su capacitación laboral o en condiciones de empleo cuando ello ocurra razonablemente por desventajas que estos grupos tuvieron en el pasado.

Pero las exenciones a la **discriminación que tutelan las entidades religiosas**, esto es, a favor de la dimensión asociativa de la libertad religiosa, se refieren a dos ámbitos concretos:

**Actividades ocupacionales relacionadas con la transmisión de ideologías o religiones.** Para ello se requiere: a) las genuinas y determinantes características del trabajo que sean de naturaleza religiosa y b) los requerimientos de la ocupación relacionada con religión puede ser proporcionada en orden a lo legítimo y necesario para alcanzar ciertos objetivos, como lo relacionado con la transmisión de la doctrina y la práctica del culto. Se suele

dar como ejemplo lo relativo a la organización y guías en peregrinaciones para cristianos o musulmanes, pero, por el contrario, no se protegería el derecho de un miembro del clero a defender una particular concepción, diversa de la sostenida por la entidad en la que participa.

**Actividades realizadas en organizaciones con un ethos religioso en que la diferencia de trato no constituye discriminación.** Ello porque la exigencia de una religión o creencia se considera un requisito genuino, legítimo y justificado en relación a la ocupación a desempeñar. Esto implica que quienes trabajan en tales asociaciones posean una actitud de buena fe y lealtad hacia el ethos de la organización (que en algunos países aprovecha a las que se consideran instituciones de "tendencia"). Es lo que ocurre respecto de partidos políticos, sindicatos, editoriales y confesiones religiosas respecto de aquellos entes creados para la transmisión de su doctrina (aunque también sirva para otros bienes y servicios que se subordinan a la propagación de determinadas ideas o conceptos). De manera que se sostiene que la conducta y las palabras deben expresar su adhesión a la institución que les emplea.

Nada obsta entonces a que, a la luz de la legislación nacional como la internacional, se autoricen excepciones en la diferencia de trato de los empleados por asuntos ideológicos o religiosos en organizaciones con un ethos religioso mientras la imposición de tales requisitos sean necesarios para preservar el ethos de la organización y la proporcionalidad, es decir, que exista relación entre el ethos de la organización y el tipo de trabajo que se lleve adelante.

- **Otro ámbito relevante en relación a la autonomía de las entidades religiosas se expresa en relación al derecho a la educación y la libertad de enseñanza.** En nuestro país, de alguna manera ello ocurre con la Ley General de Educación (2009) y el necesario reconocimiento al proyecto educativo (y reglamentos) una vez que se ingresa al establecimiento educacional. Ello dado que los establecimientos educacionales tendrán libertad para desarrollar los planes y programas de estudios que consideren adecuados para el cumplimiento de los objetivos fundamentales de aprendizaje definidos en el marco curricular.

Además, la ley establece derechos y deberes para la comunidad educativa (alumnos, padres y apoderados, profesores, administrativos, etc.), dentro de los cuales menciona como derechos de los alumnos: que se les respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas e ideológicas, su identidad personal, sin perjuicio de los derechos y deberes que establecen las leyes y conforme al reglamento interno del establecimiento (cfr. en especial art. 10, 12 y 13).

**C) La coordinadora de la Red por la Vida y la Familia, señora Patricia Gonnelle, expresó que la red que ella coordina reúne a 64 institu-**

**ciones de la sociedad civil, y ha estado en contra de este proyecto.**

La señora Gonnelle señaló:

- "Este proyecto no tendría las discrepancias que tiene si no fuera por las categorías incorporadas, éstas que responden a la nueva ideología imperante en el siglo XXI: *la ideología de género, que consiste en eliminar a la naturaleza como medida de las cosas.*
- La misma coordinadora agregó que nos "decimos que somos pluralistas, que tenemos que respetar la libertad de expresión, pero a la hora de debatir y hacer valer principios y opiniones, los derechos de algunos prevalecen y son más iguales que otros; a estos 'otros' se les sentencia sin apelación por defender ideas que han sido ya censuradas por impopulares, retrógradas, homofóbicas, conservadoras y antiliberales.
- La falta de paz que acarrea este proyecto es preocupante, porque se va a generar una verdadera judicialización de la convivencia y de las relaciones sociales.
- También se sabe, por lo que ocurre en otros países, que –y a pesar que el proyecto resguarda los derechos fundamentales de las personas (¿por qué tantos resguardos?)– la interpretación final de las intenciones de las personas es dejada a las apreciaciones subjetivas del juez. Por la experiencia se sabe que priman las categorías protegidas por sobre los derechos fundamentales y, de pronto, nos deslizamos en el peligroso totalitarismo de ciertos grupos que buscan desesperadamente que les sean otorgados derechos a sus conductas y deseos particulares.
- También preguntamos ¿qué de los dictámenes de la Corte Suprema que en varias oportunidades ha advertido sobre la innecesariedad de esta ley? ¿por qué consultarle si no se le hace cargo? ¿acaso son sólo trámites administrativos?
- Se ha escuchado decir también que esta ley viene a impedir que se repitan casos como el joven Zamudio: ¿Acaso nuestro sistema judicial necesita de este proyecto para su lucha contra la delincuencia y el crimen?
- Se ha dicho también que existen grupos de personas que requieren de este proyecto para ser reconocidas y protegidas. ¿Acaso estos grupos son tan especiales que necesitan de un proyecto específico? ¿Acaso no somos todos iguales ante la ley?
- Respecto de eso, se comentó que el proyecto hace bien de precisar el artículo 19 inciso 2° de nuestra Constitución sobre la igualdad ante la ley,

porque este sería muy amplio: nosotros creemos que esta amplitud tiene su razón de ser, porque permite justamente que nadie sea excluido. De entrar a precisar, *¿no cae el legislador en lo que quiere evitar, discriminar personas para privilegiar a otras?*

- A modo de ejemplo, la Red varias veces ha solicitado se incluya al "*niño que está por nacer*" como categoría a proteger. Esta petición no fue aceptada. *¿Por qué? ¿Cuál es el criterio para ser "categoría protegida"?*
- Entonces, solicitamos que se definieran las categorías que *no tienen definición* en nuestro ordenamiento jurídico, como la *identidad de género y orientación sexual*. La solicitud parecía razonable, primero porque estas categorías no han sido consensuadas en la ONU; segundo, porque *sin definición jurídica clara*, el juez entonces tendrá que, según sus propios criterios, entrar a definir las. "Género", por ejemplo, según la Comisión de Derechos Humanos de Australia, tiene 23 acepciones y ella solicitó que cada una sea protegida por la ley. *¿Vamos nosotros también aceptar estas 23 acepciones?*

También se nos negó la solicitud. *¿Por qué? Si las otras categorías tienen su definición clara, ¿por qué éstas no?*

Seamos honestos: este proyecto ha sido conflictivo básicamente por las categorías nuevas que pretende incluir. Echamos de menos la voz de los profesionales en materia de identidad de género, psicólogos, psiquiatras, profesionales de la salud, educadores, sociólogos, etc. Tampoco hemos escuchado a los que se podrán ver afectados por esta ley: por ejemplo, un director de colegio público está en su derecho de contratar o no a un profesor, el que sea; si está en el caso que la homosexualidad no es compatible con el puesto, es su derecho no contratarlo. *¿Se le concederá el beneficio de la duda que actuó por razones otras que no sean las de un discriminador homofóbico? Porque este profesor, si es homosexual y no fue contratado, automáticamente entra en la categoría protegida y se asumirá que fue discriminado. El director será llevado al tribunal y, tal como lo dijimos, será el juez el que tendrá que dilucidar el asunto y tener poderes extrasensoriales para leer en la mente del director para conocer las razones profundas de su decisión. Pongamos el tema de otra forma: no se conoce el caso de una persona que haya invocado su heterosexualidad por no haber sido contratada.*

Esto es el inicio de una verdadera avalancha de agresiones y reclamos.

Se tiene la sensación que en este debate se favoreció al que gritó más fuerte, al que atacó con más fuerza, por el grupo de presión del momento. Pero el legislador no debe ni puede ceder a las presiones del momento, porque él actúa por el bien común de todos sus ciudadanos. No se han llamado las cosas por su nombre, porque se teme a las descalificaciones. Pero a estas alturas, después

de tantos años juntos, podemos hablar sin tapujos y sincerar el debate: por respeto a nosotros mismos y a los demás, debemos sincerar el debate".

### **3. El distinto trato que da LGBT a los opositores a su pensamiento y aquel que dan los credos religiosos a ese movimiento.**

- a) Según consta en el informe de la Comisión Mixta<sup>11</sup>, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) denunció *"una alianza homofóbica y transfóbica entre las jerarquías de las Iglesias Católica y Evangélica que tiene como único fin boicotear en el Congreso Nacional la igualdad de derechos para las minorías sexuales. Asimismo acusó de 'odio de estos sectores contra lesbianas, gays, bisexuales y transexuales...'"*.
- b) Contrasta la airada reacción del Movilh con las palabras mesuradas vertidas por el delegado señor Svensson en la tramitación del proyecto contra la discriminación arbitraria, a que se ha hecho mención precedentemente.
- c) Asimismo, se aprecia una diferencia profunda entre el lenguaje violento del Movilh y las reflexiones de Benedicto XVI, que se pasan a revisar a continuación:

En una conversación con Benedicto XVI, el periodista Peter Seewald le manifestó que *la práctica de la homosexualidad se considera hoy en Occidente como una forma de vida que goza de amplio reconocimiento. Su aceptación es propagada por los modernistas hasta como pauta del correspondiente grado de avance de una sociedad y cita los números 2357 y 2358 del Catecismo,*<sup>12</sup> *preguntando si no hay en ello una cierta contradicción, porque por un lado presenta la homosexualidad como depravaciones graves y los actos homosexuales como intrínsecamente desordenados, y, por el otro, pide acogida con respeto, compasión y delicadeza para los homosexuales.*

La respuesta del Pontífice fue: "No. Una cosa es que sean personas con sus problemas y alegrías; que, como seres humanos, aun teniendo en sí esa inclinación, merezcan respeto y no deban ser postergados por ese motivo. El respeto por el ser humano es totalmente fundamental y decisivo.

<sup>11</sup> Boletín N° 3815-07, de 7 de mayo de 2012.

<sup>12</sup> El Catecismo de la Iglesia Católica expresa en el N° 2357 que la homosexualidad designa las relaciones entre hombres y mujeres que experimentan una atracción sexual, exclusiva o predominante, hacia personas del mismo sexo. Reviste muy variadas formas a través de los siglos y las culturas. Su origen psíquico permanece en gran medida inexplicado. Apoyándose en la Sagrada Escritura que los presenta como depravaciones graves, la Tradición ha declarado siempre que "los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados". Son contrarios a la ley natural. Cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso. En el N° 2358 señala que en "Un número apreciable de hombres y mujeres presentan tendencias homosexuales instintivas. No eligen su condición homosexual: ésta constituye para la mayoría de ellos una auténtica prueba. Deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará, respecto de ellos, todo signo de discriminación injusta.

Pero al mismo tiempo otra cosa es el sentido interno que ha sido dado a la sexualidad. Si se lo quiere expresar de este modo, podría decirse que la evolución ha suscitado la sexualidad con el fin de la reproducción de la especie. Eso vale también desde la perspectiva teológica. El sentido de la sexualidad es llevar al hombre y a la mujer uno hacia el otro y, de ese modo, dar a la humanidad descendencia, hijos, futuro. Es una determinación interior que está en su esencia. Todo lo demás va contra el sentido interior de la sexualidad. Tenemos que sostener esto aun cuando no le guste a la época.

Se trata de la verdad interior de lo que significa la sexualidad en la estructura de la condición humana. Si alguien tiene inclinaciones homosexuales profundamente arraigadas –no se sabe hasta ahora si son realmente innatas o si surgen en la temprana infancia–, y en cualquier caso si ellas tienen poder en esa persona, tales inclinaciones son para ella una gran prueba, del mismo modo como otras pruebas pueden pesar sobre un ser humano. Pero eso no significa que, por eso, la homosexualidad sea correcta, sino que sigue siendo algo que está contra la esencia de lo que Dios ha querido originalmente"<sup>13</sup>.

**– En un libro que contiene diferentes entrevistas periodísticas realizadas a Joseph Ratzinger, se le consultó lo siguiente: "La Iglesia declara estar en contra de la intolerancia. Pero ¿no es ella misma víctima de la intolerancia?"<sup>14</sup>**

El entrevistado respondió: "En efecto. Ha habido, por una parte, filosofías de corte totalitario, si bien en la actualidad el marxismo está en crisis. Por otra parte, el racionalismo agnóstico no es tan pacífico como podría parecer. Algunos consideran que la Iglesia es el último baluarte de la intolerancia, pero cuando combaten esta intolerancia se vuelven, a su vez, intolerantes. Y entonces la intolerancia puede convertirse en violencia".

**– Más adelante, se le pregunta: "En las polémicas contra la Iglesia, las cuestiones relativas a la sexualidad y al libre albedrío moral reaparecen una y otra vez. ¿A qué se debe esta incomprensión entre el mundo moderno y la Iglesia?"<sup>15</sup>**

El actual Pontífice manifestó: "Aquí llegamos a la visión individualista del hombre. Nuestra época glorifica el cuerpo y sus placeres, exalta la libertad sexual, pero piensa que todo eso tiene que ver más con la esfera de la biología que con la psicología. Se establece una sutil separación entre lo biológico, lo corporal

<sup>13</sup> Benedicto XVI, Luz del Mundo. El Papa, la Iglesia y los signos de los tiempos. Una conversación con Peter Seewald, pp. 159 y ss., Herder, 2010

<sup>14</sup> Benedicto XVI, Nadar contra corriente. El Papa más sincero y más íntimo. p. 37, Planeta Testimonio, 2011.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pp. 37 y ss.

–factores que se sustraen a la responsabilidad espiritual, dado que se relegan al orden de la naturaleza– y el ser humano como tal. Desde el momento en que se considera la sexualidad como un fenómeno puramente biológico, deja de tener sentido una moral sexual.

La cultura contemporánea afirma una libertad absoluta, mediante la que el hombre debe «realizarse» a sí mismo. No existe, por tanto, una naturaleza humana que defina el bien y el mal. Esta visión se opone no sólo a la tradición de la Iglesia, sino a todas las concepciones que consideran que en nuestra naturaleza se halla inscrita una determinada línea de comportamiento, el sentido mismo de nuestro ser. La Iglesia habla de derecho natural, de moral natural. Por el contrario, si no somos más que productos de la evolución, somos libres de autodefinirnos. Existe entonces, como decía Sartre, una libertad en el sentido en que «yo no soy definido»: en mi situación, yo debo inventar lo que es el hombre. En la visión cristiana, por el contrario, la existencia del hombre —del hombre y de la mujer— es portadora de una idea de Creador, un Creador que tiene un proyecto sobre el mundo, que expresa ideas encarnadas en la realidad del mundo. Y la relación de fidelidad entre el hombre y la mujer revela que están hechos el uno para el otro, en una profunda unidad de cuerpo y espíritu, a la que están ligadas las generaciones futuras. La elevación de reacciones físicas al rango de realidades vividas en el respeto de la persona es el camino difícil, pero grande y bello, de la moral cristiana acerca de la sexualidad".

**– En otra entrevista se consulta Joseph Ratzinger lo que sigue: *El liberalismo filosófico, muy conocido entre los diversos escalones de la cultura occidental, continúa sosteniendo que la primera y fundamental «necesidad humana» tiene que renacer con la libertad. Considerando este asunto, se hace siempre más viva la reflexión sobre si están o no presentes en el hombre necesidades, preguntas, exigencias, por lo menos fundamentales, de lo que tiende hacia la libertad. La cual, además, gracias al liberalismo filosófico, se entiende como una libertad de elección. ¿No le parece ésta una grave restricción al problema?*<sup>16</sup>**

Su respuesta fue: "En efecto, nos encontramos delante de una peligrosa unilateralización de las preguntas fundamentales sobre la existencia humana. El mismo concepto de libertad está indebidamente reducido. En general, el concepto de libertad no sólo está reducido al de libertad de elección, sino que ha sido concebido desde un punto de vista exclusivamente individualista; por ejemplo, lo que formuló Marx cuando todavía era joven: «la libertad consiste en hacer hoy esto, mañana lo otro... Como a mí me dé la gana». Pero de tal manera nos olvidamos que la humanidad nos es dada sólo en nuestro ser el uno con el otro, y que mi libertad puede funcionar sólo en unión con la libertad de los

<sup>16</sup> Ibid., pp. 166 y ss.

demás. Estamos enlazados el uno con el otro en un sistema de prestaciones recíprocas: sólo así nutrición, salud, trabajo y tiempo libre pueden estar asegurados. Mi libertad será siempre una libertad dependiente, una libertad con los demás y a través de los demás. Sin la sinergia con las demás libertades, mi libertad se aniquila a sí misma. Entonces, en primer lugar, la libertad debe tener en cuenta el recíproco ser el uno con el otro. No puede haber arbitrariedad, pero sí necesita de un ordenamiento de las libertades y de la observancia de sus reglas. Si es así, le sigue la siguiente pregunta: ¿quién establece estas reglas? ¿Y cuál es el criterio según por el cual vienen instituidas? A la primera pregunta hoy responderemos refiriéndonos a la democracia como forma reguladora de la libertad, y esto me parece justo.

De todos modos, nos queda la segunda pregunta, ya que aquí debería haber unos criterios para el ordenamiento justo de las libertades. Ahora diremos nosotros: es la mayoría quien elige. Pero también pueden haber mayorías enfermas, el siglo pasado nos lo demostró. Puede haber una mayoría que elija que una parte de la población debe ser exterminada, ya que impide el goce de la propia libertad. O, en cambio, que un pueblo limítrofe debe ser combatido porque restringe el propio espacio vital. Existen normas que ninguna mayoría debe abrogar.

Así, es verdaderamente necesario formular la pregunta ¿cuáles son los bienes que nadie puede destruir sin destrozar al ser humano y, de este modo, destrozar la libertad? No se puede eludir la pregunta sobre lo incondicionalmente bueno y sobre lo incondicionalmente malo, se debe tener un ordenamiento de la libertad que sea digno del hombre. La libertad es un bien, pero lo es sólo si vive en una red de relaciones con otros bienes, desde los cuales resulta claro qué es la libertad efectiva y qué es, en cambio, la libertad ilusoria".

## **Conclusiones:**

De la historia de la ley contra la discriminación arbitraria se desprenden las siguientes conclusiones.

1. El proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional es absolutamente innecesario, porque no existía ninguna convención internacional que obligara a Chile a su dictación.
2. El ordenamiento constitucional y legal vigente con anterioridad a la ley contra la discriminación aseguraba plenamente el resguardo de las garantías constitucionales de las personas, sin distinción alguna, entregando incluso acciones constitucionales expeditas como la de protección o de amparo para velar por sus derechos fundamentales, como lo expresara la Excelentísima

Corte Suprema en cuatro oportunidades en que fue consultada sobre este proyecto de ley contra la discriminación.

3. Su aprobación responde a la comisión de un delito de violencia con resultado de muerte en contra de un joven homosexual, cuyos autores están sometidos a la jurisdicción penal y expuestos a las penalidades que el ordenamiento común establece, sin que fuera necesario la dictación de una ley especial contra la discriminación.
4. La obligación que se impone a los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades, tiende a favorecer a grupos de presión en grave desmedro de los derechos y libertades que la Constitución, las leyes y tratados internacionales sobre derechos humanos garantizan a la mayoría de los ciudadanos.
5. Esta ley se encargará innecesariamente de judicializar las legítimas discrepancias sustantivas de una sociedad pluralista y democrática.
6. La incorporación por la vía legislativa de criterios o motivos en que se funde la discriminación arbitraria importará incorporar en el futuro otros tantos motivos o causales que incrementarán el trabajo ya recargado de los tribunales de justicia en materias que podrían resolverse fácilmente por la aplicación de las reglas generales del ordenamiento común.
7. Finalmente, el trato vehemente y muchas veces violento de las minorías sexuales amenaza con continuar y acrecentarse en la medida que no se dé cumplimiento cabal y oportuno a los Principios de Yogyakarta, entre los cuales adquirirán realce en materias de educación, atención médica, formación de familia y acceso a la adopción o a reproducción asistida, a participar en los servicios policiales y fuerzas armadas, y otros.



# Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**Enrique Navarro Beltrán**

Profesor de Derecho Constitucional  
U. de Chile y U. Finis Terrae

**Resumen:** En el presente artículo se analiza la evolución que ha experimentado desde el punto de vista histórico la garantía de la igualdad ante la ley, en particular en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resaltando los casos que en los últimos seis años se ha estimado que determinados preceptos legales han vulnerado o no dicho principio.

\*\*\*

## I. El texto constitucional y sus antecedentes

### 1. La igualdad ante la ley en la Constitución vigente

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley", agregando que "en Chile no hay persona ni grupo privilegiados", a la vez "en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre". De igual forma, y como consecuencia de la reforma de 1999<sup>1</sup>, se indica que "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Por su lado, en el segundo párrafo se establece que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Como consecuencia de dicho principio, en materia laboral "se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos" (artículo 19 N° 16). A su vez, en el ámbito tributario, se preceptúa que "en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos" (artículo 19 N° 20). A su turno, en cuanto a la regulación económica se reitera "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica" (artículo 19 N° 22). Por último, se estatuye que el Banco Central "no podrá adoptar ningún

<sup>1</sup> Ley de reforma constitucional N° 19.611, de 16.06.99

acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza" (artículo 109).

De esta forma, lo que se prohíbe es la diferencia arbitraria, es decir, *"sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador"*.<sup>2</sup>

Así las cosas, lo que sanciona es *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable"*.<sup>3</sup>

Ahora bien, se trata de una "igualdad justa", de forma de tratar "igual a los iguales", lo que *"exige realizar diferencias, pero también nivelaciones o equiparaciones que supriman, reduzcan o alivien esas disimilitudes cuando son impuestas, esto es, si constituyen discriminaciones o distinciones arbitrarias"*.<sup>4</sup>

De esta manera, la discriminación viene a ser para algunos sinónimo de diferencia arbitraria, esto es, *"la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable"*, como asimismo *"el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado"*.<sup>5</sup>

## 2. Antecedentes de la disposición

La disposición tenía especial jerarquía desde las primeras cartas fundamentales.<sup>6</sup>

### 2.1. Los primeros textos

Así, el Reglamento Constitucional de 1812 señalaba que "Todo habitante libre de Chile es igual de derecho" (art. XXIV). Por su lado, la Constitución de 1818 indicaba que "los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inalienable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil" (art. 1). A su turno, la de 1822 preceptuaba que "todos los chilenos son iguales ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio" (art. 6). La moralista de 1823 aludía a que "todo chileno es igual delante de la ley" (art. 7), además de

<sup>2</sup> SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, 2006, p. 124.

<sup>3</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Tomo II, 2004, p. 125.

<sup>4</sup> CEA EGAÑA, JOSE LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2012, p. 132.

<sup>5</sup> NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo II, 2010, p. 272.

<sup>6</sup> Vid. VALENCIA AVARIA, LUIS, *Anales de la República*, 1958. Una visión panorámica en NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, "Las Constituciones vigentes en Chile y sus reformas", en *20 años de vigencia de la Constitución chilena: 1981-2001*, Editorial Jurídica Conosur, 2001.

consignar que en Chile no hay esclavos (art. 8). Mientras que la carta liberal de 1828 reiteraba la idea que "en Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República, recobra por este hecho su libertad" (art. 11)

## 2.2. La Constitución de 1833

Ahora bien, la Carta de 1833 señalaba como garantía esencial, en su artículo 12, N° 1, "*La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada*".

Los autores de la época interpretaron en un sentido de igualdad de derechos o sociológica.

Así, para algunos, suponía "*la igualdad civil o ante la ley*", de modo que "*no hay distinciones de nacimiento, no hay herencia del poder*".<sup>7</sup>

Para otros, la igualdad ante la ley debía entenderse como el "*derecho que todos tienen al goce de su vida, al desarrollo de sus facultades físicas y morales, al uso y protección de sus derechos civiles y políticos, a no tener más obligaciones que las que estos derechos imponen y, en fin, a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*".<sup>8</sup>

También se afirma por cierta doctrina que dicha garantía constitucional es consecuencia del carácter unitario del Estado, de manera que "*toda ley, a no ser que por su naturaleza se refiera a intereses meramente locales, por el solo hecho de ser general, debe ser idéntica para todos los habitantes de la Nación. Todos y cada uno de ellos deben ser juzgados con arreglo a la misma ley*".<sup>9</sup>

Autores más tardíos la asocian a la idea de que "*todos los hombres, cualesquiera que sean su posición social, su fortuna, su origen, gocen de unos mismos derechos*".<sup>10</sup>

## 2.3. La Carta de 1925

Por su parte, en la Constitución de 1925, el artículo 10, en su N° 1°, aseguraba a todas las personas: "*La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada. En Chile no hai esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República*".

La disposición es similar a la anterior, agregando la referencia a la esclavitud, lo que se agregó por razones históricas, habida consideración de "*haber sido*

<sup>7</sup> CARRASCO ALBANO, MANUEL, *Comentarios sobre la Constitución de 1833, 1858*, p. 57.

<sup>8</sup> LASTARRIA, JOSÉ VICTORINO, *La Constitución comentada*, 1856, p. 34.

<sup>9</sup> HUNEEUS, JORGE, *La Constitución ante el Congreso*, Tomo I, 1879, p. 102.

<sup>10</sup> ROLDAN, ALCIBIADES, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 3ª. ed. 1924, p. 137.

*nuestro país el primero que abolió la esclavitud en los continentes americanos, el año 1823".<sup>11</sup>*

En opinión de un autor, la igualdad ante la ley *"es un principio jurídico de carácter doctrinario al cual deben, en lo posible, ajustarse las leyes para la determinación y reconocimiento de los derechos individuales; pero la Constitución, en caso alguno, ha podido reglamentar la igualdad político-social de todos los habitantes de la República, porque a ello se opone la naturaleza misma de las cosas, que el legislador no puede desconocer".<sup>12</sup>*

Para Enrique Evans, implica que *"todos los habitantes de la República están sometidos a un mismo estatuto de derechos y obligaciones generales, sin que puedan la ley o los gobernantes crear personas o grupos privilegiados o perjudicados por razones de origen, sexo, posición económica o social, creencias religiosas o filosóficas o ideología política. En consecuencia, toda ley o acto de autoridad que implique una discriminación arbitraria y que beneficie o perjudique infundadamente a personas o grupos, atenta en contra de esta garantía constitucional".<sup>13</sup>*

Finalmente, desde el punto de vista sociológico, destaca otro autor que la norma constitucional se aplica a *"todos los habitantes de la República, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Tampoco es lícito hacer, por ejemplo, distinciones fundadas en el sexo".<sup>14</sup>*

## **II. Evolucion jurisprudencial**

La jurisprudencia durante la vigencia de la actual Constitución ha experimentado una importante evolución en cuanto a la precisión del sentido y alcance de la igualdad ante la ley.

### **1. Principio de generalidad**

Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

El Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), en diversos pronunciamientos, ha precisado que la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben*

<sup>11</sup> GUERRA, JOSE G., *La Constitución de 1925*, Santiago, 1929, p. 103.

<sup>12</sup> BERNASCHINA GONZALEZ, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, 1958, p. 147.

<sup>13</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Relación de la Constitución Política de la República de Chile*, 1970, pp. 22-23.

<sup>14</sup> ANDRADE GEYWITZ, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, 1971, p. 168.

*ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad".<sup>15</sup> Es decir, la igualdad ante la ley presupone "que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias".<sup>16</sup>*

*De esta forma, como lo ha puntualizado esta misma Magistratura, "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario".<sup>17</sup>*

*En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados".<sup>18</sup>*

*Con posterioridad, se ha precisado que lo que el artículo 19, número 2, de la Carta Fundamental prohíbe, a leyes y a autoridades, es establecer diferencias arbitrarias y que "es efectivo que la jurisprudencia, incluyendo la de este propio Tribunal, y la doctrina han entendido, en diversos casos, que constituye una diferencia arbitraria dar igual trato a situaciones sustancialmente diversas"; agregando que "esta dimensión de la igualdad no significa, sin embargo, que toda diferencia exija de trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales. Lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. De igual modo, en la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación".<sup>19</sup>*

<sup>15</sup> Sentencias Roles N°s. 28/1985, 53/1988 y 219/1995. En el mismo sentido, Roles 811/2007, 1217/2008 y 1254/2008.

<sup>16</sup> Rol N° 219/1995.

<sup>17</sup> Rol N° 986/2008.

<sup>18</sup> STC 128/1987.

<sup>19</sup> Rol 807/2007.

De esta manera, por discriminación arbitraria ha de entenderse *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual"*. En otros términos, *"que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias"*. De la misma forma, por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común.<sup>20</sup>

Resumiéndose esta tesis, el propio TC ha sintetizado la doctrina señalando que la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas"*.<sup>21</sup>

Así, la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares"*.<sup>22</sup>

## 2. Proporcionalidad y razonabilidad de diferencia

Por otro lado, como lo ha señalado esta misma magistratura en diversos pronunciamientos, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva y proporcional.<sup>23</sup>

De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.<sup>24</sup>

Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Roles 811/2007 y 1204/2008.

<sup>21</sup> Rol 1502/2009, en alusión a los roles N°s 53, c. 72; 755, c. 27; 790, c. 21; 797, c. 19; y 1535, c. 33

<sup>22</sup> Rol 1217/1995.

<sup>23</sup> Vid. MIGUEL CARBONELL (coordinador), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Colombia, 2007.

<sup>24</sup> Roles 755/2007 y 790/2007, entre otros.

<sup>25</sup> TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42.

Precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que *"para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos"*.<sup>26</sup>

Además, se ha señalado que para efectos de dilucidar si, en un determinado conflicto, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, "es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental". Así, debe analizarse si tal "diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador".<sup>27</sup>

En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, "resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados"<sup>28</sup>, "que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación".<sup>29</sup>

De este modo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita "no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".<sup>30</sup>

Una buena síntesis de la doctrina del TC en el ámbito de la garantía constitucional referida, es lo expresado sentencia Rol 1710, de 6 de agosto de 2010:

*"Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en*

<sup>26</sup> Sentencias 76/1990 y 253/2004.

<sup>27</sup> Rol 1340/2009. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias roles N°s 790/2007, 825/2007, 829/2007 y 834/2007.

<sup>28</sup> Rol 1307/2009, aludiendo a la jurisprudencia sustentada en Roles 755/2007, 790/2007, 1138/2008 y 1140/2008.

<sup>29</sup> Roles 1448/2009 y 1584/2009.

<sup>30</sup> Rol 1463/2009, citando sentencias roles N°s 76/1990, 253/1994 y 790/2007.

su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán, que distingue conceptualmente entre "igualdades esenciales" y "desigualdades esenciales", de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando "personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables", de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada "nueva fórmula", consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto".<sup>31</sup>

### 3. Igualdad sociológica

Clásicamente también se ha entendido la igualdad ante la ley como una prohibición de diferencias basadas en criterios de raza, sexo, estirpe o condición social.

Así, puede mencionarse, en materia de contratos de salud, lo señalado por el TC en cuanto a que "estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria. En esa medida, la alegación de la requirente dirigida en contra del precepto legal impugnado en cuanto, en el caso sub lite, autoriza a su Institución de Salud Provisional para aplicar la tabla de factores, a los efectos de determinar el valor de su plan de salud, debe ser rechazada y así será declarado". Agregando luego que "la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente". Esta circunstancia,

<sup>31</sup> Considerando centésimo.

al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse. Concluyendo que *"en el caso concreto y singular sub lite, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución"*.<sup>32</sup>

Del mismo modo, en la sentencia de inconstitucionalidad que recae en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, el Tribunal Constitucional desarrolla extensamente esta perspectiva de la igualdad ante la ley, en los siguientes términos:

"Que la expresión "hombres y mujeres son iguales ante la ley" que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer";

*"Que en la sesión del Senado celebrada el 12 de enero de 1999 y convocada para conocer el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación sobre el proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, se hizo mención a los compromisos internacionales contraídos por Chile sobre esta materia, especialmente, al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, que entró en vigor en 1981, y que señala: "Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consa-*

<sup>32</sup> Rol 976/2008

grar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio". Asimismo, en la misma sesión del Senado, el senador informante del proyecto, el señor Juan Hamilton, señaló: "La iniciativa tiene por objeto consagrar en forma expresa la igualdad del hombre y la mujer ante la ley como un **valor superior de todo el ordenamiento jurídico**";

"Que el artículo 12.1 de la citada Convención señala: "Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación contra la mujer** en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso **a servicios de atención médica**, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34º período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a "la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)";

"Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como "conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad", precisando que "la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en **forma explícita en distinciones basadas en el sexo** o en una de las categorías reconocidas de discriminación". Por su parte, "la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra" (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

"De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, **impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos**; Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como

*lo señala un reciente estudio: "el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital" (Cristina Zoco Zabala: "Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario", en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);*

"Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: "Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros", agregándose: "En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones" (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004).<sup>33</sup>

En otro asunto penal se indica que *"en cuanto a la posibilidad de que la aplicación del precepto legal en cuestión vulnere lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, por los motivos que razona el Tribunal requiriente, resulta necesario concluir que efectivamente, por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, el legislador establece una diferencia gravosa para los responsables de ciertos delitos contra la propiedad que quedaren en etapa de tentativa o resultaren frustrados, ya que, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los restantes delitos, se les castiga como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. De ese modo, y en virtud del precepto legal impugnado, a los responsables de los delitos especificados en*

<sup>33</sup> Rol 1710, c. 101 a 106.

*él no les beneficia la reducción de las penas que, como regla general, contemplan los artículos 51 y siguientes del mismo Código Penal, para aquellos que no llegan a consumarse".*

Agregándose luego que *"la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente, esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas".* Concluyéndose que *"desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no depende de características personales, como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo, o de su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito".*<sup>34</sup>

Finalmente, en otro caso de carácter procesal bancario, se precisa que la exigencia de igualdad *"puede hacerse comparando la situación desmedrada en que se encuentra el ejecutado en el juicio ejecutivo especial de cobro previsional en relación a aquellos que se rigen por el estatuto general del Código de Procedimiento Civil. Al hacer esta comparación resulta evidente la existencia de una diferencia, pues mientras el ejecutado del régimen común puede interponer la excepción de ineptitud del libelo, no puede hacerlo aquel que resulta demandado en juicio de cobranza de cotizaciones previsionales regido por la ley que contiene el precepto legal impugnado".* Así, *"la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de demandados no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente; esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas".* De esta forma, *"la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional, o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria".*<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Rol 825/2007.

<sup>35</sup> Rol 811/2007. En el mismo sentido, Rol 977/2007.

### **III. Sentencias que han desechado la infracción a la igualdad ante la ley<sup>36</sup>**

Existen diversas decisiones que han rechazado el reclamo de infracción a la igualdad ante la ley, las que sistematizaremos desde el punto de vista de la materia.

#### **1. Disposiciones de carácter procesal**

##### ***1.1. Diversos sistemas de enjuiciamiento penal***

Se ha afirmado que la disparidad de predicamentos normativos exhibidos en esta materia (sistemas de procedimiento penal), en apariencia insostenible de cara a la garantía de igualdad ante la ley, resulta, sin embargo, perfectamente acorde con nuestra preceptiva fundamental, *"toda vez que la Disposición Octava Transitoria de la Constitución expresamente previó y autorizó la simultaneidad de la vigencia temporal en el país de ambos sistemas de enjuiciamiento penal, por lo que a los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema procesal en la respectiva región se les sigue aplicando el procedimiento antiguo, sin perjuicio de que a los acaecidos con posterioridad a dicha vigencia se les aplique el nuevo. No hay en tal coexistencia de regímenes nada que, en concepto del constituyente, vulnere la igualdad ante la ley en todo lo que uno y otro sistema puedan diferir y, en concreto, difieran"*.<sup>37</sup>

##### ***1.2. Procedimientos ejecutivos disímiles según naturaleza del crédito***

Se ha sentenciado por el TC que es decisión propia de política legislativa la incorporación de procedimientos diversos, según el tipo del crédito de que se trata, de forma tal que existe un fundamento racional y no arbitrario. Así, los principios que informan un proceso<sup>38</sup> son una opción no cuestionable, en la medida que se establezca por medio de una ley y se cumplan los estándares de racionalidad y justicia.<sup>39</sup>

##### ***1.3. Diferencia de derechos procesales de las partes***

La existencia de un trato diferente para cierta categoría de demandados no es suficiente para estimar que se infringe la igualdad ante la ley.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Una visión completa en ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN y CARLOS CARMONA SANTANDER (Editores), Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2011, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 45, 2011. A su vez, en inaplicabilidad vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *Control de constitucionalidad de las leyes*, 2011.

<sup>37</sup> Rol 1250/2008.

<sup>38</sup> Vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Debido Proceso y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Litigación Pública*, 2011.

<sup>39</sup> Rol 1217/2008. En materia de crédito agrícola, Rol N° 1846/2010.

<sup>40</sup> Rol 977/2007. En el mismo sentido, Rol 811/2007.

En otro caso se razona que la diferenciación entre comerciante y deudor común cumple con los requisitos del examen de proporcionalidad, *"en la medida que la igualdad ante la ley o en el ejercicio de los derechos no puede consistir en una identidad absoluta de los derechos procesales de las partes que confrontan pretensiones en un juicio"*. Así, *"de sus respectivas posiciones como demandante y demandado emerge la justificación de diferencias de trato; el uno ejercerá acciones y el otro opondrá defensas y excepciones. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden forzosamente ser iguales, pues las actuaciones reguladas no lo son"*. De modo que *"no puede pretenderse que estatutos jurídicos diferentes, como el del comerciante y el del deudor común, queden necesariamente sujetos a idénticas reglas si la relevancia jurídica de sus actos para el sistema económico no es la misma"*.<sup>41</sup>

#### **1.4. Facultad exclusiva del fiscal para formalizar**

Se ha señalado que no infringe la igualdad ante la ley la circunstancia de que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal y en el momento en que lo juzgue adecuado, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige. Sin embargo, *"esto no priva al querellante de la posibilidad de obtener, a través del juez de garantía, que el fiscal que no ha formalizado justifique debidamente su proceder"*.<sup>42</sup>

#### **1.5. Vista de causa de apelaciones de protección**

El TC rechazó una presentación dirigida en contra de una disposición del auto acordado<sup>43</sup> que señala la forma en que se resuelven las apelaciones en materia de protección de derechos fundamentales.

Sobre el punto se señala que existen diversas formas en las que puede resolverse un asunto, lo que no significa que no se escuche debidamente a la parte afectada. Se hace presente que la referida disposición no otorga una facultad puramente discrecional a la Corte Suprema de Justicia, en relación a la vista de la causa en segunda instancia de las acciones de protección.

En efecto, la disposición impugnada *"señala que el Presidente de la Corte Suprema ordenará dar cuenta preferente del recurso de protección en la Sala Constitucional, la que, si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por las partes, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, agregándose así extraordinariamente a la tabla respectiva"*.

<sup>41</sup> Rol 1414/2009.

<sup>42</sup> Rol 1337/2009.

<sup>43</sup> Vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Control de constitucionalidad de los Autos Acordados*, Colegio de Abogados, 2006.

La primera causal "*supone juzgar si resulta útil, oportuno y conforme que se realice algo, en este caso, si parece de acuerdo a los antecedentes de autos, razonable y provechoso el escuchar los alegatos de las partes*". En cuanto a la segunda causal, "*la petición ha de invocar razones atendibles que hagan aconsejable escuchar los alegatos de las partes*". Por último, los alegatos pueden solicitarse de común acuerdo por las partes, caso en el cual la Corte Suprema necesariamente deberá escuchar los mismos antes de la resolución del asunto.<sup>44</sup>

## 2. Normativa de carácter penal

### 2.1. Igual penalidad de delitos sin importar el grado de ejecución

Sobre el punto, se ha precisado que la calidad de personas "*que se encuentran en las mismas circunstancias la constituyen aquellas acusadas de cometer en grado de tentativa o frustración algunos de los tipos señalados en el artículo 450 del Código Penal y no las que han cometido otros ilícitos en etapa imperfecta de desarrollo y que en virtud de ello pueden ser beneficiadas por las rebajas de penas establecidas en los artículos 51 y siguientes del mismo Código*".<sup>45</sup>

### 2.2. El fuero parlamentario como excepción a la igualdad ante la ley

Se trata de un privilegio parlamentario consistente en una garantía procesal que protege al diputado o senador de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee, a pesar de ser el privilegio parlamentario "*una excepción al principio de igualdad, una finalidad garantista de la función pública parlamentaria, en particular la protección de la dignidad, dedicación e independencia en el ejercicio del cargo, y un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes –valores esenciales del Estado de Derecho–, cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular*".<sup>46</sup>

### 2.3. Sanciones por delitos

Se ha estimado justificada la sanción de una determinada conducta –delito de sodomía, sólo entre varones– en consideración al interés superior del niño, habida consideración que los menores de edad no tienen completa comprensión de las consecuencias de sus actos, aunque sean consentidos.<sup>47</sup>

En otro caso se señala que no parece desproporcionada la configuración del delito contemplado en el artículo 36 B, letra a), de la Ley N° 18.168, General de

<sup>44</sup> Roles N° 1812, 1816 y 1817, todas de 18 de agosto de 2011.

<sup>45</sup> Roles 787/2007 y 797/2007.

<sup>46</sup> Roles 561 y 568.

<sup>47</sup> Rol 1683/2010.

Telecomunicaciones, ni su penalidad, "dada la importancia que para la sociedad tiene el bien jurídico protegido, cual es el correcto uso del espacio radioeléctrico, para lo cual se requiere la autorización de la autoridad competente una vez cumplidos los requisitos que la ley establece, los cuales, como se ha afirmado en este fallo, se ajustan a la Constitución".<sup>48</sup>

### **3. Normativas especiales económicas**

#### **3.1. Legislación sobre regularización de la pequeña propiedad raíz**

Se ha señalado que, considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, "no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohíbe es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979".<sup>49</sup>

#### **3.2. Legislación de protección al consumidor**

Al establecerse normas de resguardo a los derechos e intereses de los consumidores, afirma el TC, "la ley no ha incurrido en la consagración de diferencias arbitrarias, pues el diferente trato a los derechos de proveedores y consumidores se basa en las disparidades objetivas que se aprecian en la situación de unos y otros, lo que no sólo no riñe con el principio constitucional de igualdad, sino que lo observa consecuentemente, por cuanto el mismo exige tanto tratar de igual manera a quienes son efectivamente iguales como introducir las diferencias necesarias en el tratamiento de quienes no se encuentran en la misma situación".<sup>50</sup>

#### **3.3. Obligación de las compañías de seguro de concurrir al financiamiento de bomberos**

Sobre la materia se señala que, por de pronto, "el gravamen se impone a todas las Compañías de Seguros, sin excepción", por lo que la norma tiene el carácter de generalidad.

<sup>48</sup> Rol N° 2022/2012.

<sup>49</sup> Rol 707/2007.

<sup>50</sup> Rol 980/2007.

Enseguida, *"las Compañías no son las únicas empresas que deben soportar alguna carga para el esfuerzo nacional de financiar a los bomberos"*. En tal sentido, se recuerda que los Cuerpos de Bomberos no pagan luz ni las llamadas telefónicas; ello grava a las empresas de electricidad y a las telefónicas que dan servicio básico. Asimismo, el empresario para quien presta servicios el bombero debe soportar su ausencia cuando éste concurre a los "llamados" que el Cuerpo de Bomberos le formula.

A continuación, la medida tiene fundamento objetivo y razonable: *"las Compañías se benefician de la actividad de los bomberos. No hacer gravitar esta obligación en ellas implicaría una transferencia neta de recursos en su favor y un costo para quien el legislador decidiera encargársela en su reemplazo. Y ello sí alteraría la igualdad ante la ley"*.<sup>51</sup>

### **3.4. Remuneraciones de TVN**

Se ha sentenciado por el TC que la publicidad de las remuneraciones de la planta de los ejecutivos superiores de Televisión Nacional de Chile, empresa pública creada por ley<sup>52</sup>, responde a un fin lícito y amparado por el principio de publicidad.

Se agrega que *"la aplicación de los preceptos cuestionados debe considerarse adecuada y necesaria para el logro de la finalidad de acceso a la información pública"*.

En consecuencia *"la aplicación de los preceptos en cuestión no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores"*.<sup>53</sup>

## **4. Beneficios económicos**

### **4.1. Prestaciones de seguridad social**

No repugna a las *"disposiciones constitucionales que en el goce de las prestaciones de seguridad social el Estado pueda amparar especialmente a quienes sufren un mayor grado de carencia, siempre que ello no vulnere, como se explicó, la igualdad ante la ley, introduciendo diferencias de trato que no sean objetivas y razonables, que no estén soportadas en un fin de carácter general y que, en fin, no sean tolerables para quien sufre menoscabo de su derecho"*.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Rol 1 295/2008.

<sup>52</sup> Sobre la materia vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, "El Estado Empresario a la luz de la Constitución", en *Revista de Derecho Público* N° 62 (2000), pp. 32-47.

<sup>53</sup> Rol 1 800/2010.

<sup>54</sup> Rol 790/2007.

## **4.2. No otorgamiento de beneficio**

Se cuestiona el no otorgamiento de un incremento a ciertos funcionarios públicos (personal de JUNJI), y aunque también existen otros exceptuados, se hace presente por el TC que ellos también tienen beneficio otorgado por una ley especial. En consecuencia, no han sido discriminados por el legislador *"por cuanto ellos tienen derecho a recibir una asignación por retiro que la misma Ley N° 20.212 contempla para el resto de los funcionarios públicos, además de un bono especialmente contemplado para ellos en la Ley N° 20.213, publicada sólo 12 días después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.212"*.<sup>55</sup>

## **5. Sanciones administrativas**

### **5.1. Inhabilidades para contratar con la Administración**

Se sentencia que la inhabilidad incorporada al artículo 4° de la Ley N° 19.886 por la Ley N° 20.238, esto es, la exclusión de participar en licitaciones públicas para aquellas empresas que hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, resulta idónea para el logro de la finalidad de la normativa *"en orden a lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales de los trabajadores"*.

Del mismo modo, en cuanto a si la diferencia resulta tolerable para el destinatario de la inhabilidad, *"debe tenerse presente que ninguna empresa que cuenta con trabajadores puede desconocer el deber de respetar integralmente los derechos de éstos, quedando sometida a las consecuencias que deriven del incumplimiento de ese deber jurídico que, a la vez, representa un imperativo ético"*.<sup>56</sup>

### **5.2. Facultad de municipios de exigir soterramiento de redes**

Se cuestiona la normativa que faculta a municipios para obligar a empresas de servicios para soterrar redes, lo que se desestima, puesto que existirían también otras comunas en que también se exige. Se sostiene que *"el alegato de la requirente se traduce, en el fondo, en querer excepcionarse de la normativa local. Mientras el resto de las empresas a quienes se aplica la normativa municipal deben regirse por ésta, ella quedaría sustraída de sus mandatos. Ello equivale a un privilegio que la igualdad ante la ley y la libre competencia no toleran"*.

Adicionalmente, la normativa que el requirente impugna se aplica no sólo a los concesionarios eléctricos que operan actualmente en la comuna, también a la de otros servicios.

<sup>55</sup> Rol N° 1769/2010.

<sup>56</sup> Rol N° 1968/2011.

En suma no se vulnera la igualdad ante la ley, puesto que ésta *"no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos"*, habida consideración que no se *"puede pretender una regla uniforme de actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta"*.<sup>57</sup>

## 6. Legislación política.

### 6.1. Plazo para renunciar a partidos políticos de candidatos

Se cuestionan ciertos plazos impuestos por la legislación para los candidatos que formaban parte de un partido político y del que han renunciado. El TC señala que el plazo exigido se origina, entre otras razones, en *"la posibilidad de que existan elecciones primarias vinculantes para los candidatos que participen en ellas"*. Estas son necesariamente anteriores al proceso de declaración de candidaturas, por lo que *"el legislador debe considerar un plazo razonable que haga viables estas elecciones primarias"*.

Por tanto, *"sea que participen o no los candidatos independientes en ellas, esta legislación mantiene un equilibrio necesario entre los miembros de los partidos políticos y los candidatos independientes"*; de forma tal que *"si se mantuviera el antiguo plazo de dos meses para un candidato independiente, no existiría igualdad, puesto que inhibiría a un independiente para tomar parte en una primaria"*.

Por ende, *"el mayor tiempo como candidato es esencial para restablecer un necesario equilibrio y, por lo mismo, esta normativa garantiza igualdad de oportunidades para todos los participantes en un proceso electoral, no crea ventajas ni privilegios para los partidos políticos y está lejos de generar perjuicios para los candidatos independientes, sino que más bien les crea derechos coherentes con la normativa constitucional del artículo 19, N° 15°, de la Carta Fundamental"*.<sup>58</sup>

### 6.2. Voto asistido de discapacitados

El TC estima que la fórmula legislativa del voto asistido resulta idónea para alcanzar el fin legítimo de asegurar el derecho a sufragio de los discapacitados. En efecto, *"el voto asistido puede llegar a ser el único modo de hacer efectivo el derecho a sufragio de aquellos ciudadanos que, por su discapacidad, se vean impedidos, conforme a las características del sistema electoral vigente, de marcar su preferencia por sí mismos en una cámara secreta"*.

Por su lado, en lo relativo a la determinación acerca de si la modificación legal ha sido diseñada de forma de afectar o restringir del menor modo posible el

<sup>57</sup> Rol N° 1669/2010.

<sup>58</sup> Rol N° 2062/2011.

carácter personal y secreto del voto, se hace presente que la legislación opta por que sea asistido por alguien que él mismo determine, haciéndose presente que si bien *"podría estimarse que la fórmula representa un riesgo mayor de injerencia indebida o de presión sobre el elector y de pérdida del carácter secreto del voto que si el asistente del discapacitado hubiese sido el presidente de la respectiva mesa o el delegado de la Junta Electoral"*, no es menos cierto que *"siendo éste un juicio prudencial y no de juridicidad, esta Magistratura, dando aplicación al criterio de que no le corresponde juzgar acerca del mérito de una ley, no objetará esta fórmula escogida por el legislador"*.

Por último, en lo que se refiere a los casos en que la persona discapacitada puede ser asistida, se distinguen dos oportunidades. Un primer caso es la asistencia a un discapacitado para acceder a la mesa receptora de sufragios, precisándose que *"la fórmula para determinar la discapacidad del votante para concurrir a la mesa no merece reparos de constitucionalidad, ya que si bien ella es amplia, la asistencia en el acceso del votante a la mesa receptora ya estaba contemplada en la norma modificada y representa un riesgo mínimo de limitación o pérdida del carácter secreto del sufragio"*.

Por otro lado, la disposición permite que la persona con alguna discapacidad que le impida o dificulte ejercer el derecho a sufragio manifieste, por cualquier medio idóneo, al presidente de la mesa, su voluntad de ser asistida en el acto de votar en la cámara secreta. En esta materia se señala que *"en los casos que esa situación se verifique y la persona discapacitada sea acompañada a la cámara secreta, se verá limitado y afectado el carácter personal y secreto del voto"*, añadiendo que *"una afectación de esta entidad a lo dispuesto por la Carta Fundamental sólo puede ser constitucionalmente tolerada en los casos en que resulte estrictamente necesaria para que la persona discapacitada emita su preferencia. Si, en cambio, la discapacidad no es de tal entidad que la persona del votante pueda emitir su preferencia autónomamente en la cámara secreta, la afectación del carácter personal y secreto del voto no puede justificarse constitucionalmente en el objetivo de hacer efectivo su derecho a votar. En efecto, si la persona discapacitada no está impedida de marcar su preferencia sin asistencia, es posible cumplir simultáneamente con los dos objetivos constitucionales, de hacer efectivo su derecho a votar y garantizar el carácter personal y secreto de su voto"*.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Rol N° 745/2007.

## 7. Tratados Internacionales<sup>60</sup>

### 7.1. Beneficios del Convenio UPOV

El TC considera que en el citado Convenio Internacional los regímenes jurídicos aplicables al obtentor y al agricultor *"aparecen razonablemente delimitados, además de consultar, el ordenamiento vigente, diversos mecanismos tendientes a que los Estados protejan equilibradamente los derechos de los agricultores y de las comunidades"*.<sup>61</sup>

### 7.2. Limitaciones en materia indemnizatoria fijados por una convención

Se estima que no se ha vulnerado la igualdad ante la ley respecto del límite del monto del perjuicio a indemnizar, previsto en un tratado internacional, *"toda vez que el precepto impugnado y el límite que establece se sustenta en criterios razonables que no pueden calificarse de caprichosos"*.

En efecto, el fundamento del sistema de responsabilidad objetiva en materia de transportes obedece a la dificultad que puede enfrentar el pasajero en orden a acreditar la culpa del transportista en la pérdida del equipaje. Se trata de una responsabilidad de la compañía aérea que procede en todo evento, *"es decir, que ésta no puede eximirse del pago de la reparación pese a que el daño provenga de caso fortuito o fuerza mayor"*. Por consiguiente, no la deja en una situación de indefensión, sino que, por el contrario, busca dejarla indemne de daño.

Esta responsabilidad debe ser limitada. En primer lugar, *"porque el transportista, si nada se le declara, no tiene por qué conocer el valor de las mercancías que traslada, de manera que si no existiera un límite a la responsabilidad objetiva, no sólo su determinación podría quedar al arbitrio del pasajero, sino que la compañía no tendría la posibilidad de asegurar lo trasladado en el evento que fuera de gran valor"*. De esta manera, el límite *"más bien busca no dejar en indefensión a la compañía aérea en un sistema de responsabilidad objetiva, en el que no es factible probar el monto del perjuicio causado"*.

Además, si se trasladan objetos valiosos, la disposición regula un sistema de responsabilidad convencional, que consiste en un acuerdo entre la compañía de transporte aéreo y el pasajero, por el cual éste declara el valor de lo transportado, pagando una tasa suplementaria si hay lugar a ello y el transportista se obliga a pagar el importe de la suma declarada. De manera que la aludida disposición *"no impide acceder a la reparación total del daño material causado,*

<sup>60</sup> Sobre el control de constitucionalidad de los tratados vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *Tratados y Constitución en la jurisprudencia del TC*, Libro homenaje centenario de la U. de Valparaíso, 2011.

<sup>61</sup> Rol N° 1988/2011.

*por cuanto previene que puede convencionalmente asegurarse su valor, de tal modo que el riesgo no se asuma por una sola de las partes contratantes –sea el transportista, sea el pasajero– y éste, como se dijo, pueda acceder a toda la reparación del daño".*<sup>62</sup>

#### **IV. Sentencias que han declarado la infracción a la igualdad ante la ley**

Existen diversas resoluciones del TC que han señalado que determinados preceptos legales son contrarios a la igualdad ante la ley, algunos de los más relevantes se citan a continuación.

##### **1. Asimilación de régimen tributario**

Se ha sentenciado que la asimilación que un precepto legal efectúa respecto de los prácticos portuarios *"con los trabajadores dependientes o asalariados, en lugar de hacerlo con los trabajadores independientes, necesariamente riñe con el principio de igualdad de trato consagrado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional y configura una especie de discriminación arbitraria que expresamente proscribire el párrafo segundo de dicha norma fundamental"*.<sup>63</sup>

También se estima que una determinada normativa que presume que cierto personal ha trabajado a honorarios lo priva del derecho a percibir indemnización por años de servicio, lo que en sí mismo *"constituye una desigualdad carente de causa suficiente para ser justificada"*.<sup>64</sup>

##### **2. Pérdida de beneficios**

Del mismo modo, se ha señalado que excluir a una persona del beneficio de la asignación de título que le corresponde *"supone discriminarlo en cuanto al disfrute de ese beneficio respecto de los titulares de otros diplomas a los que, por la naturaleza de los estudios que constatan, sí se les reconoce el derecho"*, lo que además se habría incorporado a su patrimonio.<sup>65</sup>

De igual forma, se ha resuelto que no puede considerarse idónea la distinción entre una persona que debe alejarse de sus actividades –en este caso como juez– en virtud de una enfermedad o un accidente común y aquella que debe hacerlo en vista de una enfermedad laboral o de un descanso de maternidad, circunstancias todas que justifican el otorgamiento de una licencia médica, de

<sup>62</sup> Rol N° 1307/2009.

<sup>63</sup> Rol 1399/2009.

<sup>64</sup> Rol N° 767/2007.

<sup>65</sup> Rol N° 1615/2010.

forma tal que *"unas y otras tienen derecho a percibir el total de sus remuneraciones"*. En consecuencia, excluir, como en la especie, a un juez que se ausentó de su trabajo por más de seis meses, producto de una licencia médica por cáncer, de los componentes de la asignación de modernización contemplados en las letras b) y c) del artículo 4° de la Ley N° 19.531, *"resulta injustificado, pero además violatorio de la necesaria igualdad con que el ordenamiento jurídico debe tratar las situaciones que se refieren a los mismos supuestos"*. De esta forma, la norma que impide recibir un beneficio al funcionario judicial que se ausentó del trabajo por más de seis meses en virtud de una licencia médica común, mientras mantiene el derecho a aquel que se ausentó durante la misma cantidad de tiempo, pero por un accidente laboral o por descanso de maternidad, *"resulta intolerable para el primero, pues la razón que fundamenta la ausencia del trabajo es la misma que la que sostiene la ausencia de quien no trabajó por haber sufrido un accidente del trabajo o por razones de maternidad: la necesidad de recuperar la salud"*.<sup>66</sup>

### 3. Procedimientos no idóneos

A su vez, aplicar un determinado procedimiento como es el de saneamiento de pequeña propiedad rural y urbana, resolviendo un conflicto sobre posesión y dominio de bienes raíces rurales de acuerdo con normas legales –los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979– diversas a las disposiciones generales contenidas en el Código Civil, *"sin que, a juicio de este Tribunal, concurren en la especie los motivos que justifican la aplicación de aquellas normas especiales"*, importa una diferencia arbitraria y podría ello dar origen a una privación inconstitucional de la propiedad.<sup>67</sup>

### 4. Igualdad de armas

A su vez, se ha considerado que supone una infracción a la igualdad de armas y a la tutela judicial efectiva la circunstancia de que la denegación de prueba sólo pueda ser apelada por el Ministerio Público y no por la parte querellante.<sup>68</sup>

### 5. Igualdad de régimen jurídico

En el ámbito tributario se estimó que una disposición que fijaba un monto para obtener la libertad bajo fianza en delitos tributarios infringe la igual protección de la ley, en atención a que *"un mismo hecho produce efectos jurídicos distintos en la regulación o afectación del derecho a la libertad personal, según se haya producido en uno u otro lugar"*.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Rol N° 1801/2010.

<sup>67</sup> Rol N° 707/2007.

<sup>68</sup> Rol N° 1535/2009.

<sup>69</sup> Rol N° 728/2007.

## 6. Régimen de recursos en juicios especiales

En este caso, la inexistencia de casación en la forma por la falta de motivación en la decisión de segunda instancia, tratándose de juicios especiales, es cuestionada.

En tal sentido, se expresa que *"para decidir sobre la infracción del principio de igualdad referido en los números 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, en su vertiente de prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, es menester calificar la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción al regular el ejercicio del derecho. Ella debe ser legítima y razonable, es decir, proveer una relación instrumental o de funcionalidad entre el fin perseguido por la norma y el criterio escogido para justificar el trato diferente"*.

Sobre el punto se afirma que *"no se advierte claramente una finalidad intrínsecamente legítima en el precepto que, en los juicios regidos por leyes especiales, impide casar en la forma una sentencia que carece de consideraciones de hecho o de derecho. Ningún fundamento racional aparece en la citada restricción y no se divisa la razón para privar al litigante de un juicio determinado del mismo derecho que le asiste a cualquier otro en la generalidad de los asuntos"*.

De otro lado, *"como se acostumbra entender en el derecho internacional de los derechos humanos, si bien la cláusula de igualdad no impone necesariamente, en ciertas condiciones, el reconocimiento de un derecho sustantivo determinado, si el Estado lo otorga, debe hacerlo de manera equitativa y no excluyente"*. Por ende, *el precepto impugnado establece una diferencia arbitraria, transgrediendo las garantías de igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*.<sup>70</sup>

## 7. Reconocimiento de filiación

En otro caso se cuestiona el artículo 206 del Código Civil, norma que introduciría una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponden a aquéllas que reclaman el reconocimiento de su filiación.

En efecto, *"la norma legal reprochada permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener ese reconocimiento sólo en dos casos: a) si el hijo es póstumo o b) si el padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto. En cambio, quienes también reclaman el reconocimiento de su filiación, pero no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada, carecen de acción para obtenerlo"*.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Rol 1373/2009. En el mismo sentido, Rol N° 1873/2010.

<sup>71</sup> Rol 1340/2009.

## 8. Exclusión del daño moral en afectaciones a la honra

El precepto legal cuestionado, al impedir siempre la indemnización del daño moral por afectaciones al derecho a la honra ocasionadas por imputaciones injuriosas, establece una distinción claramente arbitraria que afecta en su esencia ese derecho al obstaculizar su reparación.<sup>72</sup>

Adicionalmente, el precepto legal cuya aplicación se cuestiona resulta desproporcionado, *"pues impide de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas y el juez de fondo pudiera determinar su procedencia"*.<sup>73</sup>

## 9. Regulación legislativa respecto de cibercafés.

La exigencia legal de llevar un registro de usuarios exclusivamente a los establecimientos cuya actividad principal es *"ofrecer accesos a internet, sin que existan suficientes antecedentes como para inferir –con valor de probable verdad y un cierto poder predictivo– que en ellos se cometen preferentemente los delitos pesquisados, dando así origen a una condición que de suyo los estigmatiza, desalienta el ingreso de quienes repudian la sensación de vigilancia constante y, por ello, podría inducir su migración hacia otros establecimientos que brindan servicios iguales, tales como hoteles, clubes, cafeterías, bares y restaurantes"*. Este menoscabo deja, pues, a los titulares de cibercafés *"en una posición desmedrada frente a sus competidores sustitutos, lo que infringe la garantía del N° 2° del artículo 19 constitucional, al no existir un tratamiento de igualdad en el ejercicio de actividades comerciales análogas"*.<sup>74</sup>

## 10. Ley de inscripción automática

El TC estima que una disposición legal es inconstitucional al establecer, en forma discriminatoria, un acceso privilegiado a la información contenida en el Registro Electoral sólo en favor de centros de estudios o de investigación, *"entregando al Consejo del Servicio Electoral una atribución discrecional, sin parámetro legal alguno, para decidir sobre la procedencia de las solicitudes de información, contraviniendo así el principio de igualdad ante la ley"*.

De igual forma, se resolvió respecto de otra norma que contemplaba igual privilegio para los partidos políticos en lo referente al acceso a la información contenida en el Padrón Electoral Provisorio y la Nómina Provisoria de Inhabilitados.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Roles 1419/2009, 1679/2010 y 1798/2010.

<sup>73</sup> Roles 1419/2009, 1463/2009, 1679/2010 y 1798/2010.

<sup>74</sup> Rol 1894/2011.

<sup>75</sup> Rol N° 2152/2011.

## V. Impugnación del estatuto matrimonial fundado en la diferenciación de sexo

En relación a la igualdad ante la ley, un asunto que motivó especial estudio por el TC fue el relativo al requerimiento judicial respecto del artículo 102 del Código Civil, según el cual el matrimonio está reservado para personas de distinto sexo.

### 1. El requerimiento de la Corte de Apelaciones

Se cuestionaba por la respectiva Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago la circunstancia que la definición de matrimonio, fundada en la diferenciación de sexo, pudiera producir efectos contrarios a la Constitución Política en el caso concreto, en particular a la igualdad ante la ley.

### 2. La decisión

La presentación judicial se desecha desde que *"lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil"*. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es *"que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad"*. A mayor abundamiento, *"el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección sub lite se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo, que establece que "los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer"*. De esta manera, *"el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas"*.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Rol 1881/2010.

### 3. Previsiones

En esta sentencia se incluyen diversos votos particulares, que parece necesario resaltar en lo relativo a la materia que motivó el requerimiento.

#### 3.1. *Presidente Raúl Bertelsen*

El presidente Bertelsen afirma que: *"teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política"*.

#### 3.2. *Ministros Venegas, Navarro y Aróstica*

Por su parte, los ministros Venegas, Navarro y Aróstica precisan que *"la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional. Del mismo modo, resulta claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil sean, precisamente, un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada"*.

Agregan que *"Las motivaciones precedentes han sido también consideradas por otras magistraturas constitucionales. En efecto, recientemente la Corte Constitucional francesa (Conseil Constitutionnel) ante similar situación resolvió que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que se derogue la igualdad por motivos de interés general, siempre que, en uno y otro caso, la diferencia de trato tenga directa relación con el objeto que la Ley persigue, que, manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución [francesa], que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer pueden justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las normas del derecho de familia (sentencia 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011). En similar sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán*

*(Bundesverfassungsgericht) ha decidido que la Constitución Federal asegura el matrimonio en su respectiva fisonomía a través del legislador, y que, en todo caso, éste debe obedecer a los principios estructurales esenciales que impregnan el matrimonio. Concluyendo que, de acuerdo a la jurisprudencia sostenida de ese Tribunal, pertenece a lo anterior el hecho de que el matrimonio es una unión de un hombre con una mujer para una vida en conjunto y duradera (sentencias 1BvF 1/01 y 1BvF 2/01, de 17 de julio de 2002)".*

*Concluyendo que "con lo razonado en los motivos precedentes podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, disciplinado además por otras numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal y por la Ley de Matrimonio Civil, entre otras leyes que lo regulan desde diversas perspectivas, es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer, no siendo admisible concluir, de dicha característica propia de la institución matrimonial tal y como está actualmente consagrada en la legislación civil chilena, que la aplicación del artículo 102 del Código Civil pueda resultar contraria a la Constitución cuando fundamenta la negativa de un Oficial Civil de celebrar el matrimonio de dos varones entre sí. Por el contrario, estimamos que su aplicación en tal caso no resulta contraria a la Constitución, y así debe declararlo este Tribunal Constitucional".*

### **3.3. Ministra Marisol Peña**

*La ministra Peña previene que "la regulación del matrimonio fue remitida por el constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión en el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como "núcleo fundamental de la sociedad". Una interpretación armónica y de conjunto de las normas constitucionales resulta, pues, indispensable frente a un tema de suyo complejo. Ello explica que la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia de 24 de junio de 2010, pronunciada en el caso Schalk and Kopf v. Austria, haya sostenido que "el artículo 12 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) no impone a los Estados contratantes una obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio. El artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8, otorgan una provisión de un propósito y alcance más amplio, que no puede ser interpretada como la imposición de una obligación".*

*De lo antes señalado, concluye que "aun cuando el legislador está facultado para desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio, no puede hacerlo al margen de los valores y principios expresamente consagrados en la Constitución, por imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la misma Carta Fundamental".*

### 3.4. *Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García*

Por último, los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García expresan en su voto que *"las categorías "sexo" y "orientación sexual" corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige realizar un examen más estricto de razonabilidad. Así se desprende de los artículos 1° y 19 N°2° de la Constitución (...) Por su parte, el mismo criterio es empleado por el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2°) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente".* Añaden que *"en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, se sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida: "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo y se comprende la orientación sexual. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley. Ello se ve reforzado por lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén Do Pará, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer".* Como lo ha sostenido este Tribunal, agregan: *"el empleo de estos criterios sospechosos puede transformarse en una categoría contraria a la igualdad ante la ley cuando manifieste el "propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas" (STC Rol 986/2008; STC Rol 1414/2010)".*

Ahora bien, prosiguen los señalados ministros en su voto particular: *"el legislador ha reconocido los efectos jurídicos de las relaciones entre parejas del mismo sexo, principalmente para efectos punitivos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla ninguna regulación explícita y completa de ese tipo de uniones. Cuando se excluye la proyección pública de una relación homosexual a través de los mecanismos que el legislador determine, se está sosteniendo, directa o indirectamente, que se trata de un tipo de relaciones de una calidad insuficiente, incapaz de dar origen a un conjunto claro de derechos y deberes. La omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección para las uniones de personas del mismo sexo".*

Se agrega que *"desde un tiempo a esta parte se han presentado diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias"*.

Concluyendo que *"será resorte del legislador verificar cuán profundo y extenso deba ser ese reconocimiento legal. A los poderes colegisladores les compete resolver las cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente, y respetando las normas y principios constitucionales. En tal tarea el legislador deberá evitar toda forma de discriminación arbitraria o de menoscabo en la dignidad y derechos de las personas; incluso deberá procurar –como ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso similar al sub lite– que el principio de "iguales pero separados", que sirvió de fundamento al apartheid, no tenga aplicación en el Derecho de Familia en razón de la orientación sexual de los sujetos (CCT 10/04, 1/12/2005)"*.

#### **4. Disidencia**

La decisión fue adoptada con el voto en contra del Ministro señor Vodanovic, quien señaló que la norma importaba una forma de discriminación en atención a la consideración del sexo de los contrayentes.

En efecto, afirma que *"privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una república democrática que acepta la diversidad de formas de vida"*.

#### **5. La decisión de la Corte Suprema**

El máximo tribunal desecha –en definitiva– la acción de protección, gestión pendiente que motivó la inaplicabilidad, confirmando la sentencia de primera instancia,<sup>77</sup> aunque eliminando algunos considerandos, agregando la circunstancia que el *"propio recurrente acepta que hay un precepto legal –artículo 102 del Código Civil– que concretamente contempla la situación. A este respecto, no cabe duda de que para juzgar la legalidad de la conducta del funcionario recurrido esta Corte debe dar aplicación a dicha ley vigente. Conforme a ello procede concluir que no hay acto ilegal, puesto que el criterio adoptado por el funcionario se ajustó a lo dispuesto en el precepto mencionado y a lo prevenido en la Ley de*

<sup>77</sup> Rol N° 6.787-2.010, 9 de diciembre de 2011.

*Matrimonio Civil, nítidos en cuanto a su sentido y alcance, sin que exista alguna regla de hermenéutica legal que aplicada al caso pueda llevar a una conclusión distinta, esto es, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre contemplado el matrimonio entre personas del mismo sexo".*

*Añadiendo que "lo anterior implica que la materia en cuestión se encuentra regulada por ley por ser de su dominio, de modo que la vía cautelar de autos no es la adecuada si lo que se intenta es que esta Corte autorice o reconozca el matrimonio de personas del mismo sexo".*

Concluyendo que se coincide con lo expresado por el voto del presidente del Tribunal Constitucional, en cuanto a que *"la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto no resulta contraria a la Constitución".*<sup>78</sup>

## **VI. Requerimiento parlamentario contra Ley Antidiscriminación**

En este caso, el TC rechaza la presentación parlamentaria en contra de una disposición del proyecto de ley, fundada en la circunstancia que existen peticiones incompatibles.

En efecto, se indica que *"no se explicitan las consideraciones que transforman en una reforma constitucional el precepto legal que se impugna, a la vez que no resulta lógico que en subsidio se solicite su carácter de norma interpretativa".*

De esta manera *"lo que se impugna es un precepto legal que tendría el carácter más bien de una reforma constitucional, la que no habría sido aprobada conforme al procedimiento y quórum previsto en la Carta Fundamental".*

Sin embargo, en materia de cuestión de constitucionalidad, *"o se trata de un precepto legal que se estima contrario a la Constitución o derechamente se está en presencia de una ley de reforma constitucional que presenta vicios formales, pero desde un punto de vista lógico no puede reunir ambas condiciones a la vez, todo lo cual no se encuentra suficientemente explicitado, transformando en inidónea la presentación, desde el punto de vista de su fundamentación jurídica".*

<sup>78</sup> Rol N° 12.635-2011, 4 de abril de 2012.

De forma tal que *"no resulta coherente ni lógico con la naturaleza de un requerimiento de constitucionalidad de una ley que se formulen, en los términos planteados, dos peticiones tan contradictorias, desde que o se trata de una ley de reforma constitucional que es aprobada sin el quórum constitucional exigido o se está en presencia de una ley interpretativa, pero en tal caso los argumentos deberían formularse de un modo diferente, en atención a la diversa condición de ambos preceptos en relación a la Carta Fundamental"*.

Del mismo modo, en principio, *"no se aviene con la naturaleza propia del control constitucional preventivo y facultativo de las leyes, previsto en el artículo 93 N° 3° de la Constitución Política de la República, el que se soliciten peticiones de carácter subsidiario y contradictorias, como las del caso de autos"*.<sup>79</sup>

Cabe, por último, tener presente, que al momento de enviar este artículo a imprenta, el TC se encuentra revisando –en sede de control constitucional obligatorio– la aludida normativa.<sup>80</sup>

El proyecto de ley define discriminación arbitraria en los siguientes términos, en su artículo 2°:

*"Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.*

*Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.*

*Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del*

<sup>79</sup> Rol 2160/2011.

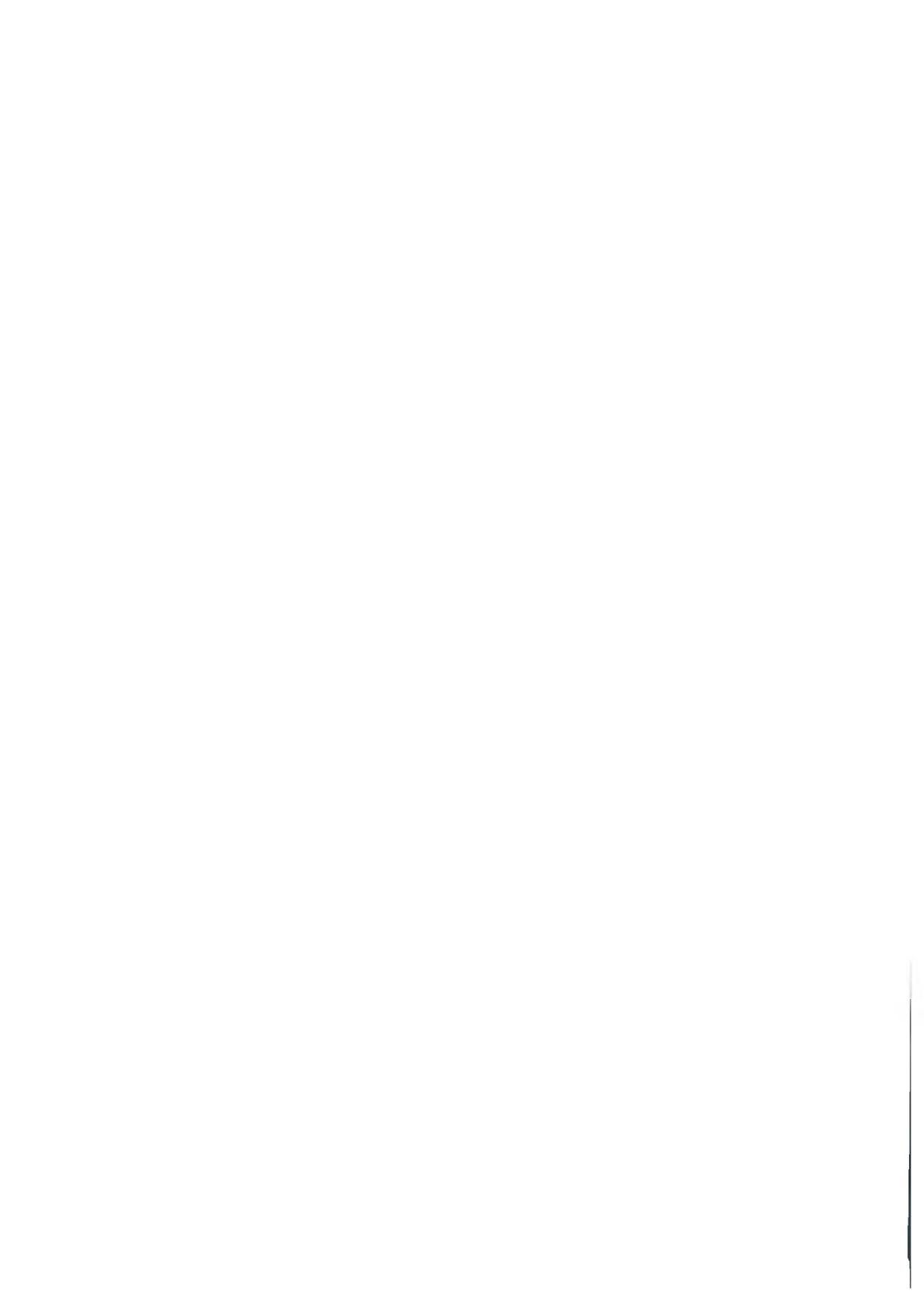
<sup>80</sup> Rol 2231/2012.

*artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima".*

## **VII. Conclusiones**

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. La igualdad ante la ley tiene fundamento constitucional en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, cuyos antecedentes se remontan a las Cartas de 1925 y 1833.
2. En la jurisprudencia del TC en los últimos años se ha ido evolucionando en la conceptualización de la igualdad ante la ley, no sólo ya como la prohibición de diferenciación basada en razones de sexo, estipe o condición, sino también como la igualdad entre los iguales, esto es, entre los que se encuentran en la misma situación, a los que debe aplicarse el mismo estatuto jurídico.
3. Adicionalmente, como se ha expresado, la Carta Fundamental prohíbe la discriminación arbitraria, la que en la más reciente jurisprudencia del TC se ha asociado a la adecuada ponderación y razonabilidad de la medida o diferencia, para lo cual debe efectuarse un test de proporcionalidad, siguiendo en tal sentido la doctrina del TC alemán.
4. De la revisión de la jurisprudencia del TC, en particular en los últimos seis años, ha entendido que no existe diferencia carente de razonabilidad, entre otros casos, al establecerse diversos procedimientos, con distinta vigencia, como igualmente al configurarse diversos tipos penales, o establecerse por ley financiamientos o beneficios económicos especiales.
5. Por el contrario, se ha estimado que sí se infringe la igualdad ante la ley, por ejemplo, en la circunstancia que se establezcan diferencias tributarias injustificadas, pérdida de beneficios, falta de igualdad de armas procesales, regímenes recursales diferentes, desigualdad en materia de plazos filiativos, como también una regulación legal carente de razonabilidad o beneficios especiales para ciertos actores respecto de acceso a la información.
6. Se cuestionó la circunstancia de que el matrimonio, por expresa definición legal, sólo pudiera celebrarse entre personas de distinto sexo, lo que no se consideró como contrario a la igualdad a la ley.
7. Finalmente, se requirió por parlamentarios respecto de la Ley Antidiscriminación, lo que fue rechazado por razones de carácter formal, en atención a la naturaleza de las peticiones.



# La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances

**Eugenia Paz Fuenzalida Reyes**

Jueza del 1<sup>er</sup> Juzgado del Trabajo de Santiago

Abogada de la Universidad de Chile

Magister en Derecho Laboral

Universidad Adolfo Ibáñez

## I. Introducción

El 31 de marzo de 2008 empezó a regir –de manera gradual– la nueva justicia laboral en Chile. Un año después, el 30 de octubre de 2009, todo el país contaba con nuevos tribunales laborales<sup>1</sup>. La reforma nace como una política pública que busca mejorar la resolución de conflictos laborales surgidos de la relación entre el trabajador y el empleador, a través de un sistema oral, público y transparente ante los tribunales de justicia<sup>2</sup>. Uno de los objetivos contemplados en la reforma es brindar tutela judicial efectiva a los derechos de los trabajadores y trabajadoras del país. Para esto, se creó el denominado procedimiento de tutela, para el caso de que los derechos fundamentales de los trabajadores sean afectados.

En el marco de este procedimiento, destaca la protección a la discriminación laboral. Según estudios elaborados –previos a la implementación de la reforma– por la Dirección del Trabajo, más de un tercio de los entrevistados, es decir, el 37% de la población encuestada, declaraba haberse sentido discriminado en alguna situación en particular. Sumado a esto, la encuesta realizada por el movimiento ciudadano *Despitudados*<sup>3</sup>, sostiene que más del 75% de los entrevistados cree que en Chile hay discriminación laboral.

Por estas razones, la discriminación en materia laboral y su reconocimiento en el procedimiento de tutela de derecho se visualizan como trascendentales en nuestro país. En consecuencia, a tres años de la implementación de la reforma laboral, es juicioso examinar la jurisprudencia en esta materia.

<sup>1</sup> Agradezco los comentarios del profesor César Toledo Corsi en el borrador de este trabajo.

<sup>2</sup> Ministerio de Justicia, (2009); p.1.

<sup>3</sup> Se trata de una plataforma web 2.0 que permite a los ciudadanos del país denunciar toda forma de discriminación laboral por parte de empresas, organismos públicos y privados, en cualquier momento del proceso de empleo.

Dado lo anterior, el presente trabajo pretende dar a conocer de manera breve y sistemática los principales elementos de la figura de la discriminación laboral –a nivel teórico, conceptual y legal–, para posteriormente aproximarse al desarrollo que ésta ha experimentado en la jurisprudencia a partir del análisis de casos.

Se procura de esta forma contribuir a extender el conocimiento y la discusión de esta materia ampliando la comprensión respecto a la conceptualización que de la discriminación han efectuado los tribunales de justicia. Igualmente se indagará respecto a la recepción del concepto de discriminación indirecta por la jurisprudencia nacional, cuáles han sido las fuentes a las que los tribunales laborales han recurrido, cuáles son los rasgos discriminatorios más denunciados y los que han sido acogidos por los tribunales laborales y si ha existido una diferencia en el tratamiento jurídico de acuerdo al motivo de discriminación y cuáles son las razones que determinan tales decisiones. Asimismo, se pretende analizar la incidencia del juicio de proporcionalidad y de la prueba indiciaria para acoger o rechazar una demanda.

## II. Marco teórico

### i. Conceptualización

La expresión discriminación proviene del latín "*discriminatio*" y significa "separar" o "distinguir" en ese sentido. Para aproximarse al concepto de discriminación laboral, se debe entender que su origen implica comprender que se vive en un espacio de desigualdades. Como bien argumenta Sen, las desigualdades se originan a partir del hecho empírico de nuestra desemejanza en capacidades e incapacidades físicas y mentales, en vulnerabilidad ante las epidemias, en edad, en género, y también, naturalmente, en las bases sociales y económicas de nuestro vivir y nuestra libertad<sup>4</sup>.

La igualdad tiene un "significado emotivo positivo"<sup>5</sup>, pues, como sostiene Sartori, la desigualdad es "natural", la igualdad "desnaturalización". La igualdad no se entraña en un postulado lógico, ni como una experiencia fáctica "sino constituye un deber ético"<sup>6</sup>. Contraría a la idea de igualdad el estado de naturaleza que supone desigualdad. Es la igualdad ante la ley, es decir, la igual protección en leyes generales. Bajo este argumento, la Declaración de los Derechos del Hombre del año 1789 dispone en su artículo segundo que "la igualdad consiste en que todos tengan los mismos derechos"<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Sen (1992); p. 49.

<sup>5</sup> Bobbio (1993); p. 54.

<sup>6</sup> Zúñiga (1995); p. 172.

<sup>7</sup> *Ibidem* (1995); p. 173.

La ley opera como instrumento transformador de la realidad y cauce para la consecución de objetivos igualitarios en la esfera política, social, económica y cultural,<sup>8</sup> y por lo tanto goza de ciertas características para cumplir con tal igualdad, como son su universalidad /generalidad y la exclusión de toda discriminación arbitraria de autoridad, "entendiendo por discriminación arbitraria una discriminación introducida o no eliminada sin justificación, más brevemente, una discriminación no justificada (y en ese sentido injusta)"<sup>9</sup>.

El ordenamiento jurídico, entonces, reconoce el **principio de la igualdad** como una aspiración normativa entre todos los seres humanos respecto de los derechos cuya titularidad exige dicha condición "de ser humano"<sup>10</sup>. La igualdad se manifiesta en la Constitución Política como valor superior del ordenamiento, principio y derecho fundamental<sup>11</sup>. En el ordenamiento jurídico chileno, la igualdad está reconocida en el Art. 1º, que señala: "los hombres nacen libre e iguales en dignidad y derechos". Además, se expresa en el Art. 19 N° 2 y en el principio de no discriminación arbitraria.

Tal como se mencionó, la idea de igualdad ante la ley supone que se establezcan mecanismos que no distinguan arbitrariamente a los hombres en sus derechos. Eso no quiere decir que todas las diferencias sean relevantes para el juicio de igualdad, sino sólo las esenciales cuando son arbitrarias, ya que carecen de razonabilidad<sup>12</sup>. Como expresa Gamonal, la médula del principio de igualdad implica determinar cuándo se está en presencia de una diferencia o igualación razonable y cuándo ante una discriminación o equiparación injusta.

En ese sentido, la idea de discriminación, es decir, "separar" o "distinguir", no es contraria a lo que se considera como justo. No obstante, lo injusto de la discriminación recae en el hecho de que a partir de ciertas características de los sujetos, como son el sexo, la raza, el color, la religión, la filosofía, la tendencia sexual, entre otros, se anule la igualdad ante la ley y se atente contra la dignidad de las personas.

La discriminación puede manifestarse en cualquier espacio social, y suele presentarse. De acuerdo a lo planteado por Ugarte, la relación de dependencia y subordinación que se establece en el derecho del trabajo quiebra el esquema de igualdad en que se ejercen las relaciones en el derecho privado, generando un "escenario óptimo para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica"<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Zúñiga (1996); p. 19.

<sup>9</sup> Zúñiga, op. cit., p. 173.

<sup>10</sup> Gamonal (2003); p. 85.

<sup>11</sup> *Ibidem* p.176.

<sup>12</sup> *Ibidem* p. 85.

<sup>13</sup> Ugarte (2009); p. 78.

Jeffrey Reitz<sup>14</sup> define la discriminación laboral como aquellas decisiones negativas de empleo basadas en criterios como origen o lugar de nacimiento, en lugar de considerar sólo las acreditaciones y calificaciones relacionadas con la productividad potencial del empleado.

En cuanto a la extensión del concepto legal, las corrientes del derecho antidiscriminatorio europeo y norteamericano han determinado que existen dos nociones básicas de discriminación, a saber, la discriminación directa y la discriminación indirecta. En las discriminaciones directas el demandante debe probar que es víctima de acción **discriminatoria** del empresario. En cambio, la discriminación indirecta se da bajo **prácticas formalmente justas, pero discriminatorias** en su puesta en ejecución o realización. Por lo tanto, la discriminación indirecta es una medida neutra que desfavorece injustificadamente a las personas<sup>15</sup>. Por lo tanto, se entiende que la discriminación directa se produce cuando la persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga en razón de su raza, religión, sexo, edad, etc. Y la discriminación indirecta se produce cuando una decisión unilateral aparentemente neutra ocasiona una desventaja a una persona por alguna de las razones mencionadas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

En ese sentido, la discriminación es directa cuando hay normas y prácticas que, de manera expresa, excluyen o dan preferencia a determinadas personas sólo porque pertenecen a tal o cual grupo. Los anuncios de vacantes en los que se desaconsejan sin disimulo las candidaturas de trabajadores casados o de personas que hayan cumplido ya cierta edad o que tengan un color de piel o unas características físicas determinadas son ejemplos de discriminación directa. Estas discriminaciones hunden sus raíces en prejuicios y apreciaciones sesgadas sobre la capacidad o la conciencia profesional de las personas pertenecientes a determinados colectivos, ajenos a sus calificaciones y experiencia reales. Esta forma de clasificar de antemano a la gente es discriminatoria, porque exige implícitamente que las personas pertenecientes a una asociación desfavorecida tengan las mismas características que se postulan como propias del sector dominante de la sociedad<sup>16</sup>

En el caso chileno, el artículo segundo del Código del Trabajo, previo a la elaboración del listado de rasgos discriminatorios, deja sentado que son contrarios a la legislación laboral los actos discriminatorios, expresión cuya amplitud permite incluir tanto la discriminación directa como indirecta, posibilidad expresamente recogida en un interesante –aunque no del todo exacto– fallo, según se reseñará en acápite referido a la jurisprudencia nacional.

<sup>14</sup> Carmona K., Véliz Fernando; p. 9.

<sup>15</sup> Ibídem p. 84.

<sup>16</sup> Tomei (2003); p. 445 .

## ii. Instrumentos de política antidiscriminatoria.

La normativa nacional en el Art. 19 N° 2 de la **Carta Fundamental** consagra como garantía constitucional la igualdad ante la ley, es decir, en Chile no hay personas ni grupos privilegiados. Agrega el inciso segundo que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias o ilegales. Además, el Art. 19 N°16 en su inciso tercero dispone que se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos<sup>17</sup>. Tal como sostiene Fernández, existe un consenso sin discrepancias con respecto a las diferencias razonables que la Constitución puede establecer. Éstas deben estar basadas en la lógica, la justicia, el bien común o que sean objetivamente justificables<sup>18</sup>.

En materia laboral, el alcance que tiene la igualdad en la Constitución se **restringe**, tal como se ha indicado en el apartado precedente. En este ámbito, la razonabilidad exige además que se funde en la capacidad o idoneidad personal, en la nacionalidad exigida por la ley o en la edad requerida por ésta<sup>19</sup>.

La restricción de la igualdad en materia laboral, sumada a la asimetría de las relaciones laborales, trajeron como consecuencia que la **doctrina laboral** se preocupara del estudio de aquellos derechos laborales denominados *inespecíficos*<sup>20</sup>. El ordenamiento jurídico reconoce como propios del trabajador sus derechos fundamentales, entre estos el derecho a la no discriminación. Ser discriminado por sexo, color, raza o religión se visualiza como un atentado a los derechos universales y por lo tanto no puede ocurrir al interior de la empresa.

Además, nuestro país ha ratificado **tratados internacionales** sobre derechos humanos que contienen la protección a derechos laborales en este ámbito. Así, el Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), afirma que la discriminación es "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". Por tanto, la discriminación en el trabajo consiste en una diferencia de trato basada en las características personales de un individuo, como la raza o el sexo, y **no en su perfil profesional**, que puede ser el idóneo para el empleo de que se trate. Con ello se le impone una desventaja o se le niegan ciertos beneficios, prestaciones y oportunidades de que gozan otros miembros de la sociedad<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Gamonal (2001); p. 76.

<sup>18</sup> Fernández (1997); p. 15.

<sup>19</sup> Ibídem p. 17.

<sup>20</sup> Gamonal (2009); p. 7.

<sup>21</sup> Ibídem p. 16.

### iii. La legalidad en la materia.

La ley N° 19.759 reformó diversas materias del Código del Trabajo. El nuevo inciso primero del artículo 5° del Código reconoce el límite que las garantías constitucionales constituyen respecto a las facultades del empleador, en especial cuando se pudiera afectar la intimidad, la vida privada y la honra de los trabajadores. Otra enmienda de interés es la nueva redacción del artículo 2° del Código del Trabajo, que perfecciona las normas que prohíben la discriminación en materia laboral<sup>22</sup>.

Sin duda, las enmiendas más importantes en esta materia son las leyes 20.087 y 20.269, que introdujeron cambios sustantivos en el sistema procesal laboral de nuestro país hacia un sistema oral, público y concentrado<sup>23</sup>. Dentro de la reforma al sistema laboral, se contempla el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Este procedimiento se aplicará cuando los derechos humanos resulten vulnerados por el empleador. Dentro de la protección de estos derechos se contemplan los actos discriminatorios durante la ejecución y término del contrato de trabajo<sup>24</sup>.

El marco legal está dado, entonces, por el artículo 2° del Código del Trabajo en materia de discriminación laboral a la luz del art. 19 N° 16 de la Constitución. La norma legal citada reconoce en primer término como contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. A continuación expresa que los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivo de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

A decir del profesor Ugarte, la redacción de esta norma limitó el derecho a la no discriminación laboral, en principio más restringido y mezquino que el derecho a la no discriminación laboral del artículo 19 N° 16 de la Constitución, cosa que podría afectar eventualmente con el tiempo a colectivos típicamente discriminados, como los portadores de VIH y los consumidores de drogas<sup>25</sup>.

A nuestro entender y para una correcta hermenéutica es importante el artículo 485 contenido en el Procedimiento de Tutela Laboral, que se refiere a los derechos fundamentales cuya afectación da lugar a la aplicación del procedimiento de tutela, remitiéndose en el inciso primero a derechos establecidos en la Constitución Política de la República y en el inciso segundo se indica que también se

<sup>22</sup> *Ibíd*em p. 17.

<sup>23</sup> *Ibíd*em p. 21.

<sup>24</sup> *Ibíd*em p. 22.

<sup>25</sup> Ugarte *op. cit.*, p. 34.

aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto, que se refiere a las ofertas de trabajo con sesgo discriminatorio.

Para Gamonal, un despido discriminatorio es aquel basado exclusivamente en las motivaciones ilícitas contenidas en el artículo 2° del Código del Trabajo, por ejemplo por motivos de raza, edad, estado civil, sindicación o sexo, caso en el cual de no presentarse esos factores u opciones el trabajador hubiera continuado prestando sus servicios normalmente.

Al respecto, la enumeración del artículo 2° del Código del Trabajo de los rasgos discriminatorios reprochables se refiere a rasgos discriminatorios, respecto de los cuales el legislador ya ha realizado la ponderación, pero deja abierta la posibilidad de repeler, por la misma acción de tutela de derechos, otros actos de discriminación laboral, fundados en otros rasgos discriminatorios como es la opción sexual. Pero éstos no cuentan con una justificación razonable, dando cuenta que no ha sido la idoneidad o capacidad personal lo que ha tenido en cuenta al momento de discriminar. Ello, puesto que la enumeración contenida en la norma legal debe interpretarse a la luz del derecho a la no discriminación de fuente constitucional contenido en el artículo 19 N°16 de la Carta Fundamental, entendiéndose que las conductas descritas en el artículo 2° del Código Laboral no son sino un reforzamiento de conductas particularmente discriminatorias constatadas en las relaciones laborales.

En fallos nacionales de reforma laboral se ha sentado una suerte de *obiter dictum*, en cuanto a que el artículo 2° no es taxativo. En este sentido, en una de las primeras sentencias en la materia, de 25 de noviembre de 2009, dictada en causa RIT T-4-2009 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, se dijo que siguiendo a la doctrina ya asentada de la Dirección del Trabajo y en relación al inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, que consagra la única motivación para establecer diferencias de trato en el ámbito laboral, puede concluirse que la enumeración contenida en la norma laboral no es taxativa, ya que se trata de un catálogo que contiene conductas discriminatorias y que podrá abarcar a otras, en la medida que en su esencia reflejen un disvalor social del mismo tipo, como lo sería, por ejemplo, la discriminación en atención a la opción sexual del trabajador.

En otros pronunciamientos, como en causa RIT T-1-2009 del Juzgado de La Calera y T-159 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, en que se presentan denuncias por discriminación en razón de opción sexual y relación sentimental con una persona determinada, respectivamente, lamentablemente no se efectúa un análisis explícito, pero no obstante desecharse la denuncia por no existir indicios suficientes, implícitamente se reconoció la posibilidad de accionar por la vía de la tutela.

En el ordenamiento jurídico extralaboral se encuentran preceptos que prohíben la discriminación, como por ejemplo en la Ley N° 19.779, que establece las normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación legal para enfermedades catastróficas (Art. 7°); en la Ley N° 19.773, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (Art. 1°); en la Ley 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias u organizaciones religiosas (Art. 2°), y en la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Art. 8°). Además, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, en el Art. 2° letra g) estatuye que los datos sensibles son los datos personales referidos "a las características físicas y morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"<sup>26</sup>.

A tres años de la implementación de la reforma procesal laboral en todo el país, se hace pertinente el examen de la jurisprudencia a partir del análisis de casos para explorar si los tribunales de justicia han conceptualizado respecto a la discriminación laboral o lo han subentendido, así como para aproximarse a establecer si se ha recepcionado el concepto de discriminación indirecta, indagar en las fuentes a las que los tribunales laborales han invocado en el dictamen de sentencias, determinar cuáles son los rasgos discriminatorios más denunciados, establecer cuáles son los rasgos denunciados que han sido acogidos por los tribunales laborales y cuáles son las razones que determinan su adopción.

### III. Metodología

Para dar cumplimiento al objetivo de este artículo, se estableció una metodología de trabajo de carácter exploratorio, pues se intenta reconocer los antecedentes generales de la materia documentando experiencias a través de los casos extraídos de sentencias.

En este sentido, esta investigación pretende ser un aporte al conocimiento de la jurisprudencia en el procedimiento de tutela en los casos de discriminación laboral. Se procura hacer una aproximación a la determinación de cierto tipo de **tendencia** en la jurisprudencia nacional.

Para efectos de este artículo, se analizaron trescientas sentencias de casos asociados al procedimiento de tutela por discriminación laboral en los tribunales de primera instancia desde el inicio de la reforma laboral al primer semestre del

<sup>26</sup> Gamonal, op. cit., p. 17.

año 2011. Todas las sentencias que se citan, salvo mención expresa en contrario, se encuentran firmes. Todos los documentos que se analizaron son de carácter público y universal y fueron encontrados en el buscador del Poder Judicial.

#### **IV. Jurisprudencia y análisis**

Para realizar el examen de la jurisprudencia en cuanto a discriminación laboral se establecieron tres categorías de análisis. La primera está relacionada con el concepto de discriminación a partir de la jurisprudencia y se indagará asimismo respecto a la recepción del concepto de discriminación indirecta por la jurisprudencia nacional. La segunda hace referencia a los rasgos discriminatorios más denunciados y los que han sido acogidos por los tribunales laborales y si ha existido una diferencia en el tratamiento jurídico de acuerdo al motivo de discriminación, y la tercera, cuáles son las razones que determinan tales decisiones, analizando la incidencia del juicio de proporcionalidad y de la prueba indiciaria para acoger o rechazar una denuncia.

##### **i. Concepto de discriminación en la jurisprudencia**

Tras la exhaustiva revisión de las sentencias, se puede sostener que los tribunales de justicia han hecho un esfuerzo por conceptualizar y reflexionar con respecto a la discriminación laboral, abocándose a definir qué se entiende por discriminación laboral. Tal es el caso del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que en sentencia de 8 de marzo de 2011, dictada en causa RIT T-301-2010, considerando décimo tercero, acude a la normativa nacional e invoca la igualdad ante la ley. El magistrado define que ésta obliga a que sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación. De esta forma se puede decir que **la discriminación es la diferencia arbitraria, desigualdad de trato carente de justificación objetiva y razonable.**

En esta misma línea, en sentencia de fecha 19 de abril de 2010, dictada en causa RIT T-38-2010 del mismo tribunal, se afirma la consagración de la igualdad de los sujetos en dignidad y derechos y frente a la ley, no pudiendo efectuarse diferenciación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, etc., las que en principio son consideradas ilegítimas, de manera tal que "toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad". Luego, lo que prohíbe la ley es la discriminación o diferencia arbitraria, a saber, un **tratamiento distinto y carente de justificación objetiva y razonable.**

Al respecto, la sentencia de fecha 6 de abril de 2010, dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena en causa RIT T-2-2010, sostiene que el artículo

2° del citado cuerpo legal (Código del Trabajo) establece que son contrarios a los principios de la ley laboral los actos de discriminación. Luego, define que se entenderá por acto discriminatorio las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de, entre otros, la edad, que tengan por objeto **anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.**

En segundo término, tras la definición amplia del concepto de discriminación laboral, los tribunales se han enfrentado a las distintas razones de discriminación y se han aproximado a definir cuándo se está bajo la presencia de discriminación laboral por raza, religión, sindicación, etc. En este sentido, en sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, recientemente dictada con fecha 19 de marzo de 2011, en causa RIT-403-2010, se establece que la discriminación **por raza puede pasar desde las bromas "bien intencionadas" hasta la forma en que se menosprecia y se subvalora una determinada organización cultural, social y religiosa de un determinado grupo de personas.** Agrega, que la discriminación es una realidad social, por lo que es un hecho que el derecho a la no discriminación se encuentra prohibido tanto en la legislación nacional como en la internacional. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 1 de junio de 2011.

En cuanto a la religión, la sentencia dictada en causa RIT T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo, sostiene en el considerando décimo séptimo que **un tratamiento diferente y arbitrario a un trabajador fundado en la religión que este profesa, es un hecho que se encuentra prohibido tanto en la legislación nacional e internacional,** así se ha consagrado como un derecho fundamental la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, cuya fuente normativa se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Chile, como referente máximo de la normativa nacional.

En el caso de la sindicación, la sentencia dictada en causa RIT T-95-2010, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, señala que el artículo 2° del Código del Trabajo reconoce la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan, siendo contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, entre otros, por sindicación, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Las definiciones reseñadas sobre el concepto de discriminación laboral que han realizado los tribunales laborales invocan primeramente las fuentes nacionales e internacionales para la argumentación de los fallos. Bajo esa lógica, la sentencia

dictada en causa RIT T-16-2010, de 25 de febrero de 2011, por el Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, en en causa RIT-403-2010, ya citada, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT T-66-2010 de 11 de junio de 2010 del Primer Juzgado de Letras de Santiago, entre otras, han invocado directamente los tratados internacionales y su desarrollo doctrinal

Así, la sentencia del Juzgado de Talca RIT T-16-2010 indica que el derecho a la no discriminación invocado como lesionado en la denuncia es un **derecho humano y no estrictamente laboral**. Este se encuentra consagrado en diversos instrumentos normativos internacionales, como el artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y dentro del ámbito laboral, como el Derecho a la No Discriminación en el Empleo, ha sido recogido en el Convenio N° 100 de la OIT de 1951, sobre Igualdad de Remuneración; en el Convenio N° 111 de la OIT de 1956 sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, y el Convenio N° 156 de la OIT de 1981 sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Internamente y a nivel Constitucional, el artículo 19 N° 2 establece que la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y en el plano estrictamente laboral el mismo artículo 19 N° 16 inciso 3° señala que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. A nivel legal nuestro Código del Trabajo en su artículo 2° señala que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, definiendo que son actos de discriminación aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en los motivos que indica la norma y que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, permitiendo el inciso 3° de la misma norma que las distinciones, exclusiones o preferencias que se funden en calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación, por lo tanto, para determinar si en el caso concreto existe aquella discriminación que proscribe el Derecho, debe por un lado existir un **trato diferenciado**, debe dicha diferenciación basarse en alguna motivación prohibida teniendo presente la amplia formulación de la norma constitucional y que dicha diferenciación produzca un **resultado dañoso**.

La sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago en causa RIT-403-2010 indica que nuestro sistema jurídico configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento.

Por su parte, la sentencia del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago en causa RIT T-66-2010 cita el Convenio N° 111 de la OIT, que excluye la discriminación en las oportunidades o trato en el empleo, debiendo destacarse, al respecto, que el artículo segundo del referido convenio obliga a los miembros a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, estableciendo en la siguiente disposición una serie de medidas específicas, relativa una de ellas a la necesidad de adecuar el derecho interno en ese sentido, la que es obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico, dada su ratificación por el Estado de Chile. Por su parte en materia laboral tal principio se consagra en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 111 y 156 y en los artículos 19 N° 16 de la Constitución Política de la República y 2° del Código del Trabajo, disponiendo dichas normas la prohibición de toda discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal y señalando la última disposición mencionada que son actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas entre otros en la religión, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Por último, un porcentaje de las sentencias analizadas se aproxima a advertir a los demandantes qué es lo que escapa del concepto de discriminación laboral. En el caso del Primer Juzgado de Letras de Santiago, RIT T-381-2010, de 28 de marzo de 2011, se expone que la ausencia de motivos para la desvinculación de un sujeto no significa a priori un acto de discriminación<sup>27</sup>. En esta misma línea, el Juzgado del Trabajo de Arica, en sentencia dictada el 21 de marzo de 2011 en causa RIT T-1-2011, sostiene que los empleadores, amparados en el derecho laboral, tienen la facultad de dirigir, administrar e impartir órdenes al trabajador, lo que implica necesariamente el uso, empleo o acometimiento de un poder de aquel sobre sus dependientes, circunstancia que sin duda sitúa al trabajador en una posición de sometimiento a su empleador. Por lo tanto, sólo se considera que existiría discriminación o alguna forma de vulneración cuando el acto reúna las condiciones que están expresadas en la primera parte del inciso 3° del artículo 485 del Código del Trabajo, es decir, de **arbitrariedad o de desproporcionalidad**.

## ii. Discriminación indirecta

Un interesante caso descrito en la sentencia como discriminación indirecta se presentó en causa RIT T-2-2009 del Tribunal del Trabajo de Valparaíso en que la denuncia la efectúa doña Vera Barckhann Thomas, ex profesora de 58 años del Colegio Alemán de Valparaíso, que ha sido despedida por la causal de necesidades por el establecimiento educacional. El derecho alegado como

<sup>27</sup> RIT T-381-2010, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

conculcado y que posteriormente la sentencia declara vulnerado es el derecho a la no discriminación – artículo 2° del Código del Trabajo–, y además se aborda el principio de igualdad del artículo 19 N° 2 y el derecho a no ser discriminado del artículo 19 N° 16, ambos de la Carta Fundamental. El juicio gira en torno a la determinación de si el despido es arbitrario en razón de discriminación por edad. La demandada alega que el despido fue justificado y amparado en la ley, toda vez que se debió a una situación objetiva de reorganización por parte de la empresa, fundamentando en consecuencia el despido dentro de lo establecido en el artículo 161 del Código Laboral chileno. Luego de la actividad probatoria de la actora, la sentencia deja sentado, previa explicación y advertencia en cuanto al uso de la prueba de indicios, que a priori existe la vulneración alegada, ya que junto con la afectada han sido despedidos otros 11 trabajadores de edad avanzada, manteniendo sus puestos de trabajo sólo trabajadores de menor edad; que la demandada alguna vez se habría manifestado a favor de una política de desvinculación de profesores cercanos a una determinada edad y que el resto del profesorado habría manifestado inquietud por esta evidente decisión empresarial de despedir a quienes se acercaban a su edad de jubilación. En este caso, el demandado busca justificar la decisión de despido adoptada, empero no logra siquiera acreditar, a juicio de la sentenciadora, la legalidad de la causa que invocaba, como tampoco se pudieron acreditar deficiencias en el desempeño de la actora, que permitieran estimar que su idoneidad o capacidad pudiese ser cuestionable y así reconducir la justificación a la excepción que contempla el artículo 19 N° 16 en relación a las discriminaciones prohibidas. La sentenciadora considera, luego del análisis de la prueba rendida, que efectivamente la elección de la demandante como profesora a despedir se tomó en atención a la edad de la misma, vulnerándose su derecho fundamental a no ser discriminada arbitrariamente, acogándose entonces la demanda de tutela. **La norma decisoria** es la prohibición de discriminar por razón de edad, sin una justificación o motivo razonable, donde dicha garantía aparece como límite a los poderes empresariales. Esta motivación está plasmada en el considerando duodécimo al referir que al despedir se tomó en consideración la edad, lo que representa una desigualdad de trato, una discriminación indirecta, por tratarse de motivos sólo formalmente lícitos, luego descartados, que devienen en discriminación en atención a los efectos adversos producidos

Es excelente la motivación de esta sentencia, sobre todo en cuanto al desarrollo del juicio de ponderación, aunque si bien esta sentencia indica la existencia de un caso de discriminación como indirecta, después del análisis, es posible dilucidar que se trata más bien de una discriminación directa pero encubierta, ya que lo que se hace es no explicitar el motivo que realmente guió la decisión de despido –que era la edad–, causa real de la elección y diferencia de trato. Lamentablemente esta sentencia fue anulada en un curioso fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que se sustenta en que la regla de los indicios del

artículo 493 del Código del Trabajo no se aplica a los casos de discriminación laboral, sino sólo a los de derechos fundamentales.

Sin perjuicio de aquello, en sentencia de unificación de jurisprudencia Rol 7023-2009, de catorce de enero de dos mil diez, la Corte Suprema dictaminó que si corre la prueba de indicios en tutela por discriminación, sosteniendo que *"no hay razón legal que permita dejar de aplicar la norma del artículo 493, cuando se trata del procedimiento de tutela laboral por causa de despido discriminatorio, tanto más si se considera que las motivaciones de esta clase de despido violentan sin duda derechos fundamentales que la ley ha procurado tutelar, desde que atentan contra la igualdad de oportunidades frente al empleo"*.

### iii. Rasgos discriminatorios denunciados en los tribunales de justicia.

De acuerdo al análisis, los motivos más invocados como razones de discriminación son la sindicación, discriminación por opinión política de los funcionarios públicos, discriminación contra de la mujer, edad, raza, religión y nacionalidad.

Las denuncias por discriminación en razón de sindicación son los más numerosos, destacan los casos: RIT T-43-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco; RIT T-338-2010 Segundo Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-21-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco; RIT T-150-2010 Primer Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-11-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó; RIT T-95-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-95-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-66-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago.

Las demandas están referidas a la discriminación por la pertenencia a sindicatos y los fallos han respondido a las particularidades de los casos. Por ejemplo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T-43-2010, en sentencia de fecha 4 de marzo de 2011, estimó que los antecedentes probatorios, pese a que los testigos del actor están contestes en que la relación del sindicato con la empresa no es de las mejores, no eran **para estimar que el despido del actor es discriminatorio** o que se tuviera respecto del actor un especial ánimo adverso por su calidad de socio.

Por otra parte, el Segundo Juzgado de Letras de Santiago en sentencia dictada en causa RIT T-338-2010 de 15 de febrero de 2011 estableció que la prueba aportada por la demandante cumple con el estándar exigido por el legislador en el artículo 493 del Código del Trabajo, pues la demandante acreditó la existencia de a lo menos los siguientes indicios, que, a lo menos por 8 años y siendo el actor Consejero de la CUT, el Servicio de Salud demandado aceptó que el trabajador estuviera a tiempo completo en la Central Sindical, asumiendo dicho costo, de manera que no efectuó ningún descuento por esos ítems, recibiendo el trabajador su remuneración íntegra como si hubiese trabajado.

Que luego, desde el mes de agosto de 2010, desconoció este benefició respecto del actor y no se le pagaron las remuneraciones y por lo tanto el magistrado acogió el caso.

Las demandas de discriminación por opinión política de los funcionarios públicos son numerosas a partir del segundo semestre del año 2010, especialmente en los tribunales de Santiago. La mayoría de los casos se constituye por el término de contratas al interior de Servicios Públicos. Se destacan los casos RIT T-46-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco; RIT T-1-2011 Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt; RIT T-381-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-139-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-208-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; RIT T-341-2010 Segundo Juzgado de Letras de Santiago. Casi en su totalidad, este tipo de demandas han sido desestimadas.

Por otra parte, las demandas por discriminación contra la mujer son considerables. Están principalmente referidas a exclusiones basadas en el sexo a consecuencia de una maternidad, como ocurre con la sentencia de 26 de octubre de 2010 en causa RIT T-220-2010 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo.

La discriminación por edad es también recurrente. Además del caso referido del Juzgado de Valparaíso, cabe consignar los casos RIT T-16-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca; RIT T-114-2010 del Primer Juzgado de Letras de Santiago; RIT T-2-2010 y RIT T-3-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena, en que se acoge la demanda. Este tipo de demandas están principalmente abocadas a situaciones en donde los sujetos han sido despedidos por ser considerados mayores en edad.

En cuanto a las razones de raza, religión y nacionalidad, estos casos no han sido numerosos, sin embargo se han constituido como un aporte a la jurisprudencia nacional.

En cuanto a demandas por discriminación en cuanto a la raza, se destaca la causa RIT-403-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y en cuanto a religión, la causa RIT T-38-2011 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. En ambos casos, las actoras se vieron afectadas por los insultos y la discriminación ejercida en su contra durante el período que duró su relación laboral. La primera era de origen mapuche y la segunda de religión musulmana. Por último, se presentó el caso de despido discriminatorio por la nacionalidad en la causa RIT T-64-2010, Seguel con Grange School, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo y fue acogida la denuncia, ya que se estimó que la demandada no logró justificar la opción de preferir la desvinculación de las actoras por sobre los profesores extranjeros del departamento de inglés, motivo por el cual surge como causa desequilibrante de tal decisión la nacionalidad de

los docentes, situación prohibida por el inciso 4° del artículo 2° del Código del Trabajo.

#### **iv. Factores que inciden en el acogimiento o rechazo de las demandas por discriminación laboral. Incidencia del juicio de ponderación y de la prueba indiciaria para acoger o rechazar una demanda.**

En general, de los casos en estudio no son muchos los acogidos. En primer término, se presenta la situación de demandas mal formuladas, o carentes en su exposición de un relato coherente y circunstanciado que permita la comprensión de los hechos sometidos a la apreciación del Tribunal. Tal como sostiene el magistrado Álvaro Flores en la causa RIT T-412-2010, en sentencia de 22 de marzo de 2011, en que rechaza la acción de tutela señalando que **la deficiencia en la postulación fáctica de la acción es insalvable para la pretensión de amparo**. La ley exige la formulación suficiente de un relato de hecho, debidamente circunstanciado, introducido al proceso en la demanda. Ello se desprende inequívocamente de lo preceptuado en los artículos 446, número 4 (expresamente reformado en lo relativo a la exigencia de una exposición clara y circunstanciada de los hechos por la Ley 20.260) en relación con lo que preceptúa en el inciso primero del artículo 490 del Código del Trabajo, que remite las exigencias de la acción a los requisitos generales del artículo 446 citado, lo mismo que la aportación de indicios probatorios suficientes para generar en el juzgador una convicción en orden a la posibilidad y verosimilitud de la existencia del hecho vulneratorio de derechos fundamentales. Por lo tanto se concluyó que no se constata la existencia de los presupuestos mínimos para asentar en el proceso el trato discriminatorio.

Una segunda situación que se presenta y que provoca la gran cantidad de los rechazos de las denuncias se refiere a la insuficiencia de indicios que den cuenta de la existencia de la vulneración alegada. Así, en causa RIT T-8-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, se estableció en el considerando décimo cuarto de la sentencia de fecha 15 de abril de 2011 que de **los antecedentes aportados resultan indicios suficientes** de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales. En efecto, a las declaraciones de los testigos, en cuanto por ellas pretende sustentar aquella situación, se les resta mérito probatorio por estimar que aquellos carecen de debida imparcialidad, y se le resta valor a las declaraciones del absolvente, en atención a que la desvinculación de la actora se produjo durante la administración del anterior director.

En la misma línea, el Juzgado del Trabajo de Temuco, en causa RIT T-46-2010, advierte que considera que la parte demandante **no ha superado el estándar probatorio que la citada norma requiere, pues no ha aportado pruebas** que permitan estimar que concurren siquiera indicios que permitan conducir a la conclusión de que se han vulnerado derechos fundamentales del

actor o que se ha incurrido en actos discriminatorios en su contra al producirse el término de su contrato, concluyendo el rechazo de la denuncia.

Lo mismo ocurre con las causas RIT T-1-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt y RIT T-2-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco y RIT T-412-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. En la primera, en el considerando décimo sexto, se señala que analizando los medios de prueba aportados por la denunciante conforme a las normas de la sana crítica, no se **desprenden de éstos indicios del acto de discriminación denunciado, atendiendo su insuficiente valor probatorio.** La demandada supone que se puso término a la relación laboral por un tema político, porque hizo campaña política para Eduardo Frei y es militante del Partido Socialista, sin haber aportado ninguna de ellas antecedentes concretos, precisos y relevantes, que permitan dar por establecidos hechos que generen indicios de la existencia de la discriminación laboral invocada por la actora. En el segundo caso, en el considerando décimo segundo, el actor apela que existe discriminación al no serle pagado el bono de producción del 10%. Pero, a partir de las pruebas entregadas por el señor Edwin Espinoza, no es posible desprender que éstas correspondan al pago del porcentaje de 10% que alega el actor. La tercera causa establece que los presupuestos mínimos para asentar el proceso de trato discriminatorio, en los términos que prohíbe el artículo 2° del Código del Trabajo, **no han sido allegados ni en el relato ni en la prueba que se ha pretendido apta para tal efecto.**

A partir del análisis de las sentencias, se puede establecer que existe un grupo de demandas que se rechazan generalmente porque se considera que no hay indicios suficientes de la existencia de la vulneración alegada. En tal sentido, el alivianamiento probatorio no implica la inexistencia de prueba de la denunciante o darle valor a todas las afirmaciones contenidas en el libelo pretensor.

Otra situación que se presenta es que efectuado el juicio de proporcionalidad, se desprende que el despido se encuentra en el marco de las facultades del empleador y no se debe a una decisión poco razonable o antojadiza, no siendo por lo tanto discriminatorio. Al respecto, en las causas RIT T-30-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena y RIT T-4-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, las demandas alegan vulneración de otros derechos y discriminación. Ambas son rechazadas por no estimarse que éstas realmente constituyan dichos actos y exponiendo que dichas peticiones más tienen que ver con otras causales de despido. En el primer caso, se alega hostigamiento constante para con aquellos trabajadores que mantuvieran anotaciones comerciales en registros como el Dicom, amenazando constantemente con despedir a los que no solucionaren estos problemas, lo que habría provocado un cuadro depresivo en el actor. Si bien el tribunal señala que la práctica es indebida, no resulta de la entidad suficiente como para estimar afectada ni la honra ni

la integridad psíquica del trabajador, y por ello la denuncia es rechazada, haciéndose presente que **la alegación de discriminación más bien tiene que ver con las causales del despido y si éstas están acreditadas o no**. El segundo caso, en el considerando noveno se aclara que un despido es discriminatorio toda vez que efectúa una distinción arbitraria entre personas que se encuentran casadas y quienes se encuentran separadas. No obstante, como se vio anteriormente y por las razones dadas, la actividad probatoria del demandante no ha revelado que la universidad haya despedido al trabajador en consideración a la relación sentimental que éste mantenía estando casado válidamente con otra persona. Por tanto, aunque el despido tampoco se ajuste a la causal invocada, no se transforma por ese solo hecho en una decisión discriminatoria, al no resultar demostrada la distinción arbitraria que la sustenta.

Si bien en la mayoría de las sentencias revisadas fue rechazada la demanda por las razones anteriormente expuestas, dentro de la búsqueda se presentaron interesantes casos de acogimiento por constatar la existencia de discriminación laboral por raza, sindicalización, sexo, edad, incluso en contra del Fisco.

En la exploración realizada se detectó una demanda por discriminación por motivos de raza, que fue acogida. Corresponde a la causa RIT-403-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la que la señorita Catalina Lepileo, de origen mapuche, habría acusado de recibir por parte del señor Haase –su empleador– un trato despectivo hacia su persona, haciendo referencias en tono insultante a su origen étnico. En reuniones con el personal realizó comentarios como ¿esta mapuche? o ¿esta indígena? El tribunal consideró que la señorita Lepileo se vio afectada por los insultos y la discriminación ejercida en su contra durante el período que duró su relación laboral, la que ya se encuentra concluida el 31 de diciembre de 2010, en consecuencia, se estableció **a su favor una medida de reparación** pecuniaria por parte de la empresa por tal infracción.

Otro interesante caso de discriminación laboral se refiere a una fundada en el culto a la religión musulmana. Se inicia por denuncia de la Inspección del Trabajo de Santiago como sujeto activo por la vulneración de derechos fundamentales ocurrida durante la vigencia de la relación laboral a una trabajadora de call center en la empresa TP Chile, conforme a la acción de tutela genérica en la hipótesis del artículo 486 del Código del Trabajo. Se argumenta la existencia de una conducta pluriofensiva debido a tratos hostiles de sus superiores en razón de su religión, siendo transgredido su derecho a la integridad psíquica –artículo 19 N°1–, respeto y protección a la honra –artículo 19 N° 4, ambos de la Constitución Política de la República– y el derecho a la no discriminación. Las manifestaciones de esta vulneración se manifiestan a través de burlas e insultos de grueso calibre con referencia expresa a la religión de la trabajadora, tales como "perra musulmana" y la prohibición del uso del idioma árabe y en general

un trato diferenciado en relación con el resto de los compañeros de trabajo en cuanto al lugar en donde desarrolla sus funciones, descansos y otros. Estos hechos habrían provocado en la afectada un cuadro de trastorno depresivo mayor. Las vulneraciones ocurren por las acciones ejercidas por los superiores, como por las omisiones efectuadas, en cuanto a que la empresa, encontrándose al tanto de la situación, toma una actitud pasiva sin dar cumplimiento al deber de protección que le encomendó el legislador. Por su parte, la demandada al contestar se limita a negar los hechos que se imputan, llegando a señalar incluso que desconoce la religión de la trabajadora. Atendida la estrategia de defensa que asume, no justifica su actuar, ni explica la razonabilidad ni la necesidad del trato denunciado. Finalmente se acoge la demanda y se ordena el cese de la conducta, que se adopten medidas reparativas y de no repetición, aplica multas y una indemnización por daño moral. Para llegar a esta decisión utiliza el alivianamiento de la carga probatoria que el procedimiento de tutela permite, teniendo por acreditados hechos que constituyen indicios suficientes de un trato diferente a la trabajadora fundado específicamente en su religión poco común, sin que el empleador haya explicado los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, limitándose a negar los hechos. La **norma decisoria** se encuentra en el considerando décimo séptimo al señalar que la conducta del empleador, consistente en otorgar un tratamiento diferente y arbitrario a un trabajador fundado en la religión que éste profesa, es un hecho prohibido en la legislación nacional, con lo que se tiene como infringido el artículo 2° del Código del Trabajo y, consecuentemente, la restantes normas invocadas.

En este caso, la discriminación constatada por sí sola permite la decisión del caso, por la ilegalidad, evidencia y magnitud de la conducta desplegada, pero además el hostigamiento con este fundamento ilícito discriminatorio implica también una afectación a las dos garantías constitucionales alegadas como conculcadas: artículo 19 N°s 1 y 4 de la Carta Fundamental. Resulta interesante la circunstancia que el fallo no agota el análisis en la existencia del acto discriminatorio, ilegal a la luz del Código Laboral, argumento que podría haber bastado por sí solo para acoger la acción, sino que decide dejar sentada la existencia de ataques hostiles que con una motivación discriminatoria menoscaban la dignidad e integridad de la trabajadora.

Como ya se mencionó en el apartado anterior, uno de los rasgos discriminatorios más denunciados en los tribunales laborales de justicia se refiere a la sindicalización dentro de la empresa. En sentencia dictada en causa RIT T-338-2010 del Segundo Juzgado de Letras de Santiago, siéndole exigida la prueba de indicios, la demandante acreditó que, a lo menos por 8 años y siendo el actor Consejero de la CUT, el Servicio de Salud demandado aceptó que el trabajador estuviera a tiempo completo en la Central Sindical, asumiendo dicho costo, de manera que no efectuó ningún descuento por esos ítems, recibiendo el trabajador su remuneración íntegra como si hubiese trabajado. Que luego, desde el mes de

agosto de 2010, desconoció este beneficio respecto del actor y no se le pagaron las remuneraciones, por lo que el caso fue acogido.

Otros casos que también fueron acogidos por los tribunales en cuanto a materia de sindicalización fueron las causas RIT T-95-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo y RIT T-66-2010 del Primer Juzgado de Letras de Santiago. En el primer caso, se expone que la empresa Outsourcing Desarrollo de Sistemas S.A. toma la decisión económica de dejar de prestar servicios para Entel Call Center S.A. traspasando a sus trabajadores a las nuevas empresas que proveerán dicho servicio, excluyendo del traspaso sólo a tres trabajadoras, una de ellas la demandante. Las tres trabajadoras excluidas tienen la cualidad común de ser dirigentes sindicales. Se evidencia entonces que se aplicó una medida discriminatoria respecto de las trabajadoras fundada en su actividad sindical, ya que la empresa no expuso en su defensa la existencia de otras razones o motivos que determinaran su decisión. Se sostuvo que, "este acto discriminatorio claramente infringe en forma grave lo dispuesto en el artículo 2º del Código del Trabajo ya citado, al afectar solamente a las dirigentes sindicales"<sup>28</sup>.

En la segunda causa citada se señala que es posible concluir que el despido del demandante se ha sustentado en un acto de discriminación, por motivos de sindicación, al ser desvinculado de la empresa luego de expirado su fuero sindical. Si bien el demandante tenía una actitud de constante desafío hacia la autoridad y sus medidas, dichas actitudes no son motivo para el cese de los servicios del mismo en atención a que nuestro sistema de relaciones laborales contempla, por un lado, el despido causado, sobre la base de las disposiciones de los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, como además, y en lo que a la presente acción atañe, el sentenciador afirma que "la prohibición de todo acto de discriminación, esto es, la generación de diferencias en el trato u oportunidades que no se funde en motivos de calificación profesional, contemplándose expresamente, como causa no admitida, la sindicación del trabajador"<sup>29</sup>.

Por otra parte, dentro de los casos en análisis, la discriminación es alegada conjuntamente con la afectación de otras garantías, tratándose de conductas pluriofensivas. Así, se estima vulnerada la dignidad y honra a través de actos que evidencian una conducta discriminatoria además.

Usualmente se invoca la lesión a la garantía de indemnidad a través del mismo acto discriminatorio, por ejemplo un despido discriminatorio seguido de una denuncia.

<sup>28</sup> RIT T-95-2010 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo.

<sup>29</sup> RIT T-66-2010 Primer Juzgado de Letras de Santiago.

Ante la presencia de despido discriminatorio y la existencia de represalias, por las características objetivas y la factibilidad en la constatación de la lesión del derecho suelen acogerse las demandas por la afectación de la garantía de indemnidad y no se pronuncian sobre la discriminación. En un interesante fallo del Segundo Juzgado de Santiago, en la causa RIT 334-2010 de fecha 31 de enero de 2011 se estimó que en cuanto a las otras garantías alegadas por la actora, como la discriminación, configurándola en que el despido del actor es una represalia por su participación en la huelga y se ve subsumida al invocar la actora la garantía de la indemnidad".

En el apartado precedente se señaló que desde el año 2010 las demandas de funcionarios públicos contra el Estado se multiplicaron exponencialmente. Si bien en su mayoría fueron desestimadas, pues se estimó que el término de una contrata del Estado es una forma administrativa de poner término, en la causa RIT T-336-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentenciada por Álvaro Flores en contra del Fisco, fue acogida la tutela por discriminación. El magistrado señala que "no hay antecedentes fácticos suficientes para excluir a los demandantes de la vinculación de derecho público que fluye de su relación formal con la Administración, por lo que el amparo constitucional consagrado en los artículos 485 del Código del Trabajo se aplica en el caso, reconociéndose la vinculación pública que unió a los funcionarios con la Administración por la competencia residual del inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo"<sup>30</sup>. Sin embargo, esta sentencia fue anulada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Recientemente, con fecha cinco de octubre de dos mil once, en Recurso Rol 1972/2011, la Corte Suprema se pronunció expresando en el motivo octavo que "debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratas en una Intendencia Regional en sus respectivos cargos".

En cuanto a la discriminación laboral en contra de la mujer, la causa más representativa en que se acoge la demanda es la RIT T-220-2010 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. En esta se señala que la demandante fue reasignada a otras funciones luego que vuelve del posnatal. Dados los hechos probatorios, se puede concluir que la **afectación de los derechos constitucionales a la integridad psíquica y honra de la demandante** por parte de su empleadora **no cuenta con justificación alguna, por lo que deviene en arbitraria**, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo. Al carecer, en consecuencia, de una

<sup>30</sup> RIT T-336-2010 Primer Juzgado Letras del Trabajo de Santiago.

justificación que escape al mero capricho, se alza la idea de haberse fundado la conducta de la empresa, exclusivamente, en un afán de **hostigar a la trabajadora dada la imposibilidad de ser despedida por encontrarse amparada por fuero maternal.**

En ese sentido, la sentenciadora señala que "se trata de una exclusión de la trabajadora de la estructura física y operativa de la empresa basada en su sexo y consecuente maternidad, y, por lo mismo, se trata de un acto discriminatorio, proscrito por el inciso tercero del artículo 2° del Código del Trabajo. En consecuencia, la conducta de la empresa de modificar las funciones de la demandante rebajando su estatus organizativo y no otorgándole un puesto de trabajo, constituye una lesión a la garantía constitucional de la demandante de integridad psíquica, contenida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y al respeto y protección de su honra, consagrada en el N° 4 del mismo artículo, protegidas en el ámbito laboral a través del procedimiento incoado, además de ser un acto discriminatorio en razón de sexo, por lo que la acción deberá ser acogida"<sup>31</sup>.

Otro caso importante en cuanto a discriminación laboral en contra de la mujer, es la causa RIT T-320-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo<sup>32</sup>. En el considerando séptimo, el Tribunal estima que del conjunto de declaraciones y demás probanzas previamente referidas, se permite establecer la existencia de indicios, en los términos del artículo 493 del Código del Trabajo, en relación a que los cambios de grupo o centro de costo de la actora han sido una respuesta o derechamente una represalia ante sus reiteradas licencias médicas. El empleador, no conforme con el desempeño de su trabajadora, opta por excluirla en vez de despedirla e indemnizarla por ello. El magistrado señala: "puesto que es del todo razonable y justificado que una trabajadora que se ve sometida a tal actuar por parte de su empleador, de modo que la actora acudió a la única herramienta útil para poner término a tales abusos, cual era la prevista en el artículo 171 del Código del Trabajo, despido indirecto cuyas hipótesis fáctica y legal invocadas se encuentran suficientemente fundadas, lo mismo que la vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, que contextualiza y es el antecedente o causa inmediata de tal autodespido".

Por otra parte, en cuanto a discriminación por edad, en la causa RIT T-16-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, la demandante alega que ha recibido presiones por parte de su empleador para optar a un beneficio de indemnización por años de servicio a causa de su edad. Por dicho beneficio, tendría derecho incluso a beneficios que legalmente no se contemplan por la renuncia de un

<sup>31</sup> RIT T-220-2010 Primer Juzgado de Letras del Trabajo.

<sup>32</sup> RIT T-320-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo.

trabajador. El tribunal estima que la medida es ilegítima y sin justificación razonable, pues la empresa no puede presionar a la denunciante para que haga efectivo aquel beneficio, pues no se puede intervenir en la autonomía individual del trabajador, quien es libre para optar entre hacer efectivo los beneficios que la ley le otorga y optar a ese derecho o no<sup>33</sup>.

Otras dos causas que se han acogido por discriminación laboral en razón de la edad son las causas RIT T-2 y 3-2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena. La primera causa está referida a que se desvinculó una ejecutiva de ventas por tener 50 años de edad. El magistrado considera que la medida constituye una desigualdad de trato en el empleo y por ende una discriminación, ya que el trabajo desarrollado por la demandante es un trabajo que perfectamente puede ser desarrollado por personas de 50 años o más, ya que no hay ninguna imposibilidad de carácter físico o intelectual que impida a estas personas, entre ellas la demandante, realizar la labor de ejecutiva de ventas, para lo cual fueron contratadas".

En el mismo tribunal se presentó la causa RIT T-3-2010, en donde se denuncia a la misma empresa por haber puesto término a la relación laboral de otra ejecutiva de ventas por tener más de 50 años. La sentencia en el considerando sexto señala "así las cosas, a esta sentenciadora le bastan estas dos declaraciones para formarse la convicción de que efectivamente la actora fue despedida por razones de edad, vulnerando la garantía contemplada en el artículo 2° del Código del Trabajo, circunstancia que evidentemente trasgrede la prohibición de discriminación que se contempla en el artículo 2° del Código del Trabajo, estando dicha garantía amparada por el procedimiento que regulan los artículos 485 y siguientes del citado cuerpo legal"<sup>34</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El derecho laboral tiene un elemento distintivo que lo diferencia de las relaciones típicas del derecho privado, a saber, la subordinación o dependencia por parte del trabajador en la relación con su empleador, lo que le da un poder admitido. Según Ugarte, dicha "subordinación quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, y lo acerca a la relación de jerarquía entre supraordenado y subordinado, propia del derecho público, generándose un escenario óptimo para potenciales ataques y menoscabos de los derechos fundamentales de quien se encuentra en una posición de inferioridad jurídica. De ahí la necesidad prioritaria, más que cualquier otra relación jurídica entre privados, tanto del reconocimiento,

<sup>33</sup> RIT T-16-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de Talca.

<sup>34</sup> RIT T-3-2010 Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena.

por una parte, como de la tutela efectiva de los derechos fundamentales de la relación laboral"<sup>35</sup>. Dentro de la protección de los derechos fundamentales, la discriminación laboral es visualizada como el más sensible y relevante de los derechos inespecíficos del trabajador.

Con esta premisa han sido analizados 300 casos presentados en los Tribunales del Trabajo del país desde el inicio de la Reforma, en que se invoca la existencia de actos discriminatorios, luego de lo cual es dable concluir lo siguiente:

Con respecto a la conceptualización que los tribunales han hecho del concepto de discriminación laboral, se puede concluir –a partir de las evidencias– que éste se ha ido desarrollando y construyendo a partir de la normativa. Se sostiene entonces que los magistrados de los tribunales laborales han hecho un esfuerzo por reflexionar y desarrollar el concepto atendiéndose a los requerimientos particulares de las demandas. El concepto legal del artículo 2° del Código del Trabajo no ha sido óbice para su extensión a situaciones no contempladas expresamente en la norma y que se refieran a cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, ya que debe ser interpretado a la luz del derecho constitucional de igualdad en relación al inciso tercero del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, que consagra la única motivación para establecer diferencias de trato en el ámbito laboral. En las sentencias nacionales se establece un concepto amplio de discriminación, acudiendo para ello a las fuentes nacionales e internacionales estableciendo la naturaleza de derecho fundamental de la igualdad.

Llama la atención que en la gran mayoría de los casos, conjuntamente con la existencia de discriminación, se invoca la lesión de otros derechos fundamentales, generalmente derecho a la integridad psíquica –19 N° 1 de la Constitución Política de la Republica– y vulneración a la honra y dignidad de la persona –19 N° 4 de la Carta Fundamental. Es decir, se trata de actos pluriofensivos de garantías constitucionales. En estas situaciones con una motivación discriminatoria se realizan actos que vulneran otras garantías.

También se presenta conjuntamente con la vulneración de la garantía de indemnidad, aunque en estos casos, queda claro del relato que es precisamente esta última la garantía conculcada, es decir, la discriminación se produciría porque un trabajador denuncia y otro no lo hace. En este caso se subsume la discriminación en esta última o derechamente el pronunciamiento es estimar la existencia de vulneración únicamente respecto de la garantía de indemnidad.

En general de los casos en estudio no son muchos los acogidos. Tal situación se explica por distintos motivos. En primer lugar, los tribunales laborales han

<sup>35</sup> Ugarte (1994); p. 78.

determinado que en la mayoría de los casos no existen **indicios suficientes de la vulneración esencial que se invoca**. Si bien para la alegación de los casos de tutela existe un alivianamiento probatorio, la víctima o denunciante debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva aprovechándose de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo, correspondiendo al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables<sup>36</sup>. En los casos de estudio, la deficiencia probatoria ha llevado a que la mayoría de las demandas sean desestimadas, como ocurre en los casos RIT T-46-2010 del Juzgado del Trabajo de Temuco, en que la sentencia advierte que considera que la parte demandante **no ha superado el estándar probatorio**, o lo ocurrido en las causas RIT T-1-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt y RIT T-2-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco y RIT T-412-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en las que se sostiene que a partir de las evidencias no se **desprenden indicios del acto de discriminación, atendiendo su insuficiente valor probatorio**.

Por otra parte, el rechazo de las demandas tiene que ver con que muchas de éstas están mal formuladas y por lo tanto no cumplen con requisitos del procedimiento de tutela, quedando la sensación de que se entiende por los demandantes que únicamente el no expresar suficientemente los hechos del despido por parte del empleador lo convierte inmediatamente en discriminatorio, lo que no es efectivo.

Sin embargo, en los casos en que la evidencia probatoria ha sido consistente y suficiente, los tribunales han acogido las demandas por discriminación.

Por otra parte, se puede señalar que los resultados del análisis arrojan que los motivos más invocados como razones de discriminación son la sindicación, opinión política de funcionarios públicos, sexo femenino, edad, raza, religión y nacionalidad. Es decir, que el modelo del artículo 2° del Código del Trabajo, que considera la existencia de una lista de criterios considerados como sospechosos (sexo, nacionalidad, edad, raza, etc.), coincide en general con los rasgos discriminatorios denunciados en los tribunales. Si bien existe un debate con respecto a la restricciones que impone este artículo con respecto a que deja fuera, en un principio, a otros criterios, como son la tendencia sexual, el VIH o el consumo de drogas, se puede sostener que tiene que ser interpretada extensivamente.

Con estas sentencias, es posible advertir que las discriminaciones arbitrarias se pueden presentar durante todo el iter contractual, existiendo posibilidad de protección por la vía del Procedimiento de Tutela, en la regulación nacional en todas las fases, excepto en la precontractual.

<sup>36</sup> Ugarte, op.cit, p. 89.

En todos los fallos en estudio ha sido trascendental la aplicación de la prueba indiciaria, siendo especialmente clave este tipo de prueba en la discriminación indirecta precisamente por la naturaleza de la discriminación formalmente lícita. No obstante que no se ha resuelto una discriminación indirecta, sin perjuicio que en un caso se describió erradamente como tal.

También es común la necesidad de explicar la proporcionalidad y racionalidad de las medidas adoptadas a fin de efectuar la debida ponderación. No basta negar todos los hechos, o dar por sentada la racionalidad de la medida en base a conceptos indeterminados. Se reconoce la colisión de derechos e intereses en juego que debe resolverse de la forma que más sea consistente con una protección efectiva de los derechos fundamentales; aparecen interesantes ejercicios de ponderación en las sentencias, ejercicio primordial en sociedades democráticas modernas, y que merecen el más alto respeto por parte de la ciudadanía y del Estado en sí, siendo perentoria necesidad de llevar a cabo un correcto examen de proporcionalidad de las diversas decisiones y medidas que son adoptadas por el empleador.

## VI. Bibliografía

Bobbio Norberto, *Igualdad y libertad*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993

Carmona Karla y Véliz Hugo, *Discriminación Laboral: aspectos doctrinarios y situación en Chile*, Seminario de título para optar al título de Ingeniero Comercial, Mención Administración, Santiago de Chile, Centro de Estudios Miguel Henríquez, 2005.

Fernández Miguel Ángel, "Constitucionalidad de las acciones positivas", en *Gaceta Jurídica*, N° 2001 (1997); pp. 9-20.

Gamonal Sergio, *El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral*, Artículo publicado en los cuadernos jurídicos de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 18, 2003.

Gamonal Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2009.

Ministerio de Justicia, *Guía práctica de la nueva justicia laboral*. Santiago de Chile, S/E, 2009.

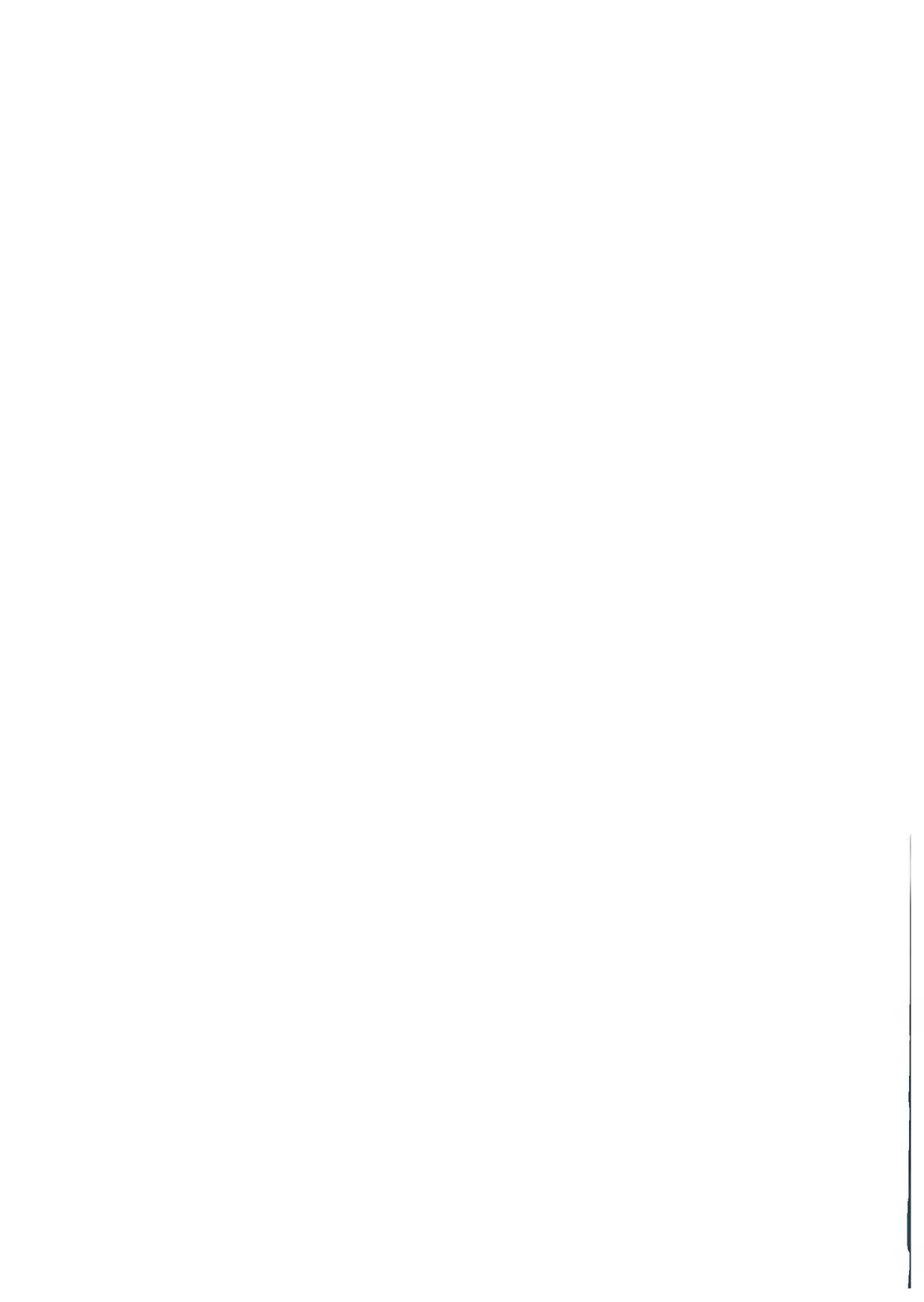
Sen Amartya, *Inequality reexamined*. Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1992.

Tomei Manuela, "Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo", en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol 122 N° 4, 2003.

Ugarte, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1994.

Ugarte, José Luis, *Tutela de derechos fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2009.

Zúñiga Francisco, *Derechos humanos e igualdad: el principio de discriminación compensatoria*. EDEVA, 1995.



# La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales

**Carlos Hecker Padilla**

Abogado  
Universidad de Concepción  
Magíster en Derecho Económico Internacional y Doctor (c)  
Université de Bourgogne, Dijon, Francia  
Profesor (ATER)  
Facultad de Derecho  
Université de Bourgogne

**Resumen:** La discriminación, que podríamos definir como el hecho de otorgar a diversas personas un trato distinto en virtud de cánones arbitrarios, es en el derecho de las inversiones internacionales, como en toda rama del derecho, un flagelo al que, por diversas vías, se le ha intentado poner fin. Ciertos principios del derecho internacional se han ido incorporando o adaptando hasta adquirir una identidad propia, con la finalidad de otorgar al inversionista extranjero tranquilidad en el goce de su propiedad y expectativas legítimas

\*\*\*

## Introducción

Los inicios de la protección contra la discriminación se remontan, en nuestra materia, a mediados del siglo XX, donde el conflicto Norte-Sur entre países desarrollados y en vías de desarrollo, así como los gobiernos populistas de estos últimos durante los años 70, llevaron a los inversionistas a buscar la protección de que carecían<sup>1</sup>, en foros internacionales

Los mecanismos utilizados para luchar contra la discriminación en el derecho moderno de las inversiones en materia internacional han ido evolucionando paulatinamente; ello nos permite constatar que el fenómeno se desarrolló en dos tiempos: Primero, en virtud de la aplicación en forma casi exclusiva de los principios generales del derecho internacional, y luego, en virtud de la aplicación simultánea de dichos principios y de las disposiciones

<sup>1</sup> La llamada "protección diplomática" de los Estados para con sus nacionales, así como el recurso al uso de la fuerza entre Estados se encontraban ya en desuso.

convencionales que fueron especialmente creadas para esta nueva rama del derecho<sup>2</sup>.

Puesto que hoy en día los principios del derecho internacional que rigen esta materia se encuentran casi siempre insertos en cláusulas de origen convencional, un análisis separado entre ellos no parece ser de mayor interés. Es por ello que nos limitaremos en forma exclusiva al estudio de aquellos principios que operan en forma transversal, siendo los más importantes el trato justo y equitativo, el trato nacional y el trato de la nación más favorecida.

## I. El trato justo y equitativo

Este primer principio posee un carácter que podríamos llamar "absoluto", vale decir, se trata de una regla que "define el trato que debe darse [al inversionista extranjero] en términos tales que su sentido debe determinarse en función de un contexto específico de aplicación; a diferencia de las reglas "relativas" que definen el trato [reservado a un inversionista] en relación al trato otorgado a otros inversionistas"<sup>3</sup>.

De este modo, siguiendo un criterio clásico, comenzaremos analizando el origen del estándar de trato justo y equitativo, para luego estudiar su contenido.

### A. El origen del principio

El estándar de trato justo y equitativo es el resultado de una larga y difícil evolución compuesta por tres etapas. La primera, que podríamos denominar como *etapa del nacimiento del principio*, se caracteriza por tímidas apariciones del mismo en algunos proyectos de convenciones internacionales que nunca fueron ratificadas. Durante la segunda etapa, este principio es adoptado por los distintos Estados soberanos, pero en un marco más bien restringido, el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones (TBI). Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por el reconocimiento de este principio en los instrumentos multilaterales modernos.

#### 1. Primera etapa: El nacimiento del estándar de trato justo y equitativo

La primera vez que este principio apareció en derecho internacional fue con ocasión de la Carta de la Habana de 1948<sup>4</sup>. En efecto, según el artículo 11(2.a),

<sup>2</sup> D. CARREAU & P. JUILLARD, *Droit International Economique*, Dalloz, 3era ed., París, 2007, pp. 458 y ss.

<sup>3</sup> OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international N° 2004/3, septiembre de 2004, p. 2.

<sup>4</sup> Esta Carta crea la Organización Internacional de Comercio (OIC). Este documento jamás fue ratificado por el Congreso de Estados Unidos y fue, por consiguiente, abandonado; luego fue reemplazado por la Organización Mundial de Comercio (OMC).

la OIC podría recomendar y favorecer la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a aquellas medidas destinadas a "asegurar un trato justo y equitativo a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes y a la tecnología llevados de un país miembro a otro".

En el mismo sentido se pronunciaba el Convenio Económico de Bogotá, también de 1948<sup>5</sup>, pues según su artículo 22 inciso 2° "[l]os capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado".

Posteriormente, en 1967 y en el seno de la OCDE, el Proyecto de convenio sobre la protección de los bienes extranjeros acoge nuevamente este principio, disponiendo en su artículo 1 que "[c]ada una de las Partes se obliga a asegurar en todo momento un trato justo y equitativo a los bienes de los nacionales de las otras Partes [contratantes]".

Todos estos textos poseen algo en común: Ninguno de ellos adquirió fuerza legal al no haber sido ratificados por los distintos Estados; éstos prefirieron en ese entonces tratar el tema en un marco más restringido, el de los TBI.

## ***2. Segunda etapa: Adopción del principio de trato justo y equitativo en los TBI***

Fue finalmente a nivel de negociaciones bilaterales que el estándar de trato justo y equitativo fue adoptado. Sobre este punto, no se debe menospreciar la importancia que tuvo la aparición de los TBI, los que a pesar de las desconfianzas Norte-Sur y de la "doctrina Calvo"<sup>6</sup>, permitieron que hoy en día casi todas las inversiones internacionales se encuentren protegidas en virtud de este principio<sup>7</sup>.

Para ilustrar nuestra afirmación anterior, podemos citar el TBI celebrado por Canadá y Argentina en 1993, el cual en su artículo II(4) dispone que "Las inversiones o ganancias de inversores de una Parte Contratante recibirán en toda

<sup>5</sup> Tal como pasó con la Carta de la Habana, este acuerdo nunca entró en vigor. v. OCDE, cit. supra. N° 3, pp. 4 y ss.

<sup>6</sup> La doctrina Calvo es reticente a la jurisdicción de los tribunales arbitrales; de este modo, las personas que vivan en el extranjero deben someter toda discusión a la competencia de las jurisdicciones nacionales, evitando al mismo tiempo recurrir a cualquier tipo de presión diplomática o intervención militar por parte de sus Estados de origen.

<sup>7</sup> Decimos "casi", pues incluso hoy existen ciertos TBI que no hacen referencia alguna al trato justo y equitativo. Se trata en general de TBI celebrados por ciertos países de Asia, como Paquistán, Arabia Saudita o Singapur. Al respecto v. *CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, UN, Nueva York, 1998, p. 54.

ocasión un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios del derecho internacional y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante".

La misma idea se desprende del artículo 3 del TBI celebrado entre Francia y Filipinas en 1994, según el cual "[c]ada una de las Partes contratantes se obliga a otorgar sobre su territorio un trato justo y equitativo, conforme a los principios del derecho internacional, a las inversiones de nacionales y sociedades de la otra Parte, y a asegurar que el ejercicio de dicho derecho no se vea obstaculizado"<sup>8</sup>.

Posteriormente, y en el mismo sentido, el artículo 4.1 del TBI celebrado entre Chile y Australia en 1999 dispone que "[c]ada Parte Contratante brindará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio así como a las actividades relacionadas con inversiones y garantizará que no se obstaculice el ejercicio del derecho así reconocido".

El modelo norteamericano de TBI de 2004 no es la excepción y establece la obligación para los Estados contratantes de brindar un trato justo y equitativo a los nacionales de la otra parte. Así, por ejemplo, el artículo 5.1 del TBI celebrado entre Estados Unidos y Uruguay en 2005 señala que "[e]ach Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security".

Sin embargo, y tal como lo dijimos, no es sólo en el marco de las negociaciones bilaterales que el principio en estudio se ha desarrollado; aun cuando su aparición es bastante tímida y esporádica, ha sido también recogido en ciertos instrumentos multilaterales.

### ***3. Tercera etapa: El trato justo y equitativo en los instrumentos multilaterales***

Aun cuando su aparición ha sido bastante tímida, numerosos son los textos multilaterales que recogen la obligación de los Estados de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión extranjera. Se trata tanto de textos de carácter mundial como regional.

a) El trato justo y equitativo en los textos internacionales de carácter mundial

<sup>8</sup> Art. 3: "Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer sur son territoire un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit pas entravé".

Algunos textos que recogen este principio, son los siguientes: el artículo 48 del Proyecto de Código de conducta de las sociedades transnacionales de 1986 dispone que "[l]as sociedades transnacionales deben recibir un trato [justo y] equitativo [y no discriminatorio] [...] conforme a las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de los países en los cuales desarrollan su actividad [...]".<sup>9</sup>

En el mismo sentido, el artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía de Lisboa de 1995 solicita a cada Estado crear las condiciones necesarias para un trato leal y equitativo de las inversiones<sup>10</sup>.

Asimismo, el artículo IV.1, relativo al "trato general", del proyecto sobre el Acuerdo Multilateral sobre inversiones (AMI) de la OCDE de 1998, dispone que "Each Contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of another Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security. In no case shall a Contracting Party accord treatment less favorable than that required by international law"<sup>11</sup>.

b) El trato justo y equitativo en los textos internacionales de carácter regional

Referencias expresas al principio de trato justo y equitativo pueden también encontrarse hoy en día en numerosos textos regionales. Uno de ellos es el TLCAN, cuyo artículo 1105(1) dispone que "[c]ada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas".

Por su parte, el artículo 3.1 del Protocolo de Colonia sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR, siguiendo la misma línea de ideas dispone que "[c]ada Parte Contratante asegurará en todo momento

<sup>9</sup> Art. 48 : "Les sociétés transnationales devraient recevoir un traitement [juste et] équitable [et non discriminatoire] [...] conformément aux lois, règlements, et pratiques administratives des pays dans lesquels elles mènent leurs activités [...]"; Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Current Studies Series A (New York, 1986) UN Doc. ST/CTC/SER.A/4, Annex 1, en OCDE cit. supra. n° 2, pp. 4 y ss.

<sup>10</sup> Art. 10.1 : "De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante".

<sup>11</sup> El AMI fue finalmente desechado debido a la gran reticencia mostrada por los países en vías de desarrollo.

un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias".

Finalmente, podemos citar el Tratado que crea el Mercado común de África Oriental y Austral (COMESA), cuyo artículo 159.1.a dispone que, con el fin de promover y facilitar el flujo de inversiones entre los países miembros, éstos deben brindar un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros<sup>12</sup>.

En virtud de los textos analizados, podemos constatar que hoy en día ya no se encuentra en discusión el principio según el cual toda inversión debe gozar de un trato justo y equitativo. Sin embargo, la redacción de dichos textos es poco feliz, y en poco nos ayuda para entender en qué consiste dicho trato. Por consiguiente, podemos legítimamente preguntarnos si se trata de un principio de derecho internacional general, de un concepto autónomo, o si debe ser el juez, en definitiva, quien establezca su sentido y alcance. Así las cosas, procederemos al análisis de su contenido.

## B. El contenido del principio

La expresión trato justo y equitativo, hay que decirlo, es imprecisa y no se basta a sí misma para poder identificar su contenido. El profesor Mulchinski considera en efecto que "el concepto de trato justo y equitativo no ha sido definido con precisión. Constituye un fundamento general que permite formular un argumento según el cual el inversionista extranjero no ha sido tratado correctamente, en virtud de medidas discriminatorias o inequitativas adoptadas en contra de sus intereses. Su contenido depende entonces de la interpretación de situaciones fácticas particulares. Se puede a lo sumo afirmar que reenvía al principio de la no discriminación y de la proporcionalidad en el trato reservado a los inversionistas extranjeros"<sup>13</sup>.

El trato justo y equitativo sería entonces un elemento más del estándar mínimo internacional relativo al trato de los extranjeros. Tal ha sido, por lo demás, la interpretación efectuada por el Departamento federal de asuntos exteriores suizo, en una declaración efectuada en 1979, según la cual, en virtud de este principio, "se hace referencia al principio clásico del derecho de gentes, según el cual los Estados deben brindar a los extranjeros que se encuentran en su territorio, así como a sus bienes, el beneficio del "estándar mínimo" internacional, vale decir, otorgarles un mínimo de derechos personales, procesales y económicos"<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Art. 159.1.a: "In order to encourage and facilitate private investment flows into the Common the Market, Member States shall [...] accord fair and equitable treatment to private investors".

<sup>13</sup> P. MULCHINSKI, *Multinationa Enterprises and the Law*, Blackwell, Londres, 1995, p. 625.

<sup>14</sup> *Annuaire suisse de droit international*, 178 (1980), cit. R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, 1995, p. 59.

La misma idea puede encontrarse en los comentarios relativos al artículo 1 del Proyecto de convenio sobre la protección de los bienes extranjeros de la OCDE, en que se sostuvo que "la expresión "trato justo y equitativo", que figura habitualmente en los acuerdos bilaterales relativos a este tema, designa el régimen que cada Estado debe normalmente reservar, según el derecho internacional, a los bienes de los extranjeros. Salvo por motivos imperativos de seguridad, esta "norma" exige que la protección asegurada en virtud de la Convención sea aquella que generalmente brinda la Parte contratante a sus propios nacionales; pero puesto que ha sido fijada por el derecho internacional, esta "norma" puede sobrepasar el trato de los propios nacionales si el derecho nacional o las prácticas administrativas nacionales tienen un nivel inferior a aquel exigido por el derecho internacional. La norma exigida se encuentra conforme a la "norma mínima" del derecho internacional consuetudinario"<sup>15</sup>.

Ahora bien, nos parece importante destacar que en torno a la noción de estándar mínimo, no parece ser posible seguir aún la interpretación dada en los casos *Neer*<sup>16</sup>, *Hopkins*<sup>17</sup> o *Roberts*<sup>18</sup>, de principios del siglo XX, en virtud de la cual se permitía demandar al inversionista, exclusivamente respecto de atentados brutales y flagrantes a sus derechos. Luego de una larga evolución jurisprudencial<sup>19</sup>, fue el tribunal encargado de resolver el caso *Monved c. Estados Unidos* el que en un fallo, que por su audacia no puede sino ser calificado como magistral, señaló que el estándar mínimo era susceptible de evolucionar con la práctica de los Estados y que hoy en día una inversión podría ser tratada de forma injusta o inequitativa, aun cuando el Estado receptor de la inversión haya obrado de buena fe<sup>20</sup>.

Según los profesores Carreau y Juillard, el trato otorgado a un inversionista será en consecuencia justo si el Estado respeta sus obligaciones convencionales e internacionales, y será equitativo si asegura un equilibrio satisfactorio entre los intereses del inversionista, los del Estado receptor de la inversión y los del Estado de la nacionalidad del inversionista<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> OCDE, *Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution au projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, 1967, pp. 13-15.

<sup>16</sup> L.F.H. Neer & Pauline Neer c. México, Comisión Americano-Mexicana (General Claims Commission), sentencia de 15 de octubre 1926, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. IV, pp. 60-66.

<sup>17</sup> George Hopkins c. México, Comisión Americano-Mexicana (General Claims Commission), sentencia de 03 de junio 1927, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. IV, pp. 218-219.

<sup>18</sup> Harry Roberts c. México, Comisión Americano-Mexicana (General Claims Commission), sentence du 02 novembre 1926, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. IV, pp. 77-81.

<sup>19</sup> Sobre la evolución D. CARREAU & P. JUILLARD, op. cit. N° 1, pp. 462 y ss., en especial el análisis de los casos *Metalclad c. México*, *SD Myers c. Canadá*, *Pope & Talbot c. Canadá*, y *Monved c. Estados Unidos*.

<sup>20</sup> *Monved c. Estados Unidos*, Ciadi N° ARB(AF)/99/2 § 116.

<sup>21</sup> D. CARREAU & P. JUILLARD, op. cit. N° 2, pp. 463-464.

## II. El trato nacional

El principio del trato nacional implica para el Estado receptor de la inversión la obligación de tratar al inversionista y a la inversión extranjera que se encuentran en su territorio de una forma no menos favorable que aquella reservada a los inversionistas nacionales en situaciones equivalentes.

A diferencia del trato justo y equitativo, el trato nacional es un principio relativo; bastante antiguo, también encuentra su fundamento en el estándar de trato mínimo que deben recibir los bienes de los extranjeros. Sus orígenes se remontan a los usos comerciales de la Liga Hanseática<sup>22</sup> durante los siglos XII y XIII; debido a su importancia, ha sobrevivido hasta nuestros días para transformarse en uno de los principios más importantes en lo tocante a la protección del comercio y, posteriormente, de la inversión internacional<sup>23</sup>.

Ahora bien, el contenido de este principio no es tan claro como parece desprenderse de su definición. Como ya lo dijimos, se trata de un principio relativo, vale decir, que invita a realizar una comparación fundada en el trato dado a los inversionistas nacionales y extranjeros, y no sobre estándares, *a priori*, absolutos relativos al trato de las inversiones. Por consiguiente, la duda que surge y que intentaremos responder es ¿Cuándo el Estado cumple y cuándo infringe este principio?

La respuesta no es simple, pues todo Estado posee un poder soberano que impide someterlo a la obligación de respeto de cualquier principio, sin que ello signifique un atentado contra dicha soberanía. De este modo, no existe ninguna norma internacional (ni siquiera analizando la costumbre internacional) que imponga a un Estado receptor de inversión la obligación de dar a los inversionistas extranjeros un trato mejor o equivalente a aquel brindado a sus propios nacionales<sup>24</sup>.

Cuando un Estado decide aceptar el principio del trato nacional a favor de los inversionistas extranjeros, lo hace por medio de obligaciones unilaterales comprendidas en acuerdos internacionales, pero sin que ello permita considerarlas como generadas por los principios de derecho internacional<sup>25</sup>. Por otra

<sup>22</sup> La Liga Hanseática o Hansa fue una asociación de ciudades del norte de Europa (Londres, Brujas, Hamburgo, Lubeca, Danzig, Nóvgorod, etc) que tuvo un rol dominante en materia comercial y política durante aproximadamente tres siglos.

<sup>23</sup> UNCTAD, National Treatment, Unctad series on issues in international investment agreements (UNCTAD/ITE/IIT/11, vol. IV), Ginebra, 1999, pp. 6 y ss.

<sup>24</sup> D. CARREAU & P. JUILLARD, op. cit. N° 2, pp. 466 y ss.

<sup>25</sup> Una excepción a esta afirmación podría estar constituida por los acuerdos suscritos en el seno de la OCDE por sus Estados miembros, donde el trato nacional está poco a poco comenzado a adquirir valor de principio jurídico; específicamente un principio del derecho interregional, propio de los países de la OCDE; al respecto v. D. CARREAU & P. JUILLARD, *Ibid.*, p. 466.

parte, el hecho de brindar dicho trato nacional no quiere decir que el trato hacia los inversionistas extranjeros y nacionales sea exactamente el mismo, pues diversas situaciones fácticas pueden desequilibrar esta relación: seguridad nacional, producción o distribución de servicios considerados como esenciales (electricidad, gas, agua potable y alcantarillado), etc.<sup>26</sup>.

¿Qué categoría de inversionista nacional constituye entonces el criterio de comparación para determinar si se ha cumplido o no por el Estado el principio del trato nacional? Hoy por hoy no hay respuesta clara al respecto por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia internacional; sin embargo, a nuestro parecer, la cuestión no parece ser tan compleja, bastando para determinar dicho criterio excluir a todos los inversionistas nacionales que ejerzan su actividad en el seno de servicios esenciales para el Estado y todos aquellos que constituyan una emanación del mismo.

Lo anterior nos lleva entonces a preguntarnos ¿Cuándo el Estado receptor de la inversión podría vulnerar esta obligación? Nuevamente, la respuesta parece encontrarse en la noción de estándar mínimo<sup>27</sup>. En este sentido, y puesto que el derecho internacional no conoce la discriminación en perjuicio de los nacionales y a favor de los extranjeros, "el único caso en que el derecho internacional impone al Estado de tratar en mejores términos al inversionista extranjero que al nacional, es en el caso en que la norma nacional no satisfaga el estándar internacional".

Así las cosas, el Estado receptor de la inversión dará cumplimiento a este principio si trata al inversionista extranjero en los mismos términos que al inversionista nacional, salvo en el caso en que su legislación interna no satisfaga el estándar mínimo internacional; en este caso, para evitar sanciones, tendrá que brindar al primero un mejor trato<sup>28</sup> que al segundo.

### **III. El trato de la nación más favorecida (NPF)**

La cláusula de trato de la nación más favorecida es una disposición convencional por la cual un Estado acepta otorgar a un inversionista extranjero y a su inversión un trato no menos favorable que aquel otorgado a otros inversionistas extranjeros en virtud de acuerdos celebrados con terceros países<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> UNCTAD, op. cit. N° 23, p. 10.

<sup>27</sup> V. supra. nuestro análisis sobre el contenido del principio del trato justo y equitativo.

<sup>28</sup> Trato que debe al menos ser equivalente al estándar mínimo internacional.

<sup>29</sup> OCDE, *Le traitement de la nation plus favorisée dans le droit international des investissements*, documents de travail sur l'investissement international N° 2004/2, septiembre de 2004, pp. 1-2.

Se trata de una cláusula de no discriminación que tendría sus orígenes en los acuerdos comerciales del siglo XIII<sup>30</sup>, pero cuya utilización no se habría masificado hasta los primeros tratados de amistad, comercio y navegación (ACN), durante el siglo XVII<sup>31</sup>. Por ejemplo, según un ACN celebrado entre el Reino de Inglaterra<sup>32</sup> y Suecia en 1654, "los pueblos, sujetos y habitantes de ambos Estados dispondrán y gozarán en sus reinos, países, tierras y dominios respectivos, de derechos, relaciones, libertades e inmunidades tan vastas y amplias como aquellas de que goza y gozará todo otro extranjero"<sup>33</sup>.

Hoy en día, esta cláusula se encuentra inserta en la mayoría de los acuerdos económicos bilaterales (en especial en los TBI), e incluso en el marco multilateral, donde su importancia es evidentemente menor, puesto que una cláusula general de no discriminación parece, a nuestro juicio, más que suficiente. Ahora bien, ello no ha sido obstáculo para que muchas dificultades hayan comenzado a aparecer, en especial debido a la evolución paralela del derecho internacional público.

Así, con la creación de diversas zonas económicas, la aplicación de la cláusula NPF podría, según algunos, volverse imprecisa. Ello, pues uno podría legítimamente preguntarse si, incluida en un TBI celebrado por un Estado miembro de una zona económica, dicha cláusula podría brindar a un tercer Estado los mismos derechos y beneficios otorgados a los demás países de dicha zona económica.

La respuesta parece, *a priori*, negativa, debido al riesgo de dilución de las zonas económicas, sin embargo, ninguna norma ni principio del derecho internacional parece impedir el eventual uso de la analogía; por ello no debe descartarse de plano dicha posibilidad. En todo caso, para evitar cualquier interpretación que pudiese tener dicho efecto, los acuerdos bilaterales de este tipo contienen siempre reglas que permitan enmarcar y limitar de forma estricta la aplicación de la cláusula NPF.

Por ejemplo, el modelo alemán de TBI de 1998 dispone en su artículo 3 (3) y (4) que el trato NPF "no concierne los privilegios que uno u otro Estado contratante otorgue a inversionistas de terceros Estados en razón de su pertenencia o de su asociación a una unión aduanera o económica" y que "el trato acordado en los términos de este artículo no se encuentra ligado a los beneficios que uno u otro Estado contratante brinde a los inversionistas de terceros Estados en

<sup>30</sup> *Ibíd*, p. 2

<sup>31</sup> Anexo de la quincuagésima novena sesión de la Comisión de Derecho Internacional relativa a la cláusula de la nación más favorecida, 7 de mayo, 8 de junio, 9 de julio y 10 de agosto de 2007, A/CN.4/L.719, p.3.

<sup>32</sup> Según algunos autores, se trata más bien de un tratado celebrado entre el Reino de Gran Bretaña y Suecia. Según nuestro punto de vista se trata de un error, pues el acta de unión entre Inglaterra y Escocia tuvo lugar recién en 1701.

<sup>33</sup> Tratado de paz y de comercio entre Inglaterra y Suecia de 11 de abril de 1654, BSP, 1/69.

razón de un acuerdo destinado a evitar la doble tributación u otros acuerdos relativos a materias tributarias".

En el mismo sentido se ha redactado el modelo de TBI de Holanda, el cual en su artículo 3 dispone que "si una Parte contratante ha otorgado beneficios especiales a los nacionales de un tercer Estado en virtud de acuerdos aduaneros, económicos, monetarios o de otras instituciones similares [...], esta Parte contratante no se verá obligada a otorgar los mismos beneficios a los nacionales de la otra Parte contratante".

## Conclusiones

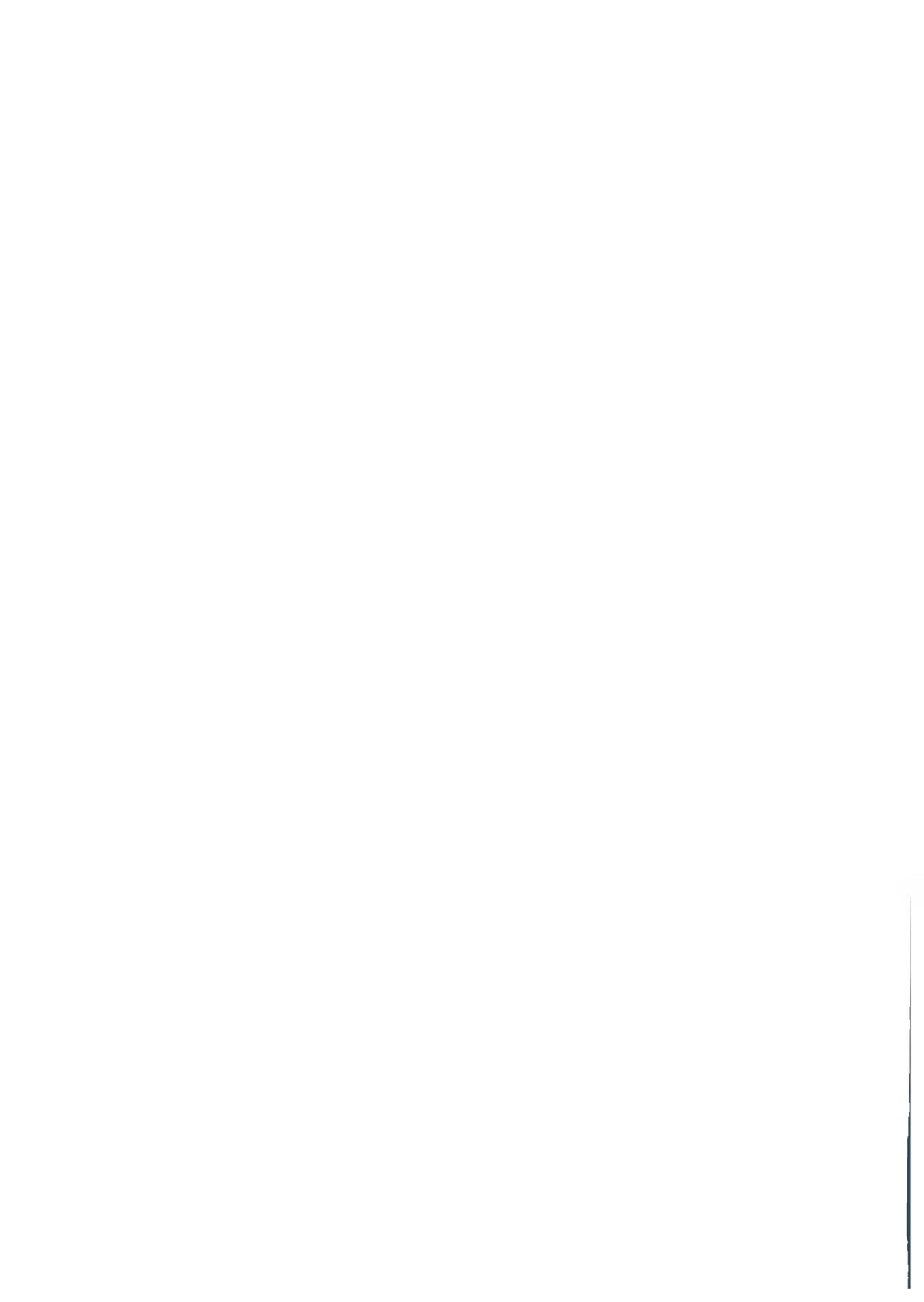
El derecho de las inversiones internacionales ha evolucionado rápidamente a lo largo de los años, especialmente desde fines del siglo XX, con el objeto de brindar una mayor y cada vez más fuerte protección al flujo de inversiones internacionales. Entre dichas medidas de protección se encuentran los principios relativos a la no discriminación, los que permiten a los inversionistas instalarse en cualquier país<sup>34</sup> con la seguridad de que no sufrirán abusos por parte del poder público en razón de su nacionalidad.

Es innegable la importancia que tiene la protección contra la discriminación, sin embargo, se debe tener mucha cautela con el fin de no romper el delicado equilibrio existente entre dicha protección y el respeto por los derechos humanos de la población. Esto, por cuanto son cada vez más las voces<sup>35</sup> que se alzan en contra de lo que llaman una protección desmedida hacia el inversionista, que si bien se justificó en sus comienzos, es hoy susceptible de crear grandes injusticias sociales.

Si un Estado otorga sin más una protección desmedida a favor del inversionista, puede a mediano o largo plazo verse atado de manos para legislar y adaptar su ordenamiento jurídico a las exigencias del mundo moderno. La protección del medio ambiente, de la salud e incluso de la vida de sus nacionales puede verse afectada en virtud de acuerdos desequilibrados. Los Estados, a través de los acuerdos celebrados en virtud de su potestad soberana, y las jurisdicciones arbitrales, a través de sus interpretaciones y decisiones, son hoy por hoy los garantes de dicho equilibrio.

<sup>34</sup> Tal como lo hemos señalado a lo largo de este artículo, es necesario en todo caso que exista un instrumento que regule la inversión extranjera, incluyendo dichos principios, por cuanto éstos no han alcanzado aún el valor de *jus cogens*. El estándar mínimo internacional puede ser en todo caso una solución para aquellos casos en que dicho instrumento no exista.

<sup>35</sup> Al respecto v. L.-E. PETERSON, *Droits Humains et Traités Bilatéraux d'Investissement*, Droit & Démocratie, Québec, 2009 ; S. EL BOUDOUHI, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51, 2005, pp. 542-563.



# Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.

**Rodrigo Céspedes Proto**

PhD candidate  
Lancaster University

**Resumen:** este trabajo analiza el concepto de discriminación y discriminación de género y su relación con el feminismo. Establecido el marco teórico, este artículo estudia las sentencias más relevantes sobre discriminación de género pronunciadas por la Corte Suprema norteamericana.

\*\*\*

## I. Introducción: EE.UU., tratos diferentes y discriminación

El derecho norteamericano se estructura por una notable conjugación entre una Constitución escrita, leyes federales y estatales y una rica jurisprudencia. Tendemos a ver a los EE.UU. como el país de las libertades y los derechos; sin embargo, éstas y aquéllos no se han obtenido con la sola vigencia de la Constitución. Muchas garantías se han logrado después de una larga lucha judicial y un importante activismo político. Al tratarse de un país donde impera el *case-law*, muchas discusiones filosóficas (el inicio y fin de la vida; las relaciones entre moral y derecho; los límites del poder de las mayorías; el grado de autonomía individual; etc.) se debaten en los tribunales<sup>1</sup> y no exclusivamente en sede política. El resultado es una jurisprudencia fundamentada: cada sentencia expone sus argumentos con crudeza (incluso las "razones de política" en la terminología de Ronald Dworkin: motivaciones de las decisiones judiciales que van más allá de la aplicación del derecho positivo y pretenden prever las consecuencias del fallo más allá del caso concreto).

El derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación ilegítima son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas; son consideradas

<sup>1</sup> Para una visión general ver HALL, Kermit L., *American Legal History: Cases and Materials*. Oxford University Press, 1996.

como normas de *ius cogens*<sup>2</sup>. Tratados de derechos humanos<sup>3</sup>, declaraciones internacionales específicas, constituciones y la legislación (incluyendo Códigos Penales) establecen la igualdad como principio fundamental. Como la discriminación es aún una práctica persistente, instituciones internacionales y nacionales (incluyendo ONG) promueven la igualdad y denuncian las prácticas discriminatorias. Debido a que la discriminación ofende gravemente uno de los más apreciados valores comunes, los ordenamientos jurídicos crean acciones procesales y sanciones en caso de infracción<sup>4</sup>. La igualdad es un claro ejemplo de un valor superior que inspira todo nuestro ordenamiento, con la consecuente prohibición de la discriminación arbitraria. El constituyente es majadero al reiterarlo en aplicación a varios ámbitos<sup>5</sup>. El legislador hace lo mismo estableciendo esta garantía en muchos cuerpos legislativos, no sólo en materia de derecho público. Tal es el caso del ordenamiento laboral. Este valor superior será una especie de pauta a la que se atribuye un contenido evidentemente justo, parte esencial de los cimientos de todo el sistema. Ésta es una constante en el derecho chileno que se reconoce mayormente en el derecho público, siendo una de las bases de nuestra institucionalidad (Art. 1° de la Carta Fundamental). Por ejemplo en el Art. 19 N° 2 de la Constitución, respecto a la igualdad ante la ley y la autoridad pública. El Art. 19 N° 20 de la Carta Fundamental se refiere a la igualdad en la repartición de las cargas públicas; el Art. 19 N° 21, el Art. 98; etc. Asimismo, la progresividad en materia tributaria pretende conseguir mayor igualdad material. Este principio se aplica también en derecho privado, pero con una menor rigurosidad. Por ejemplo, el Art. 55 del Código Civil, que establece igualdad de todas las personas; en materia laboral una reciente reforma amplió la protección contra la discriminación. En efecto, el Código del Trabajo establece en el inc. 3° del Art. 2° que todo acto de discriminación es contrario a los principios de las leyes laborales, señalando posteriormente los factores discriminantes. Igualdad protegida, junto con otros derechos fundamentales, por el procedimiento de tutela laboral (Arts. 485 y ss. del Código del Trabajo)<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> BAYEFISKY, Anne F., "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, Vol. 11 Nr. 1-2/1990, pp 1-34. También, BIANCHI, Andrea, "Human rights and the magic of jus cogens", *European Journal of International Law* Vol. 19/2008, pp 491-508. También, O'BRIEN, Nick, "Equality and Human Rights: Foundations of a Common Culture?", *The Political Quarterly*, Vol. 79 Nr. 1 January/March/2008, pp 27-35.

<sup>3</sup> Arts. 1, 2 y 7 UDHR, Arts. 2.1, 4.1, 24.1, 25 y 26 ICCPR; Arts. 2.2, 7.a.i, 7.c, y 10.3 ICESCR. Para un análisis de la jurisprudencia relevante a nivel internacional y nacional, PALACIOS ZULOAGA, Patricia, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, LOM Ediciones, Santiago, 2006.

<sup>4</sup> TOBLER, Christa, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law: Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination*, European Commission, Brussels, 2005.

<sup>5</sup> El Mensaje del Código Procesal Penal señala: (el proyecto) "propondrá sustantivas modificaciones al actual sistema de defensa pública en materia penal, con el propósito de hacer realidad el principio de igualdad ante la ley, que constituye uno de los principios fundamentales que orientan este Proyecto".

<sup>6</sup> Ver el interesante trabajo de FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, y WALTER DÍAZ, Rodolfo, "La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral",

Igualdad significa tratar a las personas de la misma manera si están situadas en circunstancias similares<sup>7</sup>. El legislador crea normas aplicables a la generalidad de las personas, gente promedio. Es por tanto implícito que individuos que se encuentran en situaciones diferentes serán tratados en forma diversa: la sociedad concede a personas desventajadas privilegios legítimos tendientes a compensar esas dificultades que las aquejan, procurando mayor igualdad material. Con ese propósito, el legislador crea reglas excepcionales, sólo aplicables a personas con desventajas (discriminación positiva en algunos casos<sup>8</sup>). Una idea importante es la distinción entre igualdad formal y sustancial<sup>9</sup>. La segunda clase de la igualdad, el Estado tiene un rol activo e interviene para obtener igualdad material y crear, al menos, un estándar mínimo que garantice la igualdad de oportunidades. La intervención estatal se manifiesta normalmente en beneficios y privilegios, algunos en el área de los derechos económico-sociales.

La discriminación consiste en separar a las personas, formando grupos, utilizando algún criterio. Jurídicamente, la idea está ligada a la segregación ilegítima de personas de manera que se rompe el principio de igualdad. En palabras simples, la discriminación ilegítima es el trato desigual sin justificación razonable en contra de un grupo de personas o un individuo porque encajan en una determinada categoría. La noción de discriminación tiene dos características principales: el tratamiento diferenciado y la ausencia de una justificación razonable que excuse el trato diferente. La discriminación es normalmente asociada al prejuicio: las personas tienden a relacionar características individuales o colectivas a particularidades positivas o negativas, asumiendo estereotipos antes de verificar con evidencia real; corrientemente, se etiqueta a las personas en forma prematura, impulsiva y sin base fáctica. Las regulaciones segregatorias eran comunes en el pasado; ahora la discriminación es más bien una práctica asociada a situaciones de concurrencia y competencia entre individuos por "recursos" escasos (en particular los puestos de trabajo). Si algún individuo es preferido o desfavorecido entre un grupo

---

*Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2011, pp 91-111. También, SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro, "Supremacía constitucional y tutela laboral", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 1/2011, pp. 31-48.

<sup>7</sup> Una excelente visión general sobre la material puede encontrarse en BUTLER, Mark, and SUGARMAN, David, *Handbook of European Non Discrimination Law, EU/Council of Europe*, Strasbourg, 2011. También, BAYEFSKY, Anne F., "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal* Vol. 11 Nr. 1-2/1990, pp 1-34. Para un análisis teórico, ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp 260-287. A nivel nacional, el magnífico y ameno estudio de CISTERNAS REYES, María Soledad, "El Ordenamiento Jurídico chileno frente al Fenómeno Discriminatorio", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31 N° 3/2004, pp 409-437. Gran parte de la casuística nacional puede encontrarse en los informes anuales de DD.HH. de la Universidad Diego Portales, el Centro de DD.HH. de la Universidad de Chile cuenta con un programa de mujeres y DD.HH.

<sup>8</sup> O'HARE, Ursula, "Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and its Relevance to the European Union", *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 4/2000, pp 3-45.

<sup>9</sup> Un análisis sistemático a nivel europeo en O'CONNELL, Rory, "Substantive Equality in the European Court of Human Rights?", *Michigan Law Review First Impressions* Vol. 107/2009, pp 129-133.

porque tiene o adolece de una característica dada, sin justificación racional, estamos en presencia de discriminación ilegítima. Antes de la selección, las personas son *per se* iguales. Después que la selección es realizada, la discriminación ilegítima puede ser detectada identificando el factor que inclinó la preferencia por algún individuo en particular. La aparición de criterios ilegítimos (basados en raza o religión por ejemplo) o justificados (talento, habilidad o conocimiento)<sup>10</sup>.

El objetivo de eliminar las discriminaciones ilegítimas es permitir que cada individuo tenga igualdad de oportunidades a acceder a los beneficios que la comunidad les ofrece de manera justa, por ejemplo, en el ingreso a la función pública o el acceso a servicios y beneficios. Las situaciones que podemos imaginar son infinitas: los concursos para puestos públicos o para proveer al Estado de bienes y servicios; funcionarios que conceden beneficios; enfermeras y doctores que aplican TRIAGE; funcionarios o jueces con potestad para sancionar; personas con poder para contratar o despedir trabajadores; en general personas que comparan y seleccionan con discrecionalidad. Estos poderes discrecionales deben ser ejercidos con ciertos límites y siguiendo ciertos principios: imparcialidad, neutralidad, independencia, objetividad, razonabilidad, proporcionalidad, corrección procedimental y, por cierto, los requisitos que establece la ley. Si la selección no cumple con esas exigencias, será ilegítima, porque no se basará en el mérito, las habilidades o el conocimiento de los candidatos. La invocación del interés público o la seguridad nacional como excusa en estos casos será abusiva, caprichosa y arbitraria. Todas las categorías protegidas (raza, por ejemplo), son listas abiertas y varían con tiempo o lugar, evolucionan.

La discriminación puede clasificarse en directa e indirecta<sup>11</sup>. En el primer caso, la segregación es evidente, y puede ser probada y denunciada. La discriminación indirecta es solapada: la selección parece neutral, pero en los hechos segrega y genera beneficio o perjuicio para personas o grupos que tienen determinadas características<sup>12</sup>.

En resumen, el legislador, la Administración o los particulares normalmente establecen condiciones o regulaciones diferentes clasificando y diferenciando

<sup>10</sup> El voto disidente del juez Kotaro Tanaka de la Corte Internacional de Justicia en el fallo *South West Africa case* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa; Second Phase, ICJ Reports 1966, p 6) lo expresa en forma elocuente.

<sup>11</sup> Un estudio completo en MORRIS, Andrew J., "On the Normative Foundations of Indirect Discrimination law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 15 Nr. 2 Summer/1995, pp. 199-228.

<sup>12</sup> A nivel de la Corte Europea de DD.HH., ver *Thlimmenos v. Greece* (2000), sobre testigos de Jehová y servicio militar. Un buen estudio sobre discriminación indirecta en TOBLER, Christa, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Luxemburg City, 2008.

a los seres humanos según muchos factores: sexo, edad<sup>13</sup>, raza<sup>14</sup>, religión<sup>15</sup>, orientación sexual<sup>16</sup>, pobreza relativa<sup>17</sup>, discapacidad<sup>18</sup>, ideología política<sup>19</sup>, ori-

<sup>13</sup> Es normal que se establezca una edad para iniciar la educación primaria obligatoria; para ejercer el derecho a voto; para aspirar a cargos públicos; en la capacidad para celebrar actos jurídicos; para consentir relaciones sexuales; beber alcohol o fumar; capacidad penal y extracontractual; etc. Se ha cuestionado la política de solicitar edad mínima o máxima para ciertos trabajos, algunas veces con éxito. En EE.UU. la Age Discrimination in Employment Act (1967) establece la prohibición de la discriminación en el empleo, tanto en el sector público como privado.

<sup>14</sup> El caso más importante en materia de discriminación racial es Dred Scott v. Sandford (1857). En éste se declara que no todos los hombres son libres, la esclavitud es constitucional y los esclavos son "propiedad". Dejada sin efecto por la Enmienda XIII (1865) después de la Guerra de Secesión; sin embargo, los estados sureños promulgaron regulaciones "para negros" o *black codes*, tendientes a restringir los derechos de los antiguos esclavos. Si bien se eliminó la esclavitud, esto no significó el fin de la discriminación, por lo que se puso en vigor la Enmienda XIV (1870). aun así, los *black codes* (formalmente eliminados por la Civil Right Act de 1866), fueron reemplazados por regulaciones informales y discriminatorias. El proceso ha sido largo y la efectiva integración en toda la nación sólo se logró en los 60. En Chile, el Art. 8° de la Ley Indígena 19.253 castiga como falta la discriminación manifiesta e intencionada de las razas originarias. Ver Centro de Salud y Recreación Günther Mund y Compañía Ltda., RDJ T 90 N° 3/1993, Sec. 1, Corte Suprema. Queja, sobre mujeres filipinas a las que se les prohíbe la entrada a una sauna. Similar, Yoo Lee v. Centro de Salud y Recreación Günther Mund y Cía. Ltda., RDJ T 92 N° 2/1995, Sec. 2. La Corte de Stgo. da lugar a indemnización de perjuicios.

<sup>15</sup> Principalmente objeción de conciencia; sacrificio ritual de animales en contravención a normas sanitarias; uso ceremonial de drogas; festivales religiosos en el área laboral; tratamientos médicos; vestuario; etc. En Chile, "Organización Comunitaria Evangelio y Educación para Chile con Alcalde de San Pedro de la Paz", Corte Suprema, Rol 927/02. Protección acogida por negativa a organizar curso de religión protestante solicitada por numerosos padres. Aguilar Santibáñez v. Alcalde Centro Penitenciario de Punta Arenas, Corte de Punta Arenas, protección rechazada a un preso que se negaba a cortarse el cabello por profesar la religión rastafari. También, Palominos v. Banco-Estado, Corte de Stgo., Rol 4.670/10, protección desechada por asuntos de forma: una cliente intentó cobrar un cheque, y el cajero requirió el retiro del velo islámico para identificarla (confirmada por Corte Suprema). Un excelente comentario de ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira, "Restricciones a porte de velo islámico. Reflexiones sobre la discusión comparada y la incipiente jurisprudencia chilena (Corte de Apelaciones de Santiago)", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2011, pp 245-251. En materia administrativa, el dictamen de Contraloría 24.330/06 rechaza la petición de un funcionario de Gendarmería de fe adventista que impugnó un concurso de promoción porque el examen fue fijado un sábado, día sagrado según su credo. Contraloría estimó que el funcionario, al incorporarse a la función pública, se adscribe de manera voluntaria a un régimen jurídico estatutario.

<sup>16</sup> Desde la despenalización de la sodomía mutuamente consentida hasta la aceptación y regulación del matrimonio gay y la adopción por parejas homosexuales. Esta categoría se agrupa bajo la denominación *gay and lesbian rights, same-sex discrimination* o también *Lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) rights*. Como los EE.UU. son un estado federal, las regulaciones estatales varían. Desde 1986, la Corte suprema americana ha dictado varios fallos al respecto, primero denegándolos y luego impidiendo su discriminación dentro de los grupos intermedios o "tolerando" algunas conductas (como la despenalización de la sodomía). En Chile, el célebre caso Alata (2003) ya fallado desfavorablemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Pavez v. Vicario de educación del Obispado de San Bernardo, Corte de San Miguel, Rol 238/07, sobre la idoneidad de una profesora de religión y su orientación sexual.

<sup>17</sup> Los casos que se han discutido son, por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita y la educación pública. La educación estatal depende de los municipios y éstos la financian con el impuesto territorial, en consecuencia, los barrios de gente adinerada tienen acceso a una mejor educación pública gratuita.

<sup>18</sup> Sobre todo en materia de adaptación y acceso a servicios como bibliotecas, centros de educación, medios de transporte, servicios públicos, etc. Hay algunos casos en Chile citados por CISTERNAS REYES, María Soledad, "El Ordenamiento Jurídico Chileno frente al Fenómeno Discriminatorio", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 31 N° 3/2004, pp 409-437.

<sup>19</sup> La época del McCarthysmo y las investigaciones por actividades "antinorteamericanas", con la consecuente persecución de la izquierda. Ver US v. Brown (1965), donde se impugna la prohibición de miembros del partido comunista que participaban en actividades sindicales. Similares Scales v. US (1961), Aptheker v. Secretary of State (1964) y US v. Robel (1967).

gen nacional<sup>20</sup>, etc. Gran parte de la discriminación se basa en estas categorías, distribuyendo cargas públicas, derechos y prestaciones de manera desigual, sin tener una razón justificada. Las normas antidiscriminación protegen estas calidades, muchas veces considerándolas como vulnerables. La Corte Suprema Americana establece la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la discriminación (Enmienda XIV, 1870) utilizando esencialmente dos herramientas conceptuales: la base racional y el escrutinio estricto.

1. La base racional (*rational basis test*): según este criterio, para que una medida que distinga entre grupos de personas sea constitucional, debe fundarse en un motivo razonable que justifique la diferencia de trato, atendido el fin que persiga la medida. O sea, si la diferencia establecida por la autoridad pública o los particulares es sensata, atendidos sus objetivos, pasará el examen de constitucionalidad. Por ejemplo, la edad para permitir la venta de alcohol; otorgar permisos de conducir; etc. Representa un nivel mínimo de control; por lo tanto, las regulaciones tienen una favorable "presunción" de constitucionalidad (o sea, *fumus boni iuris*) atendido el factor discriminante. Es aún común en materia de regulación económica<sup>21</sup>.

2. El escrutinio estricto (*strict scrutiny test*), aplicado a clasificaciones "altamente sospechosas" de ser discriminatorias: determinadas clasificaciones, como las motivadas por raza<sup>22</sup> o religión, le parecen a la Corte altamente dudosas (presume una intención racista); por lo tanto, el peso de la prueba de la existencia de un interés social involucrado y que la discriminación es necesaria para lograr un objetivo legítimo recae sobre quien la efectúa. Para aprobar un examen de constitucionalidad, el *standard* requerido es mucho más exigente. Normalmente, este interés debe ser apremiante: debe tener una razón poderosa (*compelling state interest* o *compelling governmental interest*) y la discriminación debe afectar al menor número posible de individuos. También se aplica a restricciones a garantías como el derecho a voto, la libertad de movimiento, la privacidad y la libertad de expresión o para estimar legítimos algunos programas de *affirmative action*.

Se ha desarrollado también el "escrutinio intermedio" (llamado *intermediate scrutiny*, *exacting scrutiny*, *heightened scrutiny* o *the strict rationality test*), conectado

<sup>20</sup> El caso más conocido de discriminación por origen nacional es *Korematsu v. US* (1944), por la confinación de americanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial.

<sup>21</sup> Expresado claramente en *US v. carolene products* (1938) sobre cuestiones comerciales, insinuando que en otros asuntos el nivel de control debería ser más exigente.

<sup>22</sup> Por ejemplo, *Loving v. Virginia* (1968); el Estado de Virginia prohibía el matrimonio interracial. El fin oculto de la norma era "no contaminar la raza blanca", ya que las minorías podrían contraer matrimonio entre sí sin problema. Curiosamente, en casos de discriminación por orientación sexual, la Corte no ha utilizado el mismo criterio: en *lawrence v. texas* (2003), el máximo tribunal no señaló que existía un "derecho" a las relaciones homosexuales; no obstante, declaró inconstitucional la penalización de la sodomía mutuamente consentida. Se aplica desde el caso *Korematsu* (1944) a los asuntos raciales.

con clasificaciones "cuasisospechosas". Los problemas de género son una clara manifestación de este criterio. Para que la Corte apruebe discriminaciones en este sentido, el Estado debe demostrar sólo que hay un interés público "importante". Este criterio se basa en que muchas veces la diferente regulación entre hombres y mujeres se funda en la "protección" de las últimas<sup>23</sup> y no necesariamente en la intención de discriminar como el caso *Reed (1971)*: entonces algunos tratos diferentes serán considerados legítimos y otros discriminación. El género aún no se considera una categoría "altamente sospechosa", pero va en ese camino.

Diferente es el caso de la Corte Europea de DD.HH.<sup>24</sup>, la Corte Constitucional alemana y española y la Corte Suprema canadiense que aplican el *test* de ponderación descrito por Robert Alexy<sup>25</sup>. La Corte Europea de DD.HH. (Art. 14 de la Convención y su Protocolo 12) ha definido discriminación como la disparidad de trato entre categoría de personas sin una justificación objetiva y razonable (en el fallo conocido como *The Belgian Linguistic case, 1968*). Esta corte ha trazado una línea entre tratos diferenciados legítimos y discriminación arbitraria. De la misma manera lo ha hecho la Corte Suprema Canadiense en el caso *R v. Oakes (1986)*<sup>26</sup>. Muy sintéticamente, el recurrente debe probar que el tratamiento diferenciado lo ha perjudicado porque que se ha favorecido ilegítimamente a otra persona o grupo de personas. En segundo lugar, el recurrido no ha podido proveer evidencia que demuestre que el tratamiento diverso es razonable y tiende a obtener un objetivo legítimo. Tercero, la medida debe ser inadecuada para lograr el objetivo; debe existir desproporción entre las consecuencias provocadas por el trato diferenciado y el objetivo esperado.

<sup>23</sup> Una ley del Estado de Oregon limitó el trabajo de las mujeres a diez horas diarias, precisamente para proteger su salud y el bienestar de los hijos. Su legitimidad fue confirmada por la Corte Suprema en *Muller v. Oregon (1908)*, el tribunal alude a la particular constitución física femenina. El lugar de trabajo ha sido un campo de batalla para el feminismo.

<sup>24</sup> Al nivel de la Unión Europea, Art. 13 del Tratado de la EU y las directivas 2000/43/CE; 2000/78/CE; 2004/113/CE. Un estudio completo en MEENAN, Helen (Ed.), *Equality law in an enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

<sup>25</sup> *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp 66-68; 178-217. También en sus "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* Vol. 16 Nr. 2 June/2003, pp 131-140; "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris* Vol. 16 Nr. 4 December/2003, pp 433-449 y "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law* Vol. 3 Nr. 4/2005, pp 572-581.

<sup>26</sup> El fallo dice relación con un caso de tráfico de drogas, la inversión del onus probandi (*Narcotic Control Act, 1961*) y la presunción de inocencia (*Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982*). La Corte Suprema Canadiense falló que desplazar la carga de la prueba al acusado (presumir intención de traficar de la simple posesión de drogas) era injustificada en una sociedad democrática. La corte recalcó que las medidas adoptadas deben estar cuidadosamente diseñadas para obtener el objetivo deseado; la medida debe ser apropiada: debe existir razonable conexión causal entre la medida y el objetivo. La medida no debe ser arbitraria, injusta o basada en motivos irracionales y reales. Las medidas también deben afectar lo menos posible el derecho en cuestión (principio del mínimo daño). Finalmente, la corte destaca que debe existir proporcionalidad entre los efectos de la medida y la restricción del derecho en cuestión. En un caso posterior, la corte señaló que el objetivo a lograr debe ser importante debe ser "suficientemente importante" y no trivial (*Vried v. Alberta, 1998*: en este caso, un profesor fue despedido de una escuela privada religiosa por su orientación sexual; se consideró el despido injustificado porque el empleador no pudo probar un objetivo importante y apremiante).

Finalmente, debe haber un desbalance entre el interés público que se intenta proteger, la importancia del derecho violado y la magnitud de la intervención y el menoscabo del derecho en cuestión<sup>27</sup>. La Corte Europea de DD.HH ha implícitamente entendido que hay categorías que son *per se* discriminatorias<sup>28</sup>.

## II. Feminismo: Género Y Derecho<sup>29-30</sup>

El feminismo (más o menos radical) ha perseguido obtener la igualdad de derechos; impedir la discriminación fáctica; separar género y rol; tratar de equipar las tradicionales injusticias contra la mujer a través de las *affirmative actions* (discriminación positiva o *reverse discrimination*) y preocuparse de problemas particularmente femeninos como los derechos reproductivos<sup>31</sup>; la violencia intrafamiliar<sup>32</sup>;

<sup>27</sup> En el caso chileno, la Dirección del Trabajo, en Dictamen 2.856-162 de 30/08/02, ha señalado que los poderes del empleador de controlar a los trabajadores (cámaras de seguridad, registro para evitar robos, etc.), si bien afectan sus derechos, son legítimas si se cumplen ciertas condiciones y tienen su fundamento en la libertad de empresa y en el derecho de propiedad (Arts. 19, N°s 21 y 24 de la Constitución). Además, el medio empleado debe ser apto para obtener el objetivo fin propuesto. El Tribunal Constitucional chileno utiliza el principio del mínimo daño (causa Rol 1.345 de 25/05/2009) al pronunciarse sobre el *solve at repete* como medio para desestimular demandas frívolas. Idéntico principio puede verse reflejado en Fusch y Plath v. Fisco, RDJ T 5/1908, Sec. 2. El mismo criterio puede observarse en los Arts. 444 inc. 1° y, hasta cierto punto, en el Art. 445 (bienes inembargables) del CPC, a propósito del juicio ejecutivo.

<sup>28</sup> Ver GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

<sup>29</sup> Para un análisis global de la legislación y su aplicación por los tribunales ver Baines, Beverley y RUBIO-MARIN, Ruth, *Constituting Women: The Gender Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Para una visión general de los aspectos teóricos y doctrinarios, MACKLEM, Timothy, *Beyond Comparison: Sex and Discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

<sup>30</sup> Este asunto ha recibido alguna atención en la doctrina nacional. Dentro de esos estudios podemos nombrar VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "La aplicación del concepto de autopoiesis en los estudios de género: el derecho a autocomponerse del sujeto en referencia a su identidad sexual", *Acta Bioethica* Vol. 12 N° 2/2006, pp 151-164. También Zúñiga Fajuri, Alejandra, Aguilera Bertucci, Daniela y Vásquez Bravo, Andrea, "Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 20 N° 2/2007, pp 9-30. A nivel latinoamericano, ver RÍOS TOBAR, Marcela (Ed.) *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Flacso-Idea internacional, Santiago, 2008. Además, Suazo, Carolina, *Discriminación laboral por razón de sexo*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1998.

<sup>31</sup> Desde el derecho al prenatal (curiosamente se discutió si el beneficio era constitucional en California Federal Savings and Loan v. Guerra, 1987), pasando por el acceso a la contracepción (Griswold v. Connecticut, 1965, para parejas casadas y Eisenstadt v. Baird, 1972, para solteros) y al aborto (Roe v. Wade, 1974). Para un análisis general sobre el aborto, ver ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, "Aborto y derechos humanos", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2011, pp 163-177.

<sup>32</sup> Una preocupación mundial relativamente reciente, antes fuera de la jurisdicción del Estado y dentro del ámbito de la vida privada. En EE.UU. se dictó la Violence Against Women Act (1994). Sobre el caso español ver LUACES GUTIERREZ, Ana Isabel, "Justicia especializada en violencia de género en España", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 2/2001, pp 205-223. A nivel latinoamericano, ver "Informe en caso sobre violencia de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)" en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 16/2004, pp 249-276, con comentario de Yanira Zúñiga Añazco. A nivel nacional, SALAZAR VILLARROEL, Deyanira, y VINET REICHHARDT, Eugenia, "Mediación familiar y violencia de pareja", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 1/2011, pp 9-30. También, CASAS BECERRA, Lidia, y VARGAS PAVEZ, Macarena, "La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 24 N° 1/2011, pp 133-151. En el campo penal, VILLEGAS DÍAZ, Myrna, "Homicidio de la pareja en violencia Intrafamiliar: mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 23 N° 2/2010, pp 149-174.

la prostitución; el acoso sexual<sup>33</sup>; la pornografía<sup>34</sup>; etc. Históricamente hay dos oleadas del movimiento feminista en los EE.UU. La primera a finales del siglo XIX y principios del XX, tendiente a equiparar el status jurídico entre hombres y mujeres. Ésta se denomina "feminismo liberal" e implica permitir que las mujeres "jueguen" en igualdad de condiciones en un mundo con valores masculinos. La segunda comienza en los 60, busca una igualdad fáctica y la superación de los roles tradicionales de la mujer. Lo interesante es que esta teoría desarrolla una serie de afirmaciones (basadas en investigaciones estadísticas, sociológicas, antropológicas, psicológicas y lingüísticas) sobre las verdaderas diferencias entre géneros. Éste es un feminismo más profundo; no pretende que la mujer "juegue" en igualdad de condiciones con los hombres en un mundo masculino, sino que trata de romper los roles asociados al género o les da carácter público a situaciones que antes estaban en la esfera privada (como la violencia doméstica o la violación dentro del matrimonio)<sup>35</sup>.

En el campo jurídico, el feminismo (*feminist legal theory* o *feminist jurisprudence*) surge como *critical legal studies* (*fem-crits*) y cuestiona el enfoque de las escuelas tradicionales de pensamiento jurídico (positivismo, *iusnaturalismo*, realismo jurídico, etc.). Esta escuela tiende a analizar y criticar el rol del derecho en la construcción, mantenimiento, reforzamiento y perpetuación del patriarcado

<sup>33</sup> Entre los casos más importantes, *meritor savings bank v. vinson* (1986), *harris v. forklift systems* (1993), *farragher v. city of boca raton* (1998). Va desde la utilización del poder patronal con fines sexuales hasta la creación de un ambiente hostil, incluyendo la responsabilidad del empleador en tolerar y no controlar este tipo de prácticas. En nuestro país, este ilícito fue introducido por la Ley 20.005 de 2005. Un análisis de la ley y la doctrina asociada puede encontrarse en Palavecino Cáceres, Claudio, *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 19 N° 1/2006, pp 105-123. Hemos tenido casos desde 1997, en el ámbito de la función pública y en la empresa privada. Muchos han sido desechados por falta de prueba.

<sup>34</sup> Éste es un asunto que normalmente envuelve la moralidad pública y la libertad de expresión. las feministas han utilizado un nuevo argumento: ese tipo de representaciones genera un modelo cultural que considera a las mujeres como objeto, una forma de discriminación contra la mujer que estimula el acoso y la violencia sexual. Este argumento fue defendido por Andrea Dworkin y Catherine Mackinnon. Minneapolis e Indianapolis adoptaron su punto de vista y en 1983 lo plasmaron en la llamada Dworkin-Mackinnon Bill. Se inició un juicio basado en la censura, la libertad de expresión y sus límites. La ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema Americana en *Hudnut v. American Booksellers* (1986). En el debate participaron grandes juristas como las anteriores (artículos reunidos en *The problems of Pornography*, 1995) y su gran contradictor Richard Posner (*Sex and Reason*, 1992). En Chile, utilizando un argumento similar, la Corte de Stgo. señaló que el gobierno no podía imponer la publicidad, favor del uso del preservativo y la prevención del SIDA. Utiliza varios argumentos; destacamos sólo uno. En uno de los comerciales, uno de los protagonistas dice: "cuando se presenta la oportunidad uno no la puede rechazar". Para el tribunal esto constituye "un grave atentado al honor de la mujer, que es utilizada como objeto sexual, exacerban la masculinidad respecto de la pareja y alientan las relaciones promiscuas, con el solo propósito de aconsejar el uso del preservativo entendiendo justificados los medios por el fin perseguido, lo que en el entender de estos jueces está lejos de reflejar el concepto que los jóvenes tienen del sexo y del amor entre ellos"; o sea se degrada a la mujer. Castillo Díaz v. Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile y Megavisión, RDJ T. 94 N° 3/1997, sec. 5, pp 159ss. Corte de Stgo. Protección. Comentada por Edo. Soto Kloss.

<sup>35</sup> Ver DAVIS, Margaret, *Asking the Law Question*. Law Book Co., 1994, pp 191-ss.

y cómo éste puede ser socavado y finalmente eliminado<sup>36-37</sup>. Dentro del feminismo tenemos dos escuelas:

a) Feminismo de la igualdad: éste sostiene que hombres y mujeres son iguales o "equivalentes" (*the identity argument* o *asimilation*) y las diferencias son mínimas y accidentales (el sexo no es una característica esencial que marque una diferencia, salvo en la capacidad reproductora); sin embargo, en las sociedades "patriarcales", los hombres dominan la vida de las mujeres. Desde su punto de vista, toda las estructuras de esas sociedades, incluido el sistema jurídico (en especial el derecho de familia<sup>38</sup>), tienden a "controlar, oprimir y facilitar la explotación de las mujeres por los hombres". Las diferencias no son reales sino aparentes y vienen impuestas; incluso, muchas de las características que se atribuyen a las mujeres no son esencialmente "femeninas". La mayor exponente de esta tendencia es Catherine MacKinnon (*Towards a Feminist Theory of the State*, 1989)<sup>39</sup>. Su propósito político es la toma de conciencia y la reforma de toda legislación que establezca diferencia en base al sexo y, como consecuencia, lograr igualdad de oportunidades y una estricta "meritocracia". Las *affirmative actions*, para esta escuela, son medidas esencialmente temporales tendientes a equilibrar una situación que al inicio era desigual. Sus raíces son claramente marxistas: no se trata de "lucha de clases", sino de "lucha de géneros"; no se habla de "la explotación del hombre por el hombre", sino de "la mujer por el varón"; existe una "superestructura" que procura, legítima y conserva la dominación y la subordinación.

b) Feminismo de la diferencia: esta segunda escuela encuentra su principal exponente en Carol Gilligan (*In a Different Voice*, 1982) y sostiene que la diferencia sexual es esencial y determina valores y comportamientos distintos, una forma diferente de ver el mundo y de relacionarse<sup>40</sup>. Los varones actúan e interactúan bajo la *ethic of justice*, basada en los derechos y en una justicia

<sup>36</sup> Ver MENKEL-MEADOW, Carrie, "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies and Legal Education or the Fem-Crits Go to Law School", *Journal of Legal Education* Vol 38, N°s 1-3, 1988, p 61.

<sup>37</sup> Ver SMITH, Patricia, *Feminist Jurisprudence*. Oxford University Press. 1993. Normalmente el tema es estudiado por la filosofía del derecho.

<sup>38</sup> Ver FINEMAN, Martha, "Contract, Marriage and Background Rules", pp. 182 y ss., en *Analyzing law: new essays in legal theory* (B. Bix ed.), Oxford University Press, 1998. Dejamos de lado en este trabajo los asuntos relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio.

<sup>39</sup> "La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías socialmente diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define a la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros –sus guerras y sus gobiernos– definen la historia, su imagen define a Dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de sus diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa, lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana". MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified*, 1987. Otras exponentes son Janet Rifkin, Dana Polan y Lucinda Finley.

<sup>40</sup> Sobre este punto ver JACKSON, Bernard, *Making sense in law: linguistic, psychological, and semiotic perspectives*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1995, p 316.

abstracta administrada con total igualdad. Las mujeres, en cambio, interactúan sobre la base de la *ethic of care* que pone acento en la responsabilidad, la justicia concreta administrada según el contexto y las circunstancias del caso. Lo anterior proviene de la experiencia de la maternidad como fenómeno netamente femenino. Todo lo expresado no siempre es producto de una cultura opresiva, sino manifestación de la diferencia. Sin embargo, el diagnóstico es similar en cuanto sostiene que los valores masculinos se han impuesto sobre los femeninos.

La Constitución americana es muy escueta y no hay ninguna referencia específica al género. Los términos "ciudadano" o "persona" han sido interpretados por la Corte Suprema americana en forma muy diferente a lo largo del tiempo. En cuanto a la mujer, los tribunales norteamericanos siguieron la tradición de considerarla como un ser humano de segunda clase, incluso después de la Enmienda XIV (1868). La entrada en el mercado laboral generó los primeros problemas, ya que, hasta ese momento, sólo se veía a la mujer en su rol de cónyuge y madre. Veremos la evolución de la jurisprudencia a través de varios casos judiciales representativos. El tema de la discriminación contra la mujer (*gender discrimination, women's rights o sex discrimination*) tiene una larga historia basada en estereotipos culturales y se ha manifestado en su exclusión del mercado laboral, del derecho a voto (no lo tendrían sino hasta 1920, con la Enmienda XIX), los derechos reproductivos, la educación, etc. Desde los 60, la Corte Suprema americana ha comenzado a considerarlo en serio después de una lucha social y política que comenzó a finales del siglo XIX.

### **III. Jurisprudencia norteamericana relativa a la discriminación de género** <sup>41-42</sup>

Las clasificaciones basadas en género han sido examinadas por la Corte Suprema tanto a la luz de la base racional como del escrutinio estricto. A continuación, veremos la casuística más relevante en algunos aspectos de discriminación por género en materia de regulaciones estatales y federales; cargas públicas; *affirmative actions*; beneficios de seguridad social y educación. Dentro de cada

<sup>41</sup> La jurisprudencia chilena en materia de discriminación de género es reducida. Hay algunos recursos de protección en materia de salud e Isapres, donde el género es un factor que influye en el precio de los planes; sólo un caso de despido motivado por discriminación de género rechazado por falta de evidencia suficiente, Gaceta Jurídica N° 151/93, pp 107-ss. Corte de Stgo. Protección. En materia administrativa existe un antiguo, visionario y notable pronunciamiento de la Superintendencia de Seguridad Social, que señala que las prohibiciones genéricas de desempeñar una actividad laboral que afectan a las mujeres (por el solo hecho de serlo) constituiría una ilegalidad (sic) por contravenir la Constitución. Dictamen 1.379 de 24/05/1971.

<sup>42</sup> En cuanto a la casuística de la Corte Europea de DD.HH en cuanto a género y discriminación, puede verse RADACIC, Ivana, "Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *The European Journal of International Law* Vol. 19 N° 4/2008, pp 841-857.

categoría, el orden de los casos será cronológico, para así observar la evolución de los conceptos. Analizaremos la decisión de la Corte, el voto de minoría y el tipo de *standard* utilizado. En cuanto a la estructura, expondremos los hechos; el problema por dilucidar junto con la norma o actuación impugnada; el fallo del máximo tribunal, el voto de minoría y algunos comentarios pertinentes.

## A. Regulaciones estatales y federales y discriminación de género

Esta categoría agrupa clasificaciones legales, federales y estatales, de muy diversa índole (la verdad no comparten nada esencial) en el cual el género desempeña un papel fundamental. Analizamos el problema del ejercicio de la profesión legal por la mujer; la regulación de los delitos sexuales; la adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis* y las diferencias entre la filiación paterna y materna y el rol de la mujer en asuntos de administración patrimonial.

### 1. *Bradwell v. Illinois, 1873 (8-1<sup>43</sup>): la profesión legal y la mujer*

Myra Bradwell aprueba los exámenes de derecho y la barra de abogados le niega su incorporación por el solo hecho de ser mujer; si bien el estatuto sólo exigía buena conducta y conocimientos adecuados. Los tribunales de Illinois sustentan la misma teoría ("corresponde a los varones crear, aplicar y ejecutar las leyes"). No obstante, el estatuto de Illinois no prohíbe expresamente a las mujeres ejercer la abogacía. Su marido recurre a la Corte Suprema fundado en el error en la interpretación del estatuto y la consiguiente violación a la igualdad constitucionalmente garantizada. El problema básicamente consiste en determinar si es constitucional la decisión de la barra de abogados y de los tribunales de Illinois al negar a una mujer la licencia para ejercer la abogacía. O, en otras palabras, si el derecho a ejercer una profesión se encuentra garantizado por la XIV Enmienda. Se impugna no una regulación, sino una resolución judicial, que fallaba sobre la decisión de la barra de abogados (un caso de jurisdicción doméstica, común en los EE.UU.).

La Corte Suprema señala que la decisión de excluir a una mujer de la abogacía no es contraria a la Constitución. Es decir, el derecho a ejercer la abogacía no es de aquellos que correspondan a toda persona que tenga los requisitos señalados en el estatuto. Según la Corte, "el hombre es, o debe ser el protector y defensor de las mujeres", además, "lo natural y apropiado para la mujer casada es ser excluida de la profesión legal". Finalmente, "las mujeres tienen una natural delicadeza y timidez que les impide desarrollar apropiadamente ciertas actividades laborales". Por lo tanto, deben mantenerse las áreas reservadas al varón y la

<sup>43</sup> El voto de minoría no aparece fundado, ya que el juez murió poco después que el fallo fuera acordado. Ver el interesante artículo de ZÚÑIGA ANAZCO, Yanira, "La generización de la ciudadanía: apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista", *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 22 N° 2/2009, pp 39-64.

mujer, ya que "la naturaleza misma ha reconocido una gran diferencia en las esferas y destinos en el hombre y la mujer". A la mujer casada le corresponde cumplir las tareas de esposa y madre "de acuerdo con la Ley Divina"<sup>44</sup>.

Éste es el primer caso en Norteamérica que lidia con los derechos de las mujeres. La sentencia no sólo asigna roles muy definidos al género, sino que se empeña en que esa división se mantenga; cualquier alteración es una infracción a normas elementales de organización social. En términos simples, el ejercicio de la profesión legal destruiría la feminidad y, posiblemente, la familia. La alusión a la "Ley Divina" le da mayor énfasis a la decisión: por derecho natural el papel que le corresponde a la mujer casada es el hogar y el cuidado de los hijos. Con este tipo de fallos, lo normal es que el movimiento feminista se identifique con la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos<sup>45</sup>. Años después se utilizará la Enmienda XIV para dejar sin efecto regulaciones discriminatorias basadas en el género (las mujeres comenzaron a ejercer la profesión legal en los años 20).<sup>46</sup>

## **2. *Reed v. Reed, 1971 (unánime): género y la administración del patrimonio de un hijo fallecido***

La herencia de una persona que acaba de morir debe ser administrada por alguien, hasta que se termine el estado de indivisión. En la administración del patrimonio de un hijo menor que fallece, "los padres tienen preferencia sobre las madres" según la legislación de Idaho. En este caso, los padres estaban separados; se concede la administración al padre; no obstante que la madre del menor había pedido la administración de la herencia primero, en contra de lo sostenido por la legislación. La madre invoca que ésta discrimina en cuanto al género y es, por tanto, inconstitucional que en la administración de la herencia se prefiera al padre sin tener en cuenta ninguna otra consideración. El problema es simple ¿es constitucional la preferencia en la administración dada a los varones sobre el patrimonio hereditario en la sucesión intestada según la legislación de Idaho?, ¿es legítima la predilección dada al padre por sobre la madre?

La decisión unánime del tribunal señala que esta preferencia no es constitucional, se trata de una discriminación sin base razonable y sospechosa. Para la Corte, "que la ley prefiera a un género sobre otro sólo atendiendo al sexo,

<sup>44</sup> En similar sentido, *Minor v. Happersett* (1875) sobre el derecho al voto. En este caso, la legislación de Missouri establecía que sólo los varones tenían derecho a voto, la constitucionalidad de la norma fue afirmada por la corte estatal y por la Corte Suprema. El Máximo Tribunal lo entiende de la misma forma en que actualmente justificamos las diferencias entre nacionales y extranjeros.

<sup>45</sup> De la misma época, *Slaughter-house cases*, con la misma interpretación restrictiva. En materia de género y rol, el feminismo tiene un aliado natural en el liberalismo. Curiosamente, en materia de lucha contra la prostitución y la pornografía los sectores conservadores han sido aliados del feminismo.

<sup>46</sup> Si damos a la Enmienda una interpretación histórica, la deberíamos restringir sólo a discriminación racial, ya que para eso fue creada. Como veremos, los tribunales americanos son más partidarios de una interpretación evolutiva y una actitud expansiva frente a los derechos.

sin posibilidad de examinar las circunstancias del caso (como la competencia concreta de cada padre), implica que el legislador ha sido arbitrario al discriminar, lo que contraviene a la Constitución".

La regulación de Idaho asume que las cuestiones patrimoniales son mejor manejadas por hombres; ya que las finanzas familiares usualmente son llevadas por el marido. Afortunadamente, la Corte estima que lo asumido por la ley es una generalización que lleva a un estereotipo. Quizá el prejuicio sea la peor manifestación de la discriminación (en el caso norteamericano: "si es de color, es un delincuente violento"; "si es latino, es traficante de drogas"; "si es rubia, no es muy inteligente", etc.), ya que lleva a los estereotipos y éstos a las limitaciones impuestas por la tradición. Más grave aún es el caso en que estos prejuicios se convierten en autolimitaciones, moldeando la psicología de las personas. Se insinúa además que a las clasificaciones basadas en el género debería aplicárseles un escrutinio más exigente.

### 3. *Craig v. Boren, 1976 (6-2): el alcohol, el sexo y la madurez*

En este caso, la legislación de Oklahoma establecía que, para comprar cerveza, las mujeres debían ser mayores de 18 años; en cambio los varones, mayores de 21. Entre quienes impugnan esta regulación están Curtis Craig, de menos de 21 años, y Carolyn Whitener, dueña de una licorería. El Estado justificaba el trato diferente en el superior número de accidentes protagonizados por varones adolescentes ebrios. Los hechos explican claramente cuál es el punto por resolver: la regulación es claramente discriminatoria, debe averiguarse si hay base para que la distinción sea legítima; es decir, si se basa en datos reales y si la medida mejorará la situación existente.

La Corte Suprema estimó que la medida era discriminatoria en contra de los varones y la estadística esgrimida por la autoridad era insuficiente para justificar la distinción en prosecución del fin perseguido. El fallo habla de "arcaica generalización" sobre el comportamiento de adolescentes, mujeres y varones. La prueba de la utilidad de la discriminación de acuerdo al fin perseguido no satisface al Supremo Tribunal y le parece más apropiada una regulación igualitaria. Por primera vez se aplica el escrutinio intermedio a asuntos de género (lo que implicó elevar el *standard* de control): el objetivo por conseguir por la actividad estatal enjuiciada debe ser un fin de importancia y la diferencia de trato debe estar en estricta relación con el objetivo perseguido. El voto de minoría sostiene que el criterio intermedio es demasiado vago y usurpa las legítimas atribuciones del legislador. Además, sostiene que la prueba estadística es bastante persuasiva, indiciaria que la medida daría resultado.

La ley estatal se basa en una realidad biológica que se refleja en datos empíricos: las mujeres maduran primero. Este hecho se manifiesta en que, estadísticamen-

te, causan menos accidentes de tránsito por ebriedad. Quienes abogan por el "feminismo de la diferencia", como Carol Gilligan, encontrarían lógica esta regulación. Las feministas de la diferencia se basarían en este hecho "natural": el desarrollo masculino y femenino es asincrónico. Lo mismo dirían de una regulación que da preferencia a la madre en el cuidado personal de los hijos, "discriminando al padre"<sup>47</sup>. Es interesante la estadística como evidencia y como motivo para tomar una política pública: lo mismo el examen del posible nexo causal entre género y accidentes y entre la medida y la potencial y consecuencial disminución de accidentes.

#### **4. *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County, 1981 (5-4): sexo consentido entre menores y el estereotipo de víctima y victimario***

Michael M., de 17 años y medio, es encontrado culpable de violación por tener sexo consensual con una adolescente de 17 años. Según la legislación de California, una de las formas que el delito de violación puede asumir consiste en realizar *consensualmente* un "acto sexual con una mujer menor de 18 que no sea la cónyuge". Según la legislación, en este caso, *sólo puede sancionarse al varón*. El imputado alega la inconstitucionalidad de la ley criminal basado en la discriminación por género. El asunto principal que debe dilucidar la corte es si es inconstitucional la tipificación de este tipo penal donde el castigo se aplica sólo a uno de los partícipes y al otro se lo excluye, no obstante que ambos reúnen las mismas características y consienten en el comportamiento. En este caso se enjuicia una ley estatal que tipifica un crimen.

Para la mayoría del tribunal, la regulación es compatible con la Constitución: "los hombres y las mujeres de esa edad no se sitúan de la misma forma ante el problema de los riesgos de la actividad sexual". La intención del legislador fue desestimular el embarazo adolescente; se excluye a las mujeres del castigo porque ellas son protegidas por la legislación (las potenciales "víctimas"); para ellas es suficientemente disuasivo el riesgo de embarazo, que tienen más presente que los varones... quien (en este evento) "sufre menos", según la Corte. Entonces la idea de la regulación es "equilibrar una situación naturalmente desequilibrada". Además, sancionar a los dos partícipes haría imposible la denuncia. Para la mayoría del tribunal, la discriminación no es "altamente sospechosa"; por tanto, no merece ser juzgada bajo el escrutinio estricto, ya que los sexos no son iguales en determinadas circunstancias. Se invocan también asuntos prácticos como el posible aumento de abortos, riesgos médicos y sociales. El voto de minoría considera paradójico que una menor de edad tuviera el derecho para requerir un aborto y no para consentir relaciones sexuales. El hecho de

<sup>47</sup> Tal como lo hace el sistema chileno. Muchos dirían que es una diferencia de trato basada en el derecho natural: no hay verdadera discriminación, ya que la mujer es naturalmente más cercana a los hijos por una cuestión de adaptación biológica, así parece presumirlo nuestro Código Civil. Si los padres están separados, el cuidado corresponde normalmente a la madre (Art. 225 CC).

que baste probar la menor edad y de ningún modo violencia o algún tipo de presión es considerado inaudito. La evidencia que esta tipificación penal haya disminuido o haya podido disminuir el embarazo adolescente no era suficiente persuasiva, en opinión de los disidentes.

Indudablemente se trata de una regulación penal curiosa, lo mismo que la decisión (la prueba es que se trata de un fallo dividido). Desde el punto de vista penal, el sancionar la actividad sexual consensual de dos menores de edad (la edad para el consentimiento en materia sexual es 18 años en muchos estados norteamericanos) parece, en principio, descabellada. La presunción de falta de consentimiento es ridícula; pero no lo es tanto si no se pretende resguardar la libertad sexual, sino impedir los embarazos adolescentes (como si toda actividad sexual llevara al embarazo; además, el uso de contraceptivos no era una exigente, y los jueces dijeron que éstos no eran "un método 100% seguro"). Es discutible si el bien jurídico protegido es digno de tipificación penal, ya que el derecho penal clásico, normalmente, sanciona sólo las conductas que más seriamente atenten contra los bienes jurídicos más importantes (atendida la gravedad de la pena como sanción jurídica, que significa privación o limitación de la libertad o de un derecho importante). Más discutible aún es que se trata, por ser una actividad consensual, de un delito sin víctima (descritos en el famoso libro de Edwin Schur *Crimes without Victim* de 1965<sup>48</sup>). La ley claramente se basa en un estereotipo: mujer-víctima-seducida, hombre-agresor-seducidor, con lo que las feministas tradicionales tendrían problemas. Un punto que parece interesante es que resalta una verdadera diferencia biológica y psicológica entre el hombre y la mujer, interesante para las feministas de la diferencia. El caso de discriminación es claro: esta ley está "hecha a la medida", si no en favor de las mujeres, en contra de los varones.

### ***5. Miller v. Albright, 1998 (5-3): paternidad y maternidad no matrimonial, ius sanguinis y la codiciada nacionalidad americana***

Lorelyn Miller nació en Filipinas en 1970; hija de un soldado americano y una mujer filipina, sus padres nunca se casaron. Solicitó ciudadanía americana, la

<sup>48</sup> En criminología, se denominan victimless crimes o public order crimes los contrarios a las costumbres o los valores socialmente compartidos, sin que exista un sujeto pasivo (porque son consensuales o porque sólo afectan al propio sujeto que ejecuta la acción tipificada). Casos señalados son la prostitución, la sodomía mutuamente consentida o el uso recreacional de drogas no fuertemente adictivas. No se trata tanto que este tipo de conductas dejen de ser consideradas como inmorales por la sociedad, más que nada consiste en utilizar el derecho penal y enfocar la actividad jurisdiccional y las fuerzas policiales sólo a las conductas serias y socialmente dañinas. Es, en buenas cuentas, el viejo tema de las relaciones entre derecho y moral. Tratamos el tema desde el punto de vista de la doctrina antigua y moderna en Alvear Téllez, Julio, y Céspedes Proto, Rodrigo, "Las relaciones entre derecho y moral: las disputas entre lo antiguo y lo nuevo", *Revista Derecho Mayor* N° 2, noviembre/2003, pp 245-262. Desde el punto de vista práctico y con casuística chilena ver Céspedes Proto, Rodrigo, "Perspectivas de análisis para enfrentar el problema de la relación entre derecho y moral", *Cuadernos de la Escuela de Derecho* N° 1/2002. UCN-Antofagasta, pp 88-105.

que fue denegada. Volvió a presentar la solicitud en 1992, después que su padre reconoció su paternidad ante un tribunal americano. Se vuelve a denegar su petición fundado en que la legislación federal establece que los hijos no matrimoniales de *padres* americanos nacidos en el extranjero pueden solicitar ciudadanía sólo hasta los 18 años (la solicitante tenía 22). Lorelyn Miller estima que la ley federal discrimina entre padres y madres norteamericanos, ya que a los hijos no matrimoniales nacidos en el extranjero de *madres* americanas se les otorga la ciudadanía en forma automática, sin necesidad de un procedimiento previo. El problema consiste en determinar si es inconstitucional la ley federal que discrimina entre hijos no matrimoniales nacidos en el exterior de padres y madres norteamericanos. Es una discriminación consecuencia de un tratamiento diferenciado previo (una situación ajena, la nacionalidad de los padres, produce efectos jurídicos y esa regulación discriminatoria incide en los hijos).

Para el Máximo Tribunal, la regulación es compatible con la Constitución, por lo tanto, denegar la ciudadanía es legítimo. Para la Corte Suprema, el tratamiento diferente entre padres y madres con hijos no matrimoniales nacidos en el exterior se justifica porque "frente al nacimiento, padres y madres no están situados de la misma forma: en el caso de la madre, la relación con su hijo es patente y se deriva de los registros médicos"<sup>49</sup>. En cambio, la relación del padre con sus hijos no matrimoniales puede pasar desapercibida por años y el vínculo no es evidente. Por lo anterior, a los hijos no matrimoniales de padres americanos no se les concede automáticamente la ciudadanía: se necesita una prueba de paternidad. El voto de minoría se basa en que la legislación asume un estereotipo: los hijos ilegítimos son exclusiva preocupación de la madre. Se produce además una discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Si bien en el pasado se discriminó a la mujer-madre, eso no justifica la actual discriminación a los hombres-padres. Finalmente, al momento del fallo, determinar genéticamente la filiación a través de una prueba de ADN era fácil y económico.

Éste es un hecho común en EE.UU., donde la nacionalidad se adquiere también por *ius sanguinis*, con el consecuente derecho a convertirse en residente legal permanente (calidad muy apetecida). Éste es un caso donde se toman en cuenta diferencias biológicas entre hombre y mujer y sus repercusiones en la filiación. Como se trata de una verdadera diferencia, la regulación no puede ser discriminatoria, en opinión de la mayoría de los jueces. Sin embargo, desde el punto de vista de los hijos, es una situación que ellos no pueden elegir ni cambiar (éste es un factor que los tribunales norteamericanos toman en cuenta en

<sup>49</sup> El Art. 183 inc. 1° de nuestro CC señala: "La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil". La impugnation de la maternidad, por tanto, se debe fundar en la falsedad del parto o la suplantación del hijo (Art. 217 CC).

variados casos, como la educación de los hijos de inmigrantes ilegales<sup>50</sup>). ¿Podría haber impugnado el límite de edad? La situación de la recurrente depende del acto de un tercero y éste es un factor importante en casos de discriminación.

## B. Cargas públicas y género

Las cargas públicas involucran un gravamen, por lo que la discriminación en esta materia puede ser seria. Estamos frente a un caso de justicia distributiva (la justa repartición de beneficios y cargas sociales en pro del bien común; donde la actividad correctiva del Estado es fundamental), en la cual es esencial el concepto de igualdad sustancial: un imperativo de justicia nos obliga a tratar a los desiguales en forma disímil. El típico caso son los tributos: pagarán más quienes tienen más, y pagarán menos, no pagarán o recibirán dinero del Estado los que tienen menos. En parte, es una forma de cooperación social para conseguir una sociedad más igualitaria y justa. La calidad de las personas cuenta, como también las circunstancias que las rodean; lo que influye en el trato que el derecho les da. Esta justicia se aplica en materia de seguridad social y educación (gratuidad para quienes no pueden procurársela) y, en general, respecto de las cargas públicas, etc. Este criterio de justicia implica tratar desigualmente a personas que no son iguales, es un trato diferente con justificación, sólo con ella se logra la justicia material. Las cargas públicas que comentamos se refieren al deber de participar como jurado<sup>51</sup> en un proceso judicial y al servicio militar. El primero se presenta como una "ventaja" para las potenciales candidatas (más bien aparente por su doble faceta: carga pública y garantía de un juicio justo), ya que el deber depende de la voluntad de inscribirse, a diferencia de los varones, cuya incorporación al registro es automática. La otra cara de la moneda es la posibilidad de una mujer de comparecer en juicio (como acusada, víctima o como parte civil) y ser juzgada por un jurado compuesto sólo por hombres. El caso del servicio militar es bastante problemático, ya que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres parecen esenciales en cuanto a actividades de guerra. Además, es importante el problema logístico que crea la presencia femenina en unidades de combate.

### **1. Hoyt v. Florida, 1961 (unánime): el peso de ser jurado v. la contingencia de un veredicto injusto**

El deber cívico de procurar un juicio justo a los pares y por los iguales es parte de la mentalidad clásica anglosajona. La selección del jurado es entonces

<sup>50</sup> Ver en materia de educación escolar Plyler v. Doe y Texas v. Certain Named and Unnamed Allies (1982). Como los hijos de los inmigrantes ilegales no tienen culpa, acceden a la educación escolar pública gratuita en igualdad de condiciones. Usando la misma argumentación, el Dictamen 6.197/98 de la Contraloría ordena la inscripción en el Registro Civil de hijos de extranjeros ilegales, "porque carecen de responsabilidad por la situación ilegal de sus padres".

<sup>51</sup> Ver nuestro trial by Jury (juicio por jurado), *Revista Ius Publicum* N° 5/2000, pp 135-ss. Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

un trámite procesal fundamental. Una mujer es acusada de matar a su marido después de una disputa conyugal (él había cometido adulterio); en medio de una discusión, ella reacciona impulsivamente y le quita la vida. La defensa alega "privación temporal de razón" en un contexto de violencia doméstica, bastante previsible según la situación. Un jurado, compuesto sólo por varones, la declara culpable. El Estatuto de Florida contemplaba que eran "elegibles" como miembros de un jurado los hombres y las mujeres "que expresamente quieran incorporarse al registro". Como resultado, la desproporción entre hombres y mujeres era enorme (en casi 10 mil potenciales jurados, había sólo 10 mujeres). Después de la condena, la defensa alega ante la Corte Suprema la violación de la garantía de la igual protección ante la ley, en relación directa con el debido proceso. Un jurado con mujeres habría sido más empático y comprensivo con la alegación de privación temporal de razón. El problema por dilucidar es obvio: ¿La legislación de Florida sobre registro y selección del jurado infringe la garantía constitucional de la igual protección ante la ley? En otras palabras, ¿un jurado compuesto sólo por varones da verdaderas garantías de un debido proceso y de una decisión justa?

La Corte Suprema sostiene que la regulación es compatible con la Constitución: el tratamiento diferenciado de hombres y mujeres es razonable y no constituye discriminación. Esto se basa en "la creencia de la comunidad de que el rol social de la mujer es servir a la familia en el hogar". La mujer "aún continúa siendo el centro del hogar y la vida familiar"; por lo tanto, "es razonable eximir a las mujeres de esa carga pública a menos que ella misma determine que puede asumirla en compatibilidad con sus especiales responsabilidades". En opinión del tribunal, la inexistencia de mujeres en el jurado no influye en el veredicto<sup>52</sup>.

El punto central del caso es el debido proceso; el derecho a ser juzgado por los iguales existe desde la Carta Magna (1215) y constituye una garantía de los ciudadanos frente al poder estatal. Sin embargo, en sociedades cosmopolitas como la norteamericana tiene plena aplicación la famosa frase de George Orwell "todos los animales son iguales, pero hay algunos animales más iguales que otros" (*Animal Farm*, 1945). Los factores raciales o de género son esenciales en casos mediáticos como los de Rodney King o O.J. Simpson. Es fundamental que el jurado represente a todos los sectores de la sociedad (*cross-section*) para que se concrete garantía del debido proceso. La regulación del registro y la selección del jurado es el primer punto en disputa. Frente a esta carga pública, la legislación asume un rol basado en el género: como la mujer se dedica a

<sup>52</sup> No deja de ser curioso que, en materia racial (y casi un siglo antes), la Corte tenga una aproximación diversa. En *Strauder v. West Virginia* (1880), un ciudadano de color fue declarado culpable de homicidio por un jurado compuesto sólo por blancos, debido a que el estatuto de West Virginia excluía a los afroamericanos como potenciales jurados. Para la Corte, la Enmienda XIV tiene por propósito asegurar a la gente de color los mismos derechos de los blancos, la exclusión de jurados de la misma raza del imputado no garantiza un juicio justo y viola la Constitución.

tareas hogareñas y al cuidado de los hijos, el asumir esta carga impediría que cumpliera ambas labores con eficiencia. Objetivamente (y a primera vista), se trata de un beneficio, ya que el inscribirse en el registro es una actividad voluntaria, sólo después la carga puede ser exigible (sería como decidir si hacer o no el servicio militar o pagar impuestos). Sin embargo, el segundo punto es más importante: ¿la representación de los géneros influye en el veredicto? La experiencia práctica indica que sí, sobre todo en materias "sensibles" al sexo del acusado o la víctima, como la violencia doméstica, la violación, el acoso sexual, etc. En este caso el resultado habla por sí mismo. Debe destacarse que tampoco había presencia femenina en la Corte Suprema de la época<sup>53</sup>.

## **2. *Rostker v. Goldberg, 1981 (6-3): el servicio militar, la eventualidad de guerra y la ventaja de ser mujer***

Después de la invasión de la URSS a Afganistán, el Presidente Carter reactivó el servicio militar selectivo por sorteo (*draft* o *selective service system*); éste no incluía el registro de mujeres. Un conjunto de varones (potenciales candidatos) impugnó la ley por discriminación de género, la que fue aceptada por los tribunales estatales. El grupo recurre ante la Corte Suprema basado en que el sistema es discriminatorio. El asunto por aclarar es el siguiente: ¿Es inconstitucional la exclusión de las mujeres en el registro del servicio militar? En otras palabras, ¿es la guerra una actividad esencialmente masculina y sólo debe reclutarse a los hombres?

El fallo del Alto Tribunal sostiene que la regulación es constitucional. La Corte sostuvo que la exclusión de las mujeres del servicio militar no es un subproducto de la manera tradicional de ver el rol de la mujer<sup>54</sup>, sino de verdaderas diferencias biológicas. La mujer es físicamente menos fuerte y resistente y tiene el riesgo del embarazo; si las personas son diferentes no hay discriminación y la diferencia de trato es legítima<sup>55</sup>. Frente la naturaleza de la guerra y del combate, hombres y mujeres no están situados en la misma forma. Incluso, la incorporación de mujeres en labores militares no relacionadas con el combate crearía problemas logísticos. Se analizó también el asunto de la división de poderes: la Corte estimó que el Congreso era la autoridad que en definitiva organizaba las FF.AA. y si consideraba que los varones estaban mejor adaptados para el combate,

<sup>53</sup> La doctrina de esta sentencia se revierte en *Taylor v. Lusiana* (1975), en este caso el recurrente era un varón y el sistema de selección del jurado era el mismo que en Florida. El recurrente alega más bien que el jurado no representa la variedad de la sociedad.

<sup>54</sup> La Corte Suprema ya había eliminado discriminaciones basadas en meros estereotipos, declarándolo expresamente, como en el fallo *Reed* (1971), *Frontiero* (1973) y *Orr v. Orr* (1979). Además, desde el caso *Craig* (1976), el standard era ya bastante alto para aceptar un tratamiento diferente entre hombres y mujeres. En el fallo *Orr*, la Corte Suprema invalida un estatuto de Alabama que obligaba sólo al marido a pagar manutención a su cónyuge y no viceversa. Con esto destruye la premisa que la mujer casada es dependiente. La regulación no es neutral y le da una ventaja injusta a la mujer casada.

<sup>55</sup> El mismo criterio que en el caso *Michael M.* de 1981, ya analizado.

debía respetarse ese criterio. Más que jurídico era un asunto político. Para la minoría, las operaciones bélicas implican más que combate; por lo tanto, las mujeres perfectamente pueden realizar otras labores militares ajenas a la batalla (donde participa sólo personal entrenado). Además, ya existían mujeres que se alistaban voluntariamente, cosa que el gobierno nunca rechazó.

En este caso las posturas feministas de estricta igualdad entran en una "contradicción vital": ¿la igualdad es sólo para los derechos o también para las cargas? Las diferencias biológicas, pero sobre todo el riesgo de embarazo en una situación de guerra puede provocar problemas (sin contar los asuntos logísticos que encarecen el presupuesto de emprender una aventura bélica en el exterior). Primaron las "razones de política" en la que abunda Ronald Dworkin, entendida como "conveniencia"<sup>56</sup> de la decisión y su impacto en la sociedad. En la actualidad, la mujer se encuentra plenamente incorporada a labores militares, pero en ese entonces tenían una tímida presencia.

### C. Discriminación positiva<sup>57</sup>

La discriminación positiva (llamada *affirmative action* o *reverse discrimination*) surge como una medida correctiva, tendiente a igualar a personas que se encuentran en situación desigual; en palabras simples, revertir la discriminación con medidas discriminatorias a favor de los grupos excluidos. Podría considerarse parte de la justicia distributiva. Por lo anterior, su constitucionalidad puede ser cuestionada por atentar contra la igualdad. En el caso de la discriminación racial y la esclavitud, es natural que la libertad recién ganada por los afroamericanos no les hubiera servido de mucho si querían integrarse efectivamente a la sociedad. Debía "ayudárseles" un poco, incluso como una forma de "compensación". También es una técnica que puede ser usada para disolver prejuicios sociales, como los asociados a los roles de género: trabajos o áreas considerados "sólo para hombres" o funciones "sólo para mujeres". Uno de los casos analizados es representativo de este fenómeno. El segundo plantea el conflicto de intereses entre dos "minorías desprotegidas" y necesitadas de "ayudas especiales": los veteranos de Vietnam y las mujeres.

<sup>56</sup> El concepto no es totalmente ajeno al ordenamiento chileno; en efecto, el Art. 477 de nuestro CPC señala, en la renovación de la acción ejecutiva (efectos de la sentencia definitiva del juicio ejecutivo y la especial regulación de la cosa juzgada), como excepción la "falta de oportunidad en la ejecución". Nuestros tribunales le han dado una interpretación amplia, más allá de la falta de exigibilidad (plazo, condición, modo), que dice relación con la "conveniencia en razón de tiempo y lugar". En materia administrativa, el control jurisdiccional de mérito es una realidad desde *Fusch y Plath v. Fisco*, RDJ T 5/1908, Sec. 2.

<sup>57</sup> Para una visión general del problema ver Leiter, Samuel, y otro, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy*, Suny Press, 2002.

### **1. *Personnel Administrator Massachusetts v. Feeney, 1979 (7-2): ex soldados en guerra contra las mujeres***

Una ley del Estado de Massachusetts le daba preferencia en puestos públicos "por toda la vida" a la contratación de veteranos de guerra dados de baja con honores (98% hombres). Los veteranos postulaban al 60% de los empleos públicos. Helen B. Feeney obtuvo un alto puntaje en las pruebas de conocimiento, pero quedó bajo varios veteranos que obtuvieron puntajes menores. Postuló varias veces a distintos cargos públicos y en todos los concursos fue desplazada. Los Tribunales de Massachusetts le dan la razón a la Sra. Feeney, lo que es impugnado ante la Corte Suprema. En este caso se pretende determinar si es inconstitucional este tipo de discriminación contra la mujer y, correlativamente, el beneficio de veteranos de guerra (mayormente varones).

Para el Máximo Tribunal, la medida sí se ajusta a la Constitución, no hay en el legislador un claro propósito de discriminar. La regulación de la discriminación positiva tiene justificación en la readaptación de los veteranos de combate en la sociedad civil; no discrimina sobre la base del género, ya que también hay mujeres beneficiadas (2%): "El carácter de veterano de guerra no es exclusivamente masculino y esta forma de discriminación positiva no sólo perjudicó a mujeres como la Sra. Feeney, también fueron desplazados varones. La discriminación en esta ley es entre veteranos y no-veteranos y no entre hombres y mujeres". Para el voto de minoría, sí hay intención de discriminar y los efectos materiales de la medida eran fácilmente predecibles por el legislador. La casi inexistente presencia femenina en las FF.AA. era suficiente evidencia e influyó definitivamente en el resultado fáctico final de la medida. En suma, no supera el examen de escrutinio intermedio según los disidentes.

Si entendemos que los conflictos se reducen a aplicar el contenido "superficial" de las normas, el fallo es impecable: este sistema de preferencias no hace alusión a cuestiones de género. Sin embargo, los hechos se imponen: si bien la categoría "veterano" no está asociada al género, en lo fáctico sólo la componen varones. La medida en términos abstractos es neutral, pero en los hechos no lo es<sup>58</sup>. Los desplazados serían los hombres y las mujeres "no-veteranos", existiendo mujeres veteranas de guerra aunque en bajo número (el hecho que las mujeres pudieran ingresar al ejército es recalado en el fallo: no hay un requisito previo "imposible de cumplir"). No hay, en otras palabras, intención de discriminar a las mujeres y beneficiar a los hombres considerados como una categoría. En

<sup>58</sup> Ver en este sentido *Yick Wo v. Hopkins* (1886). Una norma municipal de la ciudad de San Francisco regulaba sólo las lavanderías ubicadas en edificios de madera. De 80 lavanderías operadas por blancos, 79 estaban localizadas en edificios de ladrillos (no se les aplica la regulación). Las 200 lavanderías operadas por chinos se ubicaban en edificios de madera. Si bien el texto de la regulación es neutro, en los hechos no lo es, tal como lo declaró la Corte Suprema: un caso claro de facto-discriminación. En contra, sobre planificación urbana y discriminación racial ver *Ybarra v. Town of Los Altos Hills* (1974).

este caso, el análisis del tribunal no es un mero contraste normativo, busca la intención del legislador. El carácter permanente de la medida (al menos mientras sobrevivan veteranos de guerra) la hace cuestionable, ya que no se evalúan los resultados. Implícita en el juicio está la idea de "compensación", ya que los veteranos fueron dados de baja "con honores", indicativo de un servicio prestado al país. Lo mismo podría decirse de la discriminación positiva otorgada a los afroamericanos (en compensación por la esclavitud y la segregación) o a los nativos (exterminación y usurpación de sus tierras). Al tribunal, en último término, le corresponde tomar decisiones políticas (en el sentido que le da al término Ronald Dworkin) y debe elegir entre dos grupos "desprotegidos". Si bien era previsible que, en el hecho, se discriminaría contra las mujeres, para que una ley sea declarada inconstitucional el legislador debe buscar expresamente el propósito de discriminar: no sería inconstitucional si la discriminación es sólo un subproducto.

## ***2. Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, 1987 (6-3): las medidas temporales para equilibrar el mercado laboral y su potencial efecto antimeritocrático***

La Empresa de Transporte de Santa Clara (California) asciende a Diane Joyce (dándole el cargo de mensajera) en vez de a Paul Johnson, que obtuvo dos puntos más en la prueba de selección. Esto porque el empleador voluntariamente ha asumido una política de discriminación positiva temporal en favor de las mujeres (en un universo de 238 trabajadores no había ninguna) y minorías raciales infrarrepresentadas. El ente público señala que la participación femenina en el sector, según las estadísticas, es baja y desea corregirla con una medida temporal, poniéndose metas anuales. Se impugna la normativa de una empresa pública. El problema básico por resolver es si es constitucional tomar en cuenta el género del funcionario al momento de decidir los ascensos según la *Civil Rights Act* de 1964<sup>59</sup> en el procedimiento establecido por esta empresa pública.

<sup>59</sup> La sección quinta de la Enmienda XIV le otorga al Congreso la potestad de darle mayor concreción a través de leyes federales. La más importante es la Ley de Derechos Civiles de 1964, que amplía su aplicación no sólo a asuntos raciales, sino a la discriminación por sexo, origen nacional, religión, etc. Con ésta se pudo impedir la discriminación realizada por particulares (servicios al público como hoteles, parques de remolques, restaurantes, estaciones de gasolina, bares, lugares de entretenimiento en general, etc.) y fomenta la integración en servicios financiados con fondos federales. Ampliada posteriormente por la Civil Right Act de 1968 referente a venta, arrendamiento y financiación de viviendas. Ver LOEY, Robert D., *Civil Rights Act 1964: The Passage of the Law that Ended Racial Segregation*, State University of New York, 1997. El caso más célebre es *Shelley v. Kraemer* (1948): Una familia afroamericana adquirió una casa en un condominio; uno de los copropietarios solicitó judicialmente que el comprador no entrara en posesión material del inmueble invocando un acuerdo entre copropietarios (vigente desde 1911), que impedía vender a "personas de raza negra o mongola". La Corte de Missouri declaró legal la restricción, argumentando que la garantía contra la discriminación era oponible solamente frente a actos estatales y no ante privados (el problema de la verticalidad/horizontalidad de los derechos constitucionales). La Corte Suprema señaló que, no obstante que la cláusula era válida desde el punto de vista contractual, no podía solicitarse su cumplimiento ante tribunales. De decretarlo los tribunales estatales, el estado federado mismo se involucraría en discriminación racial, lo que es inconstitucional.

La Corte sostuvo que la consideración del género del candidato en el proceso de promoción y selección era razonable, flexible, moderado y acorde con la Constitución, ya que es sólo un factor entre varios tomados en cuenta y no constituye una barrera para que los hombres asciendan (no es un sistema de "cuotas")<sup>60</sup>. La medida adoptada es adecuada para corregir "el desequilibrio en la proporción de hombres y mujeres que trabajan en el sector, tradicionalmente reservado a hombres"; en otras palabras, esta discriminación temporal ayudaba a corregir una discriminación permanente. Además, se trata de una medida temporal tendiente a eliminar una desigualdad social en los hechos. Para la jueza Sandra O'Connor, la total ausencia de mujeres en ese campo de trabajo era argumento suficiente para dar legitimidad a la medida (algo natural, ella fue la primera mujer en la Corte Suprema Americana). Según el voto de minoría, para aplicar un sistema de discriminación positiva es necesario probar una intención discriminatoria y no basta la falta de equilibrio en la presencia masculina y femenina. Además, insinúa que la poca o nula presencia de mujeres en ciertos trabajos se debe más a la falta de calificación o, incluso, de interés. En resumen, esta medida provoca más discriminación, en vez de evitarla.

El carácter temporal de la medida y el bajo porcentaje de personal femenino en las labores señaladas dan legitimidad al sistema implementado. Sin embargo, la discriminación positiva es, en efecto, discriminación. Frente a puestos públicos escasos a los que concursa gran cantidad de personas el resultado, al menos, generará "molestia" en los desplazados. Como técnica es bastante discutida, ya que puede generar desconfianza en los demás funcionarios o en el público a quien los funcionarios sirven: la eficiencia y eficacia del servicio puede verse afectada por la incorporación de personas menos calificadas. Para muchos es un sistema "antiamericano", ya que no se selecciona al mejor candidato.

#### **D. Beneficios de la seguridad social y género<sup>61</sup>**

La seguridad social es una de las áreas más complejas y reglamentarias del ordenamiento jurídico. Los dos casos presentados ejemplifican bien el problema del género y los roles asociados y su asunción por la legislación. En el primer caso, la Corte resuelve sobre una discriminación que opera contra los varones

El acuerdo parece generar una especie de obligación natural: válida pero privada de acción. En Chile el caso se resolvería en forma más fácil: el contrato es nulo por objeto ilícito en base al Art. 1462 CC: sería contrario al derecho público chileno. En efecto, a través de esta disposición, la infracción al Art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental anularía el acuerdo.

<sup>60</sup> Utiliza un criterio ya aplicado en la discriminación racial, pero en el ámbito de la empresa privada en *united steel workers of america v. weber* (1979).

<sup>61</sup> En Chile ha habido interesantes pronunciamientos de la Superintendencia de Seguridad Social, por ejemplo, Dictamen 2.978 de 09/10/79, que señala que en materia de pensiones de sobrevivencia hay discriminación al existir diferencias en cuanto al género del causante por cuanto el pensionado varón tiene como beneficiaria a la cónyuge, no dándose lo mismo en la situación inversa.

casados con mujeres militares. El segundo es un beneficio estatal más general a las mujeres viudas, que discriminaba contra los viudos.

### **1. *Frontiero v. Richardson, 1973 (8-1): mujeres soldado y las cónyuges de militares***

Sharon Frontiero, teniente de la Fuerza Aérea, pretendía incorporar a su marido como carga en el sistema de seguridad social, ya que le otorgaba beneficios extra en salud y vivienda. La ley federal establecía que *las cónyuges* de todos los *militares varones* eran automáticamente consideradas como carga; en cambio, los *maridos de militares mujeres* no eran considerados carga, salvo que se probara que su remuneración era inferior a la mitad del salario de su esposa (en el fondo, tenía el peso de probar cierta dependencia, mientras que en el otro caso se daba por evidente). La recurrente estima que hay un indudable trato adverso hacia las mujeres. Como su solicitud es denegada, la Corte Suprema debe pronunciarse sobre la constitucionalidad esa ley en atención de que discrimina en forma irrazonable en el procedimiento de determinación de cargas familiares y los beneficios consiguientes. Es decir, el Máximo Tribunal debe decidir si hay razón suficiente para que la Administración haga esa diferencia en base al sexo y, en consecuencia, sea legítima.

Para la Corte, este sistema contraviene la Constitución. El tratamiento diferente en perjuicio de la mujer frente a los varones que están en sus mismas condiciones constituye una violación al principio de igualdad. Al hacer diferencias entre géneros, la autoridad pública debe probar exhaustivamente que existe un interés público involucrado y que es conveniente hacer una discriminación. De no probarse lo anterior, la clasificación y el tratamiento diferente entre hombres y mujeres es altamente sospechosa y, por lo tanto, inconstitucional. Incluso, el sistema permite darle automáticamente beneficios a las esposas que pueden no ser dependientes. Hay un expreso reconocimiento al discriminatorio tratamiento que el ordenamiento jurídico norteamericano ha dado a la mujer. Por primera y única vez, varios jueces señalan que debe aplicarse el escrutinio estricto a asuntos de género. Para el único voto de minoría, el sistema es razonable, ya que la mayoría del personal militar está compuesto por varones y el sistema de clasificación de la esposa mujer como carga automática (la gran mayoría eran dependientes) disminuye costos para el erario nacional.

Ésta es una clásica relación entre rol y género que no rompe el tribunal, sino la propia realidad social: la incorporación creciente y paulatina de la mujer al mercado laboral, incluso el militar. La regulación se basaba en el supuesto de un marido proveedor y una esposa dedicada al hogar o con un trabajo con remuneración inferior. La realidad social había superado ese estereotipo y la legislación simplemente estaba atrasada (difícilmente podía imaginarse una mujer militar). La discriminación sencillamente no tenía base racional y per-

judicaba y desalentaba la incorporación femenina a las FF.AA. Este caso es un ejemplo de interpretaciones "evolutivas" (*living Constitution*) donde el derecho debe ser aplicado de acuerdo con el cambio social en desmedro de su origen histórico. La Enmienda XIV es el vivo ejemplo de lo anterior: originalmente creada después de la Guerra de Secesión, comenzó a aplicarse a otras minorías étnicas, a las mujeres, a los homosexuales, discapacitados, etc.

## **2. *Weinberger v. Wiesenfeld, 1975 (unánime): un pobre viudo contra el sistema***

El régimen de seguridad social de Washington DC establecía beneficios para las viudas que se dediquen al cuidado de los hijos. Un viudo, Stephen C. Wiesenfeld, cuya esposa (fallecida durante el parto) trabajaba como maestra de escuela (y contribuía al sistema de seguridad social, recibiendo un estipendio superior al de su marido, que era la base de sustentación de la familia) desea dedicarse exclusivamente al cuidado de su hijo recién nacido. Estima que los beneficios se regulan discriminatoriamente, la distribución es inequitativa<sup>62</sup>. Aquí el asunto principal consiste en decidir si es constitucional la discriminación entre viudos y viudas respecto a los beneficios de la seguridad social. En esencia, el mismo problema del caso anterior.

Para el tribunal, el sistema de distribución de beneficios es inconstitucional y hace una "arcaica" generalización que no puede ser tolerada. La regulación de los beneficios es discriminatoria, se basa en un estereotipo: marido trabajador y proveedor y esposa preocupada del hogar; o, en caso que la cónyuge trabaje, su aporte monetario es menos significativo. Los roles pueden intercambiarse, como en este caso. Sigue la misma doctrina que en *Frontiero*.

Similar al fallo anterior, la norma se basa en supuestos ya superados: el rol asociado al género estaba cambiando. En esta sentencia, lo que llama la atención es que el discriminado es un hombre frente a una legislación que beneficia a mujeres: segundo caso en el cual el feminismo radical tendría "contradicciones vitales". Filosóficamente, este fallo representa una aplicación de la "justicia distributiva" de Aristóteles: debe darse lo mismo ("lo suyo") a quien está esencialmente en la misma situación (sin que el género sea relevante).

## **E. Educación y género**

La educación es un catalizador de cambio, sobre todo en materia de prejuicios culturales. Éste es un campo en el cual se pueden corregir las desigualdades fácticas provocadas por tratos discriminatorios permanentes y los consiguientes prejuicios culturales arraigados. En efecto, el acceso a la educación por las

<sup>62</sup> En el mismo sentido y sobre una materia similar, *Califano v. Goldfarb* (1974).

mujeres puede "liberarlas" de los roles tradicionales y abrirles puertas a más opciones. En el caso de los afroamericanos, la educación era esencial para ejercer adecuadamente derechos políticos<sup>63</sup>. Examinamos un caso paradójico: una profesión estimada "sólo para mujeres"; una escuela "sólo para mujeres" que persigue (¿persegua?) abrirles espacios en el mercado laboral y un varón que alega "discriminación" frente al "sexo débil". Luego, un caso clave para la administración Clinton: la integración total en la educación secundaria pública (coeducación).

### ***1. Mississippi University for Women v. Hogan, 1982 (5-4): un hombre solitario en un mundo de mujeres***

A Joe Hogan, un enfermero titulado, le es negada la admisión a un curso de postgrado en la Escuela de Enfermería *para Mujeres* de la Universidad de Mississippi (*MUW*), basado en que es hombre. Aparte de ese "detalle", reunía todos los requisitos para entrar al programa. Creada en 1884, era la más antigua escuela "sólo para mujeres" subvencionada por el Estado. La decisión de entrar a dicho postgrado se basaba en la proximidad geográfica al centro de estudios como en su gran prestigio. El dilema aquí consiste en determinar si es inconstitucional la negativa de ingreso a un varón a un curso de postgrado en una escuela universitaria creada sólo para mujeres. En términos más específicos, ¿supera el *test* del escrutinio intermedio establecido en el caso *Craig* de 1976?

La Corte decide que impedir el ingreso por el sólo hecho de ser hombre es inconstitucional; lo mismo que la institución sea sólo para mujeres. La distinción en base al género en este fallo y en esta época no tiene justificación; además, precisamente se funda en roles asignados por género. Su preservación precisamente generará la continuación de un estereotipo. No se trata de una forma de discriminación positiva en favor de la mujer, ya que, tradicionalmente, las mujeres han tenido iguales oportunidades de entrar al campo de la enfermería; incluso, la educación separada en este caso tiende a "perpetuar el estereotipo de que la enfermería es sólo para mujeres". En el fondo, era una discriminación positiva que ya no tenía sentido: el género beneficiado ya no sufría ninguna desventaja. Si el Estado quería hacer una política compensatoria, ésta ya había dado resultado. Para el voto de minoría, la facultad sólo daba más oportunidades a las mujeres, que podían elegir asistir a un programa mixto. Asimismo, que el recurrente alegue el factor de la distancia entre su residencia y el centro educativo parece "constitucionalmente trivial": el daño invocado es irrelevante. Además, las consecuencias lógicas de la opinión de la mayoría sería comenzar a abrir escuelas de negocios sólo para mujeres (aún había pocas en el rubro). Finalmente, la diversidad y la libertad son centrales en el sistema educativo

<sup>63</sup> Ver *Brown v. Topeka Board of Education* (1954), respecto a la segregación racial en las escuelas.

americano: los alumnos pueden decidir si estudiar en una universidad sólo para mujeres o una integrada.

Estamos frente a otro caso que produciría perplejidad entre las feministas: un hombre "invadiendo" una profesión tradicionalmente "de mujeres". No se trata del desempeño de un rol (hogar y cuidado de los hijos), sino de una actividad laboral que es prácticamente monopolio femenino. Si bien se trata de una política proteccionista destinada a las mujeres (hay menos competencia al momento de ingresar, lo que una feminista moderada defendería), el argumento esgrimido es más fuerte: los estereotipos son precisamente lo que las feministas (las más radicales) pretenden romper. El origen de la *MUW* era una "compensación" a las mujeres por haberlas excluido sistemáticamente del mercado del trabajo, cosa que ya no tenía mucho sentido (a la época de creación de la escuela no existían enfermeras). Ahora, un asunto que parece secundario cobra importancia: el subsidio estatal. En EE.UU. se pueden establecer escuelas religiosas y separadas por sexo sin problema, pero no gozarán de subvención estatal.

## ***2. United States v. Virginia, 1996 (7-1): la batalla por integrar a las mujeres agueridas***

El *Virginia Military Institute (VMI)* tenía una larga tradición (creada en 1838) como escuela pública militarizada sólo para hombres (incluso uno de los jueces se inhabilitó porque su hijo estudiaba en ella). La fiscalía de EE.UU. sostiene que la política de sólo admitir hombres viola la Constitución. Los tribunales de Virginia estiman que es inconstitucional esa práctica de admisión y dan al Estado tres opciones: admitir a la solicitante, dejar de apoyar financieramente a la escuela o crear una escuela militar femenina. El Estado de Virginia se decide por la última: *Virginia Women's Institute for Leadership (VWI)*, pero con una aproximación pedagógica menos agresiva, ya que "las mujeres se desarrollan mejor en un ambiente más cooperativo". Además se sostiene que el acto de incorporar presencia femenina cambiaría la filosofía educacional de la *VMI*. El tribunal estatal sostiene que la medida sirve para enervar la acción, ya que ambas escuelas ofrecen un programa similar ("separados pero iguales"), pese a las diferencias de prestigio. La fiscalía impugna la decisión ante la Corte estatal. Virginia se defiende alegando las ventajas de la educación separada (diferencias en la madurez de hombres y mujeres, resistencia al ejercicio físico) y las desventajas de la integración (problemas de logística). La Corte Suprema debe decidir si satisface la exigencia constitucional el mantener dos escuelas separadas por sexo, o, lo que es lo mismo, si hay una razón suficiente para mantener esta diferencia.

Para la Corte, la existencia de dos escuelas paralelas no es suficiente para satisfacer los requerimientos constitucionales de igualdad; por lo tanto, debe procederse a la integración. La política de admitir sólo hombres en el *VMI* es inconstitucional

y la creación de una escuela militarizada separada sólo para mujeres no fomenta la diversidad y se basa en un estereotipo. La enseñanza de la escuela alternativa no proveerá el mismo riguroso entrenamiento militar, cursos, instalaciones y reputación. El *standard* utilizado por el tribunal es mucho más alto que el escrutinio intermedio, el clásico para asuntos de género. Según el único voto de minoría, los beneficios de la coeducación son relativos (no los habrían en este caso); la filosofía educacional del *VMI* pugna con las características femeninas. Además, existía una amplia oferta educacional con oportunidades abiertas para hombres y mujeres. Finalmente, la diversidad es un valor importante y para esto debe otorgarse cierto grado de autonomía a las escuelas.

Las escuelas militarizadas eran tradicionalmente sólo para hombres, dada la fuerte disciplina, la falta de privacidad, el método de enseñanza "agresivo" y, finalmente, que se consideraba que la actividad militar era esencialmente masculina. La creación de una escuela militarizada paralela sólo para mujeres podría parecer suficiente, pero tiene dos inconvenientes. Primero, lo que se busca es la integración, la educación en un ambiente mixto y que las mujeres (hasta ahora excluidas) se beneficien con esta "filosofía educativa". En segundo lugar, recuerda un nefasto precedente que estableció la doctrina "iguales, pero separados": se impugnó la existencia de vagones de ferrocarril separados para negros y blancos, cosa que la Corte Suprema consideró legítima (*Plessy v. Ferguson, 1896*).

#### **IV. Conclusiones**

Este debate está lejos de acabar en los EE.UU. En algunos países, como los latinoamericanos, recién comienza. Sin embargo, podemos sacar algunas conclusiones:

1. La Constitución americana es un modelo para el mundo (muchos países la tomaron en cuenta al redactar sus propias leyes fundamentales; la Convención Europea de Derechos del Hombre también se basó en gran parte en este texto); sin embargo, el logro por la efectiva igualdad en todo ámbito ha sido objeto de una larga batalla judicial, como acabamos de ver. La Corte Suprema Americana comenzó a aplicar tímidamente el Texto Fundamental en materia de igualdad, muchas veces ignorando esta garantía.
2. En materia de igualdad de género, el feminismo luchó primero por igualdad en los derechos (sufragio, acceso a la educación y puestos de trabajo); luego por superar roles y estereotipos asociados al sexo.
3. Muchas veces la disputa por la estricta igualdad ha llevado a que, situaciones inicialmente beneficiosas para la mujer se hayan revertido, sobre todo en materia de cargas públicas y beneficios de seguridad social.

4. Existen indudablemente diferencias biológicas y psicológicas entre hombre y mujer, la clave es averiguar cuáles son y cómo éstas se deben reflejar en el ámbito normativo. El embarazo, por ejemplo, es una diferencia esencial que se traduce en tratos diferenciados justificados.

5. La interpretación de la Enmienda XIV por la Corte Suprema americana ha evolucionado, dándole cada vez mayor amplitud. Históricamente se ideó para superar la esclavitud, pero se aplicó posteriormente a otras minorías étnicas, a cuestiones de género, orientación sexual, discapacidad, nacionalidad, etc. Un ejemplo de una interpretación evolutiva del derecho.

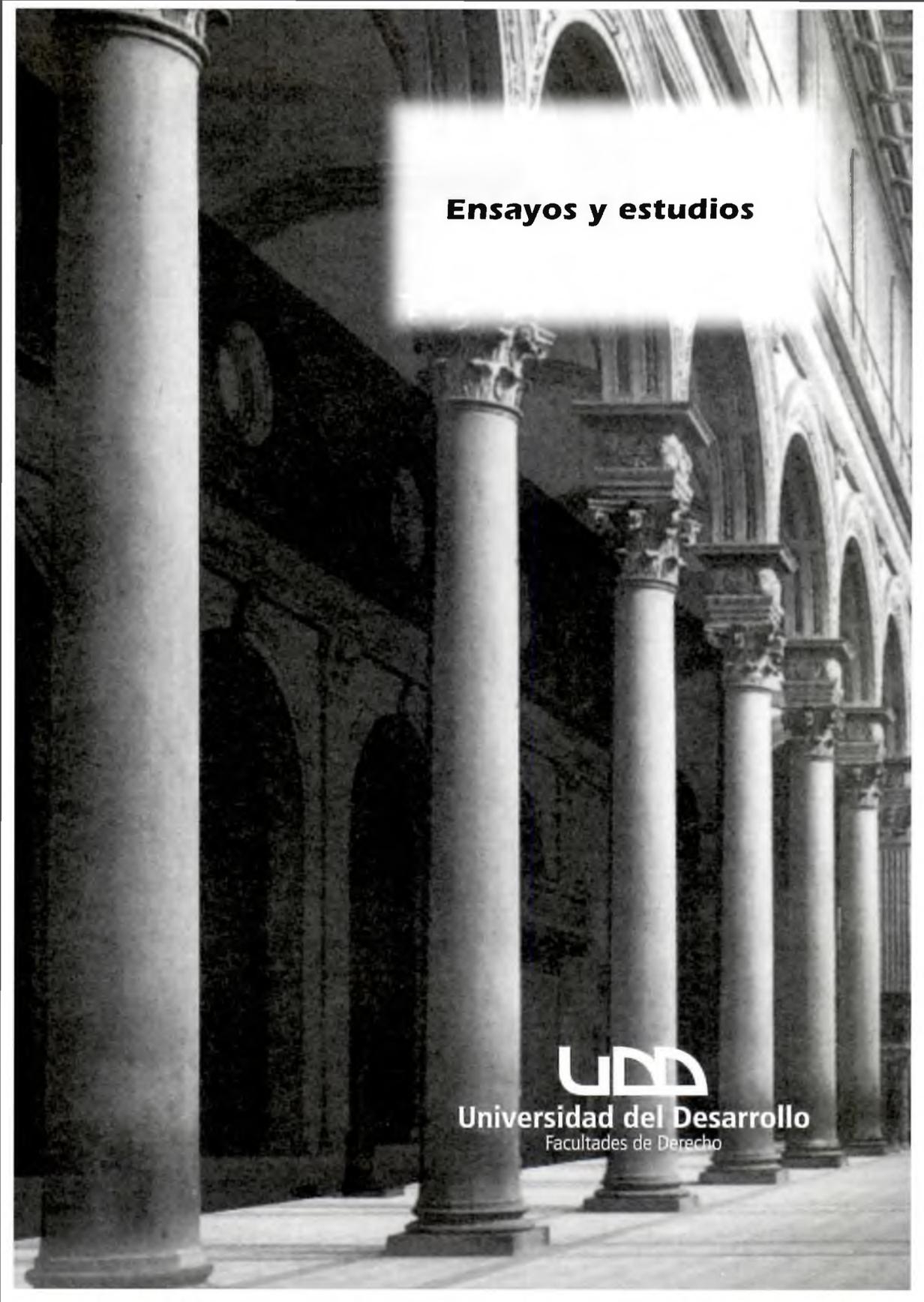
6. Cada vez más la Corte Suprema considera como "sospechosas" las clasificaciones y distinciones del legislador o de la Administración basadas en el sexo y, para considerarse constitucionales deben pasar por un examen cada vez más estricto.

7. El análisis de algunas sentencias provoca la sensación de paradojas, casos en que las posturas feministas entran en "contradicción vital".

8. Siempre, en todas las controversias, subyace el límite y la frontera entre las potestades de los gobiernos y parlamentos estatales y federales y la facultad de los tribunales para controlarlos. No hablamos del plano formal (la asignación de competencias normativas y la expresión de las regulaciones bajo la forma de una específica fuente formal), sino del mérito, la gravedad de la situación normada y la regulación misma.

9. En esta materia, la diferencia entre jueces liberales y conservadores es palpable, así como la presencia femenina en el Máximo Tribunal americano.

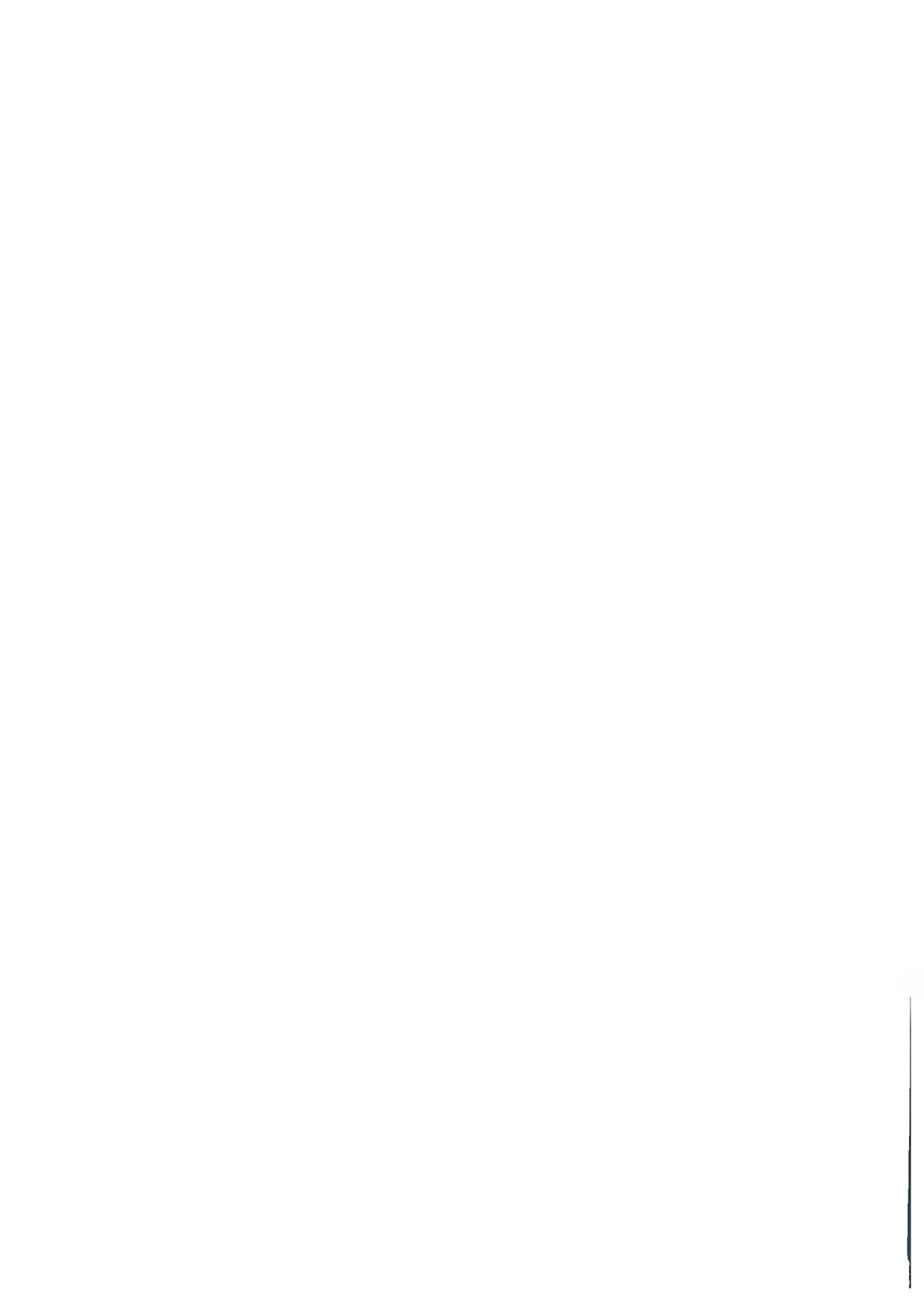
10. La discriminación de género se manifiesta en una amplia gama de materias como la tipificación de delitos, los beneficios de la seguridad social, el mercado laboral, etc.



## Ensayos y estudios



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** Las obligaciones cuya ejecución se extiende a través del tiempo no tienen un estatuto jurídico especial en nuestro derecho. Este vacío tampoco ha sido llenado por la doctrina, que, por lo general, se refiere a ellas sin formular distingos ni caracterizaciones que permitan darles una específica fisonomía. Luego de formular algunas ideas matrices sobre el contrato, se clasifica este tipo de obligaciones en tres categorías: las llamadas "*obligaciones de ejecución diferida*" (aquellas que deben cumplirse por parcialidades atendida la naturaleza misma de la prestación); "*obligaciones de ejecución parcializada*" (aquellas en que las partes convienen en un cumplimiento fraccionado, a pesar de no existir impedimento natural en darles cumplimiento instantáneo); y "*obligaciones de tracto sucesivo*" (aquellas en que la prestación se agota y resurge espontáneamente como si el consentimiento y los demás requisitos de existencia y validez volvieran a estar presentes). Cada una de estas obligaciones tiene efectos diversos en lo relativo a la resolución (terminación), al riesgo de la cosa debida, y a la nulidad. Se trata, por consiguiente, de fijar, en una perspectiva global, las diferencias y efectos particulares que genera cada tipo de dichas obligaciones. La mayor importancia se asigna a la figura del *contrato de tracto sucesivo*, habida consideración de que la relación jurídica se agota en diversos períodos (en virtud del cumplimiento), y renace en forma sucesiva en el silencio de las partes. No puede esta figura confundirse con una "cláusula de prórroga tácita" ni un caso de "silencio circunstancial". Por ende, nos hallamos ante un tipo contractual especialísimo que no ha sido debidamente estudiado y sistematizado en la doctrina nacional. Finalmente, se rechaza la posibilidad de conectar esta tipología contractual con la llamada "teoría de la imprevisión", como han propuesto algunos autores, atendida la circunstancia de que el vínculo contractual se genera al momento de perfeccionarse el consentimiento, reproduciéndose estos elementos automáticamente al resurgir el contrato extinguido. Esto último es lo peculiar en esta clase de contratos.

\*\*\*

## I. Algunas ideas matrices sobre el contrato.

El contrato se halla definido en el artículo 1438 del Código Civil chileno, que lo hace sinónimo de "convención". La indicada disposición expresa: "*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o varias personas*". Esta definición, a lo menos, debe ser calificada de pobre y muy distante de ofrecer un concepto cabal de lo que debe entenderse por contrato.

Desde luego, comencemos por decir que si bien el contrato es una especie dentro del género *convención*, no pueden confundirse ambas cosas ni asimilarse. Lo que caracteriza al contrato es la **creación de derechos y obligaciones**, en tanto la convención puede, además, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Por lo tanto, el campo de acción de la convención es considerablemente más amplio que el campo de acción del contrato. Una adecuada sistematización doctrinaria de las instituciones obliga a reivindicar la distinción entre la **convención**, el **contrato** y el **pacto**, reservado este último concepto para los acuerdos de voluntad destinados a extinguir o modificar convencionalmente los derechos.

La extinción de un derecho puede ser **convencional o legal**. En el primer caso opera el concurso real de voluntades, pero en un ámbito restringido, relativo sólo a la pérdida o desaparición de un derecho, lo cual da lugar a un "pacto". Así, por ejemplo, el pago es genéricamente una convención, pero, específicamente, un pacto, puesto que con él se excluye un derecho del ordenamiento jurídico.

La noción que ofrece el Código Civil, por otra parte, confunde el objeto del contrato –**derechos y obligaciones**– con el objeto de estos últimos (las cosas y los bienes), poniendo énfasis en la "**prestación**" definida por los contratantes, en lugar de hacerlo en lo que es su razón de ser (creación de derechos y obligaciones, lo cual equivale a la imposición de una conducta jurídicamente descrita en el mismo contrato o en la ley). Nada nos dice la definición que comentamos sobre que el contrato es una fuente de derechos y obligaciones, como sí lo preceptúa el artículo 1437 del Código Civil, que habla de "**concurso real de voluntades**", y el artículo 2284 del mismo cuerpo legal, que se refiere a "**las obligaciones que nacen sin convención**" (lo cual implica que otras obligaciones nacen de la convención). Mucho menos alude nuestra legislación a la circunstancia de que el contrato sea una manifestación de voluntad que, encuadrada en una cierta reglamentación legal, **limita la libertad de las personas** –y eventualmente la libertad de quienes están llamados a sucederlas–, al asumir el deber de desplegar una cierta conducta definida y descrita en el mismo contrato. Incluso más, no es extravagante sostener que mediante el contrato se "organiza" y "autorregula" la libertad, ya que aquél supone siempre un proyecto presuntamente beneficioso para quienes lo celebran. En otras palabras, las limitaciones a la libertad individual

se imponen en las leyes (obligaciones legales) o, bien, son consecuencia de una autolimitación que se funda en los efectos vinculantes del contrato (obligaciones contractuales). Por lo mismo, es necesario poner acento en el verdadero sentido de la obligación como "**deber de conducta típica**", puesto que ello explicita con mayor precisión cuál es el sentido y alcance que debe atribuírsele, y vincular la obligación a los instrumentos que le dan existencia.

De la manera indicada, siempre en un ámbito jurídico predeterminado, cada cual va conformando el estatuto jurídico al cual somete la convivencia social, en función de sus intereses y preferencias. Quizás esta sea la perspectiva más importante que proyecta el contrato, en tanto instrumento de regulación de la libertad individual.

Para estos efectos debe considerarse que en el derecho privado se distinguen dos esferas opuestas: aquella establecida en la ley y de la cual no puede el sujeto sustraerse (normas de **orden público** irrenunciables), y aquella de libre disponibilidad (cuestiones no reguladas en la ley y normas supletorias de la voluntad de las partes). En estas últimas juega en plenitud el principio conforme al cual, en el campo del derecho común pueden ejecutarse todos los actos que no estén expresamente prohibidos en la ley (*autonomía privada*). Como es obvio, el contrato juega en las áreas de la **autonomía privada** un rol fundamental, porque es el medio más expedito y efectivo para limitar la libertad en razón de beneficios e intereses susceptibles de alcanzarse a cambio de asumir determinados deberes de conducta en provecho de la contraparte. Podría decirse, entonces, que el sujeto que contrata, en cierta medida, sustituye su libertad por el deber de desplegar forzosamente una conducta típica en procura de lograr una ventaja que él aprecia soberanamente (causa del contrato). Por desgracia, no se ha desarrollado suficientemente, entre nosotros, una teoría del contrato desde la perspectiva de la limitación u organización de la libertad individual, ni se ha proyectado el alcance que este instrumento tiene en la construcción voluntaria del estatuto jurídico que rige los actos del sujeto de derecho.

Tampoco puede prescindirse de la noción que caracteriza el contrato como la vinculación entre patrimonios que pueden resultar recíprocamente gravados (así se trate de contratos unilaterales o bilaterales, puesto que los primeros pueden asumir el carácter de sinalagmáticos imperfectos), y en virtud de lo cual se proyecta la conducta debida (la obligación). De lo dicho puede inferirse que la "limitación de la libertad", a que aludíamos en lo precedente, se refiere más exactamente a las prerrogativas con que los contratantes administran sus patrimonios. Sobre este particular hay que tener en consideración que el efecto de los contratos recae en el patrimonio ("derecho de prenda general" o afectación de determinados bienes al cumplimiento de las obligaciones), lo cual induce a pensar que el vínculo jurídico que genera el contrato tiene un área limitada de carácter esencialmente patrimonial.

Como lo demuestran los autores, existe una multitud de otros aspectos que, de uno u otro modo, contribuyen a conceptualizar este rico instrumento, sin duda el más importante en el derecho patrimonial.

Pero sigamos con las objeciones más reiteradas a la definición de nuestro Código Civil.

Jorge López Santa María recoge, muy someramente, las dos primeras críticas citadas. Sin embargo, excusa la asimilación de contrato y convención sosteniendo que: *"Aunque admitimos esta crítica por razones didácticas, en cuanto facilita la aprehensión de las categorías conceptuales que van a permitir el manejo dogmático de una rama del Derecho, es conveniente tener claro que en el Derecho Comparado son numerosos los ordenamientos en los cuales se identifica el contrato con la convención. Tales son los casos, entre otros, del Código alemán de 1900 (BGB) y del Código Civil italiano de 1942. El artículo 1321 de este último dispone: 'el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial'".<sup>1</sup> Respecto de la crítica sobre que se confunde en la definición del artículo 1438 del Código Civil el objeto del contrato con el objeto de la prestación, nos dice: *"En verdad, el objeto del contrato son las obligaciones que él crea. A su turno toda obligación tiene por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, según la terminología del artículo 1460. De modo que cuando el artículo 1438 establece que en el contrato una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer, se salta una etapa, pues alude a la prestación como objeto del contrato, a pesar de que la prestación es el objeto de la obligación y no el objeto del contrato. Mejor habría sido que el legislador hubiese dicho que el contrato engendra obligaciones y que éstas tienen por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa".<sup>2</sup>**

Creemos, por lo tanto, que se ha perdido de vista en nuestra ley una cuestión fundamental a la hora de conceptualizar el contrato. Nos referimos a la *"potestad"* que lo genera, a su finalidad última, a la vinculación que provoca sobre el patrimonio de quienes lo celebran y, sobre todo, al hecho de que constituye una limitación autoimpuesta a la libertad, lo cual hace posible que los sujetos de derecho puedan ir modelando el estatuto jurídico que condiciona su conducta en la comunidad civil. Desde esta perspectiva, el contrato, como dijimos, es la expresión de la llamada *"autonomía privada"* que hace posible que cada cual, en una cierta órbita preestablecida en el sistema legal (artículo 1445 del Código Civil), organice su libertad en función de sus intereses, realizando algunos de ellos y sacrificando otros. Se trata, entonces, de un *"intercambio"* de bienes, intereses y expectativas que se van seleccionando sobre la base de la voluntad

<sup>1</sup> Jorge López Santa María. *Los contratos*. Parte General. Tomo I. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Año 1998. Tomo I. Pág. 17.

<sup>2</sup> Jorge López Santa María. Obra citada. Tomo I. Pág. 17.

de las partes que intervienen en esta relación. Cada cual, de este modo, se va forjando, como dijimos, un marco normativo al cual deberá ajustar su conducta social, comprometiendo en ello, cuando se trata de relaciones patrimoniales, todos sus bienes ("derecho de prenda general" consagrado en el artículo 2465 del Código Civil).

Este enfoque hace posible visualizar uno de los aspectos más atractivos del derecho: **la capacidad de que está dotada la persona humana para darse y estructurar libremente el estatuto jurídico en que se desarrollará su vida de relación, con ciertas limitaciones establecidas en función del bien común e impuestas por medio de normas de "orden público"**. Lo que comentamos permite justificar la existencia de un ámbito en que, atendida la trascendencia social de las relaciones implicadas, no es dable al sujeto autodeterminar su conducta. Para estos efectos existe un arsenal numeroso de institutos concebidos para resguardar el interés superior de la comunidad, lo cual da lugar, entre otras limitantes, a figuras como el contrato dirigido, la imposición de condiciones generales de contratación, la prevalencia de normas de "orden público", el contrato forzoso, la revisión de los contratos de adhesión, etcétera.

La preocupación del legislador por el desequilibrio contractual que predomina en el mercado, como consecuencia de una mayor capacidad de negociación de proveedores por sobre consumidores, ha dado nacimiento a un derecho protector (en Chile expresado especialmente en la Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor), que ha ido imperceptiblemente cercenando la *autonomía privada* en provecho del *proteccionismo* y *dirigismo contractuales*. La tendencia actual, basada en la superación de la desigual capacidad negociadora de quienes concurren al mercado, sólo puede revertirse en la medida que mejoren los términos en que se ajustan las transacciones entre particulares, de lo cual se deduce que la ampliación o restricción de la *libertad contractual* concluye siendo un subproducto de las realidades y el escenario económico en que interactúan proveedores y consumidores. Pero no hay que perder de vista que figuras tales como el llamado "**contrato de adhesión**" se han transformado en un elemento insustituible en un mercado masificado. Resulta utópico, por ejemplo, instituir el contrato de "**libre discusión**" en un universo compuesto de millones de consumidores que requieren servicios inmediatos, que no es posible satisfacer de modo diferente en el actual contexto. Probablemente, los nuevos recursos tecnológicos, en un futuro no lejano, allanen el camino a una solución aún desconocida, pero que, sin duda, puede surgir entre los hallazgos de esta naturaleza de que somos testigos y partícipes cada día. El llamado contrato de adhesión (la "bestia negra" del derecho contractual), constituye el único instrumento jurídico capaz de regular hoy día la concurrencia de millones de consumidores diariamente a los centros comerciales. A este respecto, la autoridad pública, con buenas o malas razones, ha desarrollado un creciente intervencionismo, con los más diversos pretextos, **transformando el con-**

**trato de adhesión en un contrato dirigido**, en el cual las cláusulas no las dicta una parte, sino que emanan de la Administración del Estado, todo ello en desmedro de la **autonomía privada**.

En uno de nuestros libros hemos definido el contrato diciendo que es **un acto jurídico bilateral, causado, que se desarrolla en función de una "prestación" que, a través de los derechos y obligaciones que de él emanan, tiene por objeto la constitución de una nueva situación jurídica intersubjetiva, cuya finalidad última es la articulación de los intereses en juego**.<sup>3</sup> Lo que interesa destacar es el hecho de que el contrato genera una nueva *situación jurídica intersubjetiva* sobre la base de articular los intereses que detentan los contratantes. De aquí la construcción del marco normativo en que se desenvuelven quienes sustituyen su libertad por la asunción de un deber de conducta que deben satisfacer. José Puig Brutau afirma, más o menos en la misma línea, que *"En sentido amplio, pero más preciso, el contrato es toda convención o acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican a extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial y que se hallan al alcance de la autonomía de la voluntad. Con sentido más estricto la palabra contrato hace referencia al acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican a extinguen relaciones pertenecientes al derecho de obligaciones"*.<sup>4</sup> No puede perderse de vista que quien contrata genera nuevas **relaciones jurídicas** y que ello implica, por una parte, la restricción de la libertad y, por la otra, la asunción de deberes que deben acatarse.

Como puede constatarse, la doctrina del contrato se ha desarrollado desordenadamente, sin una sistematización rigurosa, dejando de lado, muchas veces, sus perfiles más atractivos (como la concepción del contrato en cuanto elemento destinado a limitar la libertad). Ello explica, desde otro ángulo, la falta de una categorización más rigurosa de lo que debe entenderse por el contrato de **tracto sucesivo**, materia del presente artículo. Creemos nosotros que esta figura contractual no se ha caracterizado suficientemente y, lo que nos parece más grave, se ha confundido con otras expresiones del mismo género, pero de diferente especie. Queremos, en el presente trabajo, hacer un esfuerzo por organizar y clasificar con mayor rigor las categorías contractuales, respecto de aquellas figuras en que las prestaciones convenidas se ejecutan parcialmente en un período prolongado de tiempo, sea por la naturaleza misma de lo debido o por acuerdo entre los contratantes o por disposición de la ley. A propósito de esta tipología surge el **contrato de tracto sucesivo**, que ofrece aspectos particularmente novedosos. Lo que señalaremos, entonces, no debe considerarse más que una proposición fundada

<sup>3</sup> *Responsabilidad Contractual*. Pablo Rodríguez Grez. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Pág. 34.

<sup>4</sup> José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil* Tercera Edición. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. Año 1988, Pág. 9.

en principios y disposiciones que, si bien aisladas, sirven para configurar el cuadro que se ofrece.

## II. Ausencia de una adecuada sistematización.

Desde el punto de vista de su ejecución, existen contratos de **ejecución instantánea** (cuyas prestaciones deben cumplirse tan pronto queda el contrato perfeccionado) y contratos de **ejecución diferida, parcializada y de tracto sucesivo**. Insistamos que en esta materia no hay consenso en la doctrina, al extremo que se emplean estos términos indistintamente sin formularse mayores precisiones en todo cuanto se relaciona con su concepción y sentido.

Así, por ejemplo, Francesco Messineo escribe:

*"A) Algunas veces, el contrato comporta **una sola ejecución** en cuanto esta ejecución agota su razón de ser. En este caso se llama **ejecución única o instantánea**, con lo que quiere significar no que el contrato recibe ejecución inmediata –ésta es otra cosa–, sino que el contrato se ejecuta **uno actu**, es decir, con una **solutio** única, y con esto mismo queda agotado. La categoría no presenta ninguna particularidad y tiene también aplicaciones más bien escasas: venta, permuta, contrato estimatorio, reporto, mutuo sin interés, descuento, juego y apuesta, mediación.*

*"B) a) En contraposición se perfila la categoría de contrato '**de duración**', **de tracto sucesivo, de ejecución continuada o periódica**, que es aquel en que 'el dilatarse' de cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración **no es tolerada** por las partes, **sino que es querida** por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración.*

*"Sería inconcebible, como contrario a la necesidad y al interés de por lo menos una de las partes, el que la prestación pudiese ser cumplida de una manera diversa que mediante la continuidad y la periodicidad; sería inconcebible, en otras palabras, la ejecución del contrato **uno actu**.*

*"Por tanto el elemento tiempo, en cuanto duración, o mejor dicho el **distribuirse de la ejecución en el tiempo** constituye aquí el carácter peculiar del contrato: el tiempo no sirve tanto para determinar el momento de la iniciación de la ejecución (y, por consiguiente, no es un término o no es sólo un término), sino más bien un elemento –esencial (no accesorio) y esencial para ambas partes– porque el que determina la cantidad de la prestación, el dilatarse o el reiterarse de la ejecución (la duración es un elemento **causal**) y también el*

*momento en que el contrato termina. De estos se sigue que el contrato comporta o ejecución **sin interrupción** para el período que las partes determinen o ejecuciones **repetidas**".<sup>5</sup>*

Creemos nosotros que estos comentarios acusan la insuficiencia de la doctrina en lo concerniente a apuntar con precisión la diferencia entre los diversos contratos en que la ejecución se dilata o "distribuye" en el tiempo. Lo importante es detenerse en la estructura del vínculo jurídico y las consecuencias que, en las diversas categorías contractuales, ello implica.

En las próximas páginas propondremos una sistematización más rigurosa que abarque los contratos en que la prestación, por diversos factores, deba ejecutarse a lo largo del tiempo y lo que ello implica desde el punto de vista del incumplimiento y la responsabilidad. No existe un efecto uniforme respecto de todos ellos, como se demostrará en lo que sigue, razón por lo cual es imperativo caracterizar cada contrato y fijar el estatuto jurídico a que está sujeto.

### **III. De los diversos contratos cuyas obligaciones deben ejecutarse por parcialidades.**

A nuestro juicio, es preciso distinguir tres tipos diversos de contratos que abren espacio a la ejecución dilatada en el tiempo de las obligaciones convenidas: los contratos de **ejecución diferida**, los **contratos de ejecución parcializada**, y los **contratos de tracto sucesivo**. Advertimos diferencias importantes en cada uno de ellos, lo cual autoriza independizar sus efectos y características.

#### **A. Contratos de ejecución diferida.**

1. El contrato de "**ejecución diferida**" se caracteriza porque la prestación que en él se describe no admite, **por naturaleza**, ejecución instantánea. En otras palabras, la obligación sólo puede cumplirse a través de fases que se van sucediendo y ejecutando en forma ordenada y preestablecida. Por lo tanto, su carácter está dado por la **ley**, atendiendo a la naturaleza de la prestación que se describe en el contrato. En suma, por un imperativo de la naturaleza y en atención al hecho de que no es posible ejecutar el contrato en forma instantánea, se contempla su cumplimiento por fases programadas con antelación.

2. El llamado contrato de "*confección de una obra material*" (artículos 1996 y siguientes del Código Civil) sirve para ilustrar este tipo de contrato, cuando él se refiere a la construcción, por ejemplo, de un edificio o vivienda. No re-

<sup>5</sup> Francesco Messineo. *Doctrina General del Contrato*. Ara Editores. Impreso en Perú. Año 2007. Pág. 386.

quiere dar mayores explicaciones para concluir que una casa habitación o un edificio no puede construirse sino a través de un lapso de tiempo más o menos prolongado, por etapas y de acuerdo a un cronograma prefijado. El contrato comprenderá, entonces, toda la obra o una parte debidamente especificada de ella, debiendo ejecutarse en los plazos estipulados y aprobarse, sea al concluir la obra material o parcialmente en la forma convenida. (La aprobación tiene una importancia especial, cuando el contrato toma la forma de compraventa, como consecuencia de que el artífice suministra los materiales con que se construye, todo lo cual está regulado en el artículo 1996 del Código Civil). En el supuesto de que la obra sea aprobada parcialmente, puede sostenerse que todo aquello comprendido en la etapa reconocida y aceptada importa un **pago parcial** (autorizado expresamente en la ley), extendiéndose la responsabilidad sólo a las etapas pendientes.

3. Por lo tanto, los denominados contratos de **ejecución diferida** se fundan en la naturaleza material de la cosa o cosas debidas, derivan de una exigencia necesaria y directa de la prestación descrita en el contrato, y su eventual resolución (terminación), deja a firme las etapas ya concluidas, entendiéndose como tales aquellas que ha sido reconocidas y aprobadas por quien detenta el carácter de pretensor (quien encarga la obra). En otros términos, la terminación no opera con efecto retroactivo, sino solo hacia el futuro.

4. Cabe observar que el vínculo jurídico que liga a las partes es **uno**, cubriendo todas las etapas programadas de ejecución, y que ello no se altera por el hecho de que el deudor (artífice en el ejemplo propuesto) dé cumplimiento a una o más etapas intermedias en relación a la prestación convenida. La resolución del contrato por incumplimiento, en lo relativo a las prestaciones mutuas, extinguirá la responsabilidad del deudor respecto de las etapas ejecutadas y aprobadas. Lo señalado permite considerar como **terminación** la disolución del vínculo contractual por el advenimiento de la condición resolutoria tácita, puesto que la declaración que lo resuelve no operará con efecto retroactivo, sino solo a partir de su pronunciamiento y respecto de las fases pendientes. Nótese que la disolución del vínculo, en caso de incumplimiento, sólo opera por decisión judicial, salvo que se haya convenido un "*pacto comisorio calificado*", todo de acuerdo a las reglas generales. Mientras no exista pronunciamiento judicial, el vínculo subsiste y comprende, según se dijo, las fases inconclusas. Creemos que estos son los efectos más relevantes y específicos de los contratos de ejecución diferida cuando sobreviene un incumplimiento.

5. Conviene preguntarse qué ocurre en el evento de que un contrato de esta especie sea declarado nulo. Como sólo una parte de la "prestación" indivisible se ha ejecutado, ello dará lugar a las llamadas "prestaciones mutuas" ordenadas en el inciso 2° del artículo 1687 del Código Civil. Sobre este particular debe tenerse en consideración, muy especialmente, la exclusión de un enriqueci-

miento injusto, lo cual queda patente en el artículo 1998 de nuestro Código Civil, que se basa en la hipótesis de que la ejecución (total o parcial) se haya realizado sin que el tercero designado para fijar el precio cumpliera su cometido ni pueda hacerlo en el futuro (por fallecimiento). En tal caso, la ley ordena que el precio se "fije por peritos". En consecuencia, puede afirmarse que el **contrato de ejecución diferida** no escapa en lo concerniente a la nulidad a las reglas generales que rigen esta materia.

No nos parece posible sostener la tesis de que la nulidad no afecta aquella parte del contrato ya ejecutada. Lo indicado por el hecho de que el vínculo jurídico cubre todas las prestaciones parciales y su invalidación, al operar con efecto retroactivo, comprende todo aquello que originalmente se debe. Por otra parte, como lo reconocen los tratadistas, no hay inconveniente alguno en demandar la nulidad de un contrato ya ejecutado, precisamente con el fin de retrotraer la situación al estado en que se hallaban las partes al momento de surgir la relación contractual. Insistimos en el hecho de que la manera de corregir situaciones injustas y no romper la conmutatividad de la relación radica en la aplicación de las normas y principios que se expresan en las llamadas "prestaciones mutuas" (artículo 904 y siguientes del Código Civil).

6. Cuestión particularmente difícil de resolver es determinar a quién pertenece el riesgo de la cosa tratándose de contratos de **ejecución diferida**. En otras palabras, determinar qué sucede en el evento de que sobrevenga la imposibilidad de ejecutar lo convenido por obra de un caso fortuito o fuerza mayor. Esta materia corresponde a la llamada "teoría del riesgo" en nuestro Código Civil.<sup>6</sup> Sin entrar de lleno a analizar los fundamentos de esta materia, debemos formularnos una serie de distinciones previas. Desde luego, hay que definir, siguiendo el ejemplo propuesto relativo a la confección de una obra material, de qué contrato se trata (compraventa o arrendamiento). Si los materiales los suministra el artífice, el contrato será de compraventa, y mientras la obra no haya sido aprobada, ni quien la encargó se haya constituido en mora de aprobar, la pérdida de la cosa afectará al artífice (futuro vendedor), toda vez que no se ha perfeccionado el contrato y las cosas perecen para su dueño (principio general). A la inversa, si la obra ha sido aprobada y no entregada, la pérdida por caso fortuito afectará al comprador, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1550 y 1820 del Código Civil. En el evento de que los materiales los suministre el que encargó la confección de la obra material, el contrato será de arrendamiento y se regirá por las disposiciones generales de ese contrato (arrendamiento), conforme lo ordenado en el inciso final del artículo 1996 del Código Civil, cuestión que nos remite a los efectos del *contrato de tracto sucesivo*. En el supuesto de que se hayan ejecutado una o más etapas de aquellas

<sup>6</sup> Este tema está tratado en detalle en nuestro libro *Extinción no convencional de las obligaciones*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 2008. Páginas 147 y ss.

comprendidas en el contrato y éstas se hubieren aprobado (pagos parciales), creemos nosotros que los efectos de la imposibilidad sobreviniente sólo pueden afectar a aquella parte de la obra no ejecutada. Si se tratare de una compraventa, porque estaría autorizado el pago parcial, y si se tratare de un arrendamiento, porque la ejecución de cada etapa extinguiría parcialmente la relación jurídica. Sobre la base de estos principios deberá examinarse la teoría del riesgo en lo relativo a los contratos de ejecución diferida. Como puede advertirse, tras esta categoría contractual, para los efectos de resolver el riesgo de la cosa debida, deberá definirse previamente la naturaleza de la relación que subyace en ella. En suma, como queda demostrado en lo precedente, para resolver esta cuestión es esencial develar el contrato que envuelve la relación de **ejecución diferida**.

## B. Contratos de ejecución parcializada.

1. En este tipo de contratos la prestación asumida puede ejecutarse instantáneamente, pero las partes, atendiendo a su conveniencia, disponen que ella se ejecute en forma fraccionada en un lapso prefijado.

2. Tal ocurre, por ejemplo, si un sujeto compra una partida determinada de fruta u otros artículos de un mismo género a un proveedor del rubro, conviniendo que las especies comprendidas en el contrato se entreguen por cantidades y en períodos especificados en el mismo. La naturaleza de la prestación permite la ejecución instantánea (inmediata), pero la estipulación de las partes obliga a fraccionar la entrega de las especies debidas para dar cumplimiento en los términos estipulados y en mejor provecho de los contratantes. Toda obligación de objeto divisible es susceptible de este tipo de estipulación, incluso si las especies debidas son de diversa naturaleza (como si obligado el deudor a proporcionar o transferir todo el menaje de una casa se acuerda entregar primero los muebles, enseguida los equipos y artefactos electrónicos, luego las especies destinadas al ornato y decoración, y así sucesivamente). Esta distinción resulta fundamental, ya que la situación de deudor y acreedor difiere de manera sustancial en uno u otro caso.

3. Por regla general, el incumplimiento en la entrega de una o más especies afectará al contrato en su totalidad, salvo que: a) se haya estipulado por separado un precio para cada cosa o ello pueda desprenderse de los términos del contrato; y b) se deduzca de la interpretación del mismo que se han generado tantos vínculos como especie se deben, pudiendo extinguirse por separado cada uno ellos. Dicho de otro modo, cuando pueda sostenerse la celebración de varios contratos de compraventa, permuta, arrendamiento u otros. Esta materia está tratada, especialmente, en los artículos 1569, 1591 y 1811 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que "*el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación*"; el segundo confiere al acreedor el derecho de reclamar íntegramente lo debido; y el tercero declara "*válida*

*la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espera adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos". Estas disposiciones permiten, creemos nosotros, extraer los principios generales que rigen esta materia.*

4. Como puede constatarse, el contrato de ejecución parcializada tiene, respecto de la forma o modalidad de cumplimiento, un **carácter esencialmente convencional**, su naturaleza se desprende de la respectiva estipulación y se refiere a una prestación que, pudiendo ejecutarse instantáneamente, se fracciona por voluntad de las partes. Si las prestaciones parciales son de la misma especie (como sucede en el contrato de suministro continuo), el vínculo se va **agotando progresivamente** a medida que se cumplen las prestaciones, independizándose cada una de ellas. A la inversa, si las prestaciones parciales difieren en cuanto a su naturaleza y cada una comprende una parte de la prestación total convenida, el vínculo no se agota gradualmente, sino que persiste sin estar afectado por los cumplimientos parciales.

5. Nada impide, tampoco, que contractualmente se estipule que cada partida de las especies comprendidas en la prestación múltiple se considere en forma separada o se celebren tantos contratos como prestaciones parciales se acuerden. En tal supuesto se trataría, por ejemplo, de compraventas sucesivas que se agotarían en forma gradual al cumplirse la entrega o transferencia de cada partida. Si en la compraventa de varias especies (prestación múltiple), es posible deducir que cada una de ellas ha sido objeto de una estipulación individual e independiente, ciertamente nos hallaremos ante la celebración de varios contratos, pudiendo calificarse en cada uno de ellos los efectos que correspondan. Esta materia estará sujeta y se resolverá conforme la interpretación del contrato de acuerdo a los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. Nótese, en todo caso, que en esta hipótesis lo determinante es la voluntad de las partes, no lo que presumimos, como ocurre en el caso anterior, sobre la base de la naturaleza de las cosas debidas.

6. El vínculo jurídico, en la hipótesis mencionada, es **uno** si hay unidad en la prestación de las especies múltiples debidas (es necesario ejecutar todas las prestaciones parciales para cumplir con lo debido), y **plural** cuando puedan dichas prestaciones parciales separarse individualmente, considerando que se trata de contratos independientes y autónomos. El contrato de **ejecución parcializada**, como es obvio, sólo se presentará en el primer supuesto (unidad y dependencia de las especies múltiples debidas). Ahora bien, si las diversas prestaciones convenidas conforman un objeto cuyo valor está ligado a la ejecución de todas ellas, según se deduce de los términos del contrato y la intención de las partes (como sucede cuando la obligación consiste en la transferencia de todo el menaje de una casa), la nulidad operará por sentencia judicial (salvo que se haya estipulado un pacto comisorio calificado con cláusula de resolución

ipso facto), y con efecto retroactivo, debiendo las partes ser restituidas al mismo estado que existía al momento de contratar, debiendo hacerse, recíprocamente, las prestaciones mutuas que correspondan, sin perjuicio de las excepciones legales. A la inversa, si las prestaciones individuales representan objetos cuyo beneficio no está subordinado a las otras prestaciones convenidas, o ello se deduce de los términos del contrato y la intención de las partes, lo ejecutado no quedará afectado por la nulidad (vínculo plural). Esta última proposición puede resultar discutible, pero ella se desprende de la ausencia de interés por parte del acreedor, como consecuencia de haber recibido la prestación convenida y ejecutada (principio de trascendencia). El fraccionamiento de la obligación, si bien tiene génesis en la voluntad de las partes, da lugar a vínculos jurídicos plurales susceptibles de considerarse separadamente.

7. No cabe en este tipo de contratos, por consiguiente, hablar de **terminación**, dejando a salvo la extinción de aquellas obligaciones comprendidas en la prestación parcialmente cumplida. Lo anterior porque, o la obligación es de vínculo plural y cada cumplimiento tiene autonomía, o la obligación genera un solo vínculo y no es dable sostener la existencia de cumplimientos parciales. Lo que indicamos no importa negar, de manera alguna, que en esta materia predomina la **autonomía privada**, ya que el carácter del contrato será consecuencia de la intención de las partes, puesto que son ellas las que determinan su naturaleza en lo que dice relación con la época o período de cumplimiento.

8. Probablemente, más de alguien se preguntará por qué destacamos una diferencia tan marcada entre el **contrato de ejecución diferida** y el **contrato de ejecución parcializada**. Nuestra respuesta es una: en el primero el objeto del contrato (más precisamente la prestación) está determinado atendiendo a la naturaleza misma de las cosas; en tanto en el segundo la prestación está dispuesta y diseñada por los contratantes, quienes pueden libremente asignar al contrato uno u otro carácter. Más claramente, el cumplimiento parcial en un caso es forzoso, mientras en el otro es voluntario.

9. Cabe, además, analizar los efectos que conlleva el "riesgo de la cosa" cuando el objeto de la prestación perece o se hace imposible ejecutar lo acordado en virtud de haber sobrevenido un caso fortuito o fuerza mayor. En esta materia deberán aplicarse los principios generales ya enunciados. Desde luego, si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor quedará eximido de responsabilidad por la mora, pero tan pronto desaparezca el obstáculo deberá ejecutarse la obligación pendiente (todas las prestaciones parciales incumplidas y debidamente especificadas en el contrato). Si el vínculo es **uno** (por disposición contractual), y el deudor no se halla en mora de cumplir, el riesgo recae en la persona del acreedor (artículo 1550 del Código Civil), quien sufrirá las consecuencias de la destrucción de lo debido o de los hechos que no puedan ejecutarse. Si el vínculo es plural, la solución es la misma, pero sólo respecto de las prestaciones

pendientes, las que se extinguirán por efecto del caso fortuito o fuerza mayor. Nos remitimos, una vez más, al material antes mencionado.

No se nos escapa que esta cuestión es difícil de sistematizar, atendiendo a las diversas situaciones que pueden presentarse. Sin embargo, nuestro propósito es, al menos, definir los principios esenciales que rigen la materia y caracterizar cada uno de estos tipos contractuales tan dejados de lado por la doctrina.

### C. Contrato de tracto sucesivo

La última categoría propuesta es, sin duda, la más original y compleja, no obstante el hecho de que no conocemos una sistematización adecuada de la misma. Este contrato se caracteriza porque el **vínculo jurídico se extingue y se renueva en forma automática y sucesiva en el silencio de las partes**. La originalidad deriva del hecho de que, automáticamente, cada cierto tiempo, sin intervención de las partes, el vínculo contractual pueda agotarse y restablecerse como si en realidad volviera a contratarse. Por lo mismo, el contrato se extingue por el pago (prestación de lo que se debe) y, por el solo hecho que las partes guarden silencio, **resurge** la convención de la misma manera que si el consentimiento y los demás requisitos de existencia y validez volvieran a estar presentes.

Los ejemplos más citados son el **contrato de arrendamiento** (mes a mes o por otras medidas regulares de tiempo) y el **contrato de trabajo**.

1. Comencemos por señalar que el contrato de **tracto sucesivo** queda subordinado a la *autonomía privada*, puesto que pueden las partes libremente evitar que esta categoría contractual opere. Nada impide, por vía de ejemplo, que el contrato de arrendamiento sea celebrado por un plazo cierto y determinado, caso en el cual no tiene efecto el *tracto sucesivo*. Tampoco existe impedimento en celebrar un contrato de trabajo en los mismos términos. En otras palabras, este tipo contractual no produce efecto contra la voluntad de las partes. Por ende, puede sostenerse que nos hallamos ante una figura residual que supone la concurrencia de la voluntad tácita de los contratantes, que pudiendo hacerlo no se oponen a los efectos mencionados.

2. El contrato de **tracto sucesivo** suele asimilarse a la llamada "cláusula de prórroga tácita", en que las partes disponen la continuidad de la relación, una vez extinguido el plazo convenido, si ninguna de ellas da aviso de término, vale decir, expresa formalmente su voluntad en el sentido de no perseverar en el contrato. Pero el paralelo es erróneo, por cuanto en esta hipótesis es la voluntad de las partes la que extiende el término prefijado y no el efecto legal del contrato. En la especie se trata simplemente de un convenio sobre extensión de la misma relación jurídica, la que no alcanza, por ende, a extinguirse.

En el **tracto sucesivo** la relación jurídica **se extingue**, volviendo a **resurgir** por disposición de la ley o la voluntad de las partes manifestada al momento de perfeccionarse el consentimiento.

3. Tampoco parece adecuado confundir esta figura contractual con el llamado "*silencio circunstancial*", vale decir, un silencio rodeado de hechos que hacen presumir una expresión real de voluntad. Esta figura está limitada a la manifestación de la voluntad necesaria para la formación del consentimiento, en tanto el **tracto sucesivo** se extiende a todos los elementos del contrato (voluntad, objeto, causa, formalidades, etcétera). No es correcto, entonces, sostener que el resurgimiento de un contrato extinguido por el curso del plazo se renueva en virtud del silencio circunstancial. Incluso más, nuestro Código Civil trata de la llamada "*tácita reconducción*" en el contrato de arrendamiento de bienes raíces (artículo 1956 inciso 3°), lo cual sí puede asimilarse al *silencio circunstancial*, pero delimita sus efectos a plazos reducidos y perentorios.

4. El **contrato de tracto sucesivo**, desde el punto de vista expuesto, es una figura original, novedosa y especialísima. El hecho de que el vínculo jurídico, incluidos todos sus elementos, se extinga por el advenimiento del plazo y el cumplimiento, para volver a resurgir en las mismas condiciones, constituye una calificada excepción a los principios generales que informan el derecho contractual. El legislador se ha visto forzado, en presencia de esta figura, a regular en muchos casos la terminación de los **contratos de tracto sucesivo**, haciendo prevalecer, por lo general, la voluntad unilateral de las partes, con reparos y normas de excepción (relaciones laborales o derivadas del contrato de arrendamiento de predios rurales y urbanos o del contrato sobre suministro continuo, etcétera).

5. Por otra parte, la circunstancia de que con el tiempo varíen los elementos que dan vida a la relación contractual (capacidad de las partes, causa o motivo que induce a contratar) no es excusa suficiente para demandar la terminación. No puede perderse de vista desde esta perspectiva que los requisitos del acto jurídico deben concurrir al momento de perfeccionarse el consentimiento, sin que pueda alegarse su alteración a lo largo de las vicisitudes de la relación contractual. De aquí que, invariablemente, respecto de todo **contrato de tracto sucesivo** típico se arbitre un procedimiento o medida destinado a poner fin a la relación (desahucio y despedido legal del trabajador).

6. En contraposición a las categorías antes mencionadas (contratos de ejecución diferida y de ejecución parcializada), en el **tracto sucesivo no hay uno, sino varios vínculos jurídicos**, puesto que al cabo del período agotado surge una nueva relación jurídica que tiene identidad propia y elementos que extrae de la relación anterior. El **tracto sucesivo** opera aquí como una superestructura que cubre cada uno de las renovaciones mencionadas, aportando los elementos que la ley exige para el surgimiento de vínculo contractual.

7. Una de las cuestiones cruciales que deben resolverse consiste en determinar cuál es la fuente del **tracto sucesivo**. A nuestro juicio, este tipo especial de contratación puede tener origen en **la ley** (que será lo más frecuente), o en la **voluntad de las partes** cuando concurre la existencia de prestaciones que deban realizarse de manera continua, regular, por tiempo indefinido y de la misma especie (p. ej. contrato de suministro continuo). En otros términos, la voluntad de las partes puede generar un **contrato de tracto sucesivo**, siempre que éste contemple los elementos esenciales del mismo (prestaciones periódicas, continuas, identidad de objeto y plazo indefinido).

8. En el primer supuesto (tracto sucesivo derivado de un contrato típico), ya hemos manifestado que se sobrepone a él, invariablemente, la *autonomía privada*, de modo que el resurgimiento del contrato puede evitarse expresando voluntad contraria, aun cuando se impongan a la parte que opta por extinguir el vínculo jurídico reparaciones excepcionales (en materia laboral, por ejemplo, para practicar un despido el empleador puede estar obligado a pagar indemnizaciones especiales, pero siempre estará en condiciones de poner fin al contrato de trabajo). Otro tanto puede sostenerse en lo que concierne al contrato de arrendamiento de predios.

9. El segundo supuesto (*tracto sucesivo* derivado de la voluntad de las partes) es más complejo. Puede ocurrir que los contratantes –reiteramos– existiendo prestaciones continuas, regulares, por tiempo indefinido y de la misma especie, convengan en celebrar un *contrato de tracto sucesivo*, sin fijar un plazo de término que se sobreponga al plazo de las prestaciones intermedias. Para efectos prácticos, deberá entenderse, por consiguiente, que el contrato se agota y renace sucesivamente, a medida que se va dando cumplimiento a las prestaciones convenidas y programadas con antelación. Por lo mismo, el cumplimiento parcial (o más bien intermedio) pone fin a la responsabilidad de las partes respecto de la obligación satisfecha. De aquí que, con propiedad, se pueda hablar de **terminación** y no de **resolución**, ya que la extinción del vínculo jurídico operará hacia el futuro sin afectar el pasado, que queda consolidado.

10. Conviene preguntarse qué ocurre cuando las partes no fijan un plazo final de término (configurándose, de esta manera, un **contrato de tracto sucesivo** de origen convencional). Admito que en este supuesto los efectos pueden ser discutibles. A nuestro juicio, el contrato celebrado solo se extinguirá por causas legales (incumplimiento, caso fortuito o fuerza mayor, imposibilidad absoluta de ejecución, etcétera), quedando excluidas aquellas causales de terminación relativas al perfeccionamiento del contrato. Debemos entender que todos los elementos que integran el perfeccionamiento del contrato (voluntad, capacidad, objeto, causa, formalidades, etcétera), se considerarán permanentemente presentes por efecto del **tracto sucesivo, sin que sea necesaria su reiteración ni tampoco su recalificación en el futuro**. No existe, entonces, posibilidad

alguna de alegar que con el transcurso del tiempo los elementos que dieron vida al **contrato de tracto sucesivo** han experimentado cambios importantes que permitan postular la variación de sus términos. Puede, por consiguiente, ser ésta una fórmula óptima para asegurarse, por vía de ejemplo, un suministro continuo, cuando se trata de prestaciones sucesivas, regulares y de la misma especie y se teme una suspensión abrupta del mismo. Lo propio puede decirse del costo del suministro, ya que tanto proveedor como proveído aseguran un precio que se extenderá a través del tiempo (con todos los riesgos que esto encierra).

11. No faltará quien se pregunte sobre la factibilidad de que una persona exprese su consentimiento en términos de ligarse contractualmente a otra en forma tal que aquella manifestación siga gravitando de manera constante y de modo indefinido. Lo anterior explicaría que, por el hecho de consentir en un **contrato de tracto sucesivo**, el sujeto vería extinguirse y renovarse la relación primitivamente creada de manera ilimitada en el tiempo. Nosotros no vemos inconveniente alguno en reconocer legitimidad a esta figura, puesto que, como se destacó en las primeras líneas de este trabajo, el contrato importa siempre una limitación de la libertad, lo que se produce al aceptar el compromiso de ejecutar una conducta debidamente tipificada en favor del acreedor. No fijó la ley plazo ninguno al efecto, salvo casos muy excepcionales, de suerte que nada impide asumir obligaciones que se cumplan indefinidamente, respetando sí los requisitos y exigencias legales. Es efectivo que al amparo de esta realidad jurídica suelen consumarse estropicios condenables (como ocurrió en el pasado con el arrendamiento por 99 años de parcelas CORA intransferibles de acuerdo a la ley). Los mencionados actos jurídicos pueden atacarse por otros medios (como la simulación, el fraude a ley, el error, etcétera), mas no impugnando la especificidad del **contrato de tracto sucesivo**.

12. La existencia de esta tipología contractual ha permitido a algunos autores sostener la posibilidad de invocar en nuestro país la **teoría de la imprevisión**. Se ha sostenido, por ejemplo, que la causa puede evolucionar en el curso de la ejecución del contrato en forma tal que sea posible impugnarla cuando ella ha experimentado modificaciones por obra de circunstancias imprevistas y sobrevinientes que alteran sustancialmente el equilibrio del contrato.<sup>7</sup> Otros autores han postulado la admisión de la *teoría de la imprevisión*, pero solo en lo relativo a los *contratos de tracto sucesivo*.<sup>8</sup> Carlos López Díaz, en el trabajo citado, sostiene sobre el contrato que nos ocupa lo siguiente:

*"Del análisis del contrato de arrendamiento, y en virtud de su unidad temporal como contrato, se infiere que el contrato de tracto sucesivo es una unidad de*

<sup>7</sup> Así, Juan Carlos Dörr Zegers, en "Notas acerca de la teoría de la imprevisión" en *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 12, N° 2, mayo-agosto 1985, págs. 253 y ss.

<sup>8</sup> Carlos López Díaz. *Revisión de los contratos por circunstancias sobrevinientes*. Universidad Central. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 2003.

*contratación permanente y con un constante cumplimiento correlativo. Siendo el contrato de tracto sucesivo una constante relación jurídica, en cada una de sus etapas la ley exige el respeto a todos los requisitos que la ley prescribe para la eficacia de las declaraciones de voluntad. De este modo, cada uno de los elementos de existencia y de validez del acto jurídico debe: (1) existir no sólo al momento de celebrar o ejecutar el acto o contrato, sino también mantenerse durante su vigencia y ejecución, y (2) no siéndolo, la ley franquea los medios para que sean efectivas dichas infracciones y obtener las correspondientes sanciones o correcciones" (Pág. 99).*

Discrepamos de lo afirmado en lo precedente. El sello característico del **contrato de tracto sucesivo** radica, precisamente, en el hecho de que, perfeccionado el consentimiento, este abarca todas las vicisitudes sobrevinientes. El agotamiento y resurgimiento del vínculo tiene su raíz en los elementos que concurren originalmente a su nacimiento. Esto constituye lo singular de la figura que analizamos. De otro modo, el **tracto sucesivo** no tendría otro sentido y alcance que una mera *renovación contractual*, en la cual deberían estar presentes, periódicamente, los elementos de existencia, calificándose la validez conforme las circunstancias imperantes cada vez que resurge el vínculo y se hace obligatoria la prestación. Pierde así esta tipología contractual toda su originalidad e importancia.

Concluye el autor citado señalando:

*"La pérdida de estos requisitos, específicamente la voluntad, permite desahuciar el contrato. Este elemento, en virtud del principio que venimos señalando, sería propio de todo contrato de tracto sucesivo. En los casos en que este particular medio no se franquee por un texto legal, procede la declaración de nulidad. Ello no implica vulnerar el elemental principio que permite sólo declarar la nulidad respecto del acto o contrato en que falta alguno de los requisitos que establece la ley al momento de celebrarlo, pues ello procede, en el caso de los contratos de tracto sucesivo, en cada una de las unidades temporales que lo conforman" (Pág. 99).*

Se evidencia en este párrafo que los efectos peculiares y excepcionales del **contrato de tracto sucesivo** quedan marginados en la concepción jurídica propuesta por este autor. Con todo, no puede omitirse lo que señalan Planiol y Ripert cuando escriben: *"En los casos excepcionales en que la **teoría de la imprevisión** ha sido consagrada por la ley en consideración al desequilibrio económico ocasionado por la guerra, la rescisión por causa imprevista y la revisión de las condiciones iniciales solamente se han organizado en favor de los contratos de ejecución sucesiva".<sup>9</sup>*

<sup>9</sup> Marcelo Planiol y George Ripert. *Tratado Practico del Derecho Civil Francés*. Tomo Sexto. Primera

13. Si bien es cierto que la resolución (terminación) del *contrato de tracto sucesivo* no ofrece mayores discusiones, puesto que ella opera sólo hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo, más complejo resulta analizar la nulidad de dicho contrato. La cuestión tiene relación con la posibilidad de demandar la nulidad de un contrato cumplido y, por lo mismo, extinguido en virtud de ello. No cabe duda que dicho contrato puede ser objeto de una declaración de nulidad, produciendo esta última sus efectos propios.<sup>10</sup> Tratándose de un **contrato de tracto sucesivo** la nulidad actuaría como modo de extinguir obligaciones (respecto de las prestaciones pendientes), y como recurso destinado a retrotraer las cosas al momento de celebración del contrato. La cuestión, entonces, radica en las llamadas "**prestaciones mutuas**" que deberán hacerse las partes para ser restablecidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo (artículo 1687 del Código Civil). No visualizamos, entonces, mayores dificultades a este respecto. La nulidad, en consecuencia, operará con efecto retroactivo conforme las normas generales, pudiendo invocarse, incluso, lo previsto en el artículo 1689 del mismo Código respecto de terceros que hayan adquirido los bienes comprendidos en la ejecución del **contrato de tracto sucesivo** invalidado por sentencia firme.

14. A esta altura debemos preguntarnos qué ocurre si sobreviene un caso fortuito o fuerza mayor que impida absolutamente dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en un *contrato de tracto sucesivo*. Desde luego, si se trata, por ejemplo, del suministro continuo de un producto cuya comercialización se ha prohibido en la ley, el contrato se extingue por imposibilidad en la ejecución (pérdida de la cosa que se debe en la legislación chilena), ya que el objeto del contrato recae en una cosa intransferible. Pero no sucede lo mismo si la imposibilidad sólo se refiere a una de las prestaciones sucesivas, porque, en tal caso, salvo que la prestación que no puede ejecutarse condicione la totalidad del contrato, subsiste el *tracto sucesivo*, exonerándose el deudor de responsabilidad respecto de la prestación afectada.

15. Debemos reconocer, además, que existen **contratos de tracto sucesivo típicos o atípicos**. En el caso de los primeros, deberá estarse a lo previsto en la ley, sin perjuicio de la facultad de las partes para alterar lo dispuesto en las normas legales supletivas de la voluntad (no lo será si la regulación legal contempla normas de orden público, irrenunciables o de aplicación forzosa). Pero en los segundos predominará sin contrapeso la voluntad de las partes para establecer el estatuto a que ajustarán su relación sin hallarse afectadas por las disposiciones supletorias de la voluntad. En los **contratos de tracto sucesivo**

Parte. Ediciones Cultural. S.A. Habana. Año 1940. Pág. 64.

<sup>10</sup> A nuestro juicio, la nulidad de un acto o contrato ya extinguido en virtud de su cumplimiento, se justifica por el hecho de que se modifica una situación jurídica intersubjetiva, lo cual ocurre constantemente en la vida práctica. En otras palabras quien intenta la nulidad de un acto o contrato extinguido, lo que persigue es destruir la base en que se sustenta una determinada relación jurídica.

típicos se reglamenta especialmente la facultad de las partes para poner fin al vínculo contractual (desahucio, despido, revocación), aun cuando ello sea objeto de condicionamientos especiales.

16. Finalmente, a este apretado comentario debe agregarse una de las cuestiones más llamativas del **contrato de tracto sucesivo**. Esta figura envuelve siempre la ejecución y realización de otra relación jurídica a la cual el **tracto sucesivo** se superpone y condiciona su cumplimiento (un contrato de compraventa, como ocurre en el suministro continuo, o la constitución de un derecho personal de uso y goce como en el arrendamiento de cosa, o la confección de una obra inmaterial en el arrendamiento de servicios, etcétera). Se trata, entonces, de una modalidad muy singular que determina la forma en que se cumple la prestación en ciertos contratos. Por lo mismo, el **contrato de tracto sucesivo** es una especie de vehículo instituido en la ley o la convención y que, como se dijo, envuelve siempre otra relación no formal, sino sustancial.

Despierta poderosamente nuestra atención la dispersión terminológica que se observa entre los autores al momento de sistematizar esta materia. Se pone acento en lo más llamativo, vale decir la ejecución parcializada de las prestaciones, pero no se examina el alcance que nosotros creemos debe dársele a las diversas modalidades y situaciones. No es posible asimilar, sin más, figuras como el **contrato de ejecución diferida**, en el que las prestaciones se fraccionan por un imperativo de la naturaleza (se contrata sobre un objeto que no puede ejecutarse instantáneamente), razón por la cual las etapas ejecutadas no son susceptibles de revisarse una vez cumplidas y aprobadas por el acreedor; o el **contrato de ejecución parcializada**, en el cual la entrega fraccionada es consecuencia de la voluntad de los contratantes, de lo cual se sigue que es posible imputar un incumplimiento culpable a quien deja de satisfacer una parte de la obligación, comprometiendo con ella la totalidad de la prestación convenida; ni mucho menos con el **contrato de tracto sucesivo**, que, como creemos haber demostrado, forma parte de una tipología riquísima que induce a la revisión de todas estas categorías. Falta, en consecuencia, un estudio más profundo sobre el tipo mencionado, lo que redundaría en un manifiesto enriquecimiento del derecho contractual.

El profesor Daniel Peñailillo, en su obra sobre las obligaciones, las clasifica, en cuanto a sus efectos, en obligaciones "continuas" y "de tracto", definiendo estas últimas como aquellas que *"desenvolviéndose su cumplimiento en el tiempo, se ejecutan a intervalos mediante actos sucesivos (por ej., la del arrendatario y de pagar la renta cuando no se ha dispuesto el pago de una sola vez por todo el lapso del arriendo; la del campanero que toca la campana; la del mantenimiento de un ascensor)"*. Luego sugiere algunos comentarios a este respecto, señalando: *"a) Es frecuente que los autores formulen esta clasificación referida a los contratos, pero –al menos ante esta clasificación– la calificación del contrato es el resultado de*

la calificación de sus principales obligaciones. Así, el contrato de arrendamiento es habitualmente calificado de contrato 'de tracto sucesivo'. Pero procedamos como lo advertimos. En este contrato las principales obligaciones son: para el arrendador, mantener al arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada; y para el arrendatario, pagar el precio o renta. La primera es duradera, en su variedad continua. La segunda, generalmente es duradera en su variedad a tracto sucesivos. Entonces el contrato es mixto; y la mixtura es 'de ejecución duradera-tractos'. Más aún, si se conviene el pago de la renta de una vez al celebrarse el contrato (en que se llama precio), el contrato sigue siendo mixto, pero ahora esa mixtura es 'ejecución duradera continua-de ejecución instantánea'; en nada de tractos sucesivos".<sup>11</sup>

No compartimos la opinión trascrita. La verdad es que el *contrato de tracto sucesivo* invariablemente encierra otro tipo de relación contractual (así, por ejemplo, un arrendamiento, una compraventa en contrato de suministro continuo, la ejecución de una obra inmaterial, etcétera). El *tracto sucesivo* se encarga de señalar de qué manera se cumplen las obligaciones que corresponden a las relaciones contractuales subyacentes, pero no impone obligaciones diferentes y desvinculadas de aquellas cuyo cumplimiento reglamentan. El ejemplo citado por el autor cuyo texto comentamos deja en evidencia lo que se señala. En efecto, el arrendamiento puede no ser un *contrato de tracto sucesivo* si se estipula por un plazo fijo pagándose la renta en una sola cuota. El hecho de que el arrendador deba mantener la cosa en términos de que sirva al objeto requerido y de que el arrendatario deba conservarla respondiendo de culpa leve, no lo transforma en un *tracto sucesivo*. En consecuencia, lo que entendemos por *tracto sucesivo* corresponde a una especial tipología del contrato, que determina de qué manera deben cumplirse las obligaciones estipuladas cuando ellas se extinguen y renuevan en forma continuada. De aquí la importancia de distinguir lo que llamamos *contratos de ejecución diferida* y *contratos de ejecución parcializada*. Como puede observarse, esta materia debe profundizarse desde su base en demanda de un acuerdo doctrinario que enriquezca nuestro derecho contractual.

#### IV. Conclusiones

No resulta fácil proponer conclusiones tratándose de una cuestión que, sin duda, despierta discusión y desacuerdo. Como ya se indicó, ello ocurre a partir de la misma denominación de las categorías que proponemos en ese trabajo.

1. En primer lugar parece necesario distinguir los tres tipos de contratos mencionados: de **ejecución diferida**, atendiendo a la necesaria divisibilidad natural

<sup>11</sup> Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones. Teoría General y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Pág. 345.

de la prestación; ***ejecución parcializada***, atendiendo a la voluntad de las partes y el objeto divisible de la prestación; y de ***tracto sucesivo***, atendiendo a la extinción y resurgimiento del vínculo contractual.

2. Nos parece evidente que los efectos de cada uno de ellos no son idénticos, ya que mientras en el primer caso la ejecución parcial es consecuencia de la divisibilidad forzosa y natural del objeto de la prestación, en el segundo se desprende de una estipulación contractual, y en el tercero de una modalidad especial en que se sucede el agotamiento y renovación de las obligaciones convenidas.

3. Debe considerarse, en cada uno de estos casos, el rol que le cabe a la resolución, a la nulidad, al riesgo de la cosa debida y a los efectos que desencadenan una y otra de estas instituciones, ya que no podría sostenerse un estatuto común a este respecto, como creemos haberlo demostrado.

4. Sin duda, el ***contrato de tracto sucesivo*** constituye uno de los tipos más originales e interesantes en la amplia tipología contractual en nuestro derecho. Lo que caracteriza con mayor fuerza el ***tracto sucesivo*** es el hecho de que una relación jurídica (nacida en el ejercicio de la autonomía privada) pueda extinguirse y resurgir periódicamente sin necesidad de una nueva expresión de voluntad, reproduciendo los elementos que le dan vida y validez jurídica.

5. Las mencionadas exigencias (tanto requisitos de existencia como de validez) deben considerarse y ponderarse al momento de perfeccionarse el contrato y no posteriormente. Por lo tanto, no pueden las vicisitudes del contrato alterar sus efectos, por importantes que ellas sean.

6. El ***contrato de tracto sucesivo*** se nos presenta como una categoría contractual que envuelve siempre un contrato diverso y determina la manera en que éste deberá cumplirse. Por lo mismo, no puede confundirse con la obligación que obedece a sus propias reglas y principios.

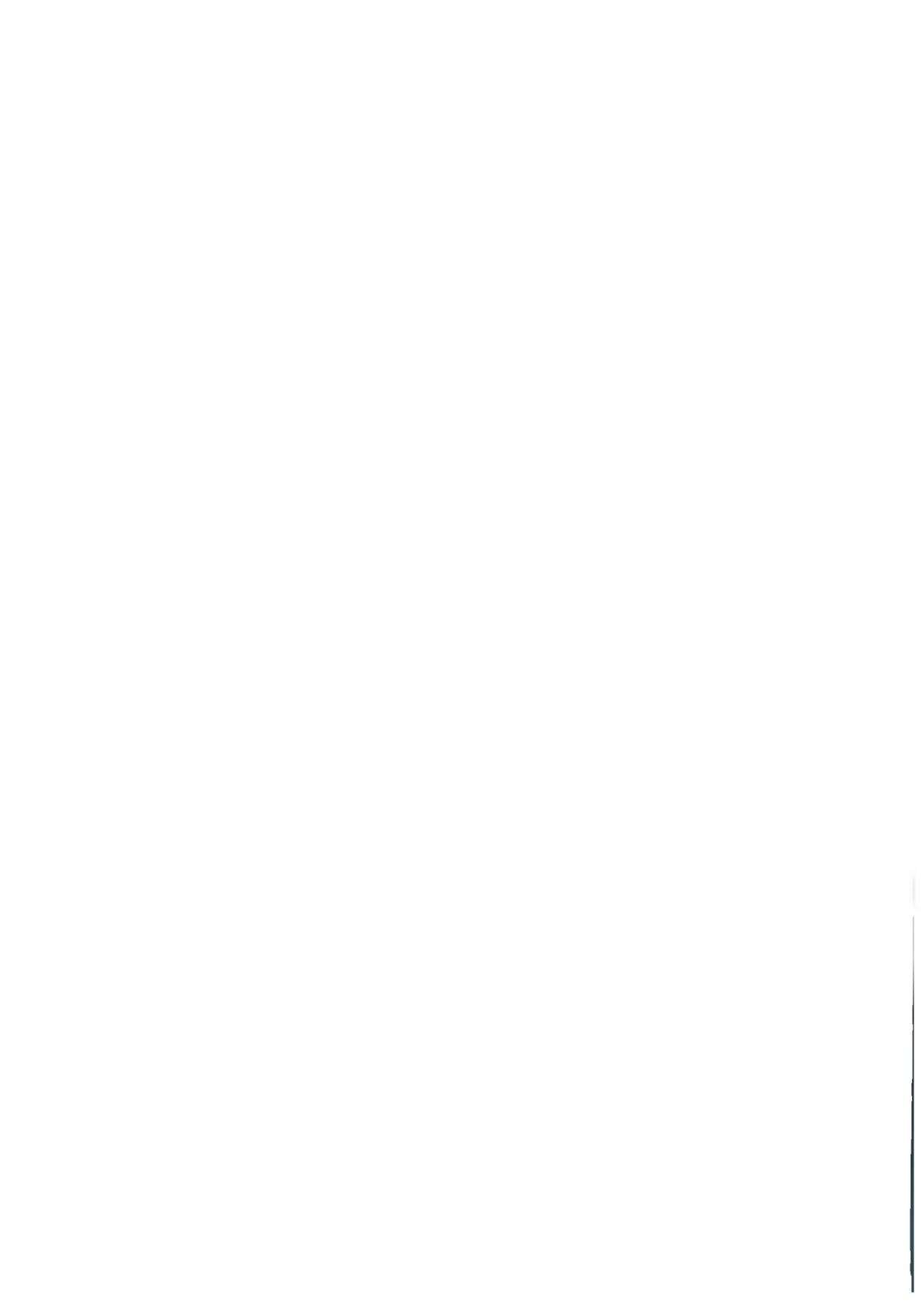
7. La doctrina tiene una deuda importante con el ***contrato de tracto sucesivo***, ya que esta figura no ha sido suficientemente estudiada y sistematizada, no obstante su importancia y su originalidad.

8. Entendiendo que el ***contrato de tracto sucesivo*** tiene origen en la ley o en la voluntad de las partes (en este último caso siempre que el objeto sobre que se contrata sea divisible, las prestaciones continuas, regulares, por tiempo indefinido y de la misma especie), debe considerársele un mecanismo destinado a dar efecto indefinido en el tiempo a un cierto tipo especial de prestaciones, sin perjuicio de las causas que autorizan su extinción.

9. Los **contratos de tracto sucesivo** regulados en la ley (típicos) contemplan causas de terminación especiales (desahucio, despido de un trabajador, declaración unilateral de voluntad, etcétera), que, por lo general, confieren beneficios especiales a la parte afectada.

10. El **contrato de tracto sucesivo** no puede confundirse con la "cláusula de prórroga tácita" ni con el "silencio circunstancial". Se trata de un instituto de naturaleza y con caracteres propios, cuyos efectos, como se explicó, son excepcionales.

11. El **contrato de tracto sucesivo** no justifica la revisión judicial del vínculo contractual como consecuencia de que hayan sobrevenido circunstancias imprevistas que alteren el equilibrio económico original de la relación. Por lo mismo, no admite la aplicación de la llamada "teoría de la imprevisión".



# Radiografía al instituto nacional de DD.HH: entre la política y el derecho<sup>1</sup>

## **Sergio Verdugo R.**

Máster en Derecho  
Universidad de California, Berkeley  
Magister en Derecho Público  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas  
Universidad del Desarrollo  
Profesor de Derecho Constitucional  
Investigador del Centro de Justicia Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

## **José Francisco García G.**

Doctor y Máster en Derecho  
Universidad de Chicago  
Abogado, Magister y Licenciado en Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Profesor de Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo

**Resumen:** Se examinan las principales recomendaciones para que los institutos o comisiones de derechos humanos puedan funcionar con autonomía respecto del Estado y, también, respecto de grupos de interés que intentan capturar sus agendas. Se analiza críticamente el diseño institucional del Instituto Nacional de Derechos Humanos chileno y luego se evalúa la composición de su consejo. Se demuestra el carácter parcial de sus líneas de investigación y se sugieren ciertas modificaciones tendientes a fortalecer su independencia.

\*\*\*

<sup>1</sup> Este trabajo es un modesto reconocimiento a un grupo de académicos jóvenes que han dedicado sus primeros años académicos a demostrar que no existe un debate jurídico monocolor en DD.HH., como algunos quieren hacernos creer. No sólo eso, han tomado una opción de vida y partido solos, con sus parejas y/o familias, a las mejores universidades del mundo para realizar sus postgrados y doctorados en DD.HH. para aportar más derecho ahí donde existe sólo política. Vaya nuestro abrazo fraterno a Soledad Bertelsen (Harvard); Milenko Bertrand (Harvard); Gonzalo Candia (Georgetown); José Manuel Díaz de Valdés (Oxford); Rodrigo Díaz de Valdés (Oxford); Alvaro Paúl (Dublín); y Francisco Urbina (Oxford), varios de los cuales han colaborado con sus sugerencias y consejos en el desarrollo de este trabajo.

Por otra parte agradecemos la colaboración de Carla Ottone, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Todas las traducciones hechas al español de los textos originales en inglés fueron realizadas por los propios autores de este trabajo.

"Papá cuéntame otra vez ese cuento tan bonito de gendarmes y fascistas, y estudiantes con flequillo, y dulce guerrilla urbana en pantalones de campana, y canciones de los *Rolling*, y niñas en minifalda..."

Papá cuéntame otra vez esa historia tan bonita de aquel guerrillero loco que mataron en Bolivia, y cuyo fusil ya nadie se atrevió a tomar de nuevo, y como desde aquel día todo parece más feo..."

Ismael Serrano

## Introducción

Existen una serie de motivaciones para realizar una investigación como ésta. En primer lugar, porque a más de dos años de la vigencia del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, el "INDH"), no ha existido gran interés por parte de la doctrina constitucional y del mundo de las políticas públicas de analizar mayormente esta nueva institución<sup>2</sup>. Menos interés ha existido por desarrollar un examen crítico y, como nos recuerda José Zalaquet, considerando las fallas de origen de su diseño institucional, la ley del INDH "se generó en un clima político preelectoral, luego de considerables demoras en su tramitación. Dado que versa sobre un tema de alta relevancia política y social, existió una premura, comprensible pero inconducente a una eficaz legislación, por aprobar la creación del Instituto, mediante acuerdos políticos y a través del arbitrio de dejar muchos aspectos entregados a un futuro estatuto"<sup>3</sup>.

En segundo lugar, porque la adopción de institutos nacionales de derechos humanos (en adelante, "NHRI" por sus siglas en inglés<sup>4</sup>) es una tendencia a nivel global de la cual nuestra academia no parece estar tomando debida nota, y en donde han surgido debates sofisticados en diversos puntos relevantes, como ocurre con el diseño de sus gobiernos corporativos, con sus niveles de transparencia y *accountability*<sup>5</sup>, con su rol frente a las empresas y grupos de interés,

<sup>2</sup> Existen, no obstante, algunas excepciones. Ver por ejemplo los trabajos de ZALAQUET (2010) LETELIER (2011) y algunos informes anuales del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, los que en adelante serán citados como Informes UDP 2008, 2009 y 2010, según corresponda.

<sup>3</sup> ZALAQUET (2010), p. 164.

<sup>4</sup> Utilizaremos las siglas en inglés (NHRI) para referirnos a las instituciones en general, y "INDH" para el instituto chileno en particular.

<sup>5</sup> La expresión *accountability*, proviene del latín *accomptare*, que significa a cuenta, de *computare*, que es calcular, y a su vez deriva de *putare*, que quiere decir qué contar. El concepto aparece en los años 60 en Estados Unidos, pero ha sido más desarrollado por la cultura inglesa durante los últimos años. El término no tiene traducción al castellano debido a que aún se encuentra en construcción. Está asociado a la responsabilidad, la transparencia, la rendición de cuentas y al control. Surge por la necesidad de transparentar acciones y decisiones tanto en lo público como en lo privado. BURGIS y ZADEK (2006).

entre otros. Todos estos debates observados en el extranjero se encuentran muy lejos de las casi inexistentes discusiones locales.

Finalmente, existe una motivación más coyuntural. Intriga que el gobierno haya presentado un proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos<sup>6</sup>, pese a que la literatura en general rechaza la multiplicidad de NHRI dentro de un mismo Estado<sup>7</sup>. Se trata de una cuestión no sólo discutible desde la perspectiva del actual funcionamiento de diversos programas de derechos humanos (en adelante, los "DD.HH.") en la Administración<sup>8</sup>, que hacen innecesario crear una Subsecretaría en la materia; sino también, y más grave aún, que podría demostrar que el INDH aún no se ha ganado un espacio de legitimidad al interior de nuestro país. El hecho que el INDH sea un órgano autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio que busca tratar la cuestión de los DD.HH. desde una mirada de Estado y no estrictamente gubernamental, no parece ser suficiente argumento. Sabemos lo conveniente que resulta limitar el poder del Estado –y sobre todo el de la Administración en países presidencialistas como el nuestro– y no es buena idea que ella se transforme en el espacio más relevante de iniciativas en materia de DD.HH. Justamente para prevenir eso nacen las NHRI como el INDH.

Lo anterior constituye un llamado de alerta a los especialistas. ¿Cuál es el rol que está jugando el INDH en nuestro país? ¿Se trata efectivamente de un órgano autónomo, plural y en el que las diversas sensibilidades en materia de DD.HH. encuentran un espacio? ¿Cuál es el verdadero espacio que el INDH debe ocupar dentro de nuestro sistema político y jurídico? ¿Se trata efectivamente de una "institución que se ubica en la frontera entre el derecho y la política?"<sup>9</sup>

En este trabajo argumentaremos que los hechos sugieren que la respuesta a estas preguntas es compleja. El INDH parece estar transformándose en una "ONG más" (precisamente lo que la literatura especializada busca evitar); persiguiendo una agenda de investigación estructurada sobre bases ideológicas asociadas a la izquierda y buscando transformarse en un inquisidor del actual gobierno (por su carácter de centroderechista más que por el mérito de acciones infractoras en materia de DD.HH.). Si estamos en lo cierto, entonces el INDH le está haciendo un daño relevante a la causa de los DD.HH. en nuestro país.

Esta investigación continúa de la siguiente manera: En primer lugar, revisaremos algunos aspectos elementales de los institutos o comisiones de DD.HH., entregan-

<sup>6</sup> Mensaje proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, boletín N° 8207-07. Ver la reseña legislativa de dicho proyecto en LIBERTAD y DESARROLLO (2012).

<sup>7</sup> Sobre esta discusión, ver CARVER (2011).

<sup>8</sup> Creemos que las unidades actuales de coordinación dentro del gobierno en DD.HH. como las existentes en Interior y Seguridad Pública (Programa de DD.HH.) y Relaciones Exteriores (Dirección de DD.HH.), son suficientes para responder a las necesidades internas e internacionales en la materia.

<sup>9</sup> Así lo señala el Informe UDP (2010) p. 455.

do especial atención a las recomendaciones que la literatura especializada suele hacer para el diseño de los mismos (1). En segundo término, examinaremos de manera crítica el diseño del INDH chileno, constatando que los arreglos institucionales del mismo tienen deficiencias importantes (2). En seguida, argumentaremos que las deficiencias anotadas en relación al sistema de nombramiento de los consejeros han producido resultados cuestionables desde la perspectiva de la autonomía de la institución (3). Luego analizaremos las líneas de investigación del INDH y daremos cuenta de que su carácter parcial es una consecuencia lógica de las falencias institucionales observadas (4). A continuación, revisaremos ciertas actividades del INDH y evaluaremos los problemas que ellas tienen (5). Posteriormente, y atendidas las falencias descritas en las secciones anteriores, propondremos ciertas modificaciones al diseño institucional del INDH (6).

## **1. Acerca de los institutos o comisiones de DD.HH.**

En esta sección buscamos entregar una perspectiva general sobre los NHRI en el mundo. Para ello, explicaremos brevemente los fines y diferentes categorías de NHRI (1.1.); resumiremos los principales problemas que enfrentan estas organizaciones de acuerdo a la literatura especializada (1.2.); sintetizaremos la importancia de los denominados "Principios de París", donde la comunidad internacional acordó ciertos estándares básicos que deben cumplir estas instituciones (1.3.); y analizaremos algunos elementos centrales del diseño institucional de una NHRI desde la perspectiva de la independencia, el pluralismo y el *accountability* (1.4.).

### **1.1 Concepto, categorías y origen de los institutos o comisiones de DD.HH.**

Una NHRI es una institución doméstica creada por un Estado y financiada con recursos públicos y privados que cuenta con un mandato constitucional y/o legislativo para proteger y promover los DD.HH. con independencia del Estado<sup>10</sup>. Se distinguen de las ONG o grupos que promueven ciertos derechos de interés para grupos específicos<sup>11</sup>, por cuanto son instituciones públicas y su mandato suele ser de carácter general.

Cuando las NHRI están dotadas de suficiente independencia y autonomía, y cumplen los denominados Principios de París<sup>12</sup>, pasan a convertirse en piedras

<sup>10</sup> UNDP-OHCHR (2010), p. 2. Es más, aquellas instituciones que carecen de mandato constitucional y/o legal para proteger y promover los DD.HH. no son NHRI. Debieran excluirse, por ejemplo, aquellas comisiones formadas en virtud de un mandato de un Jefe de Estado, por ejemplo. UNDP-OHCHR (2010) p. 1, y SMITH (2006) p. 913.

<sup>11</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) p. 3.

<sup>12</sup> Los Principios de París se redactaron por un taller supranacional de Instituciones Nacionales de

angulares de los sistemas nacionales de protección a los DD.HH. En su caso, también debieran ser útiles como mecanismo de transmisión (*relay*) entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico doméstico<sup>13</sup>.

En cuanto a su origen, existen en general tres tipos de contextos políticos en los cuales estas instituciones son creadas: (1) En una sociedad que está en transición y requiere de protección para que no se vuelvan a cometer otras violaciones a los DD.HH.; (2) en un Gobierno cuestionado políticamente por razones de DD.HH., y crea una NHRI para mostrar que está haciéndose cargo del problema; y (3) en sistemas políticos democráticos consolidados que desean profundizar su compromiso con los DD.HH.<sup>14</sup>. Para otros, las NHRI son creadas básicamente para satisfacer a la audiencia internacional; constituyendo el resultado de una adaptación del Estado. En otras palabras, los Estados creerían que al constituir NHRI se mejora a bajo costo su reputación internacional<sup>15</sup>.

Las NHRI llevan operando por décadas en muchos países, bajo leyes nacionales que fueron inspiradas o influidas por el derecho internacional de los DD.HH.<sup>16</sup>. Sin embargo, en los últimos 15 años ha existido un incremento significativo en la creación de NHRI como resultado de la promoción y apoyo de las Naciones Unidas<sup>17</sup>. Como lo muestra la figura siguiente, el número de NHRI comenzó a crecer en América a comienzos de los 90, mientras que en Europa dicho aumento comienza a mediados de los 90<sup>18</sup>.

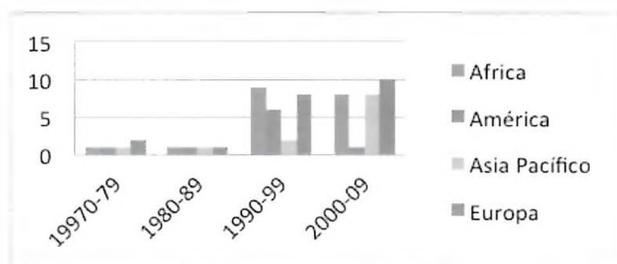


Gráfico N° 1. Año de establecimiento de las NHRI<sup>19</sup>

DD.HH., en una reunión que se celebró el año 1991. El documento fue adoptado por la Comisión de DD.HH. de Naciones Unidas en la Resolución 1992/54, de 1992. Luego, este acuerdo fue reafirmado por la Asamblea General a través de Resolución 48/134 de 1993. En ellos se contienen algunos criterios que las diversas NHRI deben seguir para preservar su autonomía y cumplir una función adecuada para la protección y promoción de los DD.HH.

<sup>13</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 1. Ver también la opinión de RAJ KUMAR (2003) p. 265, RIEF (2000) y SRIPATI (2000). Por otra parte, se ha dicho que las NHRI podrían producir un resultado inverso, exacerbando las diferencias entre opositores y defensores de las normas internacionales. CARDENAS (2003) p. 36.

<sup>14</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) pp. 57-58.

<sup>15</sup> SMITH (2006) p. 909. Esta idea también es recogida por el Informe UDP (2010) p. 453. Este sería el origen del INDH en Chile. Informe UDP (2010) p. 455.

<sup>16</sup> Sobre las circunstancias históricas que resultaron en la creación de las NHRI, ver RAJ KUMAR (2003).

<sup>17</sup> Sobre este fenómeno, ver CARDENAS (2003) y RAJ KUMAR (2003), pp. 266-269.

<sup>18</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 3.

<sup>19</sup> Fuente: OHCHR, *Survey of National Human Rights Institutions*. 2009.

No existe una estructura ideal para las NHRI en la literatura especializada, aunque parece existir consenso en que un mínimo es el cumplimiento de los Principios de París. Sin embargo, dichos principios no imponen un modelo único para que las NHRI ejerzan sus responsabilidades y poderes, razón por la cual la mejor estrategia para crear una NHRI es entender el entorno legal, político y regional del país<sup>20</sup>.

Las NHRI pueden adoptar diversas formas. La clasificación más importante de los tipos de NHRI existentes tiene lugar desde la perspectiva de su estructura<sup>21</sup>. Desde este enfoque, hay que distinguir las instituciones "tipo-ombudsman"<sup>22</sup> y las "tipo-comisión"<sup>23</sup>, dependiendo de si la organización está estructurada sobre una persona o director, o en un órgano colegiado con múltiples miembros como una comisión, sin perjuicio de que los nombres pueden ser equívocos<sup>24</sup>.

Desde la perspectiva de los poderes y funciones, existen diferentes modelos consistentes con el cumplimiento de los Principios de París, donde puede incluirse tanto a instituciones dirigidas por una sola persona o por un grupo más amplio y representativo. También se puede incorporar a aquellas que cuentan con funciones "cuasijurisdiccionales", como el poder de recibir denuncias individuales y dictar decisiones vinculantes, o hacerlas cumplir mediante los tribunales ordinarios o especiales<sup>25</sup>. Cabe señalar que el modelo de las comisiones es mayoritario en el Derecho Comparado.

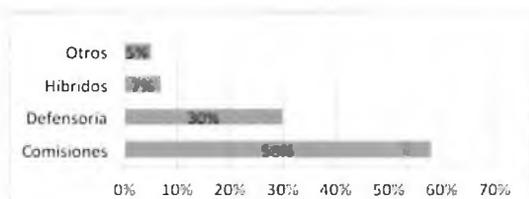


Gráfico N° 2. Tipos de NHRI en el mundo<sup>26</sup>

<sup>20</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 20.

<sup>21</sup> Otra perspectiva es aquella relacionada con la tradición legal, donde es posible encontrar algunos modelos particulares. Según el International Council on Human Rights Policy, las NHRI pueden formar parte de tradiciones hispánicas, francófona o de la Commonwealth. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005). Así también, las NHRI pueden organizarse de manera continental. Se trata de "instituciones multimiembros que reciben reclamos en gran parte de África y Asia, Defensores del Pueblo en Latinoamérica, Ombudsman en la Europa nórdica, e instituciones consultivas en Europa". Estas divisiones reflejan diferencias regionales hasta cierto punto, aunque existe frecuentemente una gran variedad al interior de ellas. UNDP-OHCHR (2010) p. 20.

<sup>22</sup> Es muy común observar una categoría especial de ombudsman denominada "defensor del pueblo". En este trabajo no haremos esta diferenciación, por ser una especie de la categoría ombudsman.

<sup>23</sup> Algunos agregan categorías híbridas. Ver por ejemplo RIEF (2000) pp. 11-13.

<sup>24</sup> Es muy común esta clasificación. Ver por ejemplo INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) pp. 3-4. En este trabajo se suman algunos NHRI más especiales, como comisiones antidiscriminación

<sup>25</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 21.

<sup>26</sup> Fuente: OHCHR, NHRI Survey 2009, citado en UNDP-OHCHR (2010) p. 22.

En la siguiente tabla, comparamos algunos aspectos de los diferentes modelos anotados, resaltando sus diferentes características, fortalezas y debilidades.

Tabla N° 1. Comparativo de modelos de NHRI

Modelo	Características	Fortalezas potenciales	Desafíos potenciales
Comisión de DD.HH.	Concentrado en África, Asia-Pacífico y países de la tradición del "common law". Órgano colegiado toma decisiones. Investigan y reciben quejas individuales. Personal profesional relativamente grande. Algunos tienen autoridad para hacer o solicitar órdenes ejecutables a través de tribunales.	Pluralidad aumenta la credibilidad. Función de asesoramiento fortalecido por mandato de investigación. Algunas pueden provocar cambios directamente. Permite acceso libre a los denunciantes	Manejo de excesiva carga casos individuales. Puede ser costoso de operar, sobre todo si la comisión provee servicios legales gratis. Los procesos de investigación pueden volverse rígidos y prolongados. Comisiones cuasi-jurisdiccionales en países con sistema judicial débil pueden tener dificultades para hacer cumplir sus órdenes.
Ombudsman	Se encuentra en los países escandinavos y de la CEI. Órgano unipersonal toma decisiones. Resoluciones y enfoques más informales. Trabaja en general mediante recomendaciones. Personal profesional relativamente grande.	Puede ser eficaz dependiendo de la tradición. Procesos más flexibles y menos onerosos. Recomendaciones se refuerzan por mandato de investigación.	Recomendaciones pueden ser ignoradas, con excepciones. Exceso de personalismo, dependencia del prestigio del director y riesgos asociados. Falta de mecanismos que garanticen pluralismo. Exceso de casos.

Inst. Híbrida de DD.HH.	Se concentra mayormente en América Latina y democracias europeas. Similar a acciones de las oficinas del defensor del pueblo. Funciones se mezclan con hacer frente a actos ilícitos (como corrupción), y se puede extender a otras cuestiones.	Comparte ventajas con defensor de DD.HH. Algunas materias se tratan sin necesidad de referencia a otras agencias. Eficiencia en costos y minimiza conflictos con otras instituciones.	Amplitud del mandato puede hacer que sea difícil de manejar. El riesgo de que recursos no coincidan con amplias responsabilidades. Vinculación de DD.HH. a otros problemas desnaturalizan los DD.HH.
Inst. consultiva/ investigador	Europa, África, Oriente Medio y algunos países francófonos. Incorporación de representantes de fuerzas sociales como miembros. Da consejos e investiga. En general no investigan denuncias particulares.	Pluralidad aumenta la credibilidad. Ausencia de mecanismo de atención de reclamos personales hace que principales cuestiones que sean de importancia nacional sean revisadas por la NHRI.	Riesgo de debates se mantengan en nivel académico y no promoción de cambios. Toma de decisiones puede ser difícil, dado su tamaño y diversidad de composición. Altos costos de mantenimiento de gran número de comisionados. Ausencia de función de demanda debilita NHRI.

## 1.2 Problemas que pueden enfrentar estas organizaciones

En general, las NHRI enfrentan varios problemas, aunque todos se relacionan de alguna manera con la tensión existente entre su autonomía y *accountability*. Se trata de instituciones estatales que deben ser independientes de los poderes del Estado para investigar y denunciar las violaciones a los DD.HH. que estos

ejecutan<sup>27</sup>. Sin embargo, han sido creadas y son financiadas parcialmente por el Estado, y sus miembros son designados por diferentes autoridades estatales<sup>28</sup>. ¿A quién le deben rendir cuentas estas instituciones? Responder esta pregunta no es fácil<sup>29</sup>.

Por otro lado, las NHRI deben prestigiarse frente a la comunidad y evitar privilegiar a ciertos grupos de interés, no obstante la importancia de vincularse con estos últimos<sup>30</sup>. Asimismo, deben evitar competir con distintos grupos de interés u ONG de DD.HH. y, también, rechazar los intentos de captura por parte de dichos grupos, ya que ello podría ir en perjuicio de otros intereses legítimos. En su gestión, las NHRI deben intentar combinar la independencia con la necesidad de obtener financiamiento vía donaciones, e impedir que los donantes exijan la persecución de políticas perjudiciales para los DD.HH. de otros grupos a cambio. Desde esta perspectiva, las NHRI ocupan un lugar único que les demanda distinguirse del Estado, de la sociedad civil y de las organizaciones de DD.HH.<sup>31</sup>

Para ello, y como lo dice un autor nacional, las NHRI "gestionan su *auctoritas*" y de la posición que ellas adopten en sus procesos dependerá el asentamiento que ellas logren dentro del sistema político y social y frente a la comunidad<sup>32</sup>. En este contexto, los peligros que las NHRI enfrentan pueden resumirse en los siguientes: Captura de su agenda por ciertos grupos de interés; falta de autonomía frente a la acción de agentes del Estado; falta de mecanismos de rendición de cuentas y de evaluación de sus políticas; instrumentalización de las mismas por parte de sus financistas o de quienes nombran a sus miembros; exceso de personalismo del director; carencia de credibilidad y prestigio frente a la comunidad nacional, internacional y a las diversas instituciones particulares de DD.HH.; competencia con organizaciones de diversa índole<sup>33</sup>; falta de financiamiento suficiente; ausencia de contrapesos internos y de pluralidad en su

<sup>27</sup> SMITH (2006) p. 909.

<sup>28</sup> Agrega que las "NHRI tienen que lidiar con el incómodo dilema acerca de cómo ser independientes del Gobierno y de las Organizaciones no Gubernamentales, cuando al mismo tiempo deben establecer relaciones de trabajo con ambos tipos de actores". SMITH (2006) p. 905.

<sup>29</sup> Como se ha dicho: "La independencia de las NHRI del Poder Ejecutivo es generalmente concebida como una precondition para su efectivo funcionamiento y credibilidad. Sin embargo, la independencia de una NHRI sólo puede ser análoga a la del Poder Judicial –en otras palabras, debe ser independiente en su funcionamiento, pero tener vínculos inevitables con otras ramas del gobierno en sus designaciones, en su financiamiento y en el ejercicio de sus poderes. (...) cuando una NHRI reporta una violación a DD.HH., constituye una forma de conocimiento oficial que es diferente en su calidad a los reportes que realizan otras organizaciones no gubernamentales de DD.HH." INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004), p. 58.

<sup>30</sup> Ver INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) pp. 97-99

<sup>31</sup> SMITH (2006) pp. 910-911.

<sup>32</sup> LETELIER (2011).

<sup>33</sup> Las NHRI no sólo pueden terminar compitiendo con grupos de interés, sino que también con otras instituciones públicas, especialmente en relación con demandas por mayor financiamiento, obtención de donaciones, espacios en la agenda de la prensa, etc. Ver CARDENAS (2003) p. 37.

composición; producción de resultados inversos a los perseguidos al incrementar la visibilidad de diferentes posiciones antagónicas de DD.HH.<sup>34</sup>, entre otros.

### 1.3 Los Principios de París

Como ya lo advertimos, los "Principios de París" (*Principles Relating to the Status and Functioning of National Institutions*) establecen los estándares básicos para las NHRI<sup>35</sup>. Una NHRI que cumple con los Principios de París es elegible para ser acreditada por el Subcomité de la ICC bajo la OHCHR<sup>36</sup>. En síntesis, los Principios de París identifican seis criterios básicos:

- a) Un mandato amplio, basado en estándares universales de DD.HH.;
- b) Autonomía de otras entidades estatales;
- c) Independencia garantizada por ley o la Constitución;
- d) Pluralismo alcanzado mediante su integración y/o cooperación efectiva;
- e) Recursos adecuados; y
- f) Poderes de investigación adecuados.

Se trata de criterios generales que no definen un modelo de diseño institucional por sobre otro. Ellos son compatibles tanto con el modelo-comisión como con el modelo-*ombudsman*. Por otra parte, algunas funciones de las NHRI no son indispensables bajo los Principios de París, como ocurre con la facultad de presentar acciones judiciales.

Como estos principios son muy amplios, algunos han dicho que son insuficientes e incluso los han cuestionado<sup>37</sup>. Otros han intentado complementarlos o propuesto "revisitarlos", como ocurre con el *International Council on Human Rights Policy*<sup>38</sup>, y la detallada explicación y recomendaciones por parte del UNDP-OHCHR<sup>39</sup>. Algunos de los puntos relevantes detallados en estos informes son dados a conocer en el apartado siguiente.

<sup>34</sup> Así, las NHRI podrían exacerbar la tensión entre opositores y defensores del derecho internacional de los DD.HH. CARDENAS (2003) p. 36.

<sup>35</sup> Véase la resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, que aprueba los Principios de París.

<sup>36</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 1 y p. 10.

<sup>37</sup> Por ejemplo, RAJ KUMAR (2003) pp. 270-275.

<sup>38</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) pp. 107-110.

<sup>39</sup> UNDP-OHCHR (2010) pp. 241-266.

## 1.4 Recomendaciones generales sobre las NHRI

La literatura especializada ha hecho hincapié en la importancia de concretar los Principios de París en el diseño institucional de las NHRI. En esta parte seguimos con especial atención las recomendaciones del reciente *UNDP-OHCHR Toolkit* (2010), que da cuenta de diversas dimensiones que se deben considerar a la hora de diseñar una NHRI que sea independiente y autónoma, plural, y que rinda cuenta de su labor (*accountability*).

Considerar estas dimensiones es importante, ya que, como se verá más adelante, sirven como estándar de control respecto del diseño de nuestro INDH; contraste que nos permitirá proponer reformas al final de este trabajo.

### 1.4.1 Independencia y pluralismo

Las NHRI deben ser relativamente independientes del control estatal, incluyendo el financiero; deben tener un proceso de selección de sus autoridades que provea independencia política y diversidad en su composición<sup>40</sup>. También requieren de un financiamiento adecuado al cumplimiento de sus funciones de manera efectiva; un mandato amplio de promoción y protección de los DD.HH.; y potestades adecuadas<sup>41</sup>. Por otra parte, también se aconseja eludir la multiplicidad de NHRI dentro de un Estado<sup>42</sup>.

Una condición previa en esta materia consiste en que las NHRI definan y defiendan su rol y espacio en relación con el Estado y la sociedad civil. Ello puede crear dificultades respecto de su independencia y *accountability*; elementos fundamentales para su legitimidad, credibilidad y, en último término, efectividad<sup>43</sup>. Como ya lo advertimos, ello implica que deben enfrentar el incómodo dilema de cómo ser independientes frente al Estado y las ONG, sin perder la capacidad de establecer relaciones de trabajo con ambos actores<sup>44</sup>. Porque si las NHRI permiten a las ONG influir demasiado en sus decisiones cotidianas dada la estrecha relación que tienen, ellas se transformarán en "otra ONG más"<sup>45</sup>; lo que suele suceder, cuando los consejeros miembros de una comisión provienen

<sup>40</sup> Entre nosotros, se ha dicho que la independencia de estas oficinas "ha llegado a concebirse como una precondition para su funcionamiento efectivo y para su credibilidad". LETELIER (2011) p. 156.

<sup>41</sup> SMITH (2006) p. 913.

<sup>42</sup> Sobre la discusión acerca de cuántas NHRI son convenientes, ver CARVER (2011). También hay quienes sostienen que, idealmente, las NHRI debieran complementarse con otras agencias relacionadas. RIEF (2000).

<sup>43</sup> SMITH (2006) p. 904. En efecto, como sostiene Smith, "respecto del Estado, las NHRI deben ser independientes, sin embargo, alguien debe nombrar a las NHRI, entregarles dinero y hacerlas responsables por sus acciones y gastos. Respecto de la sociedad civil y las ONG, las NHRI deben ser independientes, sin embargo, deben ganarse a la vez la legitimidad pública respondiendo a sus preocupaciones, interactuando con ellas y siendo responsables frente a los stakeholders". SMITH (2006) p. 906.

<sup>44</sup> SMITH (2006) p. 905.

<sup>45</sup> SMITH (2006) p. 910.

de la comunidad de DD.HH.<sup>46</sup>. En estos casos, las NHRI corren el riesgo de que se cuestionen las razones que justifican su financiamiento público. ¿Para qué destinar recursos públicos a una actividad que ya está siendo satisfecha por particulares? Es evidente que para contestar esta pregunta las NHRI deben diferenciarse.

#### a) Autonomía y pluralismo de las autoridades.

Los procesos de nominación deben estar al servicio de la autonomía y la transparencia, y de preferencia estar establecidos en la ley. Como mínimo, el proceso de designación debe incluir al Congreso como último responsable (ya que se trata de un órgano integrado por miembros electos popularmente y representativos de mayorías y minorías)<sup>47</sup>, después de haber recibido nominaciones y opiniones de diversos actores sociales. Las designaciones realizadas únicamente por el Ejecutivo son, en general, rechazadas por la literatura<sup>48</sup>. Además, se ha sostenido que los consejeros deben ser neutrales políticamente<sup>49</sup>, cuestión difícil de asegurar. Para el estatuto de los miembros o consejeros de las NHRI se ha recomendado que ellos no duren en sus mandatos términos muy cortos, que no puedan tener la posibilidad de ser reelegidos, que ganen una remuneración que les permita trabajar de manera exclusiva con una dedicación de jornada completa y que resuelvan los eventuales conflictos de interés que puedan suscitarse<sup>50</sup>. Todo ello fortalecería la independencia de los miembros de la NHRI.

Los Principios de París enfatizan la importancia del proceso de selección de miembros de las NHRI, aunque no establecen un proceso ideal o requerido (obligatorio). Las siguientes prácticas deben ser consideradas para promover la transparencia y el pluralismo: (a) incluir explícitamente el respeto por el pluralismo y la diversidad como parte de los criterios de selección; (b) involucrar al Congreso en el proceso de selección formal, creando una lista corta de candidatos, seleccionando candidatos desde una lista corta propuesta por el Ejecutivo, o formalmente ratificando las decisiones del Ejecutivo; y (c) asegurando que fuerzas sociales tengan espacio relevante para dar su opinión en el proceso<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> SMITH (2006) p. 910.

<sup>47</sup> Se ha dicho y recomendado que el Congreso debe ser el último responsable de los nombramientos. SRIPATI (2000) p. 10.

<sup>48</sup> UNDP (2010), p. 147. En el mismo sentido se ha dicho que el "proceso de designación de autoridades debe ser transparente y políticamente neutral, siendo los consejeros designados bajo un procedimiento que asegure su independencia frente al Ejecutivo". SMITH (2006) p. 923.

<sup>49</sup> "A los consejeros y autoridades de las NHRI se les entrega una gran responsabilidad, debiendo ser capaces de generar confianza pública. Ello puede ser logrado si la comunidad cree que sus miembros son políticamente neutrales y están comprometidos con los DD.HH. Quien tiene la carga de lograr autoridades neutrales y comprometidas reside en quienes los designan; por ello, el procedimiento de designación debe ser abierto, transparente y democrático". SMITH (2006) p. 925.

<sup>50</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005) p. 12.

<sup>51</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 248. En la misma línea, un estudio de CARVER y KOROTAEV (2007), ha señalado la importancia de la participación de representantes de la sociedad civil y la existencia de reglas claras: (a) Nominación de candidatos con participación obligatoria de diversos grupos de la sociedad

El pluralismo y la diversidad son importantes. Ellos fortalecen la independencia de las NHRI, su credibilidad y efectividad. Además, incrementan la probabilidad de cooperación y colaboración con otros *stakeholders*, y demuestran que la NHRI se toma en serio la igualdad<sup>52</sup>. Pero eso no es suficiente, la promoción de la diversidad debe existir también a nivel del personal administrativo<sup>53</sup>.

#### b) Autonomía legal y operacional

Como ya lo señalamos, las NHRI deben ser creadas a nivel constitucional y/o legal, y no por un decreto del Ejecutivo. Se trata de establecer una autonomía formal que impida su fácil disolución y la vuelva menos vulnerable a la presión del Estado. Al tener rango constitucional y/o legal, cualquier modificación requeriría acuerdo parlamentario y sujetarse al proceso legislativo<sup>54</sup>.

Por otra parte, la autonomía operacional de las NHRI no puede dejar de mencionarse. Ésta dice relación con la capacidad y potestades de las NHRI de poder tomar decisiones de manera libre frente al Estado en cuestiones tales como el nombramiento de su personal, el manejo de sus recursos, y el desarrollo de investigaciones<sup>55</sup>.

La calidad de los miembros, liderazgo y personal son fundamentales para la reputación y efectividad de las NHRI. Procedimientos transparentes y sobre la base del mérito ayudan a asegurar la contratación de miembros independientes y profesionales. Para ello, se requiere que los miembros tengan algún nivel de experiencia en DD.HH. y en administración pública, o al menos en administración en el nivel *senior*<sup>56</sup>.

Las NHRI deben abrazar la noción de excelencia. Los miembros y el personal deben ser reconocidos como expertos en sus campos y, como las materias de DD.HH. evolucionan con el tiempo, la capacitación profesional permanente no puede estar ausente. Un grupo del personal de la NHRI debiera estar involucrado en todos los aspectos de la capacitación, incluyendo desarrollo de programas, su transmisión y posterior implementación y evaluación. Ello requerirá además que el capacitador original, junto al personal de la NHRI, desarrolle un manual para futuras capacitaciones internas. Finalmente, se debe considerar establecer tutorías, programas de intercambios y planes de transferencia de conocimientos y experiencias desde las NHRI con más trayectoria<sup>57</sup>.

---

civil como ONG y sindicatos; (b) escrutinio público de los candidatos; y (c) selección competitiva y aprobación de candidatos por el Congreso.

<sup>52</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 252. En consecuencia, los Principios de París requieren que "la composición de la institución nacional y la designación de sus miembros (...) sea de acuerdo a un procedimiento que entregue todas las garantías de asegurar (...) una representación pluralista".

<sup>53</sup> SMITH (2006) p. 928.

<sup>54</sup> SMITH (2006) pp. 913-914.

<sup>55</sup> SMITH (2006) p. 914.

<sup>56</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 148.

<sup>57</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 175.

### c) Autonomía financiera

La autonomía financiera garantiza la libertad de las NHRI para definir sus prioridades<sup>58</sup>. Las NHRI deben ser capaces de entregar sus servicios y cumplir con su mandato y responsabilidades dentro de las restricciones del presupuesto disponible. Ello requiere el desarrollo de la capacidad para movilizar recursos, y enfrentar de mejor manera las eventuales presiones financieras inesperadas. En su fase de establecimiento, el grueso del presupuesto debiera provenir del Estado mediante la ley de presupuesto. En su segunda fase, las NHRI deben tener capacidad instalada para obtener y manejar donaciones internacionales y, también, los aportes locales privados<sup>59</sup>. Idealmente, las NHRI deben tener capacidad para formular sus propios presupuestos y responder directamente ante el Congreso en el otorgamiento del mismo<sup>60</sup>.

La experiencia internacional muestra que el recibir fondos desde la comunidad internacional puede ser muy provechoso; sin embargo, para algunos ello puede generar incentivos a dicho Estado para reducir los aportes fiscales a la NHRI. El otro riesgo es que se preste demasiada atención a materias de interés del donante. Resultaría complejo que las autoridades de las NHRI se sientan obligadas a justificar ante los donantes el empleo de sus recursos, rindiendo cuenta de lo realizado. Ello podría afectar su legitimidad<sup>61</sup>.

#### 1.4.2 Accountability

Existen al menos cuatro tipos diferentes de *accountability* de las NHRI. El formal (exigido por la ley); el que opera ante la comunidad; ante organizaciones de la sociedad civil; y ante el Estado<sup>62</sup>.

En el nivel más básico de *accountability*, se exige que las NHRI entreguen un informe anual y reportes especiales a la autoridad que los designa, típicamente el Congreso, y a sus financistas. En general, se recomienda la rendición de cuentas ante este órgano (el Congreso) y no ante el Ejecutivo<sup>63</sup>. Lamentablemente, el nivel de escrutinio desde el Congreso suele ser muy bajo, y escasamente se analizan los informes o profundizan en sus aspectos centrales<sup>64</sup>. Existen otros instrumentos de *accountability* relevantes, como la evaluación del desempeño (a) y la planificación estratégica (b). También hay otras herramientas a que nos referiremos más adelante, como mecanismos de transparencia, controles

<sup>58</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005) p. 13.

<sup>59</sup> UNDP-OHCHR (2010) pp. 177-78.

<sup>60</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) p. 115.

<sup>61</sup> SMITH (2006) p. 921.

<sup>62</sup> Ver SMITH (2006) pp. 937-944.

<sup>63</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005) p. 12.

<sup>64</sup> SMITH (2006) p. 937.

internos (del Consejo frente a un director, por ej.), y diversos instrumentos de remoción de los miembros de las NHRI, entre otros.

#### a) Evaluaciones de desempeño. Indicadores

Muchas organizaciones utilizan evaluaciones de rendimiento (o *performance*) para evaluar a su personal sobre la base de una serie de criterios establecidos al momento de su contratación. Este tipo de herramientas entregan información muy relevante para la evaluación de la organización y debiesen vincularse con el plan estratégico de las NHRI. Debiera considerarse el uso de sistemas informáticos (por ejemplo, bases de datos); manejo de información (reportes de tipos de casos y políticas y procedimientos para el manejo de cuestiones específicas); programas y centros de investigación; e indicadores de procesos y resultados de los programas de las NHRI, entre otros<sup>65</sup>.

Particularmente relevante resulta el uso de indicadores que permitan evaluar el cumplimiento de metas claras y objetivos conocidos de procesos e impacto, vinculándolos (cuando sea aplicable) a las metas y objetivos a nivel internacional<sup>66</sup>. El ejercicio de procesos de evaluación fortalece los niveles de *accountability* y favorece el progreso de las NHRI<sup>67</sup>.

#### b) Planificación estratégica

Se recomienda la inclusión de diversos elementos en las planificaciones estratégicas de las NHRI, tales como los siguientes<sup>68</sup>. Asegurarse de contar con la suficiente experticia propia; Realizar un análisis FODA, esto es, fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas que enfrenta la NHRI; examinar el contexto internacional; identificar pocos objetivos estratégicos, pero de alto nivel; identificar los propósitos y resultados de la intervención; Indicadores y bases de datos de punto de partida; fijar metas, las que deben ser inteligentes, esto es, específicas, medibles, ambiciosas, realistas y dentro de un plazo; articular los supuestos realizados para elegir las metas; e identificar las principales actividades que serán necesarias para lograr los resultados esperados<sup>69</sup>.

En la tabla siguiente se observa un ejemplo concreto de desarrollo de un objetivo estratégico, desde la perspectiva del resultado esperado; incluyendo los indicadores correlativos, las metas y los supuestos que se deben considerar.

<sup>65</sup> UNDP-OHCHR (2010) pp. 176-177.

<sup>66</sup> Ver INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005) pp. 25-37.

<sup>67</sup> UNDP-OHCHR (2010) p. 177.

<sup>68</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004) p. 115; UNDP-OHCHR (2010) pp. 195-96.

<sup>69</sup> El problema de la efectividad de las NHRI ha sido ampliamente tratado por la literatura. Por ejemplo, ver el trabajo de RIEF (2000) pp. 23-30.

Tabla N° 2. Ejemplo de desarrollo de una meta estratégica<sup>70</sup>

Propósito o Resultado	Indicadores	Metas	Supuestos
Establecimiento de un objetivo concreto y medible	Señalando el punto de partida y establecer cómo se medirá el resultado	Qué será alcanzado. Indicador base + mejora deseada = meta en determinado periodo.	Qué elementos claves deben permanecer o estar presentes
<i>Ejemplo:</i> Establecimientos educacionales incluirán enseñanza de DD.HH. en su currículo.	Punto de partida: 0% de establecimientos educacionales tienen un curso de DD.HH. Medición: % de establecimientos educacionales con un curso de DD.HH.	<i>Ejemplo:</i> En 3 años, se probará un currículo piloto en el 5% de los establecimientos educacionales.	<i>Ejemplo:</i> Autoridades educacionales del Gobierno querrán cooperar con la NHRI en la creación de currículo de DD.HH.

## 2. Sobre el INDH en Chile

En nuestro país, el INDH está regulado por una ley (N° 20.405) que se dictó el año 2009 luego de un largo y polémico proceso legislativo que comenzó el año 2005 a raíz de una iniciativa del entonces Presidente de la República Ricardo Lagos<sup>71</sup>. En esta sección, describiremos brevemente el diseño institucional del INDH (2.1.) y, en seguida, explicaremos algunas falencias del mismo (2.2.)

<sup>70</sup> Fuente: UNPD-OPCHR (2010).

<sup>71</sup> Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009): "Historia de la Ley 20.405, del Instituto Nacional de Derechos Humanos". En adelante, cuando utilicemos la expresión "ley", sin otra especificación, deberá entenderse que se trata de la ley del INDH. Como es poco el tiempo que el INDH lleva vigente, es poco lo que la doctrina nacional ha escrito al respecto. Algunos trabajos relevantes son LETELIER (2011) y ZALAQUETT (2010). Además, encontramos los informes del Centro de DD.HH. de la Universidad Diego Portales: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2008): "Informe Anual Sobre Derechos Humanos, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos", pp. 539-571 [18 de mayo de 2012]. Disponible en [http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/instituciones\\_nacionales\\_ddhh\\_20081.pdf](http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/instituciones_nacionales_ddhh_20081.pdf); CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2009): "Informe Anual Sobre Derechos Humanos, Chile ante la Comunidad Internacional de Derechos Humanos", pp. 451-479 [18 de mayo de 2012]. Disponible en [http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/14\\_comunidadinternacional.pdf?utm\\_source=web&utm\\_medium=web&utm\\_content=es&utm\\_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+14](http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/14_comunidadinternacional.pdf?utm_source=web&utm_medium=web&utm_content=es&utm_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+14); CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2010): "Informe Anual Sobre Derechos Humanos, Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile", pp. 449-476 [18 de mayo de 2012]. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2010/>. También encontramos una crítica útil en un documento emitido por el OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009).

## 2.1. Diseño institucional

El INDH está presidido por un Consejo de 11 miembros nombrados a través de diversos mecanismos, como se verá. Además, existe una Directora elegida de entre los consejeros por el propio órgano colegiado. Ambos, Consejo y Directora, ejercen las principales funciones del INDH<sup>72</sup>. Dentro de las tipologías descritas en la sección 1.1., el INDH es una comisión (no un *ombudsman*), aunque existen algunos arreglos institucionales que hacen que la idea anterior sea relativa en la práctica, como se verá.

Asimismo, y siguiendo a Letelier, cabe hacer una precisión inicial respecto del diseño del INDH. Si se examinan las competencias legales entregadas al Instituto, se observa una ausencia total de potestades que tengan capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico-positivo. La elaboración de informes, la presentación de acciones judiciales y la comunicación de opiniones, entre otras, son los tipos de facultades que se le entregan al INDH. Su similitud con la organización de una oficina de *ombudsman* llama la atención en este sentido. Lo que se quiere es entregar herramientas de actuación sin coercibilidad<sup>73</sup>.

### 2.1.1. Remuneraciones, financiamiento, dedicación parcial y conflictos de interés

Salvo por la Directora<sup>74</sup>, los consejeros del INDH reciben una remuneración cuyo monto depende del número de sesiones que el Consejo o las comisiones celebran durante el mes (art. 6º, inc. 6º de la ley)<sup>75</sup>. Ellos no tienen dedicación exclusiva y, en general, sus funciones se reducen a participar de las sesiones del consejo y en las comisiones internas que se formen (art. 10 de la ley).

<sup>72</sup> No nos referiremos con detalle a las potestades del Consejo y de la Directora, ni a las funciones del INDH, pese a que más adelante haremos algunas referencias puntuales. Ver los arts. 2º, 3º, 4º, 8º y 9º.

<sup>73</sup> LETELIER (2011) p. 159.

<sup>74</sup> En cuanto a la remuneración, el caso de la Directora es diferente al del resto de los consejeros (recordemos que ella es, a su vez, consejera), ya que ella recibe montos mayores y trabaja con mayor dedicación. Así, por ejemplo, en el mes de abril de 2011, la Directora recibió \$ 4.436.348 de renta líquida. Ver [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/persrem\\_Abril2011.php](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/persrem_Abril2011.php) [Fecha de consulta: 8 de junio de 2012]

<sup>75</sup> Esta disposición establece que la remuneración de los consejeros la fijará el propio Consejo, y que los consejeros tendrán "derecho a percibir una dieta por su asistencia a sesiones de Consejo o Comisión, cuyo monto será fijado anualmente por el Consejo (...). La dieta no podrá superar el equivalente a cuatro unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan, de Consejo o comisión, con un máximo por cada mes calendario de cinco sesiones mensuales". Por lo anterior, la remuneración de los consejeros es variable y probablemente nunca podrá alcanzar los montos que ellos obtienen en sus trabajos en el mercado. Así, por ejemplo, en el mes de abril de 2011 los consejeros recibieron entre \$817.718 y \$272.664 pesos de renta líquida. Ver [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/persrem\\_Abril2011.php](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/persrem_Abril2011.php) [Fecha de consulta: 8 de junio de 2012]

En consecuencia, los consejeros mantienen trabajos paralelos y, pese a ello, la ley no considera un estatuto que resuelva los eventuales conflictos de interés que puedan producirse con otras organizaciones de DD.HH.<sup>76</sup>. El régimen de incompatibilidades en el cargo de consejero sólo se dirige a puestos de trabajo en el Estado<sup>77</sup> y nada dice respecto de otras entidades que eventualmente pudieran competir con el INHD o con grupos de presión que podrían estar interesados en capturar la agenda del INDH.

En cuanto al financiamiento, el INDH recibe fondos de origen mixto. Una parte importante de su patrimonio se forma por aportes de la ley de presupuesto, otra por bienes que el INDH adquiera a cualquier título, otra por donaciones y, finalmente, por aportes de cooperación internacional (ver art. 13 de la ley)<sup>78</sup>.

### 2.1.2. *Nombramiento de los consejeros*

La Directora es una consejera elegida por el Consejo mediante la regla de mayoría absoluta. Por su parte, los consejeros deben ser "personas de reconocida trayectoria en el ámbito de los derechos humanos" (art. 6º, inc. 4º de la ley). La ley prevé la existencia de 11 consejeros elegidos de la siguiente manera: 2 por el Presidente de la República, 2 por el Senado con una regla de quórum de 4/7 de los senadores en ejercicio, 2 por la Cámara de Diputados con idéntica regla de quórum, uno por los decanos de las Facultades de Derecho y 4 por las instituciones de DD.HH. que, gozando de personalidad jurídica vigente, estén inscritas en el registro respectivo (art. 6º, inc. 1º de la ley). El mandato de los consejeros dura 6 años y puede ser renovado por parcialidades cada 3.

### 2.1.3 *Accountability*

La ley no contiene muchos mecanismos de *accountability*, probablemente porque el INDH se define como un organismo autónomo (art. 1º de la ley). Sin embargo, el hecho de que los consejeros duren poco tiempo en sus funciones y puedan ser renovados debiera acercarlos a las posiciones de las autoridades que estarán a cargo de su nombramiento.

<sup>76</sup> Llama la atención cómo el diseño institucional contradice las recomendaciones anotadas más arriba. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005) p. 12.

<sup>77</sup> De acuerdo al art. 6º, inc. 5º, no podrán ser consejeros los diputados, senadores, alcaldes, concejales, consejeros regionales, jueces, fiscales del Ministerio Público, funcionarios de la Administración del Estado, ni los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

<sup>78</sup> No tenemos suficiente información sobre las donaciones recibidas por el INDH, pese a que de acuerdo a la página web del INDH no se habría producido ninguna. Ver INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): "Situación Presupuestaria al 31 de agosto de 2011 en \$ de 2011" [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2012]. Disponible en: [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/EJECUCION%202011%20Agosto\(transparencia\).pdf](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/EJECUCION%202011%20Agosto(transparencia).pdf); INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): "Situación Presupuestaria al 30 de abril de 2012 en \$ de 2012" [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2012]. Disponible en: [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/docs/Ejecucion%20Presupuestaria%20Abril%202012%20ejec.%202012%20.pdf](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/docs/Ejecucion%20Presupuestaria%20Abril%202012%20ejec.%202012%20.pdf)

Por otra parte, la ley prevee una norma general de publicidad y transparencia (art. 5° de la ley), sometiendo al INDH a las normas de la ley sobre acceso a la información pública. De esta manera, el cumplimiento de los deberes de transparencia del INDH podría ser eventualmente revisado por el Consejo para la Transparencia, ante el que podrán presentarse los reclamos respectivos<sup>79</sup>.

Como ya lo adelantamos, el principal mecanismo de *accountability* parece estar centrado en la entrega de informes anuales sobre la situación de los DD.HH. (art. 3°, N° 1 de la ley), donde el INDH da cuenta de sus indagaciones en materia de DD.HH. y pueden observarse con claridad sus líneas de investigación. Asimismo, existe un mecanismo de control del poder político hacia el INDH mediante la entrega de fondos públicos a través de la ley de presupuesto (art. 13, N° 1 de la ley).

En cuanto a los equilibrios internos, el Consejo del INDH tiene ciertas atribuciones de control, que incluyen facultades para aprobar planes y programas de acción del instituto, pronunciarse sobre informes de gestión presupuestaria y dictar normas internas de funcionamiento (art. 8°, N°s 5, 8 y 9 de la ley). Sin embargo, como la Directora es elegida por el Consejo por la regla de mayoría, probablemente el control de dicho órgano sobre la actividad de ella tienda a ser débil. Y si se suma a ello que los consejeros ejercen actividades paralelas probablemente mejor remuneradas, es posible que, en los hechos, el Consejo le encomiende muchas tareas a la Directora (en virtud del art. 9°, N° 6 de la ley), o que en caso de duda en la distribución de competencias entre la Directora y el Consejo, de facto termine ejerciendo ella las potestades. Como veremos, esto es lo que ha sucedido (a lo menos parcialmente) con el ejercicio de las acciones judiciales y *amicus curiae*.

Lo anterior hace que el rol de ella sea muy importante, lo que se suma a la importancia y presencia comunicacional que ella ha alcanzado en los medios de prensa como cara visible del INDH. Su protagonismo es creciente.

## 2.2. Principales falencias del diseño del INDH

En este apartado revisaremos las principales falencias que, en teoría, el diseño institucional descrito debiera producir. Sin perjuicio de que aportaremos algunos antecedentes para demostrar lo anterior, la evidencia se entregará en las secciones siguientes de este trabajo. Por ahora, la pretensión es sólo teórica.

<sup>79</sup> Por otra parte, y aunque es poco probable que este mecanismo sea utilizado en la práctica, la ley dispone un instrumento de remoción de los consejeros de acuerdo a causales establecidas. La autoridad encargada de resolver la remoción es el pleno de la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República o de la Cámara de Diputados (art. 7° de la ley). Además, el INDH se somete a las normas generales sobre Administración Financiera del Estado, y sus directivos serán seleccionados luego de concurso público llevado a cabo por el Servicio Civil (art. 12 de la ley).

### 2.2.1. *Independencia y pluralismo*

El estatuto de los consejeros del INDH tiene varias falencias que perjudican su independencia. Pueden ser reelegidos indefinidamente, tienen remuneraciones relativamente bajas, no existe un estatuto efectivo que resuelva los conflictos de interés, no trabajan de manera exclusiva, y tienen un sistema de nombramiento que debiera llevar al Consejo a tener una mayoría asociada a ideas igualitaristas vinculadas con la izquierda (militante o independiente), lo que se produce debido al mecanismo de designación asociado a las instituciones de DD.HH. A continuación, analizaremos uno por uno los sistemas de nombramiento.

Los nombramientos realizados por las cámaras del Congreso no debieran alterar los equilibrios políticos internos, ya que al nombrar dos consejeros de manera simultánea, asociado a una regla especialmente calificada en cuanto al quórum y atendidos los equilibrios políticos actuales del Congreso, lo lógico es que se elija a un consejero más cercano al sector de la Alianza por Chile que otro de la Concertación. Así, dos pares de consejeros (un par de la Cámara de Diputados y otro del Senado) debieran reproducir los equilibrios políticos parlamentarios. Esto asegura cierto nivel de pluralismo, aunque no garantiza la independencia de los consejeros respecto de la coalición política respectiva. Lo anterior, sin embargo, no se explica necesariamente por el mecanismo de designación, sino que por la existencia de un mandato de 6 años renovables por parte de los consejeros, el que debiera acercar la labor de los mismos a las preferencias de las autoridades que revisarán la posibilidad de elegirlos nuevamente para el ejercicio de un nuevo período<sup>80</sup>.

La designación que hace el Presidente de la República ha sido criticada por la literatura<sup>81</sup>, ya que ella no garantiza la autonomía de los consejeros respecto de los Gobiernos y, como ya se explicó, uno de los objetivos de los NHRI es investigar y denunciar las violaciones a los DD.HH. cometidas por los Estados. Los Jefes de Estado tienen fuertes incentivos para designar consejeros que sean leales a ellos y a su sector. Sin perjuicio de lo anterior, y atendido a que el mandato del Jefe de Estado dura 4 años (y el de los consejeros 6), es probable que la alternancia en el Poder Ejecutivo modifique los incentivos institucionales descritos en este párrafo. De hecho, dada la situación actual en que los consejeros nombrados por esta vía fueron impulsados por Presidentes de la República pertenecientes a coaliciones políticas opuestas (Bachelet y Piñera),

<sup>80</sup> Esto es más evidente tratándose del nombramiento del Senado, ya que los senadores duran 8 años en el ejercicio de su cargo.

<sup>81</sup> Ha sido estimada como "excesiva", y que "va en contra de los Principios de París, que expresan que los representantes de las administraciones, de incluirse, solo participarán en los debates a título consultivo. La experiencia internacional indica que los nombramientos directos por parte del Poder Ejecutivo no son deseables". Informe UDP (2010) p. 457.

el nombramiento de los consejeros que hoy provienen de designaciones presidenciales ha generado cierto equilibrio

Hasta el momento, hemos analizado el sistema de designación de 6 consejeros, los que, como hemos descrito, debieran responder a una lógica política equilibrada, como se explica en la siguiente tabla. Asumimos que existen dos coaliciones políticas (D e I), y que los consejeros cuya nominación es política debieran responder a las características de la autoridad que participa de la designación, perteneciendo al sector de la misma o siendo independiente con ideas compatibles con dicho sector. En ambos casos, serán cercanos a D o a I, según corresponda.

Tabla N° 3. Teoría sobre consejeros nombrados por designación política

Autoridad que nombra	N° consejeros cercanos a D	N° consejeros cercanos a I
Senado	1	1
Cámara de Diputados	1	1
Presidente de la República	1	1
Total	3	3

Como puede observarse, los consejeros nombrados por designación política producen un empate político teórico. Este equilibrio podrían terminar si los consejeros nombrados por el Presidente de la República no se beneficiaran de la alternancia en el poder. En otras palabras, si no hubiera cambio de coalición, aquellos consejeros nombrados por el Jefe de Estado debieran ser cercanos al mismo pacto político, inclinando la balanza.

De los 5 consejeros restantes, uno es nombrado por los decanos de Facultades de Derecho y los otros 4 por las diversas instituciones de DD.HH. que estén debidamente inscritas en el registro respectivo. Ninguno de los dos casos incorpora nombramientos políticos, sino que se trata de designaciones de la denominada "sociedad civil". Por lo anterior, los consejeros elegidos por esta vía no pueden ser fácilmente clasificados de acuerdo a su cercanía con D o I. Sin perjuicio de ello, y como se verá, existen antecedentes en los perfiles de dichos consejeros que permiten clasificarlos en una posición u otra, como por ejemplo, cuando estos son militantes de partidos políticos o se asocian a grupos de interés que siguen doctrinas asociadas con D o I.

Para responder a la pregunta de a qué preferencias políticas responden estos consejeros, habrá que analizar entonces las mayorías existentes dentro de la agrupación de decanos y de las instituciones registradas. Respecto del nom-

bramiento efectuado por los decanos resulta difícil predecir las mayorías que se formarán, razón por la cual no teorizaremos respecto del consejero que es nombrado por esta vía. Basta con señalar que, probablemente, la mayoría existente se impondrá y se elegirá a un consejero consistente con la misma, sin que exista la posibilidad de generar equilibrios (sólo es un consejero).

Respecto del mecanismo de nombramiento asociado a las instituciones de DD.HH., hay dos tipos de críticas. En primer lugar, se trata de instrumento que estimula la competencia de las organizaciones de DD.HH. por capturar las nominaciones de consejeros del INDH, existiendo fuertes incentivos para defraudar el proceso en beneficio de intereses parciales y no representativos de toda la sociedad civil, como de hecho ha ocurrido<sup>82</sup>.

En segundo lugar, las organizaciones inscritas en el registro tienden a compartir una concepción parcial acerca de los DD.HH. Al ser un conjunto de grupos de interés vinculados a la defensa y promoción de los DD.HH., es en este ámbito en que debemos buscar sus diferencias. En general, las teorías sobre DD.HH. pueden ser clasificadas en conservadoras, libertarias o igualitaristas. Las primeras (conservadora y libertaria) tienden a preferir una agenda más asociada con D (por ejemplo, con el derecho de propiedad, la protección de la familia y la libertad religiosa), mientras que las últimas (las teorías igualitaristas), tienden a preferir una agenda que complementa fácilmente las ideas de grupos relacionados con I (por ejemplo, promoviendo teorías de género y la satisfacción de los derechos sociales). Si aceptamos que las agendas de los primeros (conservadores y libertarios) son más cercanas a las ideas de D, entonces podemos inferir que al momento de tomar decisiones estos consejeros debieran votar en un grupo común. Lo mismo puede decirse de I. Si se asocian las ideas de I con las teorías más igualitaristas de DD.HH., entonces puede inferirse que ellos tenderán a formar grupos de votación común, sin perjuicio de la independencia política que, a nivel personal, los consejeros puedan tener. Si los consejeros votan formando grupos, será razonable entonces clasificarlos en D o en I, según corresponda, para predecir su comportamiento de votación.

El sistema de designación de consejeros que analizamos produce, como se explicará, el nombramiento de miembros más asociados a ideas igualitaristas (por tanto, cercanas a I) que a las conservadoras y libertarias. Lo anterior se produce porque las instituciones de derechos humanos que están registradas tienen, en general, un sesgo hacia el igualitarismo<sup>83</sup>. De esta manera, en la composición del Consejo debiera observarse lo siguiente:

<sup>82</sup> En efecto, hubo un reclamo contra 21 "organizaciones fantasmas" que perseguían alterar las elecciones del consejo. Producto de ello, se impugnó la votación de fecha 19 de enero de 2009. Ver <http://radio.uchile.cl/noticias/58688/> [fecha de consulta: 11 de junio de 2012].

<sup>83</sup> El listado de instituciones que contiene dicho registro está publicado en la página web del propio INDH. Ver <http://www.indh.cl/registro-de-organizaciones>

Tabla N° 4. Teoría sobre consejeros nombrados por diferentes mecanismos

Autoridad que nombra	N° consejeros cercanos a D	N° consejeros cercanos a I
Senado	1	1
Cámara de Diputados	1	1
Presidente de la República	1	1
Decanos facultades de Derecho	?	?
Instituciones de DD.HH.	0	4
Total	3	7

La tabla anterior muestra el desbalance que se produciría si nuestra teoría es correcta, cuestión que profundizaremos en la sección N° 3. Por ahora, basta con mostrar que las redes de organizaciones de DD.HH. pertenecientes al registro respectivo tienen un sesgo hacia el igualitarismo, cuestión que favorece la captura de los consejeros nombrados bajo dicho mecanismo. Clasificamos las 40 instituciones de acuerdo a sus perfiles.

Tabla N° 5. Organizaciones de DD.HH. pertenecientes al registro del INDH

Categorías por área temática de DD.HH.	N° de instituciones
Contrarios al Régimen Militar	19
Derechos de la mujer (feminismo)	4
Minorías sexuales	2
Jóvenes y Niños	3
DD.HH. en general	4
Medio Ambiente	3
Derechos indígenas	1
Otros especiales <sup>84</sup>	4
Total	40

En síntesis, la mayor cantidad de organizaciones pertenecientes al registro se vincula con ideas o tendencias asociadas al mundo igualitarista o, derechamente, con causas que históricamente han estado asociadas a I, por lo que es lógico presumir que los consejeros que elegirán formarán grupos de votación comunes, como se verá.

<sup>84</sup> Son difíciles de clasificar, por lo que las hemos tratado aparte. Son las siguientes: Organización no Gubernamental de Desarrollo Corporación de Usuarios de Perros Guía de Chile. CUPG.; Organización Comunitaria Funcional denominada Comité de Refugiados Peruanos en Chile; Agrupación de Usuarios Prais y Derechos Humanos; O.N.G. de Desarrollo Interés Público.

### 2.2.2. *Accountability*

En general, los mecanismos de *accountability* a que hacíamos alusión más arriba son escasos en el INDH o están mal orientados. Ya poníamos como ejemplo el problema de los 4 consejeros que son designados y pueden ser reelegidos por grupos de interés. A ello se suma el protagonismo que ha alcanzado la Directora en el funcionamiento del INDH, la que no responde a la pluralidad existente en el Consejo.

Ella es elegida por mayoría simple del Consejo, en circunstancias que es fácil predecir qué sector alcanzará dicha mayoría. Además, los consejeros no tienen dedicación exclusiva y sus remuneraciones son relativamente bajas, por lo que no tienen muchos incentivos para profundizar sus tareas de control frente a la Directora. Esto hace que muchas decisiones relevantes las tome ella, lo que vuelve compleja la distribución de competencias al interior del INDH y su real tipología (comisión u *ombudsman*). Ello puede traer problemas relacionados (a los que ya hicimos referencia), como el exceso de personalismo del Director y la falta de legitimidad del INDH por no mostrar el pluralismo de su Consejo.

### 2.2.3. *¿Y los Principios de París?*

Después de haber analizado las principales falencias del INDH, cabe preguntarse si su diseño respeta en general los denominados Principios de París, ya explicados más arriba. Veamos algunos de ellos:

- a) Un mandato amplio, basado en estándares universales de DD.HH.: Es cierto que la ley contiene un mandato amplio. Sin embargo, y como se verá, el ejercicio de ese mandato se ha concentrado en derechos asociados a una agenda concreta.
- b) Autonomía de otras entidades estatales: Este aspecto se cumple de manera relativa, ya que dependerá de si los consejeros designados por los Presidentes de la República y por el Congreso son capaces de mantenerse independientes, cuestión que podría parecer difícil en el futuro.
- c) Independencia garantizada por ley o la Constitución Política de la República (en adelante "CPR"). Sólo la ley garantiza la independencia mediante una declaración del art. 1º. Cabe hacer presente que existen mecanismos que atenúan esta independencia, como la eventual captura en la nominación de ciertos consejeros vinculados a las instituciones de DD.HH. Ha sido criticada por algunos la ausencia de una disposición constitucional que garantice la autonomía del INDH<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Se argumenta que el INDH funcionaría como una suerte de servicio público descentralizado que debería relacionarse con el Jefe de Estado a través del ministerio respectivo y estar sujeto a su supervi-

- d) Pluralismo alcanzado mediante su integración y/o cooperación efectiva: Existe un cierto nivel de pluralismo al interior del Consejo, pero la efectividad del mismo dependerá de la representatividad que tenga la Directora (atendida su importancia) y de que la mayoría no se imponga sobre la minoría utilizando la regla de quórum simple<sup>86</sup>.

### 3. Los consejeros del INDH

Hasta mayo de 2012, el INDH ha tenido 12 consejeros. Dos de ellos han renunciado (Pamela Pereira y Eugenio Díaz) y sólo uno ha tenido un reemplazo (Carolina Herrera por Pamela Pereira). La vacante de Eugenio Díaz no ha sido completada hasta mayo de 2012, razón por la cual el INDH tiene hoy 10 consejeros (uno menos que lo que dispone la ley).

Como pudo apreciarse en el capítulo anterior, el diseño institucional del sistema de nombramiento de los consejeros y la eventual captura de algunos consejeros por parte de grupos de interés con derecho a designar 4 de ellos, produce un desequilibrio político donde la composición tiende a generar una mayoría en el Consejo. De esta manera, la regla de quórum simple en la toma de decisiones le permite operar sin contrapeso alguno y empoderar a la Directora. Lo anterior se produce naturalmente gracias a los incentivos institucionales que ya describimos. En este capítulo examinaremos si estos arreglos producen efectivamente lo que en teoría debiera ocurrir: Una mayoría claramente definida donde no se solucionan los conflictos de interés.

Para eso, realizamos un breve resumen del perfil de todos ellos. Dividiremos este capítulo de acuerdo a la autoridad que nombró al consejero respectivo y, al final, haremos un cuadro resumen con el perfil comparado de todos ellos<sup>87</sup>.

#### 3.1. Consejeros nombrados por Presidentes de la República

El nombramiento de estos 2 miembros le correspondió, en los hechos, a Presidentes distintos. Si se asume que el Jefe de Estado debiera nombrar a alguien cercano a su sector político, entonces la situación actual arrojaría que un consejero es cercano a I (el nombrado por la Presidenta Michelle Bachelet) y otro es cercano a D (el que designó el Presidente Sebastián Piñera). El

gilancia. Informe UDP (2008), p. 560; Informe UDP (2009) p. 461; OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009) p. 120.

<sup>86</sup> Además de todas las falencias que hemos anotado en nuestro trabajo, pueden verse otras observaciones en LIBERTAD Y DESARROLLO (2005).

<sup>87</sup> La información mostrada en este capítulo fue extraída principalmente (pero no exclusivamente) de la página web del INDH. [www.indh.cl](http://www.indh.cl)

primero de ellos es María Luisa Sepúlveda y el segundo es Manuel Núñez. Veamos sus perfiles:

Tabla N° 6. Consejeros nombrados por Presidentes de la República

Nombre	Presidente que designó	Actividad anterior relevante	Trabajo actual
María Luisa Sepúlveda	Michelle Bachelet	Secretaria Ejecutiva Vicaría de la Solidaridad. Trabajó en Comisión de Verdad y Reconciliación. Vicepresidenta ejecutiva Comisión Valech. Asesora de Presidenta Bachelet en DD.HH.	Miembro del directorio de la Fundación Museo de la Memoria
Manuel Núñez	Sebastián Piñera	Director Universidad Católica del Norte. Docente en la Academia Judicial de Chile, el Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda y la Defensoría Penal Pública. Consultor de la Biblioteca del Congreso Nacional.	Profesor de la Universidad Católica de Valparaíso

Parece evidente que María Luisa Sepúlveda es efectivamente cercana a I. Destaca el hecho de que se encuentra actualmente vinculada a una institución relacionada con los DD.HH. (Museo de la Memoria), la que se relaciona frecuentemente con la actividad del INDH. En el caso de Manuel Núñez, su perfil es más académico e independiente, aunque su nombramiento (como se explicó anteriormente) permitiría asociarlo a D.

### 3.2. Consejeros designados por el Senado

Como ya explicamos, lo lógico es que se nombre a un consejero de sensibilidad D, y otro de sensibilidad I. En un comienzo, el Senado nombró a Luis Hermosilla y a Pamela Pereira como consejeros. Luego de un tiempo ejerciendo el cargo, Pamela Pereira renunció y fue sustituida por Carolina Carrera, la que fue nombrada por el tiempo que le restaba cumplir a la primera. Si la teoría es correcta, Luis Hermosilla debiera tener un perfil asociado a D y las otras dos consejeras debieran ser cercanas a I, idea que se refuerza debido a la unanimidad lograda en la votación del Senado<sup>88</sup>. Veamos.

Tabla N° 7. Consejeros nombrados por el Senado

Nombre	Actividad anterior relevante	Trabajo actual
Luis Hermosilla	Abogado externo Vicaría de la Solidaridad. Decano de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Abogado litigante. Defensor de José Yuraszek en el caso "Chispas"; solicitó desafuero de Nelson Ávila; defendió asesinado senador Jaime Guzmán, entre otros.	Ejerce la profesión de abogado
Pamela Pereira	Militante del Partido Socialista. Su padre fue detenido y desaparecido durante el Régimen Militar. Trabajó en Vicaría de la Solidaridad. Participó en la Mesa de Diálogo. Asesoró a Gobiernos de la Concertación en la tramitación de proyectos de ley relativos a DD.HH.	Dirigente política y activista de los DD.HH.

<sup>88</sup> Ver sesión del Senado: 84 / 357 Miércoles 20 de enero de 2010

<p>Carolina Carrera</p>	<p>Asesora del Centro de Estudios del Desarrollo (CED). Desde 2004 ha ocupado los cargos de Presidenta y Vicepresidenta de Corporación Humanas. Investigadora en temas de violencia de género y DD.HH. en Corporación La Morada. Coordinadora del Observatorio Parlamentario. Ha participado en proyectos del SERNAM bajo Gobiernos de la Concertación.</p>	<p>Presidenta de la Corporación Humanas</p>
-------------------------	---	---

En el caso de Pamela Pereira, la identificación con I es evidente. No tan evidente resulta la tendencia de Luis Hermosilla, aunque puede inferirse de su nombramiento y de sus actividades cierta cercanía con D. En el caso de Carolina Carrera, el vínculo con I aparece bastante claro. Resalta el hecho de que hoy es Presidenta de la Corporación Humanas, una organización igualitarista focalizada en la justicia de género y el movimiento feminista.

### 3.3. Consejeros nombrados por la Cámara de Diputados

En este mecanismo la teoría es similar a lo dicho a propósito de los consejeros nombrados por el Senado. Cabe agregar que los consejeros designados bajo este mecanismo fueron electos de manera casi unánime<sup>89</sup>:

Tabla N° 8. Consejeros nombrados por la Cámara de Diputados

Nombres	Actividades relevantes
<p>Roberto Garretón</p>	<p>Vicaría de la Solidaridad. Representó a la delegación chilena ante la Comisión Interamericana de DD.HH., ante la Comisión de DD.HH. de ONU. Vicepresidente de Conferencia Mundial de DD.HH. en Viena. Embajador de Chile ante organismos internacionales de DD.HH. Integrante Consejo Asesor del Secretario General de Naciones Unidas sobre Prevención de Genocidios. Director del Capítulo Chileno del <i>Ombudsman</i></p>

<sup>89</sup> Hubo sólo una abstención y 88 votos favorables. Sesión de la Cámara de Diputados 121, 20 de enero de 2010.

Miguel Luis  
Amunátegui

Decano de Derecho, Universidad Andrés Bello. Abogado integrante del Tribunal Constitucional. Miembro del Consejo de la Academia Judicial. Socio de estudio de abogados Amunátegui y Cía. Miembro del Consejo Nacional de Televisión. Miembro del directorio de Libertad y Desarrollo. Integró la Comisión de DD.HH. de Renovación Nacional, y la Comisión de Prisión Política y Tortura.

Ambos consejeros tienen una filiación política conocida ampliamente. Mientras el primero pertenece a I, el segundo pertenece a D.

### **3.4. Consejero designado por decanos de Facultades de Derecho**

Se trata de un solo consejero, el que es nombrado por dichos decanos (art. 6º, letra d) de la ley). Como ya lo advertimos, es difícil predecir los equilibrios políticos existentes al interior del grupo de decanos de Derecho. En todo caso, el único consejero que ha sido nombrado bajo esta figura renunció y su cargo está vacante. Se trata de Eugenio Díaz<sup>90</sup>. No consideraremos a este consejero en la clasificación final.

### **3.5. Consejeros nombrados por instituciones de DD.HH.**

Como explicamos, este mecanismo es el más problemático de todos, ya que tiende a producir designaciones que alteran los equilibrios políticos generados por los otros instrumentos de nombramiento.

<sup>90</sup> Este ex consejero fue director ejecutivo del Centro Nacional de la Productividad y la Calidad; Presidente de la Comisión Nacional de Acreditación 2010; Director del Centro de Investigación y Asesoría Sindical (CIASI); coordinador de la Comisión Asesora de la Central Unitaria de Trabajadores de Chile (CUT); Secretario General Universidad Andrés Bello. Ha sido consultor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es presidente de la Comisión Justicia y Paz de la Conferencia Episcopal de Chile. Es subdirector de la Escuela de Derecho de la Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación (UNIACC). Fue integrante de la Comisión laboral por el Instituto Nacional del Trabajo IST, de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile.

Tabla N° 9. Consejeros elegidos por las instituciones de DD.HH.

Nombre	Actividades anteriores y actuales relevantes
Lorena Fries	Profesora de Género y Derecho en la U. de Chile. Presidenta de la Corporación Humanas. Consultora en DD.HH. de las mujeres para instancias gubernamentales, no gubernamentales y agencias internacionales.
Sergio Fuenzalida	Profesor de la Universidad Central. Abogado e investigador de políticas públicas y pueblos indígenas de la Universidad Arcis. Funcionario del Centro de Estudios por la Justicia y el Derecho Internacional. Ha litigado ante la Comisión y la Corte Interamericana. Abogado defensor de Presos Mapuches.
Enrique Núñez	Comisión Ética Contra la Tortura. Presidente Agrupación de ex Presas y ex Presos Políticos – V región Valparaíso (2003).
Claudio González	Fundación Mi Casa. Comité de Ayuda de Refugiado. Miembro comisión revisora de la Casa de la Memoria. Miembro Comisión Calificadora de Solicitudes de Participación en los Beneficios del Fondo de Ayuda a las Víctimas del Régimen Militar no Reconocidas por la Comisión Valech y Rettig. Secretario Ejecutivo de Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC). Miembro directorio Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

Como puede apreciarse, todos los elegidos por las instituciones de DD.HH. tienen fuertes vínculos con organizaciones relacionadas y con universidades o centros de estudios que siguen líneas vinculadas a las ideas igualitaristas. Además, varios de ellos han estado vinculados a la defensa de los DD.HH. en contra del Régimen Militar.

### 3.6. Cuadro resumen de los perfiles de los consejeros

La siguiente tabla sintetiza la tendencia política de los consejeros del INDH de acuerdo a dos posibles variables: D o I. Se trata, evidentemente, de un esfuerzo por simplificar las tendencias, el que no reconoce la diversidad de ideas existentes dentro de las mismas. En I se encuentran aquellos consejeros que son cercanos o militantes de la Concertación de Partidos por la Democracia y aquellos que tienen vínculos con organizaciones que defienden ideas igualitaristas (no conservadoras ni libertarias) o que tradicionalmente se han ubicado a la izquierda del eje político chileno. En D se encuentran aquellos consejeros que son cercanos, militantes o relacionados con la Alianza por Chile (actual Coalición por el Cambio) o con ideas tradicionalmente asociadas a la derecha (conservadoras y/o libertarias).

Tabla N° 10. Tendencia política consejeros históricos del INDH

	Nombre	Mecanismo de designación	Tendencia política
1	María Luisa Sepúlveda	Presidente de la República	I
2	Manuel Núñez	Presidente de la República	D
3	Luis Hermsilla	Senado	D
4	Pamela Pereira	Senado	I
5	Carolina Carrera	Senado	I
6	Roberto Garretón	Cámara de Diputados	I
7	Miguel Amunátegui	Cámara de Diputados	D
8	Eugenio Díaz	Decanos de Derecho	?
9	Lorena Fries	Instituciones de DD.HH.	I
10	Sergio Fuenzalida	Instituciones de DD.HH.	I
11	Enrique Núñez	Instituciones de DD.HH.	I
12	Claudio González	Instituciones de DD.HH.	I

La siguiente tabla ordena los resultados de manera numérica, distinguiendo el número de consejeros asociados con I y con D. Al igual que en la tabla anterior, se considera a todos los consejeros que han existido hasta mayo de 2012.

Tabla N° 11. Número de consejeros por tendencia política

Consejeros I	8
Consejeros D	3

Si sólo se considera a los consejeros que no han renunciado y se encuentran ejerciendo sus cargos, entonces el número de consejeros I disminuye a 7, siendo más del doble de los consejeros vinculados a D. Existe, entonces, un desequilibrio político importante al interior del Consejo, el que se agrava si se considera que las decisiones se toman mediante una regla de mayoría simple, y que la designación de la Directora sigue la misma regla.

Alguien podría decir que la composición del Consejo es pluralista, y tendría razón desde la perspectiva de su composición individual<sup>91</sup>, pero no desde el enfoque del equilibrio ideológico de DD.HH., donde se observa que los incentivos institucionales han producido que el INDH esté capturado por las ideas de I. Por eso, y como veremos en las secciones siguientes, no debe extrañarnos que las líneas de investigación del INDH y que la actividad del mismo se vinculen con ideas parciales que están lejos de reproducir la diversidad de opiniones presentes en la sociedad chilena.

#### **4. Los informes anuales de DD.HH.**

Quizás la actividad más importante del INDH es la elaboración de informes anuales sobre la situación nacional de DD.HH. Estos informes deben ser presentados a diferentes autoridades nacionales (Ejecutiva, Legislativa y Judicial) y supranacionales, además de las instituciones de DD.HH. inscritas en el registro del INDH (art. 3°, N° 1 de la ley), sin perjuicio del carácter público de los mismos (art. 5°). Estos informes son muy comunes en los institutos o comisiones de DD.HH. y forman parte medular de su funcionamiento. De alguna manera, ellos constituyen la muestra más importante de las líneas de investigación definidas por el INDH.

En ellos se contienen recomendaciones para que el Estado garantice de mejor forma el respeto de los DD.HH. y se mejore su situación a nivel nacional. De esta manera, los informes permiten conocer las preferencias que el INDH tiene respecto de los DD.HH.

<sup>91</sup> Después de todo, existen miembros de derecha y otros de izquierda, provenientes de diferentes regiones el país. Hay hombres y mujeres. Existen personas provenientes de la elite política y otros que representan a grupos de interés. Se trata, por cierto, de un Consejo pluralista.

Hasta el momento, el INDH ha emitido y publicado dos informes anuales. Uno sobre la situación de los DD.HH. del año 2010<sup>92</sup> (en adelante, "Informe 2010") y otro sobre la del año 2011 (en adelante, "Informe 2011")<sup>93</sup>. Como se verá, ambos siguen líneas de investigación similares. En primer lugar, examinaremos el contenido de dichas líneas de investigación (4.1.). En seguida, demostraremos que dichas líneas de investigación responden a una concepción parcial de los DD.HH. que coincide con una agenda igualitarista que excluye las concepciones conservadoras y libertarias de los DD.HH. (4.2.).

#### 4.1. Líneas de investigación de los informes del INDH

Los ejes de los informes del INDH han sido el principio de igualdad y no discriminación<sup>94</sup>, y los derechos sociales y culturales<sup>95</sup>.

En coherencia con lo anterior, y entre otras materias, los informes promueven la aprobación de la polémica y recién aprobada ley antidiscriminación<sup>96</sup>, los derechos de las mujeres, incluyendo los derechos sexuales y reproductivos y su derecho a la participación política y acceso al poder<sup>97</sup>, los derechos de los pueblos indígenas<sup>98</sup>, la no discriminación en razón de la orientación sexual o la identidad de género<sup>99</sup>, los derechos de los niños<sup>100</sup>, los derechos de las personas privadas de libertad<sup>101</sup>, los derechos laborales<sup>102</sup>, el derecho a la salud<sup>103</sup> y el derecho a un medio ambiente libre de contaminación<sup>104</sup>, entre otros<sup>105</sup>.

<sup>92</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2010): "Informe Anual 2010" [Fecha de Consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en [http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe\\_Final\\_Co-regido1.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Co-regido1.pdf).

<sup>93</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): "Informe Anual 2011" [Fecha de Consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile>.

<sup>94</sup> En el informe 2010 se "(...) resolvió centrar la revisión de la situación de derechos humanos para el año en curso en el principio de igualdad y no discriminación, particularmente referido a aquellos grupos que los órganos del tratado y el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos señalan en sus áreas de preocupación y recomendaciones, así como aquellas relativas a las violaciones graves a los derechos humanos a las que hace referencia en el examen universal (...). Los ámbitos de revisión del Informe 2010 son: institucionalidad en derechos humanos; respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación para mujeres, pueblos indígenas, privados/as de libertad, niños y niñas, diversidad sexual y refugiados/as; y graves violaciones a los derechos humanos". Informe 2010, pp. 50-51.

<sup>95</sup> En el Informe 2011 se señala que el "INDH identificó el campo de los derechos económicos, sociales y culturales como una de sus áreas prioritarias de trabajo en el corto, mediano y largo plazo". Informe 2011, p. 12.

<sup>96</sup> Informe 2010, pp. 71-72, pp. 118-119; Informe 2011, pp. 238-241.

<sup>97</sup> Informe 2010, pp. 81-90; Informe 2011, pp. 121-132.

<sup>98</sup> Informe 2010, pp. 91-112; Informe 2011, pp. 33-50.

<sup>99</sup> Informe 2010, pp. 113-122.

<sup>100</sup> Informe 2010, pp. 123-130.

<sup>101</sup> Informe 2010, pp. 131-142; Informe 2011, pp. 19-32.

<sup>102</sup> Informe 2011, pp. 139-150.

<sup>103</sup> Informe 2011, pp. 151-160.

<sup>104</sup> Informe 2011, pp. 161-172.

<sup>105</sup> El Informe 2011 agregó como sujetos que pueden ser objeto de discriminación a las personas con

Por otro lado, especial atención entregan los informes al examen de las acciones del Estado frente a las violaciones a los DD.HH. cometidas durante el Régimen Militar, cuestión que responde en parte a la naturaleza del INDH (como se explicó más arriba)<sup>106</sup>. De esta manera, ambos informes dedican secciones especiales a tratar materias relacionadas, como la labor de la institucionalidad vinculada<sup>107</sup>, los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra<sup>108</sup>, y las diferentes formas del derecho a la reparación<sup>109</sup>.

Por su parte, el Informe 2011 se refirió también al derecho a la educación<sup>110</sup> y a la manifestación<sup>111</sup>, entre otros puntos a destacar.

## 4.2. El carácter parcial de dichos informes

En nuestra opinión, los informes de DD.HH. del INDH transmiten un enfoque parcial de los DD.HH. por dos razones. En primer lugar, por las materias tratadas en ellos, que únicamente se acercan a agendas de doctrinas igualitaristas (4.2.1.) y, en segundo lugar, porque los informes observan a los DD.HH. desde una posición controvertible que se asocia a dichas doctrinas (4.2.2.).

### 4.2.1. Materias no tratadas en los informes

Sin perjuicio de que los informes de DD.HH. reconocen que las fuentes de los DD.HH. son muy amplias (incluyendo a la CPR y a diversos tratados internacionales, especialmente a la Convención Americana de DD.HH., en adelante, la "CADH")<sup>112</sup>, el objeto de estudio de los informes es muy limitado, como se observó en la sección precedente. Ello no debe llamar la atención, ya que es normal que un informe de DD.HH. no contemple la evaluación de la situación de todos y cada uno de los derechos relevantes. Necesariamente se requiere que el INDH seleccione aquellos derechos que quiere tratar. Es justamente por esta razón que podemos evaluar las preferencias del INDH.

Como ya lo dijimos anteriormente, existen grupos de derechos que normalmente se asocian a ideas más conservadoras (como la protección de la familia, la libertad religiosa y la defensa del que está por nacer), otros a doctrinas más libertarias (como la libertad económica, la libertad de trabajo y el derecho de

necesidades especiales (pp. 179-190), los adultos mayores (pp. 191-200) y las personas migrantes (pp. 201-212), siempre desde la perspectiva de la igualdad.

<sup>106</sup> Y que parece natural atendidas las funciones que la normativa transitoria de la ley le entrega al INDH.

<sup>107</sup> Las Comisiones de Verdad (Informe 2010, pp. 59-60) y el Museo de la Memoria (Informe 2010, pp. 63).

<sup>108</sup> Informe 2010, pp. 154-156.

<sup>109</sup> Informe 2010, pp. 158-159, Informe 2011, pp. 243-266.

<sup>110</sup> Informe 2011, pp. 51-66.

<sup>111</sup> Informe 2011, pp. 67-82.

<sup>112</sup> Ver por ejemplo el Informe 2010, pp. 40-41.

propiedad), y otros a teorías igualitaristas (como la satisfacción de los derechos sociales y culturales y las medidas de acción afirmativa de ciertas minorías). Las materias elegidas en los informes parecen asociarse a este último grupo de derechos, pese a que los instrumentos nacionales e internacionales que sirven de sustento a los DD.HH. reconocen todo el universo de derechos recién mencionados y no manifiestan preferencias en uno u otro sentido.

No es casualidad, como lo señalamos en la sección precedente, que el principal objetivo de los Informes 2010 y 2011 se asocie con ideas igualitarias (el examen de la situación del "principio de igualdad y no discriminación" y de los derechos sociales) más que liberales, y que los indicadores que inspiraron su metodología hayan sido construidos por la Comisión Interamericana de DD.HH. para el análisis del fortalecimiento de los derechos sociales y culturales<sup>113</sup>.

De esta manera, los informes del INDH no se refieren a varios derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que parecen más cercanos a la agenda conservadora y libertaria. Este es el caso del derecho de propiedad y la libertad para adquirir bienes (art. 19 N°s 23 y 24 de la CPR y art. 21 de la CADH), la libertad para emprender (art. 19 N° 21 de la CPR), la propiedad intelectual e industrial (art. 19 N° 25 de la CPR), la libertad religiosa (art. 19 N° 6 de la CPR y art. 12 de la CADH), el derecho a la vida del que está por nacer (art. 19 N° 1 de la CPR y art. 4 N° 1 de la CADH), el derecho de asociación (art. 19 N° 15 de la CPR y art. 16 de la CADH), la libertad de trabajo en su dimensión (valga la redundancia) de libertad (art. 19 N° 16 de la CPR), la libertad de tránsito (art. 19 N° 7 de la CPR y art. 22 de la CADH), la protección de la familia (art. 17 de la CADH), y la protección de la honra y de la dignidad (art. 1° y 1° N° 4 de la CPR y art. 11 de la CADH).

En general, ninguno de ellos pertenece a agendas igualitaristas. En cambio, los derechos escogidos por el INDH en sus informes sí pertenecen a esa agenda. Incluso, varios de esos derechos se encuentran en tensión con algunos pertenecientes a la agenda conservadora y libertaria. De esta manera, por ejemplo, el derecho a la manifestación puede estar en tensión con la libertad de tránsito y el derecho de propiedad; los derechos reproductivos están en conflicto con el derecho a la vida del que está por nacer; algunos creen que los derechos de las minorías sexuales controvierten la protección de la familia en sentido más tradicional; los derechos sociales pueden tensionar con la libertad para emprender y la libertad de trabajo, entre otros.

Frente a estos eventuales conflictos de DD.HH., reconocidos ampliamente por la literatura especializada, el INDH decide no pronunciarse. Sólo reconoce

<sup>113</sup> Ver Informe 2010, p. 47. Sobre una crítica al sistema interamericano de DD.HH., del cual la Comisión mencionada forma parte, ver nuestro trabajo VERDUGO y GARCÍA (2012).

derechos de su agenda y parece desconocer estos otros. Esto es especialmente problemático, ya que normalmente la afectación de DD.HH. implica la coexistencia de varios bienes jurídicos valiosos en una misma situación. Cuando se analiza un hecho sobre la base de un derecho aislado, se corre el riesgo de tener una visión parcial del asunto, cuestión que, según veremos, sucede en los informes del INDH.

#### ***4.2.2. Materias donde hay división y el INDH asume una posición controvertible***

Existen muchas discusiones y perspectivas alternativas en torno al contenido y alcance de los DD.HH. Académicos sensatos de diferentes sectores están en desacuerdo en torno a materias fundamentales y diferentes tribunales extranjeros prestigiosos han sentenciado casos similares en sentidos inversos. Los informes del INDH, en vez de reconocer dichas diferencias y este pluralismo, sólo aceptan doctrinas sustentadas en perspectivas parciales, cuestión que nos parece impropia de una institución pública (con financiamiento y regulación públicos) y llamada a reconocer el pluralismo existente en la sociedad chilena.

A continuación, resumimos algunas (no todas) materias donde el INDH asume una visión parcial de los DD.HH. Nuestro propósito no es refutar las posiciones del INDH, sino solo mostrar que varias de sus preferencias son controvertibles. Así, revisaremos la opinión del INDH en materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer (i), las medidas de acción afirmativa y discriminación positiva (ii), los derechos sociales y culturales (iii), los derechos derivados de las teorías de la identidad de género (iv) y el derecho a manifestarse (v).

##### **i. Derechos sexuales y reproductivos de la mujer**

Junto con reconocer la existencia de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y de señalar que ellos son DD.HH., el INDH muestra como un avance la repartición de la denominada "píldora del día después", y da a conocer la preocupación por los problemas de acceso a la misma<sup>114</sup>. Asimismo, el INDH realiza un llamado a debatir acerca del aborto y su eventual despenalización<sup>115</sup>.

Este es, tal vez, uno de los temas más polémicos en la literatura especializada a nivel nacional e internacional, existiendo trabajos en uno y en otro sentido tanto en materia de aborto<sup>116</sup> como de "píldora del día después"<sup>117</sup>. Sin em-

<sup>114</sup> Informe 2010, p. 86.

<sup>115</sup> Informe 2010, p. 87.

<sup>116</sup> Sólo como ejemplo de trabajos chilenos sobre la materia, ver algunos que están en contra del aborto provocado y a favor de la protección del no nacido mediante la definición constitucional de persona: UGARTE (2004) y ZAPATA (1998). Por otra parte, ver como ejemplo el trabajo de FIGUEROA (2007), con una posición opuesta.

<sup>117</sup> Lo anterior es a pesar de la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional en torno a que la "píldora

bargo, el INDH asume que una de las posiciones existentes (probablemente la minoritaria en nuestro país) es la correcta. La evidente tensión entre los derechos reproductivos y el derecho a la vida del que está por nacer no es analizada por el INDH. No se dedica párrafo alguno a analizar este último derecho y, sin embargo, se propone una situación que lo desfavorece.

## ii. Medidas de acción afirmativa y discriminación positiva

En general, el INDH se ha mostrado partidario de la promoción de medidas de acción afirmativa para proteger a ciertas minorías que están siendo afectadas por la discriminación<sup>118</sup>. Veamos un ejemplo de lo anterior.

Los informes del INDH constatan la falta de participación política y acceso al poder de las mujeres, y reclaman que el Estado de Chile no ha avanzado lo suficiente en fortalecer este derecho. En este contexto, denuncia que un proyecto de ley que apunta a corregir este problema aún no ha sido aprobado<sup>119</sup>. Se trata de un proyecto polémico presentado por la ex Presidenta Bachelet, donde se fija un piso de candidaturas de hombres y de mujeres a las colectividades políticas; se dispone un mayor traspaso de recursos fiscales para las campañas de las candidatas mujeres que resulten electas, e incentiva la igualdad en el acceso y ejercicio de cargos en los partidos políticos<sup>120</sup>.

En general, las medidas de este tipo han sido muy discutidas por la literatura. Por una parte, se ha entendido que ellas representan un privilegio injusto para ciertos grupos en perjuicio de otros, y por otra parte se ha estimado que ellas son necesarias para corregir ciertas situaciones de desigualdad<sup>121</sup>. Frente a las distintas interpretaciones del principio de igualdad, el INDH ha defendido la última como la correcta, pese a que la primera ha sido defendida en varias democracias del mundo y, para los autores que la sostienen, representa una mejor posición respecto del tipo de igualdad que el ordenamiento jurídico debe proteger.

---

del día después" puede infringir el derecho reconocido en el art. 19, N° 1 de la CPR. Ver la dividida sentencia del Tribunal Constitucional, rol 740, de 18 de abril de 2008. Por otra parte, la constitucionalidad y legitimidad de la píldora ha sido muy debatida por especialistas. Sólo como ejemplo, ver algunos argumentos favorables a la píldora en BASCUÑÁN (2004) y UNDURRAGA (2006). Por otro lado, ver algunos argumentos contrarios a la píldora en FERMANDOIS (2008) y DÍAZ DE VALDÉS (2009).

<sup>118</sup> Ver, por ejemplo, Informe 2011, pp. 269-279 en general, y p. 274 relativo a las minorías sexuales.

<sup>119</sup> Informe 2010, p. 88.

<sup>120</sup> Ver proyecto de ley que establece política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular, boletín N° 5553-06.

<sup>121</sup> Sobre la discusión a nivel nacional, ver el trabajo de DÍAZ DE VALDÉS (2007) (2007a). Ver algunos trabajos extranjeros importantes, como ANDERSON (2004), DWORKIN (2000) y MCCRUDEN (1998).

### iii. Derechos sociales y culturales

La mayoría de las NHRI tienen su foco en los derechos civiles y políticos y, también, han buscado asumir progresivamente roles relevantes haciendo las conexiones entre desarrollo y derechos humanos, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales<sup>122</sup>. El INDH, en cambio, trata a los derechos sociales como eje central de su Informe 2011, incluso sustituyendo a los derechos civiles y políticos.

Ya el Informe 2010 hacía algunas referencias preliminares a los derechos sociales, por ejemplo, al tratar el problema de la tabla de factores del caso "Isapres", que supuestamente discrimina a las mujeres, donde el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley de Isapres. Se trata de un fallo muy dividido y discutido en la doctrina nacional<sup>123</sup>. En efecto, la literatura sobre este fallo discute si el derecho a la protección de la salud entendido como un derecho social (como lo hace el INDH<sup>124</sup>) debiera estar garantizado por el sistema judicial, o si éste es un problema de políticas públicas, cuestión donde especialistas se dividen<sup>125</sup>. Sin embargo, la posición adoptada por el INDH no da cuenta de estas diferencias, y presenta una postura parcial como la única correcta.

Por otra parte, el Informe 2011, como adelantamos, va mucho más allá que el derecho a la salud, al señalar que el "INDH identificó el campo de los derechos económicos, sociales y culturales como una de sus áreas prioritarias de trabajo en el corto, mediano y largo plazo"<sup>126</sup>. En consecuencia, este informe le dedica un capítulo entero a los derechos sociales, donde trata el derecho a la salud y los derechos laborales (capítulo IV), y contiene otro apartado donde se refiere al derecho a la educación<sup>127</sup>. Este último derecho es observado un derecho de prestación<sup>128</sup> que debe ser tutelado judicialmente<sup>129</sup>, y se concede razón a la demanda del movimiento estudiantil que reclama que la satisfacción del derecho a la educación superior debe ser otorgada de manera gratuita<sup>130</sup>.

<sup>122</sup> UNDP (2010) p. 81. Se ha reconocido que "Tradicionalmente, las INDH solo se ocupan de los derechos civiles y político (...)", aunque no se descarta que tengan una función que cumplir en relación a los derechos sociales. Informe UDP (2010) p. 463.

<sup>123</sup> Existen varios fallos de sobre el problema de las isapres. El informe 2010 se refiere específicamente a la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró su inconstitucionalidad con efectos generales, rol 1710, 6 de agosto de 2010. Esta sentencia tiene dos votos disidentes y varias prevenciones.

<sup>124</sup> Esta visión se reitera y profundiza en el Informe 2011, pp. 151-160.

<sup>125</sup> Ver algunas opiniones contrarias a la doctrina de la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional del caso de las Isapres: ZÁRATE (2010), SOTO (2009) y COVARRUBIAS (2011).

<sup>126</sup> Informe 2011, p. 12.

<sup>127</sup> Informe 2011, pp. 51-66.

<sup>128</sup> Informe 2011, p. 54.

<sup>129</sup> Informe 2011, pp. 270-271.

<sup>130</sup> Informe 2011, p. 55, p. 57.

Sobre estos puntos, la literatura discute fuertemente cuál es el contenido del derecho a la educación, si basado o no en el principio de subsidiariedad<sup>131</sup>, y si éste debe ser proveído o no de manera gratuita<sup>132</sup>. El INDH, sin embargo, ha asumido una posición parcial al respecto, dándole la razón al movimiento estudiantil, y desconociendo la diversidad de opiniones existentes en la materia.

Por su parte, el derecho al trabajo se observa únicamente en su dimensión igualitaria<sup>133</sup>, olvidando su dimensión de libertad, cuestión que la doctrina ha discutido<sup>134</sup>. Se trata entonces de una concepción parcial.

En general, el INDH asume que los derechos sociales y culturales son "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" que deben protegerse por el Estado a través de sus tribunales<sup>135</sup>, cuestión que ha sido muy debatida en la doctrina comparada y nacional<sup>136</sup>. De hecho, casi ninguno de los Estados de bienestar más exitosos (como Francia, por ejemplo) reconoce el carácter justiciable de los derechos sociales. A pesar de lo anterior, el INDH defiende una posición controvertible y probablemente minoritaria, sin dar cuenta de las ideas alternativas (y mayoritarias) existentes.

#### iv. Identidad de género

El INDH asume que la identidad de género es la mirada correcta para tratar el problema de la discriminación en razón de la orientación sexual<sup>137</sup>, sin perjuicio de que nuestra CPR y la CADH no se refiere a ella de manera expresa<sup>138</sup>.

Si bien este puede ser un acercamiento acertado, los informes de DD.HH. no reconocen la diversidad de ideas existentes en esta materia. Estos diferentes acercamientos al problema de la discriminación por la orientación sexual se encuentran presentes en los debates públicos nacional y extranjero. Sin embargo, el INDH ha elegido una posición concreta basada en documentos emitidos por algunas instituciones que defienden una idea similar.

<sup>131</sup> Por ejemplo, véase ORREGO (1986), SAN FRANCISCO (1992) y VIVANCO (2007).

<sup>132</sup> Ver por ejemplo la respuesta de BEYER y COX (2011) a la demanda por gratuidad en la educación superior.

<sup>133</sup> Ver Informe 2011, pp. 141-150.

<sup>134</sup> Ver el trabajo de FERMANDOIS y GARCÍA (2010).

<sup>135</sup> Informe 2011, pp. 136-137.

<sup>136</sup> A nivel nacional, ver la discusión sobre los derechos sociales en ATRIA (2004), FIGUEROA (2009) (2010), MARTINEZ (2010) y ZÚNIGA (2008).

<sup>137</sup> Ver Informe 2010, p. 115, e Informe 2011, pp. 233-242.

<sup>138</sup> Sin perjuicio de ello, la Corte Interamericana ha dicho que la categoría de la orientación sexual está protegida por la igualdad que reconoce la CADH. Ver sentencia Corte Interamericana de DD.HH., Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, 24 de febrero de 2012.

De esta manera, el INDH defendió y recomendó la aprobación de la polémica ley antidiscriminación<sup>139</sup>; promovió la modificación del art. 365 del Código Penal<sup>140</sup>(que distingue la edad de consentimiento en las relaciones sexuales ligadas a la orientación sexual); apoyó a Karen Atala en su demanda contra el Estado de Chile con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Interamericana de DD.HH.<sup>141</sup>; se refirió al proyecto de ley sobre Acuerdo de Vida en Pareja<sup>142</sup> y a si la institución del matrimonio heterosexual es o no discriminatoria<sup>143</sup>.

Las posiciones del párrafo precedente pueden ser consideradas como correctas o no, pero no puede desconocerse que ellas han generado un debate amplio en la sociedad chilena, en el Congreso<sup>144</sup> y en los tribunales<sup>145</sup>. El INDH no da cuenta de dichas diferencias ni examina los argumentos de la posición contraria a la que decide asumir.

#### v. El derecho a manifestarse

El año 2011 estuvo marcado por la existencia de diferentes protestas en contra del Gobierno, encabezadas principalmente por las movilizaciones estudiantiles. En consecuencia, el INDH incorporó un apartado especial para analizar el contenido del derecho de manifestación<sup>146</sup>. El informe se muestra fuertemente favorable a fortalecer este derecho y, pese a que lamenta los saqueos y violencia producidos durante las manifestaciones<sup>147</sup>, no hace ninguna recomendación específica en relación con ello. De esta manera, el INDH refuerza su preferencia en orden a no promover el fortalecimiento del derecho de propiedad ni de los DD.HH. de los integrantes de las fuerzas policiales.

Por otra parte, el INDH critica al Gobierno por las declaraciones del Ministro del Interior en orden a no autorizar ciertas marchas<sup>148</sup>, cuestiona que el ejercicio

<sup>139</sup> Informe 2010, pp. 118-119, p. 165; Informe 2011, pp. 237-238 y p. 269.

<sup>140</sup> Informe 2010, p. 120.

<sup>141</sup> Informe 2010, pp. 120-121.

<sup>142</sup> Informe 2011, pp. 238-241.

<sup>143</sup> Informe 2011, p. 236.

<sup>144</sup> Ver requerimiento presentado por un grupo de diputados donde se solicita la declaración de inconstitucionalidad de parte del entonces proyecto de ley que establece medidas en contra la discriminación. Requerimiento presentado el 5 de enero de 2012, que fue finalmente rechazado por una sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2160, de 19 de enero de 2012.

<sup>145</sup> Ver la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1683, de 4 de enero de 2011, que rechaza una solicitud de inaplicabilidad del art. 365 del Código Penal. Se trató de un fallo dividido que cuenta con un voto disidente suscrito por tres ministros. Ver además la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1881, de 3 de noviembre de 2011, que en un fallo muy dividido rechazó la inaplicabilidad de la norma del Código Civil que conceptualiza el matrimonio heterosexual.

<sup>146</sup> Informe 2011, pp. 67-82. Cabe hacer presente que este derecho no está reconocido de manera explícita en la CPR ni en la CADH. Sin embargo, él se encuentra implícito dentro del reconocimiento de la libertad de expresión (art. 19, N° 12 de la CPR y art. 13 de la CADH) y del derecho de reunión (art. 19, N° 13 de la CPR y art. 15 de la CADH). Así se explica en el Informe 2011, pp. 71-73.

<sup>147</sup> Ver por ejemplo Informe 2011, p. 70.

<sup>148</sup> Informe 2011, pp. 70-71.

del derecho de reunión esté entregado a un decreto (y no a la ley)<sup>149</sup>, critica la regulación penal del delito de "desórdenes públicos"<sup>150</sup> y del actuar de Carabineros en las detenciones y en el uso de bombas lacrimógenas<sup>151</sup>.

La crítica el INDH responde a una posición respecto de las atribuciones del Gobierno para regular las manifestaciones públicas y proteger los derechos de los afectados por ellas. En este ejercicio, el INDH no considera el derecho a transitar libremente por la vía pública, el derecho a la educación de quienes no pueden ingresar a los establecimientos educacionales en toma, ni el derecho de propiedad de los afectados por los saqueos y desórdenes. Una construcción completa y objetiva del derecho a manifestarse debe considerar todas las aristas del problema, y no sólo aquellas que fortalecen los derechos de algunos (en este caso, de los manifestantes).

Sin embargo, la metodología seguida por este capítulo no puede sino conducir a una conclusión crítica del Gobierno y favorable a los grupos manifestantes. Con ello se desconocen las diferentes posiciones existentes<sup>152</sup>, de las cuales el informe ni siquiera se hace cargo.

## 5. La actividad del INDH

Si bien probablemente la labor más importante del INDH consiste en la presentación de informes anuales de DD.HH., el instituto desarrolla otras actividades de acuerdo a las funciones que la ley le entrega (art. 3° de la ley). Así, por ejemplo, el Consejo del INDH entrega un premio nacional de DD.HH. (art. 3° N° 9 y art. 14 de la ley<sup>153</sup>), que el año 2011 fue adjudicado a Viviana Díaz (único premio entregado por ahora), militante del Partido Comunista que ha sido destacada en su labor de defensa de las víctimas y familiares de víctimas del Régimen Militar<sup>154</sup>.

Como se verá, estas actividades no se alejan de las líneas de investigación que se mostraron a propósito de los informes, y resultan coherentes con el perfil de la mayoría de los miembros del Consejo. Lo mismo puede decirse de

<sup>149</sup> Informe 2011, pp. 73-74.

<sup>150</sup> Informe 2011, pp. 74-76.

<sup>151</sup> Informe 2011, pp. 76-80.

<sup>152</sup> Ver por ejemplo LIBERTAD Y DESARROLLO (2011), donde se presenta una posición diferente a la del INDH.

<sup>153</sup> Cabe señalar que el art. 14, inc. 1°, de la ley reduce el objetivo de esta política a "cultivar una memoria histórica sana de la Nación chilena, a través de resaltar y valorar cada dos años una persona de nacionalidad chilena, hombre o mujer, que se haya distinguido en tal esfuerzo".

<sup>154</sup> Cabe hacer presente que 7 de los 11 candidatos a recibir el premio nacional de DD.HH. postulaban por su defensa de los DD.HH. en contra del Régimen Militar. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): "Premio Nacional de Derechos Humanos 2011" [Fecha de Consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en <http://www.indh.cl/libropremioddhh.pdf>

la actividad comunicacional que el INDH desarrolla, la que suele asociarse a dichas líneas de investigación. Así, por ejemplo, las columnas de opinión que publica la Directora en su calidad de tal, las noticias que el INDH publica en su página web y los *tweets* que emite a través de su cuenta de *twitter*, muestran una evidente preferencia hacia los puntos anotados en la sección anterior<sup>155</sup>.

En esta sección analizaremos algunas de estas actividades y evaluaremos las preferencias que ellas dan a conocer. En primer lugar, revisaremos los servicios que son contratados por el INDH (5.1.). En seguida, indagaremos en la encuesta de DD.HH. que el INDH desarrolla y promociona en su página web (5.2.). Finalmente, exploraremos las acciones judiciales y los *amicus curiae* que el INDH ha presentado ante los tribunales de justicia (5.3.).

### 5.1. Los servicios contratados por el INDH

Como toda institución pública, el INDH requiere de la contratación de distintos tipos de servicios. Si se comparan las formas de contratación (trato directo o licitación pública) de acuerdo a los montos recibidos, una gran mayoría de ellos se han destinado por la vía Mercado de Compras Públicas<sup>156</sup>; lo que es positivo, dado que existen buenas razones constitucionales y legales para defender la idea de que la contratación hecha por concurso público (por ejemplo, a través del sistema de Chilecompra) debe ser la regla general<sup>157</sup>.

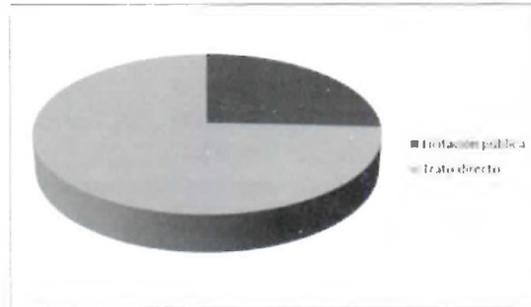
Con todo, un análisis más fino respecto del número de convenciones celebradas parece relevante, porque interesa investigar eventuales sesgos del INDH, especialmente en materia de trato directo, lo que no es otra cosa que una evaluación respecto de su discrecionalidad. Así, en el período analizado (hasta el 12 de mayo de 2012) encontramos 31 contrataciones celebradas por el INDH, de las cuales 23 fueron hechas por trato directo y 8 fueron realizadas por licitación pública mediante el sistema de Chilecompra<sup>158</sup>. A continuación, graficamos esta última situación.

<sup>155</sup> Ver anexos N°s 1 y 2, donde se desarrollan brevemente estos últimos puntos.

<sup>156</sup> El Informe 2011 del INDH indica que el "porcentaje de compras realizadas por el Sistema de Mercado Público fue de 97,2%. El 72,9% de las compras fue realizado por licitaciones directas e indirectas; seguido por los tratos directos en un 14,1% (por monto menor a 10 UTM), y convenios con universidades reconocidas por el Estado en un 6 %. Informe 2011, p. 286.

<sup>157</sup> Constitucionalmente, se debilita el derecho de eventuales interesados a competir por la contratación con el Estado, con lo que se afecta la igualdad de oportunidades de los mismos en la participación en la vida nacional (art. 1° inc. final de la CPR) y se les discrimina arbitrariamente (art. 19 N° 2 y 22 de la CPR). Así también, al hacer menos competitivo el sistema de compras de bienes y servicios por parte del Estado, se puede hacer menos eficiente el uso de los recursos públicos, ya que los precios y la calidad de los servicios no son comparados con los productos ofrecidos por eventuales competidores reales. Por otra parte, los principios constitucionales de probidad, transparencia y publicidad sugieren que la compra pública de bienes y servicios es un mejor mecanismo. Legalmente, se ha discutido si la contratación pública debe o no ser la regla general, existiendo buenas razones en la ley de bases generales de la administración del Estado (18.575) y en la denominada ley de Chilecompra (19.886).

<sup>158</sup> Cabe precisar que el informe anual 2011 del INDH da cuenta de números diferentes. Ver Informe 2011, pp. 281 y 286. La información que recabamos no se basa en ese informe (donde sólo se muestran

Gráfico N° 3. Tipos de procedimiento de contratación usados por el INDH<sup>159</sup>

Dentro de los servicios y bienes contratados por el INDH, deben distinguirse una serie de productos de naturaleza diversa. Algunos de ellos se relacionan con actividades que implican un pronunciamiento sobre el contenido de los DD.HH. y otros no. Dentro de los últimos, encontramos la contratación del servicio de transmisión de videos promocionales, el soporte de la página web, la adquisición de material de trabajo y la compra o reparación de inmuebles, entre otros. Por otra parte, existe un grupo de servicios contratados que implican algún tipo de pronunciamiento directo o indirecto acerca de algún D.H. en particular o en general, como ocurre con la elaboración de estudios y diagnósticos sobre DD.HH. y la ejecución de una encuesta, entre otros.

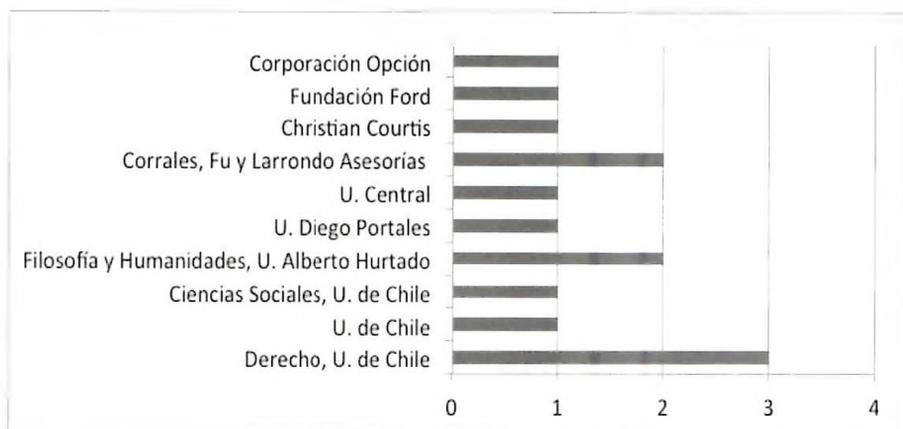
La contratación de servicios en este segundo grupo se concentra casi en su totalidad en el procedimiento de trato directo<sup>160</sup>. A continuación revisamos qué proveedores del INDH han celebrado más convenciones por la vía del trato directo. Asumimos que el INDH ha tenido libertad para definir al contratante, por lo que si existe un sesgo en la contratación, esta debiera aparecer en este procedimiento (y no en la licitación pública). Encontramos un total de 14 de ese tipo de servicios contratados por la vía del trato directo, dentro de los que se cuentan proveedores de diferente naturaleza, como se observa en el gráfico siguiente.

números y no el detalle de las contrataciones), sino que en la página de transparencia activa del INDH, consultada en mayo de 2012: [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/index.php](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/index.php). Sobre las compras hechas por concurso público, ver anexo N° 3. Sobre compras hechas por trato directo, ver anexo N° 4.

<sup>159</sup> Fuente: Elaboración propia utilizando los datos proporcionados por la página web del INDH. Ver anexos N° 3 y 4.

<sup>160</sup> Existen algunas pocas excepciones. Ver anexo N° 4.

Gráfico N° 4. Proveedores y N° de contrataciones del INDH hechas por trato directo<sup>161</sup>



Como puede observarse, la mayoría de los contratantes son universidades o departamentos dentro de universidades. La que más servicios ha entregado es la Universidad de Chile, con 5 convenciones adjudicadas<sup>162</sup>. Existen muchas universidades que, teniendo académicos cumpliendo jornada y especializados en DD.HH. o algún área de los DD.HH., no han tenido acceso a los contratos del INDH<sup>163</sup>.

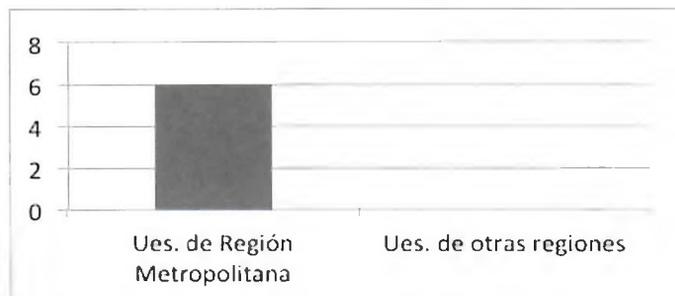
Hay que precisar que todas las universidades seleccionadas por el INDH son de Santiago y que existe un grupo de universidades de regiones que, teniendo especialistas en DD.HH., han sido excluidas del trato directo con el INDH, como se aprecia en el siguiente gráfico.

<sup>161</sup> Fuente: Elaboración propia utilizando los datos proporcionados por la página web del INDH. Ver anexo N° 4.

<sup>162</sup> Esto debe entenderse sin perjuicio de profesores de otras universidades que han participado en la redacción de los informes anuales de DD.HH. Por ejemplo, varios profesores de la U. Diego Portales fueron contratados para colaborar con los informes, razón por la cual se les agradeció expresamente en el mismo.

<sup>163</sup> Ello ocurre, por ejemplo, con las siguientes universidades: U. Católica del Norte, U. Católica de Valparaíso, U. Austral, U. de Temuco, P. U. Católica de Chile, U. de los Andes, U. La Frontera, U. del Desarrollo, entre varias otras. Varias de ellas tienen programas de investigación relacionados con DD.HH., como de pueblos indígenas, Derecho Ambiental, Derecho Constitucional, etc.

Gráfico N° 5. Universidades que han celebrado contratos con el INDH divididas por región



## 5.2. La encuesta de DD.HH.

El INDH ha definido como política la realización de una encuesta nacional de DD.HH. cada dos años. En el año 2011 se realizó la primera (y hasta ahora única) encuesta, cuya ejecución se encargó a la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile<sup>164</sup>. A través de ella se busca conocer la percepción de los chilenos acerca de la situación de los DD.HH. en Chile.

Es interesante analizar los contenidos de las preguntas realizadas en la encuesta, ya que estos reflejan el interés del INDH por conocer la situación de ciertos DD.HH. Como es poco factible (o imposible) diseñar una encuesta que trate todos los DD.HH., la selección de uno por sobre otro se hace necesaria. Así, el INDH debe elegir cuáles DD.HH. específicos va a evaluar, con lo que estaría mostrando una suerte de preferencia hacia ellos, dando muestras de la definición de sus líneas de investigación y, también, de su agenda.

La encuesta se constituyó por 70 preguntas acerca de variadas materias. En ellas se excluyó la evaluación de varios DD.HH. reconocidos por nuestra CPR y/o por la CADH, pero asociados a las doctrinas conservadoras o libertarias. Entre ellos, se omitieron (aunque no exclusivamente) preguntas relativas al derecho de propiedad (art. 19 N° 24 de la CPR y art. 21 de la CADH), la libertad para adquirir el dominio (art. 19 N° 23 de la CPR), la libertad económica (art. 19 N° 21 de la CPR), la propiedad intelectual e industrial (art. 19 N° 25 de la CPR), la libertad religiosa (art. 19 N° 6 de la CPR y art. 12 de la CADH), el derecho a la vida del que está por nacer (art. 19 N° 1 de la CPR y art. 4 N° 1 de la CADH) y el derecho de asociación (art. 19 N° 15 de la CPR y art. 16 de la CADH). Ello demuestra que el INDH no monitorea mediante el instrumento de la en-

<sup>164</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): "Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos" [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2012]. Disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/11/Encuesta-Final-D.H-web.pdf>

cuesta la situación de estos DD.HH., pese a que ellos están garantizados por nuestro ordenamiento jurídico. Esta conclusión es similar respecto de los informes anuales que el INDH ha elaborado, como lo constatamos en un capítulo anterior de este trabajo. Esto permite inferir que estos derechos no son una prioridad en la agenda del INDH.

Por otra parte, algunas preguntas de dicha encuesta manifiestan un evidente sesgo, donde se dan por supuestas ciertas ideas que han sido ampliamente discutidas en la literatura especializada. Aquí hay algunos ejemplos donde se pregunta a los encuestados si están o no de acuerdo con afirmaciones (a lo menos) controversiales:

i. Pregunta N° 5. De acuerdo con "Los derechos humanos están por sobre las creencias religiosas y las prácticas culturales". Esta pregunta asume que la creencia religiosa y las prácticas culturales no son DD.HH.

ii. Pregunta N° 7. De acuerdo con "Es preferible una sociedad donde se respeten todos los derechos, aunque haya algún desorden". La afirmación supone que el "desorden" no vulnera derechos.

iii. Pregunta N° 23. De acuerdo con "Creo que las Universidades del Estado debieran reservar cupos especiales para jóvenes de bajos recursos, aun cuando no tuvieran el puntaje necesario". Se asume que la asignación de cuotas (como medida de discriminación positiva) es deseable y está garantizada como derecho humano.

iv. Pregunta N° 25. De acuerdo con "Estimo que en el Parlamento debiera haber cupos especiales para diputados de los pueblos indígenas". Supone que cuotas para minorías en la representación política son deseables desde la perspectiva de los DD.HH.

v. Pregunta N° 57. De acuerdo con "En Chile se protege el derecho a la salud y bienestar". Asume que existe un derecho asociado a la calidad de vida.

Las preguntas anteriores demuestran un sesgo hacia posiciones bastante cuestionadas y controversiales en materia de DD.HH. Esto se hace más problemático cuando se considera que algunos derechos no están expresamente reconocidos por nuestro sistema jurídico (como el derecho a las cuotas o a la calidad de vida); cuando se desconoce la existencia de un derecho fundamental reconocido (como la libertad religiosa) y cuando se excluyen de la agenda algunos derechos.

### 5.3. Acciones judiciales y *Amicus Curiae* presentados por el INDH

Si bien el INDH no sigue el modelo de *ombudsman* en un sentido estricto, como ya explicamos, la ley le otorga la atribución de deducir acciones legales ante los tribunales de justicia (art. 3° N° 5 de la ley). Bajo esta atribución, el INDH puede ejercer querellas criminales, recursos de amparo y recursos de protección, lo que para Letelier: "en ningún caso puede interpretarse como una enumeración taxativa de las acciones posibles"<sup>165</sup>.

La ley, sin embargo, no aclara qué autoridad específica toma la decisión de ejercer estas acciones<sup>166</sup>. Nada se dice respecto de las atribuciones del Consejo del INDH (art. 8° de la ley), algunas de las cuales tienden a ser muy generales (como la que dispone que corresponderá al Consejo "[e]mitir su pronunciamiento en relación con las materias indicadas en la presente ley). Por su parte, y aunque la ley le atribuye a la Directora la representación judicial del INDH (art. 9° N° 3 de la ley), no existe una norma que le atribuya una potestad explícita. En la práctica, sin embargo, parece ser que la decisión de ejercer las acciones legales pertinentes pertenece al Consejo, pero ha sido muy influenciada por la Directora de manera individual. Desconocemos si el Consejo ejerce algún tipo de control real sobre la decisión de presentar las acciones y sobre el texto mismo. Este problema también existe respecto de los *amicus curiae*<sup>167</sup>.

Es útil analizar las acciones legales que se han presentado, ya que de ellas pueden inferirse las preferencias de la agenda del INDH en la protección de ciertos grupos de interés. Sin embargo, el INDH no ha dispuesto de un registro público

<sup>165</sup> LETELIER (2011) p. 160. Como sostiene Letelier: "Una de las normas de mayor interés que incluyó la Ley 20.405 es la inclusión del Instituto como legitimado activo para deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia (...). Resulta interesante constatar que, a través de la discusión legal [del proyecto de ley que crea el INDH] la referida facultad fue ampliándose en su contenido. Si en un primer momento existió discusión acerca del tipo de delitos que podían ser perseguidos o la clase de acciones que el Instituto podía interponer, se optó finalmente por una fórmula genérica que lo habilita para ejercer cualquier tipo de acción que persiga desarrollar sus fines y objetivos. En este sentido, el inciso segundo del número 5 del artículo 3°, lejos de ser una norma limitativa de aquella facultad, se encarga simplemente de explicitar tres tipos de acciones que el Instituto puede entablar, a saber: querellas, recursos de protección y amparo". LETELIER (2011) p. 160.

<sup>166</sup> También ha sido criticada la falta de precisión del tipo de acciones legales que el INDH podría ejercer. Ver Informe UDP (2008) p. 569 y OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009) pp. 120-121.

<sup>167</sup> El *amicus curiae*, o "amigo de la Corte" es un término en latín que se utiliza en la jerga legal para denominar a aquel que, sin ser parte de un litigio (no es demandante ni demandado, ni querellante, ni imputado, ni víctima, ni recurrido, ni recurrente, etc.) se ofrece voluntariamente para entregar un informe a un tribunal con el propósito de influir en un determinado procedimiento judicial. En dicho informe se suele entregar una opinión jurídica sugiriendo a la Corte la posición correcta que puede ilustrarla para resolver el caso. Si bien la participación del *amicus curiae* no se solicita por ninguna de las partes del proceso judicial, los informes están lejos de ser neutrales y reflejan fuertes convicciones en materias socialmente relevantes, especialmente tratándose de casos de DD.HH. Cabe hacer presente que, a diferencia de la facultad de ejercer acciones judiciales, la ley no se refiere a los *amicus curiae* en ninguna de sus disposiciones, sin perjuicio de lo cual el INDH se ha servido de esta figura, muy común en causas de DD.HH. frente a tribunales internacionales y extranjeros.

accesible que dé cuenta de las acciones presentadas y sus resultados, por lo que se hace difícil evaluar el éxito de las acciones legales presentadas. Por lo anterior, hemos elaborado un registro con aquellas acciones que el propio INDH ha publicitado a través de las noticias de su página web, desde la creación de la misma hasta mayo del año 2012, información que hemos corroborado en la página web del Poder Judicial<sup>168</sup>.

Encontramos 6 acciones judiciales presentadas y 5 informes presentados en tribunales a través de la figura del *amicus curiae*. La siguiente tabla resume los principales aspectos de los *amicus curiae* presentados, distinguiendo el objetivo de los mismos y señalando a quienes el informe del INDH favorece y a quienes desfavorece, en su caso.

Tabla N° 12. *Amicus curiae* presentados por el INDH

Objetivo	Beneficiados	Perjudicados
Que Corte de Apelaciones declare arbitrariedad e ilegalidad de expulsión de alumnas secundarias, que eran parte de movilizaciones estudiantiles contrarias al Gobierno	Alumnas del Liceo Tajar-mar de Providencia	Liceo Tajar-mar, de la Municipalidad de Providencia
Que Corte de Apelaciones declare arbitrariedad e ilegalidad de expulsión de alumnas secundarias, que eran parte de movilizaciones estudiantiles contrarias al Gobierno	Alumnas del Liceo 7 de Providencia	Liceo 7, de la Municipalidad de Providencia
Que Corte de Apelaciones declare arbitrariedad e ilegalidad de expulsión de alumnas secundarias, que eran parte de movilizaciones estudiantiles contrarias al Gobierno	Alumnos Liceo José Victorino Lastarria de Providencia	Liceo José Victorino Lastarria de Providencia

<sup>168</sup> Para examinar las causas judiciales que han sido iniciadas por el INDH, puede ingresarse con el rol único tributario (65.028.707-K) del mismo a la página web del Poder Judicial ([www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)). Este registro no puede considerarse como universal, ya que sólo considera la información proporcionada por el INDH y corroborada en la página del Poder Judicial, razón por la cual no corresponde inferir conclusiones cuantitativas.

No aplicar la legislación antiterrorista a activistas mapuches por estimarla contraria a los DD.HH.

Comuneros mapuches condenados

Ley antiterrorista

Que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de mantener en la justicia militar el juzgamiento de delitos cometidos por militares contra civiles

N/A

N/A

De los 5 *amicus curiae* presentados por el INDH a tribunales de justicia, 3 de ellos se relacionan con el movimiento estudiantil, uno con el movimiento indígena y el último con la relación existente entre el sistema de justicia militar y el civil.

A continuación, se resumen las acciones judiciales presentadas por el INDH informadas a través de su página web<sup>169</sup>.

Tabla N° 13. Acciones legales del INDH

Tipo de acción y tribunal competente	Objetivo	Beneficiados	Perjudicados
Querrela en Juzgado de Garantía	Sancionar tráfico de migrantes en Santa Cruz	Migrantes	Empresario Eugenio Mujica
Querrela en Juzgado de Garantía	Sancionar tráfico de migrantes de Paraguay	Migrantes	Empresario Francisco Javier Errázuriz
Querrela en Juzgado de Garantía	Sancionar trata de personas para fines de explotación sexual	Ciudadanas dominicanas	Quienes resulten responsables
Recurso de Protección en Corte de Apelaciones de Coyhaique	Impedir violencia policial en manifestaciones	Ciertas personas de Aysén y población local de Puerto Aysén	Carabineros

<sup>169</sup> Se incluyen también aquellas acciones donde el INDH "se hizo parte", sin perjuicio de que no hayan sido presentadas directamente por el INDH.

Recurso de Pro- tección en Corte de Apelaciones de Temuco	Impedir hechos violentos por par- te de carabineros	Ciertas personas envueltas en el conflicto mapu- che	Carabineros
Recurso de am- paro en Corte de Apelaciones de Te- muco (y Suprema)	Resguardar de- rechos ante de- tención ilegal y violenta de cara- bineros	Menor mapuche	Carabineros

De las 6 acciones legales, 2 se dirigen en contra de empresarios y 3 en contra de Carabineros. A diferencia de los *amicus curiae* presentados, sólo unas pocas acciones se relacionan con manifestaciones de protesta social, pese a que la violencia policial está presente en la mitad de ellas. Esto permitiría inferir el interés del INDH por esta materia.

## 6. Recomendaciones

El contenido de las secciones anteriores nos permite generar un diagnóstico respecto de la labor del INDH, y de una serie de materias que requieren de reforma. A continuación, se proponen algunos lineamientos útiles para la delimitación del campo de acción del INDH (6.1.), el fortalecimiento de su *accountability* (6.2.), y se señalan algunas reformas al estatuto del INDH (6.3.).

### 6.1. Delimitación de su campo de acción

Como se ha dicho, el concepto de "derechos humanos" es quizás uno de los términos más ambiguos que posee nuestro sistema jurídico, y es por ello que el INDH enfrenta la decisión crucial de delimitar su campo de acción en esta materia. Así, el INDH enfrenta dos opciones, un enfoque minimalista o uno maximalista<sup>170</sup>. Compartimos con la idea de que se elija la opción minimalista.

De acuerdo a esta visión restringida de los DD.HH., el INDH debe hacer un esfuerzo "por corregir aquellas infracciones donde existe un importante consenso social acerca de su significado y cuya gravedad y especial urgencia demanda acciones concretas y rápidas para revertirlas. El uso de un concepto como este puede reforzar la legitimidad del instituto y, al mismo tiempo, aumentar la posibilidad de conseguir cambios importantes en el mapa de decisiones públicas nacionales"<sup>171</sup>.

<sup>170</sup> LETELIER (2011).

<sup>171</sup> Se agrega que la "elección anual o bianual de focos de atención puede contribuir, por ejemplo, al desarrollo de una cultura de derechos humanos en el país, para que dejen de ser promesas vacías o

Por otra parte, el Instituto puede caer (como de hecho ha ocurrido) en la atractiva tentación de utilizar un concepto amplio de DD.HH. De asumir esta segunda opción, el INDH "pretenderá asumir un rol de motor social y de agente vital para el desarrollo futuro de nuestra mejor convivencia. Sin embargo, esta opción posee riesgos inherentes. El primero de ellos es que la protección ilimitada de los múltiples intereses que están en juego en el debate social –y que, como indicamos, pueden ser siempre reconducidos a la forma de los derechos humanos– puede generar un cuestionamiento importante de su legitimidad. En efecto, situar dentro de una lógica de "derechos humanos" problemas vivamente debatidos en la actualidad –como el aborto, el matrimonio homosexual, la eutanasia, distintos sistemas anticonceptivos, etc.–, asumiendo que sus respuestas vienen ya predeterminadas por la apelación a la dignidad o a la libertad, puede dañar seriamente la percepción del instituto, rebajando su naturaleza a un mero interlocutor social entre muchos otros. Esta igualación con otros agentes u ONG afectaría gravemente su posicionamiento institucional y su prestigio, siendo este último tal vez el único capital con que cuenta"<sup>172</sup>.

Para Raúl Letelier, el INDH se ha inclinado por la opción maximalista<sup>173</sup>. Con ello el INDH arriesga perder legitimidad, estar en el límite de "transformarse en una ONG más", y perder el foco y la capacidad real de influir en decisiones de política pública en materia de DD.HH. Creemos que la opción de la postura minimalista debe influir en todas las actividades del INDH, como ocurre con sus líneas de investigación, sus informes anuales, sus acciones judiciales, sus *amicus curiae* y, también, en su actividad más informal (como ocurre con las columnas de opinión de Directora), entre otros.

## 6.2. Fortalecimiento del *accountability* del INDH

Junto al minimalismo propuesto, el INDH debiera definir sus líneas de investigación mediante un proceso transparente e inclusivo de los especialistas en DD.HH. asociados al mundo académico. No sólo debe incluirse a ciertos grupos de interés, sino que también a universidades diversas, incluyendo a universidades de regiones y de Santiago, Facultades de Derecho con investigadores en

---

solo una retórica atractiva y se conviertan en reglas jurídicas eficaces". LETELIER (2011) pp. 161-62.

<sup>172</sup> LETELIER (2011) pp. 161-62.

<sup>173</sup> No deja de ser interesante en todo caso, que el minimalismo de Letelier más adelante en su artículo hace un giro radical: "La relación existente entre los derechos humanos y el modelo de distribución de recursos económicos imperante en nuestro país es a todas luces conflictiva. El instituto, más temprano que tarde, deberá tomar parte de este conflicto... las mayores y más graves infracciones a los derechos humanos no tienen cobertura en los tribunales de justicia. Y es que el mayor cáncer de nuestra sociedad no es otro que la pobreza y la desigualdad, y son las reglas del diseño del modelo económico imperante las que sirven de silenciosos motores para la infracción permanente a derechos básicos... En un corto o mediano plazo, la preocupación del instituto por este tipo de infracciones puede hacer que se transforme en un verdadero motor de desarrollo social y que su auctoritas –tanto nacional como internacional– se consolide". LETELIER (2011) pp. 165-66.

agendas conservadoras, libertarias e igualitarias, entre otras. Debe tratarse de un proceso abierto, público y transparente.

Además, en la externalización de servicios y políticas de contratación del INDH debe diversificarse el tipo de proveedores que participan, utilizando más el Mercado de Compras Públicas u otro que entregue garantías de competitividad e idoneidad.

Por otra parte, el INDH debiera establecer planes estratégicos con metas claras, precisas, conocidas, y con responsabilidades asociadas a su cumplimiento. Asimismo, debieran diseñarse indicadores objetivos para medir el desarrollo progresivo de las políticas que se implementen para el cumplimiento de dichas metas, asignando criterios consensuados en el Consejo que fortalezcan su función controladora respecto de la Directora y de todas las unidades del INDH<sup>174</sup>. También, todos los consejeros debieran ser informados de la actividad del INDH de manera oportuna, anterior a su realización, y completa. Si un consejero está en desacuerdo con alguna política adoptada por el INDH, debe tener derecho a que su opinión sea publicada y conocida por los medios de comunicación a través de un lugar fácilmente accesible de la página web del INDH.

### **6.3. Modificaciones para fortalecer la independencia y el pluralismo del INDH**

Como ya lo señalamos en las secciones precedentes, parece existir bastante consenso en la literatura en torno a qué mecanismos garantizan de mejor manera la autonomía y el pluralismo de las NHRI. En este sentido, proponemos algunas modificaciones específicas al estatuto del INDH, que deben complementar las propuestas del apartado precedente.

- a) Un Consejo con menos miembros que tenga más visibilidad (4), con dedicación de jornada completa y exclusividad, asociado a remuneraciones altas.
- b) Mantención de los 6 años de duración en el cargo (o una regla que permita romper el ciclo electoral), con renovación por una sola vez por parcialidades cada 2 o 3 años<sup>175</sup>.

<sup>174</sup> En organizaciones maduras, las evaluaciones de rendimiento individual deben incluir una serie de indicadores de rendimiento vinculados a los objetivos más importantes de la organización que están contemplados en su plan estratégico. Ello debe ser incorporado en el segundo o tercer año de operaciones. UNDP (2010) p. 213.

<sup>175</sup> La literatura ha recomendado que se impida la renovación del mandato de los consejeros. Nosotros hemos optado por una alternativa intermedia entre la situación actual (la posibilidad de renovación indefinida) y la que se ha estimado como óptima. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005) p. 12.

- c) Un régimen de inhabilidades para los consejeros y para el personal del INDH que no permita a los mismos ser miembro paralelo de grupos de interés asociados a los DD.HH. Debería estudiarse la posibilidad de que existan plazos de renuncia previos a la nominación de los candidatos a consejeros.
- d) Todos los consejeros deben ser elegidos después de una propuesta fundada del Presidente de la República con aprobación del Senado con un quórum de 4/7 de los senadores en ejercicio. La propuesta presidencial debe seguir un procedimiento que asegure la participación real de organizaciones diversas de la sociedad civil (no sólo las relacionadas con la agenda igualitaria), incluyendo la obligación de informar a los medios de comunicación y de publicar las cuestiones relevantes de los candidatos propuestos por el Jefe de Estado. El Senado debe convocar varias audiencias públicas y transparentes para discutir y entrevistar a los candidatos, existiendo un proceso de examen público por parte de la comisión relevante del Senado.
- e) Buscar una regla para elegir al Director que no implique nominación presidencial. Explorar si la aprobación por mayoría simple por parte del Consejo es una regla adecuada.
- f) Mantener las estrictas causales de remoción que existen hoy; las que, bajo el diseño que proponemos se entienden, pero no bajo el actual.
- g) Para evitar que el INDH continúe transitando hacia el modelo de *ombudsman*, creemos conveniente que las decisiones más relevantes sean tomadas por el Consejo, y que ello se establezca de manera precisa en la ley del INDH. En este sentido, la distribución de competencias debiera ser más clara y el Consejo debiera tener facultades de control efectivas sobre el Director y, también, sobre las diversas unidades del INDH. Entre las materias que se deben explicitar, se encuentran, por ejemplo, las contrataciones de los directivos más relevantes de la institución y de los servicios que se externalizan, las líneas de investigación anual, la decisión en la presentación de acciones judiciales y *amicus curiae*, y la decisión de enviar observadores de DD.HH. ante hechos relevantes concretos.
- h) Establecer la obligación semestral de rendir cuentas del Director de la gestión del INDH ante la Cámara de Diputados, lo que se puede concretar en sesión ante comisiones unidades de Constitución, Legislación y Justicia y la de DD.HH. Dicha sesión permitiría, entre otros, poder evaluar aspectos presupuestarios, líneas de investigación, contenido de los informes anuales, como asimismo entregar la oportunidad al Director del INDH de dar a conocer sus preocupaciones o planteamientos de reforma legal a la Cámara.

## 7. Conclusiones

7.1. La literatura especializada recomienda una serie de arreglos institucionales que favorecen la autonomía e independencia de las NHRI respecto de los Estados y de los grupos de interés que pueden presionar para competir o capturar la agenda de DD.HH. Los problemas que enfrentan las NHRI en general, y el INDH en particular, son bastante comunes y responden a la necesidad de dichas instituciones de legitimarse frente a la comunidad y al Estado y, al mismo tiempo, ser autónomas respecto de ellos.

7.2. En general, el diseño institucional y el funcionamiento del INDH han adolecido de varias falencias. La principal es la forma de designación de los 11 consejeros que, al sobredimensionar el número de aquellos provenientes de organizaciones de DD.HH., han politizado el INDH, pasando esta institución a perseguir una clara agenda de izquierda, quitando legitimidad y pluralismo al mismo, corriendo el riesgo de que el instituto se transforme en una "ONG más".

7.3. El efecto anterior se amplifica al provenir la Directora del mundo de las organizaciones de DD.HH. y al concentrar ella muchos poderes relevantes en la dirección del INDH; que o bien son entregados por la mayoría de izquierda del Consejo, o carecen de control por parte del mismo. Lo anterior se debe a que en el diseño institucional no existen incentivos de los consejeros para realizar una exhaustiva labor de control respecto de la conducción del INDH.

7.4. La parcialidad de la agenda del INDH es evidente en su actuar, y puede observarse en los informes anuales que el propio instituto elabora sobre la situación de los DD.HH. Lo propio ocurre con otras actividades del INDH que se mencionan en este trabajo.

7.5. La ausencia de mecanismos efectivos de *accountability* interno y la concepción maximalista de los DD.HH. que tiene el INDH pueden llevar al mismo a perder autoridad frente a la comunidad política y a la sociedad civil, por lo que se hace urgente revisar el diseño institucional del INDH y algunas políticas que él mismo ha ejecutado. De esta manera, proponemos la existencia de mayor diversidad en la política de contrataciones del INDH, la adopción un cambio en los mecanismos de nombramiento de los consejeros y en su estatuto laboral, la revisión de las facultades de control y la implementación de políticas claras con indicadores de desempeño, y una visión minimalista de los DD.HH. que le permita al INDH elegir mejor sus estrategias, entre otros cambios que ofrecemos.

## Referencias bibliográficas

### Artículos, libros y capítulos de libros

ANDERSON, Terry (2004): *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action* (New York, Oxford University Press) 320 pp.

ATRIA, Fernando (2004): "¿Existen derechos sociales?" [Fecha de consulta: 8 de mayo de 2012] Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>

BASCUÑÁN, Antonio (2004): "La Píldora del Día Después ante la jurisprudencia", *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, 95, Santiago (invierno 2004).

BEYER, Harald, y COX (2011): "Gratuidad de la educación superior: una política regresiva", *Puntos de Referencia*, N° 337.

BURGIS, TOM, y ZADEK, SIMON (2006): *Reinventing Accountability for the 21st Century, Accountability* (London). [http://works.bepress.com/andreas\\_schedler/22/](http://works.bepress.com/andreas_schedler/22/)

CARDENAS, Sonia (2003): "Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions", *Global Governance* 9, pp. 23-42.

CARVER, Richard (2011): "One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience", *Journal of Human Rights Practice*, vol. 3, pp. 1-24.

CARVER, Richard, y KOROTAEV, Alexey (2007): "Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions". [Fecha de consulta: 12 de junio de 2012]. Disponible en: [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CFUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fhrbportal.org%2Fwp-content%2Ffiles%2F1233060250assessing\\_the\\_effectiveness\\_of\\_national\\_human\\_rights\\_institutions\\_.doc&ei=uDzXT\\_CPNcfo0QGSx7mQAw&usq=AFQjCNHR1Q3qAHyFF6RyfmBq6RJGnYpLcA&sig2=hf9p7KJ1q5UfZ1raQcQ8UQ](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CFUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fhrbportal.org%2Fwp-content%2Ffiles%2F1233060250assessing_the_effectiveness_of_national_human_rights_institutions_.doc&ei=uDzXT_CPNcfo0QGSx7mQAw&usq=AFQjCNHR1Q3qAHyFF6RyfmBq6RJGnYpLcA&sig2=hf9p7KJ1q5UfZ1raQcQ8UQ)

CASTILLA, Karlos (2007): "Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*, año II, N° 3.

COVARRUBIAS CUEVAS, (2011): "Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el de partida?)", *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, vol. 23, pp. 463-489.

DÍAZ DE VALDES JULIÁ, José Manuel, (2007): "Discriminación positiva: Constitucionalidad de una importación de Derecho Comparado", XXXVII Jornadas de Derecho Público 2007 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), vol. I: pp. 129-143

DÍAZ DE VALDES JULIÁ, José Manuel (2007a): "Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva", *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, vol. 19, pp. 195-242.

DÍAZ DE VALDÉS JULIA, José Manuel (2009): "La Píldora del Día Después: Principales Aspectos de un fallo Polémico e Incómodo", en Arturo FERMANDOIS (ed.), *Sentencias Destacadas 2008* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 69-121.

DWORKIN, Ronald (2000): "Affirmative action; Is it Fair", *The Journal of Blacks in Higher Education*, Vol. 28, pp. 79-88.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2008): "La Píldora del Día Después: Aspectos Normativos", *Revista chilena de derecho* vol. 35 N° 3, pp. 543-577

FERMANDOIS, Arturo, y GARCIA, José Francisco (2010): "Compatibilidad entre el Derecho a la Libre Contratación y la Fijación de Salarios por Ley", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 2, pp. 343-376.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2007): "Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto" *Revista de derecho Valdivia* v. 20 n. 2 pp. 95-130.

FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo (2010): "Modelo de control jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales", en Cazor A., Kamel, y Salas S., Carolina (coord.), *Estudios Constitucionales* (Santiago, Editorial Librotecnia), pp. 127-145

FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo (2009): "Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión teórica", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N°3, pp. 587-620.

LETELIER W., Raúl (2011): "El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Gestión de su Auctoritas", *Anuario de Derecho Público 2011* (U. Diego Portales), pp. 152-166.

MCCRUDEN, Christopher (1998): "Merit Principles", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, N° 4: pp. 543-579.

ORREGO, Cristóbal (1986): "El Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza en la Constitución de 1980 desde una Perspectiva Filosófica-Jurídica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13.

RAJ KUMAR., C (2003): "National Human Rights Institutions: Good Governance Perspective on Institutionalization of Human Rights", *American University International Law Review*, vol. 19, N° 2, pp.259-300.

RIEF, Linda C. (2000): "Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 13, pp. 1-69.

SAN FRANCISCO, Alejandro (1992): "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 3

SMITH, Anne (2006): "The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing?", *Human Rights Quarterly* (The Johns Hopkins University Press), vol. 28, N° 4, pp. 904-946.

SOTO, Sebastián (2009): "Fallo Isapres; Una mirada de los derechos sociales y al rol de los jueces", en Fernando V., Arturo, y Delaveau S., Rodrigo (eds.): "*Sentencias Destacadas 2008*", Ediciones Libertad y Desarrollo. pp. 171-213.

SRIPATI, Vijayashri (2000): "India's National Human Rights Commission: A Shackled Commission?", *Boston University International Law Journal*, vol. 18, N° 1, pp. 1-46.

TURYN, Alejandro, FREEDMAN, Diego (2007): "Lineamientos para una política pública antiterrorista en un estado respetuoso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*, año II, N° 3.

UGARTE, José Joaquín (2004): "Momento en que el embrión es persona humana", *Estudios Públicos* 96 (primavera), Santiago, 2004.

UNDURRAGA VALDÉS, Verónica (2006): "Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres", *Anuario de Derechos Humanos* 2006, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 161 -171.

VERDUGO, Sergio, y GARCÍA, José Francisco (2012): "Radiografía al Sistema Interamericano de DD.HH.", *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), vol. 25, pp. 175-216.

VIVANCO, Ángela (2007): "Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile", *Temas de la Agenda Pública*, P. Universidad Católica de Chile, año 2, N° 8.

ZALAUQUETT, José (2010): "La Institucionalidad estatal de derechos humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile", *Anuario de Derechos Humanos* 2010, pp. 159-164.

ZÁRATE, Sebastián (2010): "Los efectos de la sentencia del TC en el caso de Isapres" [7 de Mayo de 2012] Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20110317122727.pdf> [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2009].

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2008): "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, pp. 83-109. Disponible en [www.cde.clen.cl](http://www.cde.clen.cl) línea [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2009].

## Sentencias

Tribunal Constitucional, rol 1683, de 4 de enero de 2011.

Tribunal Constitucional, rol 1881, de 3 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional, rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional, rol 740, de 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional, rol 2160, de 19 de enero de 2012.

Corte Interamericana de DD.HH., Atala Riffo y Niñas v. Chile, 24 de febrero de 2012.

## Otros

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009): "Historia de la Ley 20.405, del Instituto Nacional de Derechos Humanos".

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Universidad Diego Portales, (2008): "Informe Anual Sobre Derechos Humanos, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos", pp. 539-571 [18 de mayo de 2012]. Disponible en [http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/instituciones\\_nacionales\\_ddhh\\_20081.pdf](http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/instituciones_nacionales_ddhh_20081.pdf).

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Universidad Diego Portales. (2009): "Informe Anual Sobre Derechos Humanos, Chile ante la Comunidad Internacional de Derechos Humanos". pp. 451-479 [18 de mayo de 2012]. Disponible en [http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/14\\_comunidad-internacional.pdf?utm\\_source=web&utm\\_medium=web&utm\\_content=es&utm\\_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+14](http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/01/14_comunidad-internacional.pdf?utm_source=web&utm_medium=web&utm_content=es&utm_campaign=Informe+Anual+2009+Capitulo+14).

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Universidad Diego portales (2010): "Informe Anual Sobre Derechos Humanos, Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile", pp. 449-476 [18 de mayo de 2012]. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2010/>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): "Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos" [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2012]. Disponible en <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/11/Encuesta-Final-D.H-web.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): "Premio Nacional de Derechos Humanos 2011" [Fecha de Consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en <http://www.indh.cl/libropremioddhh.pdf>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2010): "Informe Anual 2010" [Fecha de Consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en [http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe\\_Final\\_Corregido1.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf).

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): "Informe Anual 2011" [Fecha de Consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): "Situación Presupuestaria al 31 de agosto de 2011 en \$ de 2011"[Fecha de consulta: 7 de mayo de 2012]. Disponible en: [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/EJECUCION%202011%20Agosto\(transparencia\).pdf](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/EJECUCION%202011%20Agosto(transparencia).pdf)

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): "Situación Presupuestaria a 30 de abril de 2012 en \$ de 2012"[Fecha de consulta: 7 de mayo de 2012]. Disponible en: [http://www.indh.cl/sitio\\_transparencia/docs/Ejecucion%20Presupuestaria%20Abril%202012%20ejec.%202012%20.pdf](http://www.indh.cl/sitio_transparencia/docs/Ejecucion%20Presupuestaria%20Abril%202012%20ejec.%202012%20.pdf).

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2004): "Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions" [Fecha de consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en: [http://www.ichrp.org/files/reports/17/102\\_report\\_en.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/17/102_report_en.pdf).

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (2005): "Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions" [Fecha de consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRlen.pdf>.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2005): Boletín 3878-17, sobre proyecto que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2011): "Las Protestas y sus Límites en Democracia", *Temas Públicos* N° 1028, pp. 7-12.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2012): Reseña legislativa N° 1038, 30 de marzo de 2012.

Mensaje proyecto de ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, boletín N° 508-352.

Mensaje proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, boletín N° 8207-07.

Mensaje proyecto que reconoce a los pueblos indígenas de Chile, boletín N° 5522, 23 de noviembre de 2007.

Moción proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena, boletín N° 5324-07.

OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2009): "Los Derechos Humanos en Chile: La Evaluación de la Sociedad Civil, Los Pueblos Indígenas y las Naciones Unidas" [Fecha de consulta: 6 de junio de 2012]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Libro-ONU-PDF.pdf>.

UNDP-OHCHR (2010): "Toolkit for Collaboration with National Human Rights Institutions" United Nations Development Programme y Office of the High Commissioner for Human Rights [Fecha de consulta: 4 de junio de 2012]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/NHRI/1950-UNDP-UHCHR-Toolkit-LR.pdf>.

## **Anexo N° 1. Columnas de opinión de la Directora**

En una búsqueda electrónica realizada en mayo de este año mediante *Google Chile* ([www.google.cl](http://www.google.cl)), encontramos 13 columnas de opinión que fueron firmadas por Lorena Fries como Directora del INDH. Cabe hacer presente que no encontramos columnas donde ella apareciera en una calidad diferente, o como persona independiente.

Medios que han publicado columnas de opinión de la Directora del INDH

Medio de Comunicación	Número de columnas
El Mercurio	2
El Mostrador	5
The Clinic (versión impresa)	2
INDH (página web)	4

Las columnas tratan temas variados que pueden dividirse en tres: (i) Un grupo de columnas que defienden a los movimientos sociales que critican al Gobierno de Sebastián Piñera; (ii) otro grupo defiende los intereses institucionales del propio INDH o valora la actividad de sus miembros; (iii) el tercer grupo persigue resguardar los derechos de minorías que han sido discriminadas. La mayoría de ellas se encuentra en el grupo i y iii.

Dentro del primer grupo (i), una defiende a los estudiantes que han sido expulsados en colegios de la Municipalidad de Providencia; en otra defiende las "tomas"; en otras dos se refiere al derecho a manifestarse y critica a las fuerzas policiales y a la "criminalización" de la protesta; también ataca la ley antiterrorista y defiende a activistas indígenas. En el tercer grupo (iii), dos de ellas defienden las medidas afirmativas para corregir casos de discriminación (cuestión muy discutida en la literatura de DD.HH.); en otra se ataca a un empresario por trata de personas, y en otras dos se defiende a las minorías sexuales frente a la discriminación.

## **Anexo N° 2. Noticias publicadas en la página web y *twitter* del INDH<sup>176</sup>.**

Recogimos todas las publicaciones electrónicas realizadas entre el 17 de abril y el 17 de mayo del año 2012, en la sección "noticias" de la página web del INDH, las que además aparecen en el contenido central de dicha página. En el mes que tomamos como muestra hay un número total de 31 noticias, las que puede clasificarse en diferentes tópicos que a continuación mostramos.

### Noticias publicadas en la página web del INDH

Tipo de materia	N° de noticias relacionadas
Ley antidiscriminación, movimiento homosexual y caso Atala	7
Causa indígena	1
Acciones en materia de educación y contra discriminación	5
En general, sobre libertad de expresión y periodismo	2
Actividades sobre ex presos políticos	2
Seminarios, cursos, diplomados, reuniones y convenios sobre DD.HH. en general	8
Noticias internacionales en general	6
Total	31

<sup>176</sup> La página web es [www.indh.cl](http://www.indh.cl) y la cuenta de twitter es @inddhh

Se tomaron todos los *tweets* emitidos por el INDH entre el 17 de abril y el 17 de mayo del año 2012, donde encontramos 81 *tweets* en total.

#### *Tweets* del INDH

Tipo de materia	N° de <i>tweets</i> relacionados
Ley antidiscriminación, movimiento homosexual y caso Atala	17
Causa indígena	6
Movimiento estudiantil y acciones judiciales	9
Detenidos desaparecidos, Museo de la Memoria y militares	5
Seminarios, diplomados, reuniones y convenios de DD.HH. en general	14
Noticias de DD.HH. en general, incluyendo internacionales	22
Sobre libertad de prensa, discapacidad, mujer y sida	7
Actuar INDH contra Carabineros en contexto de protestas de Aysén	1
Total	81

### **Anexo 3. Servicios contratados por el INDH a través del sistema de Chilecompra**

NOMBRE LICITACIÓN	PRODUCTO O SERVICIO A CONTRATAR	ADJUDICATARIO
SISTEMA ATENCIÓN DE CASOS, TRANSPARENCIA Y O.I.R.S	Software de arquitectura del sistema y análisis de requisitos	Hernán Astudillo Álvarez
ESTUDIO SOBRE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN LAS CARRERAS DE PERIODISMO EN UNIVERSIDADES.	Programas de investigación	GUERNICA CONSULTORES S. A.

SERVICIO DE SISTEMATIZACIÓN DE INFORMACION DD.HH.	Servicios de educación o divulgación de información sobre derechos humanos	Centro de Análisis e Investigación Política
BÚSQUEDA MONITOREO Y CAPTURA INFORMACIÓN MEDIÁTICA	Comunicados de prensa	NexChannel S. A.
EQUIPAMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE VIDEOCONFERENCIA	Instalaciones de videoconferencia	Gestión Audiovisual Ltda.
AUDITORÍA EXTERNA PROCESO SELECCIÓN DE PERSONAL 2011	Servicios de auditoría gubernamentales	Ossandon Consultores
EDICIÓN Y CORRECCIÓN DE TEXTOS DE INFORME	Edición	Eliana
AUDITORIA EXTERNA FINANCIERA	Servicios de auditoria gubernamentales	Fuenzalida y Consultores Asociados Ltda.

**Anexo 4. Servicios contratados por el INDH mediante trato directo**

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	OBJETO DE LA CONTRATACIÓN
Facultad de Derecho Universidad de Chile	Organizar y desarrollar una investigación acerca de los mecanismos de tutela de derechos fundamentales existentes en Chile
Facultad de Derecho Universidad de Chile	Aprueba Convenio Marco de Cooperación y Anexo de Convenio Marco con Facultad de Derecho de Universidad de Chile
Universidad de Chile	Desarrollo en conjunto de acciones de vinculación y cooperación que les permita desarrollar proyectos de investigación, difusión y promoción conjuntas de derechos humanos

Facultad de Derecho Universidad de Chile	Estudio diagnóstico sobre la incorporación de los derechos humanos en las carreras de Derecho acreditadas en el país y formulará propuestas y orientaciones para la integración de la formación en DDHH en los programas de estudio de dichas carreras.
Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile	Aprueba Convenio de Ejecución de Encuesta sobre percepción de Derechos Humanos con Facultad de Ciencias Sociales de Universidad de Chile
Facultad de Filosofía y Humanidades Universidad Alberto Hurtado	Desarrollo en conjunto acciones de vinculación y cooperación que les permitan favorecer el desarrollo de productos de educación e investigación académica de mutuo interés relacionados con materias de promoción y protección de derechos humanos de las personas que habiten el territorio de Chile.
Facultad de Filosofía y Humanidades Universidad Alberto Hurtado	Identificar el aporte de personas específicas, colectivos o instituciones que puedan ser reconocidas en la defensa de los DD.HH.
Universidad Diego Portales	Aprueba Convenio Marco de Cooperación entre Instituto Nacional de Derechos Humanos y Universidad Diego Portales
Universidad Central de Chile	Desarrollo en conjunto de acciones de vinculación y cooperación que le permitan desarrollar proyectos de investigación, difusión y promoción conjuntas de derechos
Corrales, Fu y Larrondo Asesorías y Servicios Limitada ( QUID COM.)	Aprueba Contrato Directo con Corrales, Fu y Larrondo Asesorías y Servicios Limitada por servicios de informes de prensa, diario, recortes y monitoreo de prensa del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Corrales, Fu y Larrondo Asesorías y Servicios Limitada (QUID COM.)	Aprueba resciliación de contrato de licitación pública de los servicios de informes de prensa, diario, recortes y monitoreo de prensa del Instituto Nacional de Derechos Humanos (ID 603663-2-L110)
Constructora Cuatro Vientos Limitada	Aprueba Contrato Directo de Ejecución de Obras con empresa Constructora Cuatro Vientos Limitada
Constructora Cuatro Vientos Limitada	Aprueba Ampliación de Contrato Directo de Ejecución de Obras con empresa Cuatro Vientos Limitada
Ministro de Obras Públicas y Edificios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Aprueba Contrato de Compraventa sobre inmueble ubicado en Avenida Eliodoro Yañez 832, Comuna Providencia para sede institucional del Instituto Nacional de Derechos Humanos con Ministro de Obras Públicas y Edificios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
Sucesión Petit Bon Spalloni	Aprueba contrato de arriendo de inmueble ubicado en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 474 oficina 71, Comuna de Santiago, para dependencias de Instituto Nacional de Derechos Humanos
Christian Courtis	Capacitación, orientación y elaboración de material de estudio para formulación de indicadores de cumplimiento del Estado en relación a derechos económicos y culturales para ser incluidos en informe anual de la situación de los derechos humanos.
Mario Bravo Solar	Contratación del servicio de soporte de página web <a href="http://www.indh.cl">www.indh.cl</a>

Corporación Cultural de la Estación Mapocho	Arriendo de Sala de las Artes, Foyer Sala de las Artes, Baños montaje, actividad y desmontaje: ala norte de Centro Cultural Corporación Estación Mapocho para desarrollo de evento de entrega de informe anual de situación de derechos humanos en Chile año 2011
Fundación Ford	Acciones de Cooperación
Fundación Solidaridad para el Emprendimiento Productivo	Adquisición de arpilleras
Corporación Opción	Acciones de Cooperación
Cine Hoyts	Video promocional DDHH
SUB TV S.P.A	Video promocional DDHH



# **Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria**

**Nicolás Enteiche Rosales<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Administrativo e Investigador  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** En el presente trabajo abordamos la fiscalización e imposición de sanciones administrativas en materia tributaria, específicamente centramos nuestra atención en el análisis de las competencias fiscalizadoras y de la forma por la que se denuncia una eventual infracción, además estudiamos al órgano que podría aplicar una sanción. Realizamos lo anterior tratando, de forma gráfica y crítica, la normativa vigente (sistema antiguo) y aquella que nace de la Ley N° 20.322 (sistema nuevo).

\*\*\*

## **Introducción**

A propósito de la entrada en vigencia y consecuente implementación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, por la Ley N° 20.322 que "fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera" (en adelante "Ley Modificatoria" o "Ley N° 20.322") el año 2013 en la Región Metropolitana<sup>2</sup>, nos referiremos a la forma en que se fiscaliza y denuncia una eventual infracción tributaria, y al órgano competente para sancionarla.

En otras palabras, revisaremos cómo se indaga y denuncia la eventual existencia de una infracción tributaria, y quién impone una sanción administrativa derivada de ésta (o consecuencia aplicada por la Administración como retribución a

<sup>1</sup> El presente artículo forma parte de las publicaciones derivadas del proyecto "La dualidad de roles de los organismos administrativos; la inconstitucionalidad en la doble función de investigador y sancionador", en el marco del concurso de fondos de investigación de la Universidad del Desarrollo 2011. Agradezco a Francisca Molina, ayudante de investigación de la UDD, por la labor realizada en el transcurso de la elaboración de este artículo.

<sup>2</sup> La implementación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros ya tuvo lugar en todas las regiones del país salvo en las regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Libertador Bernardo O'Higgins, lo que ocurrirá el 1 de febrero del año 2013 (artículo 1° transitorio de la Ley Modificatoria).

una contravención normativa, equivalente a una falta) en virtud de un hecho no constitutivo de delito (ya que si fuere delito, la consecuencia será aplicada por los tribunales con competencia en lo penal)<sup>3</sup>.

Además, graficaremos las innovaciones efectuadas y otras que se pudieron haber realizado por la Ley Modificatoria ¿Constituye la creación de los Tribunales Tributarios y Aduaneros *el gran avance* en materia fiscalizadora y sancionadora? ¿Existen reparos jurídicos aún después de la Ley N° 20.322?<sup>4</sup>

A efecto de responder las preguntas anteriores, nos enfocaremos en el procedimiento general de aplicación de sanciones tributarias y **(I)** describiremos tanto las competencias que posee el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos (en adelante, "DRSII" o "Director Regional"), como el modo en que se fiscaliza y denuncia una eventual infracción (al que denominaremos "sistema antiguo") y señalaremos sus defectos. Seguidamente **(II)** estudiaremos el esquema que aparece con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.322 (al que denominaremos "sistema nuevo"). Finalmente, entregaremos nuestra opinión respecto de los avances y desafíos en la materia.

## I. El sistema antiguo

Iniciaremos el análisis (1) detallando quién es el órgano competente para sancionar y cuál es la vía para fiscalizar y denunciar una infracción tributaria (2), seguidamente nos referiremos de forma crítica a las imperfecciones que éste posee.

1. En este punto revisaremos las normas aplicables en esta hipótesis, cuales son: (1.1) la competencia del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos radicada en los artículos 6° B N° 6 y 115 del Código Tributario (en adelante "CT"); y (1.2) las potestades fiscalizadoras, como también la vía a través de la cual se pone en conocimiento del DRSII la eventual comisión de la infracción para que este resuelva a su respecto, establecida en el artículo 161 N° 1 del CT.

1.1 En los lugares donde no se han instalado los Tribunales Tributarios y Aduaneros, el DRSII es aquel que decide en los conflictos jurídicos suscitados entre un particular y el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, "SII o Servicio").

<sup>3</sup> El límite es que no constituya pena corporal o pena privativa de libertad (tal como aparece el texto normativo, luego de la reforma por la Ley Modificatoria).

<sup>4</sup> No nos referiremos a la polémica respecto de la implementación, específicamente relativa a la insuficiencia o (al parecer en este caso) sobreabundancia de los Tribunales Tributarios y Aduanero. EL MERCURIO (2012) cuerpo A, p. 3.

Esta competencia del Director Regional estaría contenida en el CT, específicamente en los artículos 6° B N° 6 y 115 del CT (este último bajo el Título I del Libro Tercero denominado "de los Tribunales"), que confieren la potestad de conocer y resolver "*en primera instancia*" de las denuncias y reclamos que tengan lugar en el procedimiento de reclamación establecido en el actual artículo 161 del CT.

Complementan los anteriores preceptos el artículo 19 letra b) de la "Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos" (en adelante, "LOSII"), y otras disposiciones del CT (artículos 126 inciso segundo; 130; 134 inciso primero; 135 incisos primero y segundo; 136; 137, inciso primero; 138 y 139 incisos primero y quinto), que califican al acto decisorio del DRSII como una "*sentencia*" o "*fallo*".<sup>5</sup>

1.2 El eventual proceder sancionatorio tributario se inicia por la percepción de *hechos* por un funcionario fiscalizador del Servicio, mediante cualquier vía, sea ésta en virtud de su actividad fiscalizadora (Libro I, Título IV, "Medios Especiales de Fiscalización", artículos 59 a 92 bis del CT), por la denuncia de un particular, o bien por la autodenuncia del infractor<sup>6</sup> (artículo 106 del CT). Estos hechos, en lo que nos interesa, pueden revestir diversos caracteres.

Si el SII, mediante el funcionario fiscalizador o el Director Regional en su caso, luego de conocer los mencionados hechos los estima como eventuales contravenciones al ordenamiento jurídico<sup>7</sup>, puede seguir disímiles caminos: si cree que es un posible delito, el Servicio deberá denunciarlo o querrellarse ante los tribunales con competencia en lo penal<sup>8</sup>; mientras que si estima que constituye una

<sup>5</sup> Similar tipología fue utilizada por el artículo 13, letra i) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.730 de 1927, "Reglamento orgánico de la Dirección General de Impuestos Internos", que facultaba al Secretario Abogado de la Dirección para "*redactar las sentencias administrativas que expida la Dirección en los denuncias por infracciones a las distintas leyes tributarias e inspectivas*", contenidas en actos emitidos por el Director General por los cuales aplica "*administrativamente las sanciones que le autoricen las leyes tributarias e inspectivas*" (artículo 7°, letra r)).

<sup>6</sup> Antes de iniciarse el procedimiento por infracciones, en el supuesto de que un particular se "autodenuncie" procede la condonación a que se refiere la Circular N° 1 de 2004 del SII, "sobre política de aplicación de sanciones por infracciones tributarias contempladas en los números 6, 7, 10, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 del artículo 97 y artículo 109 del Código Tributario, y de concesión de condonaciones en los casos que se describen. Deroga circular 36 del 2000".

<sup>7</sup> Según la Circular N° 64 de 2001 del SII, que "define objetivo de la presencia fiscalizadora en terreno e instaura procedimiento general de actuación", en cuanto a las actividades fiscalizadoras de control de emisión y registro de documentos, controles puerta a puerta, puntos fijos empadronamiento y captura de información tasación de negocios esporádicos, controles carreteros y móviles, presencia mayorista, fiscalización de expendedoras de combustibles y puntos industriales, si un funcionario que se percata de una "conducta constitutiva de infracciones sancionadas en el artículo 97 del Código Tributario" estas deben cumplir con el requisito de "constituir una amenaza al interés fiscal", si no lo son, "es recomendable evitar consumir esfuerzo fiscalizador en este tipo de infracciones".

<sup>8</sup> La Circular N° 8 de 2010 del SII, "regula detalladamente el procedimiento interno que debe seguir un funcionario de alguna Dirección Regional o en la Dirección de Grandes Contribuyentes" luego de conocer un eventual hecho constitutivo de delito tributario. La instrucción general a los funcionarios, por ejemplo, detalla que han de enviarse los antecedentes al superior de la unidad o departamento correspondiente, además se registrarán las irregularidades. Eventualmente, un Comité formado por

infracción que no consiste en una pena corporal, de aquellas no contempladas en procedimientos especiales, se dará inicio al procedimiento del artículo 161 del CT por el funcionario fiscalizador, estudiaremos este último caso.

Una vez percibidos los hechos y en la hipótesis de que el funcionario conozca que se ha "*cometido una infracción o reunidos los antecedentes que hagan verosímil su comisión*" (artículo 161 N° 1 del CT), deberá realizar una denuncia ante el DRSII, la que se materializa en un acta. Termina esta etapa con la notificación del funcionario del SII de la denuncia al particular.

2. ¿Es posible ejemplificar pedagógicamente quién impone la sanción y cómo se pone en conocimiento de este sujeto su posible comisión? Creemos que sí.

Imaginemos que usted es parte de un equipo de fútbol que se apresta a jugar un importante partido, junto con sus compañeros posee grandes esperanzas de obtener un buen resultado. El contrincante parece tener buenos jugadores, pero no deberían ser mejores que los propios, sería una justa confrontación.

Iniciado el partido, usted nota que no existe un árbitro de la contienda, sino que uno de los jugadores del equipo contrario (el capitán) hace las veces de tal (vestido parcialmente de negro y del color del equipo contrario).

Habiendo reclamado de este hecho frente al capitán contrario, antes del partido, la respuesta de éste fue "el reglamento de la competición permite que el capitán de mi equipo sea el juez, además no existe injusticia alguna, pues yo no actúo representando los intereses de mi equipo", se defendió.

Como es natural en esta clase de competición, un jugador del equipo contrario denuncia una infracción realizada por uno de los suyos. Siendo que las reglas señalan que los hechos descritos por el jugador oponente han de tenerse por ciertos, el capitán contrario/juez las da por acreditadas.

De esta forma, a lo largo del partido las contiendas resueltas por el "tercero" son, en la mayoría de los casos, decididas en contra de su equipo.

El caso antes expuesto, análogo al previsto en el sistema antiguo, devela las imperfecciones de éste. En el caso jurídico que nos convoca, dividiremos el análisis entre (2.1) los reparos dogmáticos a la figura del DRSII, y (2.2) las críticas al modo en que se ejerce la fiscalización tributaria y se denuncia su resultado ante el órgano decisor.

2.1 Mucho se ha escrito respecto de la *figura del DRSII y su ilegitimidad* como órgano interviniente en el procedimiento de aplicación de sanciones tributarias, la doctrina critica aspectos que hasta el día de hoy no son pacíficos: su naturaleza jurídica y el carácter de la función que ejerce.

¿Cuál es la naturaleza del órgano que ejerce la competencia resolutoria? ¿Es el DRSII, en ejercicio de esta función, un tribunal o un órgano administrativo?

Tanto el Tribunal Constitucional (en adelante el "TC"), como los tribunales superiores de justicia han manifestado su parecer, también el propio SII mediante la facultad interpretativa del Director Nacional se ha pronunciado al respecto. La Contraloría General de la República no ha dictaminado en cuanto al asunto.

El TC ha estimado que los artículos 6° B N° 6 y 115 del CT otorgan al DRSII el carácter de juez perteneciente a un tribunal especial, de aquellos del artículo 5° inciso cuarto del Código Orgánico de Tribunales, y que por tanto ejerce jurisdicción<sup>9</sup>. Los tribunales superiores de justicia se pronunciaron en similar modo, antes de la reforma constitucional del año 2005<sup>10</sup> y con posterioridad a ésta<sup>11</sup>.

Del mismo modo el Servicio ha reconocido la calidad de "juez" del órgano administrativo, que conoce y resuelve reclamaciones o la aplicación de sanciones en la materia objeto de su competencia<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> El TC se pronunció específicamente al respecto en la sentencia rol N° 616, de seis de septiembre de 2007, a propósito del requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por Sergio Salinas Pérez respecto de los artículos 6° B N° 6 y 115 del Código Tributario, y 19 letra b) de la LOSII, en razón de un reclamo suscitado por una liquidación de impuestos notificada en virtud de antecedentes obtenidos por una fiscalización tributaria. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) sentencia rol N° 616. También el TC se refirió tangencialmente al asunto en la sentencia rol N° 681 de 27 de marzo de 2007 (considerando decimosexto), relativa a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, de veintiséis de marzo de 2007, y en diversas sentencias de inaplicabilidad que la precedieron y sucedieron. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) sentencia rol N° 681.

<sup>10</sup> Así lo decidió la Corte Suprema el año 2001, que señaló "(...) se colige que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, en las materias a que ellos se refieren, desarrollan actividades de carácter jurisdiccional, entendida la jurisdicción, bajo una acepción general, como aquella potestad pública, en virtud de la cual ciertos órganos del Estado dirimen conflictos de trascendencia jurídica suscitados entre partes, mediante decisiones dotadas de los atributos de inmutabilidad y coercibilidad de la cosa juzgada; constituyendo, por ende, tribunales especiales de aquellos a que se alude en el artículo 5° inciso penúltimo del Código Orgánico de Tribunales; los cuales, pese a no formar parte del Poder Judicial, administran justicia en ciertas áreas específicas que les asigna la ley –como las reclamaciones tributarias de los contribuyentes, en el caso de los Directores Regionales–, ejerciendo una función de naturaleza jurisdiccional, comprendida en el concepto definido por el artículo 73 de la Carta Fundamental". CORTE SUPREMA (2001) sentencia rol N° 3419, considerando decimocuarto.

<sup>11</sup> A propósito de la declaración de la Nulidad de Derecho Público de los juicios tramitados ante un funcionario del SII, véase CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2009) sentencia rol N° 6305, considerando segundo; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION (2009) sentencia rol N° 1754, considerando sexto.

<sup>12</sup> La Circular N° 65 de 1999 del SII, que establece precisamente "principios para la coordinación entre las áreas que efectúan labores de fiscalización y los tribunales tributarios", califica al DRSII como un "juez", perteneciente a un "Tribunal Tributario". A su vez la Circular N° 56 de 2000 del SII, al individualizar al órgano frente al que se reclama, lo caracteriza como "Tribunal Tributario", señala la referida Circular

Por lo anterior, luego de esta primera aproximación (la interpretación efectuada por los organismos competentes) podríamos entender que el DRSII es un juez quien ejerce jurisdicción al conocer, fallar y hacer ejecutar las causas en materia tributaria.

¿Nos satisface la respuesta entregada por los antedichos organismos públicos?

No.

Luego de revisar la doctrina especializada observamos que se ha criticado constante y ácidamente la constitucionalidad de la figura del DRSII como juez, los autores han sido uniformemente críticos en la forma, pero los argumentos son dispares en el fondo.

Podemos escindir los reparos en tres categorías, en ellas dividimos los argumentos en dos críticas: la primera, al carácter del órgano decisor (su ser o conformación orgánica) en razón de su parcialidad y falta de independencia, la segunda, a la labor que este órgano efectúa (obrar o su actuación). Repasemos las opiniones vertidas en este contexto<sup>13</sup> por la doctrina:

(a) Algunos cuestionan que el Director Regional sea juez, pero admiten que ejerce jurisdicción<sup>14-15</sup>, otros, al igual que los primeros, señalan que no es juez, pero concluyen algo diferente, que no ejercen jurisdicción, sino que autotutela<sup>16</sup>.

que "en caso que el reclamo se deduzca en contra de una liquidación, giro o resolución, éste debe dirigirse al Tribunal Tributario, que tiene la calidad de tribunal de primera instancia para estos efectos, que corresponda a la Dirección Regional del Servicio que emitió la liquidación o el giro o que dictó la resolución en contra de la cual se reclame".

<sup>13</sup> A este objeto véase la descripción que efectúa Jaime Arancibia, la que compartimos, salvo en cuanto a los puntos que detallaremos a continuación. ARANCIBIA (2002) p. 167.

<sup>14</sup> Véase por ejemplo SOTO KLOSS (2001) p. 219, ZAVALA (2003) p. 159.

<sup>15</sup> Disidencias de los ministros Bertelsen, Fernández Baeza y Peña en la sentencia rol N° 616, para quienes "(...) es inconciliable con la referida garantía constitucional de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y la exigencia de un racional y justo procedimiento, la existencia, al interior de la Administración, de órganos que formen parte de la estructura de un servicio público y a los cuales corresponda ejercer funciones jurisdiccionales que tengan por objeto conocer de las actuaciones del propio servicio, lo que no se opone, sin embargo, a la existencia de órganos que, legalmente habilitados, ejerzan alguna atribución jurisdiccional para conocer de conflictos entre particulares e, incluso, entre particulares y la Administración, pero siempre que aquellos órganos dotados de jurisdicción gocen de una efectiva independencia e imparcialidad frente a los órganos administrativos cuyas actuaciones están llamados a enjuiciar". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007), sentencia rol N° 616, disidencia, punto séptimo.

De igual forma la sentencia rol N° 681 señala, en lo relativo al artículo 115 y la facultad de ejercer jurisdicción, "que en el ámbito de la competencia absoluta, el legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos. En este contexto, la autorización que confiere dicho órgano, en virtud del cuestionado artículo 116 del Código Tributario, en su calidad de juez tributario, a funcionarios de su dependencia implica una delegación de la referida competencia jurisdiccional, toda vez que dice relación con el conocimiento y fallo de reclamaciones y denuncias tributarias que, en forma privativa, le ha otorgado la ley a dicha autoridad a través del artículo 115 del mismo cuerpo legal (...)". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) sentencia rol N° 681, considerando decimosegundo.

<sup>16</sup> Jaime Arancibia lo califica como un "régimen legal de autotutela", señala en paralelo que aquellos que sostienen que el DRSII ejerce jurisdicción confundirían la facultad de conocer y juzgar con la

(b) Por otra parte, existen aquellos que señalan que el Director Regional no es un juez, sino que mantiene su original investidura de órgano de la Administración, y en consecuencia su labor sería puramente administrativa<sup>17-18</sup>.

(c) Por último, y en virtud de una postura ecléctica, la mayoría de la doctrina solo alude a su falta de imparcialidad e independencia<sup>19</sup>.

Compartimos que ningún funcionario del SII (tampoco el DRSII) posee los requisitos para ser juez, ya que *no podría* ser imparcial ni independiente, pues son parte de un servicio público. Lo anterior se explica ya que todo organismo administrativo tiene una finalidad o función, que en este caso se traduce en satisfacer la necesidad pública de aplicar y fiscalizar los impuestos internos o de otro carácter en que tenga interés el Fisco<sup>20</sup>.

En el caso del DRSII son síntomas de la falta de imparcialidad e independencia, que: sea de la exclusiva confianza del órgano superior de un servicio público (pudiendo nombrarlo o removerlo sin motivo)<sup>21</sup>, no esté sujeto a la superintendencia de la Corte Suprema<sup>22</sup>, deba considerar las instrucciones del superior

---

esencia de la jurisdicción, cual es que exista un tercero imparcial e independiente. ARANCIBIA (2002) p. 167.

<sup>17</sup> Pedro Pierry señala que el Juez Tributario, en razón de un "error terminológico", no es juez, sino que solo un órgano administrativo ante el cual se agota la "previa etapa administrativa". PIERRY (2000) pp. 98-99. En la misma línea, Hugo Pereira afirma que en el contexto de la potestades resolutorias de una reclamación, el DRSII es "un mero funcionario administrativo". PEREIRA (1993) p. 102.

<sup>18</sup> Previsión de los Ministros Correa Sutil y Fernández Fredes en la sentencia rol N° 616, quienes "tienen la convicción de que el procedimiento de sustanciación y resolución de reclamos tributarios a cargo del respectivo Director Regional del Servicio de Impuestos Internos es uno de índole administrativa y no propiamente jurisdiccional" (punto primero).

Disidencia de los Ministros Correa Sutil y Fernández Fredes en la sentencia rol N° 681, los que señalaron "(...) el Servicio de Impuestos Internos no ejerce una facultad jurisdiccional, sino una administrativa cuando resuelve un reclamo tributario a través de su Director Regional (en el caso del artículo 115 (...))" (punto decimocuarto).

<sup>19</sup> Véase por ejemplo PROKURICA (2000) p. 178, y DE LA BARRA y MORALES (2000) pp. 141-144.

<sup>20</sup> El artículo 1° de la LOSII señala en lo pertinente que la finalidad del SII es la "aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco".

<sup>21</sup> Así lo señala la LOSII en su artículo 22, que establece "todos los funcionarios del Servicio son de la exclusiva confianza del Director, quien los nombrará por resolución, y permanecerán en sus cargos mientras cuenten con dicha confianza", en relación con el artículo 30 inciso segundo, que comprende, dentro del escalafón Directivo del SII al DRSII. En cuanto a la crítica efectuada, véase Lucy Bustamante, quien afirma que el principio de inamovilidad del artículo 77 de la CPR está "absolutamente ausente del Tribunal Tributario, ya que como elemento esencial del nombramiento y remoción del Director Regional está la confianza que debe tenerle el Director Nacional del Servicio". BUSTAMANTE (1999) p. 25.

<sup>22</sup> Como por ejemplo sí lo están los Tribunales Ambientales (artículo 1°, proyecto de ley Boletín N° 6747-12, actualmente en trámite de control preventivo del Tribunal Constitucional); los Tribunales de la Contratación Pública (artículo 22 inciso octavo de la Ley N° 19.886, "Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios"); los Tribunales de Familia (artículo 1°, Ley N° 19.968, "Crea los Tribunales de Familia"); y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (artículo 5°, Decreto Ley N° 211, "Fija normas para la defensa de la libre competencia; con tal objeto previene y sanciona las prácticas monopólicas y crea las comisiones y servicios que indica"). Ahora bien, la sola calidad de tribunal especial, de la que (como concluiremos) carece el DRSII, somete a todo tribunal a la amplia

administrativo<sup>23</sup> (por ejemplo para aplicar una sanción<sup>24-25</sup>), sea un único juez no abogado<sup>26</sup>, no jure hacer cumplir la Constitución ni las leyes antes de ser parte del "tribunal"<sup>27</sup>.

Pero más allá de la crítica al órgano, ¿nos satisface la respuesta entregada por la doctrina?

No.

Creemos que el problema debe ser reenfocado. No es relevante dedicar nuestra atención a la falta de independencia o a la parcialidad del DRSII (causa), pues esta crítica no es el origen de su impedimento para ejercer jurisdicción (efecto). Pensamos que la causalidad entre las críticas al órgano y el consecuencial impedimento para ser juez no existe, estimamos en cambio que el DRSII *no fue ni es juez*, por lo que no ejerce ni ha ejercido jurisdicción<sup>28</sup>.

---

y completa autoridad de la Corte Suprema, fuera del esquema orgánico, en este caso tampoco existe disposición legal que subordine al Director Regional a la tutela judicial del máximo tribunal. En cuanto al concepto y sujeción de todos los tribunales de la Nación a la superintendencia de la Corte Suprema, véase SILVA BASCUÑAN (2002) pp. 153-154.

<sup>23</sup> La Circular N° 65 de 1999 del SII señala textualmente que "los Tribunales Tributarios deben aplicar la ley tributaria otorgándole el sentido y alcance dado en la interpretación oficial, para su aplicación en el análisis de un caso concreto, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes en forma justa y equitativa", queda claro que la interpretación oficial es aquella que fija su superior jerárquico (Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos).

<sup>24</sup> Véase a este respecto MASSONE (2010) p. 7.

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, la Circular N° 1 de 2004 del SII, que "determina la siguiente política general de aplicación de las sanciones por contravenciones a la ley tributaria, cuya aplicación compete al Servicio de Impuestos Internos: En general, y salvo regla expresa en contrario, para la aplicación de las sanciones pecuniarias por la primera infracción de igual naturaleza denunciada dentro de los últimos 24 meses se establece una multa básica; este monto se aumenta en un 50% en cada una de las sucesivas denuncias que se practiquen a un contribuyente dentro de los mencionados 24 meses, por infracciones de la misma especie. De este modo, la multa de la segunda infracción corresponderá a un 150% de la primera, la tercera a un 200%, la cuarta a un 250% y así sucesivamente hasta alcanzar los topes legales o administrativos. En cuanto a la sanción de clausura, en los casos que ésta es aplicable, se establece su duración para cada caso, considerando la gravedad de la infracción cometida y el número de denuncias anteriores dentro de los últimos 24 meses", pasando a especificar parámetros para la aplicación de multas y clausuras en caso que el particular cometa infracciones al artículo 97 del Código Tributario.

<sup>26</sup> Al día de hoy, en la Región Metropolitana (no habiéndose implementado los Tribunales Tributarios y Aduaneros), de los cuatro DRSII, ninguno es abogado, sino que tres son Contadores Auditores y uno es Administrador Público.

<sup>27</sup> Disposición que es común a todo juez ordinario, en virtud al artículo 304 del Código Orgánico de Tribunales y también, por ejemplo, a los ministros titulares y suplentes de los Tribunales Ambientales (artículo 4°, proyecto del ley Boletín N° 6747-12, actualmente en trámite de control preventivo del Tribunal Constitucional), a los jueces de los Tribunales de Familia (artículo 1°, Ley N° 19.968), y de forma expresa a los "funcionarios integrantes del Tribunal de la Libre Competencia" (artículo 7°, Decreto Ley N° 211).

<sup>28</sup> Así compartimos lo concluido por los Ministros Correa y Fernández Fredes, en cuanto a que el DRSII es un órgano administrativo, pero como veremos, agregamos otras razones para resolver lo anterior y diferimos del efecto de esta calificación.

*No fue juez, ya que el original CT, Decreto con Fuerza de Ley N° 160 de 1960, como también las normas legales que regularon orgánicamente al SII, nunca le dieron el carácter de tribunal ni de juez.*

El original CT contiene casi idéntica redacción a los actuales artículos 6° letra B N° 6 (anterior artículo 6° N° 7), 115 inciso primero (anterior artículo 115) y 161 (anterior artículo 161, salvo en cuanto al N° 10), ninguno de estos artículos atribuye la investidura de tribunal de justicia al "Director del Servicio", quien en ese entonces poseía la competencia sancionadora.

De igual forma, las normas que regularon orgánicamente al SII nunca le otorgaron tal carácter, siendo que también resolvía la aplicación de sanciones tributarias, así se desprende del texto del Decreto con Fuerza de Ley (en adelante "DFL") N° 1.730 de 1927<sup>29</sup>, de la Ley N° 5.686 de 1935<sup>30</sup>, del DFL N° 275 de 1953<sup>31</sup>, y del DFL 284 de 1960<sup>32</sup>. Por último, tampoco le atribuyó tal calidad al DRSII el DFL N° 163 de 1963<sup>33</sup>.

En el caso de las normas que fijaron la organización del servicio recaudador de impuestos, además de no ser investidos como tribunales, en tres de los precitados cuerpos normativos se distinguió expresamente la labor administrativa de la judicial en cuanto a la facultad de resolver "*solicitudes o reclamaciones administrativas*". Se afirmó que esta tarea procede "*sin perjuicio de la que corresponde a los Tribunales de Justicia para conocer asuntos de su competencia*"<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> DFL N° 1.730 de 1927 fue emitido en razón de la Misión de Consejeros Financieros que presidía Edwin Kemmerer. Esta norma atribuía al Director General, sin calificarlo como juez o tribunal, la facultad de "*aplicar administrativamente las sanciones que le autoricen las leyes tributarias e inspectivas*" (artículo 7°, letra r)) y de "*resolver los reclamos que puedan presentar los contribuyentes*" (artículo 7°, letra s)), y otorgaba al Secretario Abogado la competencia para "*redactar las sentencias administrativas que expida la Dirección en los denuncios por infracciones a las distintas leyes tributarias e inspectivas*" (artículo 13, letra i)).

<sup>30</sup> Ley N° 5686, que "*Aprueba el Estatuto Orgánico de los Servicios de Impuestos Internos, y deroga el decreto con fuerza de ley 1.730 (...)*" de 17 de septiembre de 1935. Esta norma, al igual que la anterior, otorga la facultad al Director General de "*aplicar las sanciones administrativas*" (artículo 9°, letra h)) y de "*resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes, relacionadas con la aplicación de las leyes (...)*" (artículo 9°, letra i)).

<sup>31</sup> DFL N° 275, que "*Aprueba el Estatuto Orgánico de los Servicios de Impuestos Internos; deroga la ley N° 5.686 (...)*" de 3 de agosto de 1953. Esta ley también confiere la potestad de "*Aplicar las sanciones administrativas establecidas en las diversas leyes Tributarias*" (artículo 7° letra j)) y de "*Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes, relacionadas con la aplicación de las leyes*" (artículo 7° letra k)).

<sup>32</sup> DFL N° 284, que "*Fija el estatuto orgánico del Servicio de Impuestos Internos*", de 5 de abril de 1960. Esta norma, también otorga la facultad al Director General de "*aplicar las sanciones administrativas*" (artículo 7°, letra g)) y de "*Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes, relacionadas con la aplicación de las leyes*" (artículo 7°, letra h)).

<sup>33</sup> DFL N° 163, que establece el "*Estatuto Orgánico del Servicio de Impuestos Internos*", de 16 de mayo de 1963. Esta norma otorgó al DRSII la competencia de "*Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes y las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, dentro de sus jurisdicciones, en conformidad al Libro Tercero del Código Tributario, ajustándose a las normas señaladas por el Director y a la doctrina del Servicio*" (artículo 17, inciso segundo).

<sup>34</sup> Artículo 4°, incisos primero y segundo de la Ley N° 5.686 de 1935; artículo 3°, incisos primero y tercero del DFL N° 275 de 1953; artículo 3°, incisos primero y cuarto del DFL N° 284 de 1960.

El DRSII *tampoco hoy es juez* en el actual CT, esto pues la eventual fuente normativa de la competencia no le confiere tal calidad. Tampoco consta el carácter de tribunal en los fundamentos de su creación, ni en la historia de la tramitación de la norma que lo originó, el Decreto Ley N° 830 de 1974 (en las actas oficiales solo aparece transcrito<sup>35</sup>), ni en las leyes modificatorias del CT<sup>36</sup>. Del mismo modo, la actual LOSII tampoco le confiere expresamente el carácter de tribunal al DRSII.

De esta forma, y al contrario de todos los demás tribunales especiales, sea que estén dentro o fuera del Poder Judicial, ninguna norma creó ni equiparó a los Directores Regionales como tribunales especiales de justicia, tampoco se les otorgó una estructura orgánica o funcional como tales<sup>37</sup>. Consecuencia de lo anterior es que el DRSII permanece como un órgano administrativo, que no ejerce jurisdicción, sino que únicamente ejecuta la potestad, de carácter administrativo, consistente en conocer reclamos de contribuyentes antes que estos acudan a los *reales* tribunales.

Entonces, el verdadero vicio de la figura del DRSII es que deba agotarse previamente la vía administrativa antes de recurrir a los jueces, o en otras palabras, que deba reclamarse primero ante el órgano administrativo y solo una vez realizada esta gestión, se pueda reclamar frente a los tribunales ordinarios. Este yerro, lamentablemente, es replicado en otras normas que regulan procedimientos administrativos especiales<sup>38</sup>.

Volviendo a la analogía del fútbol, el capitán del equipo no puede ser árbitro, sino que solo es y seguirá siendo parte del equipo contrario: querrá derrotar al equipo rival, y de cumplir una mala tarea o no oír las instrucciones del en-

<sup>35</sup> Pues la regulación de las Comisiones Legislativas y el trámite de estas fuentes jurídicas solo data desde 1976 en virtud del Decreto Ley N° 991, que "*establece normas para la tramitación de decretos leyes*", de 3 de enero de 1976 (Título II, artículos 13 a 30) y el Decreto Supremo N° 220, de 21 de abril de 1976, que contiene el "*reglamento del decreto ley N° 991, de 1976, que establece normas para la tramitación de decretos leyes*".

<sup>36</sup> Nada aparece de la historia de la tramitación del artículo 5° letra e) de la Ley N° 18.682 la que "introduce modificación al impuesto adicional de la ley de la renta y otros", ni el artículo 4° letra d) de la Ley N° 19.041, la que "*condona recargos por impuestos morosos, dicta normas sobre administración tributaria, otorga asignaciones que indica y modifica diversos cuerpos legales*", que introdujo modificaciones al artículo 115 del CT.

<sup>37</sup> Como, por ejemplo, si fueron creados por una ley especial y expresa los Tribunales de Familia (artículo 1° de la Ley N° 19.968, que señala "*créanse los Juzgados de Familia (...)*"; los Tribunales Ambientales (artículo 1°, proyecto del ley Boletín N° 6747-12, titulado "*crea el Tribunal Ambiental*", actualmente en trámite de control preventivo del Tribunal Constitucional); el Tribunal de Contratación Pública (artículo 22 inciso primero de la Ley N° 19.886, que señala "*crease un Tribunal denominado 'Tribunal de Contratación Pública'*"; cada uno de los Juzgados de Policía Local, a modo de ejemplo, el artículo 1° de la Ley N° 20.554, que "*crea Juzgados de Policía Local en las comunas que indica*", que señala "*créase un Juzgado de Policía Local en cada una de las siguiente municipalidades (...)*".

<sup>38</sup> La última norma que incorporó esta traba a la justicia data del 11 de noviembre de 2011. La contienen los incisos quinto y séptimo del artículo 44 en relación con el artículo 45 de la Ley N° 20.551, que "*regla el cierre de faenas e instalaciones mineras*". Los anteriores preceptos que obligan a "reclamar" respecto de la resolución que califica el incumplimiento total o parcial del plan de cierre, primero ante el Servicio Nacional de Minería, y solo luego de rechazado este reclamo frente a la Corte de Apelaciones respectiva.

trenador, podrá ser sustituido por éste. Pero en este caso, el capitán nunca ha sido juez, sino que es una figura ante la cual se debe reclamar antes de quejarse frente al tercero imparcial e independiente.

2.2 Podemos efectuar múltiples reparos jurídicos a las potestades fiscalizadoras tributarias, todos los cuestionamientos que realizaremos poseen un común denominador, la infracción al artículo 19 N° 3 inciso sexto de la CPR. Sorprendentemente la doctrina tributaria especializada no los ha abordado sistemáticamente.

Iniciaremos la individualización de las críticas (2.2.1) al adentrarnos en el contenido de la potestad inspección o fiscalización en materia tributaria, (2.2.2) continuaremos revisando el documento y contenido del acto en que se materializa la acusación del funcionario fiscalizador.

2.2.1 El primer cuestionamiento recae acerca de la averiguación y posible delación de una eventual infracción de las normas tributarias por el SII (denominada potestad fiscalizadora o inspectora tributaria), de la que depende el inicio del procedimiento sancionador de infracciones tributarias.

Observamos que el CT faculta al SII para ejercer esta clase de competencias, sin estar contenidas en una norma que indique la forma de su ejercicio, obviando considerar parámetros técnicos u objetivos previos a su ejercicio, y sin que exista resguardo alguno de los derechos de los particulares fiscalizados.

Las competencias fiscalizadoras tributarias, al igual que sus congéneres en otras materias, no están expresamente contenidas en un procedimiento legal de carácter general y supletorio que indique la forma en que han de aplicarse, de igual forma, el CT tampoco ha creado un procedimiento especial mediante el cual los órganos fiscalizadores ejerzan esta clase de potestades.

Ante esta omisión se aplicará la Ley N° 19.880, de "*bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración*", debiendo instruirse de oficio un procedimiento administrativo fiscalizador previo al ejercicio de las facultades de inspección.

Si bien la Ley N° 19.880 tiene como objeto regular procedimientos cuya finalidad es la dictación de un acto administrativo decisorio –decreto o resolución– (siendo estos los que innovan la esfera jurídica de los interesados o bien en el ordenamiento jurídico objetivo), al no existir un procedimiento general y supletorio en la materia, la única garantía es que el SII entienda que se aplica la Ley N° 19.880, lamentablemente el Servicio no ha actualizado su criterio luego de la entrada en vigencia de esta norma<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> La Circular N° 64 de 2001 del SII (anterior a la Ley N° 19.880), que no ha sido modificada, no menciona que debe instruirse un procedimiento antes de ejercer las facultades fiscalizadoras.

Además, se deberá dar la oportunidad al fiscalizado de formular sus descargos y aportar antecedentes útiles antes de la realización de la competencia inspectora. Lo anterior tiene base en el mandato constitucional del artículo 19 N° 3, inciso sexto parte final, en relación con el artículo 53 de la Ley N° 18.575 en cuanto a que el interés general requiere los medios idóneos de diagnóstico, y en el artículo 8° bis N°s 3° y 9° del CT respecto del Derecho del Fiscalizado a recibir información y a presentar antecedentes al inicio de la competencia inspectora.

Se suma a la incertidumbre en cuanto a cómo y cuándo se ejercen las competencias inspectoras, el hecho de que un particular podría ser objeto de repetidas fiscalizaciones (o bien de ninguna), ya que no existen criterios objetivos antes de efectuarlas. Por ejemplo, no se conoce a cuántos particulares se revisará al año (criterio cuantitativo), tampoco se tiene la certeza respecto del criterio para la elección de los fiscalizados (criterio cualitativo)<sup>40</sup>.

Por último, no aparecen resguardos para los derechos constitucionales de los fiscalizados. Lo anterior se debe a que no se posibilita que la persona se oponga al ejercicio de la competencia que puede afectar sus derechos, y de ser necesaria la omisión de comunicación al particular, tampoco impone a la Administración contar con la aprobación judicial previa.

Grafica los anteriores cuestionamientos el siguiente ejemplo: el artículo 60 del CT, en sus primeros siete incisos, y con el fin de "*verificar la exactitud de las declaraciones o de obtener información*" (inciso primero) confiere al SII la facultad de examinar inventarios y ordenar la confección de estados de situación, y su confrontación con las existencias reales, todo lo anterior debe efectuarse "*con las limitaciones de tiempo y en la forma de determine el Servicio*" (inciso quinto).

A modo de corolario de la anterior competencia (incisos sexto y séptimo), el CT faculta al Director Nacional o al DRSII para exigir que un inventario se confronte con la existencia real de un contribuyente, con auxilio de la fuerza pública, debiendo ésta asentirse por el "*Jefe de Carabineros más inmediato sin más trámite que la exhibición de la resolución que ordena dicha medida*".

<sup>40</sup> Según la Circular N° 64 de 2001 del SII, en cuanto a las actividades fiscalizadoras (individualizadas en nota 8) las fiscalizaciones "deben obedecer a una ruta u orden de trabajo que debe ser establecida por el Jefe respectivo", este jefe no podrá seguir parámetros objetivos para establecer esta ruta u orden de trabajo ya que no aparecen de la instrucción del Director Nacional. En cambio solo existen elementos generales y técnicamente indefinidos. A modo de ejemplo, en la actividad fiscalizadora relativa al "control de la emisión y registro de documentos" los funcionarios fiscalizarán "una muestra de ciertos sectores o actividad económica [sic], teniendo en cuenta el comportamiento de los contribuyentes o considerando denuncias fundadas por parte de la ciudadanía", del mismo modo en la actividad de control "puerta a puerta" los funcionarios revisarán a los contribuyentes "que registran un elevado número de transacciones en un determinado período o estación, como es en época estival, al inicio de clases escolares, Fiestas [sic] patrias, Navidad [sic] y fiestas de fin de año. También se incluyen en esta actividad, áreas económicas de difícil fiscalización o contribuyentes que manifiesten mal comportamiento tributario".

En resumen, el SII puede solicitar información existente en poder de un particular u ordenar que éste provea nuevos antecedentes contables. Además, es competente para ingresar al recinto en que éste desarrolle sus actividades para confirmar o desvirtuar lo manifestado en los documentos, inclusive con auxilio de la fuerza pública. Todo lo anterior implica injerir en el derecho de propiedad de un particular, sin que éste pueda cuestionar el actuar del SII, sino luego de que se lleve a cabo la diligencia.

¿Respetar la competencia descrita el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la CPR?

No lo creemos, pues siempre que exista la posibilidad cierta de que el ejercicio de una facultad (en este caso, una competencia inspectora) lesione un derecho fundamental, el afectado debe autorizar su realización, y solo en el evento de la negativa del particular el juez puede permitir su ejercicio. Tanto el Tribunal Constitucional como el legislador así lo han entendido<sup>41</sup>.

Así también lo ha aplicado el legislador, quien continuamente ha incorporado la formalidad de la autorización judicial previa al ejercicio de la competencia eventualmente lesiva en múltiples leyes<sup>42</sup>, incluso en materia tributaria lo agregó expresamente a una potestad fiscalizadora, al disponer que ante la falta de autorización de los usuarios de servicios bancarios para la entrega de información relativa a sus operaciones sometidas a secreto o reserva al SII, se debe ocurrir necesariamente a tribunales para que estos autoricen el ejercicio de esta atribución<sup>43-44</sup>.

2.2.2 Luego del ejercicio de la facultad fiscalizadora se da inicio el procedimiento sancionador, esto ocurre mediante la notificación al fiscalizado de un acta (artículo 161 N° 1 CT). Nuestra crítica al citado precepto dice relación con dos aspectos que, vinculados entre sí, generan una amenaza para el debido proceso. El primero de ellos es que el CT (a) no establece qué acto contiene el acta; y el segundo es que el CT, (b) a la par, omite deslindar la naturaleza del documento que lo contiene y por ello su incidencia probatoria.

(a) El CT no es claro sobre qué se puede delatar en el acta, al solo señalar que el

<sup>41</sup> Así lo analizamos detalladamente en ENTEICHE (en prensa).

<sup>42</sup> Siendo la última de estas leyes, la Ley N° 20.584, que "Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud", la cual, en su artículo 13, solo faculta al paciente, sus herederos, a un tercero autorizado por el primero, y al juez competente, para permitir la entrega de la información contenida en una ficha clínica.

<sup>43</sup> Así aparece del artículo único de Ley N° 20.406, que "establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria", que incorporó los artículos 62 y 62 bis al CT, la que "Establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria".

<sup>44</sup> En razón del artículo 1° transitorio, el juez competente para conocer de la autorización judicial es el Juez Civil con jurisdicción sobre el domicilio informado por el cliente al banco; con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley modificatoria, el competente será el Tribunal Tributario y Aduanero.

funcionario que conozca o tenga antecedentes de la comisión de una infracción tributaria "*levantará un acta*", se entiende que el funcionario fiscalizador podrá describir los hechos constitutivos de una infracción, y además su calificación jurídica respecto de una norma infringida.

En otras palabras, la denuncia del fiscalizador tributario ante el DRSII podrá contener un acto administrativo que se compone de dos operaciones, una por la que se acredita o certifica una realidad preexistente (acto de conocimiento, del artículo 3º, inciso sexto, parte primera de la Ley N° 19.880), y otra por la que se atribuye, al ahora acusado, haber contrariado las normas tributarias (acto de razonamiento, del artículo 3º, inciso sexto, parte segunda, de la Ley N° 19.880)<sup>45</sup>.

El problema aparece en la primera operación, específicamente en cuanto a qué se entiende por acto de conocimiento o aquel que "acredita o certifica una realidad preexistente". Esto podría significar que el funcionario del servicio solo deberá identificar el hecho que infringe la norma jurídica, y/o bien que también podrá describirlo, mediante su relato.

Así, por ejemplo, si el funcionario fiscalizador ejerce la facultad del artículo 60 del CT<sup>46</sup>, en el acta podría afirmarse que "*contrastadas las declaraciones del particular con los libros mantenidos por éste, en los días A, B y C, se encontró en las columnas D y E una diferencia por X cantidad de dinero*", y/o bien que "*contrastadas las declaraciones del particular con los libros mantenidos por éste, existen graves desavenencias monetarias*".

En la práctica no existe una definición clara respecto del contenido del acta, según el SII, a propósito de una solicitud de acceso a la información por nosotros efectuada (Nº: AE006W50003838) "no existe un formulario tipo para la aplicación de un Acta de Denuncia, dado que dependerá del tipo de infracción tributaria que debe ser sancionada, documento en que se espedificará [sic] la infracción cometida y la norma legal vulnerada".

(b) En directa relación con lo anterior, el CT tampoco aclara en qué clase de documento se manifiesta el acta. Ante la ausencia de una definición respecto de esto, tanto por el CT u otra norma especial, es necesario acudir al Código Civil para determinar en qué clase de documento se contiene el aludido acto.

<sup>45</sup> En materia tributaria, Pedro Massone afirma que deberían contenerse en ella: "los hechos o actos que se atribuyen al presunto infractor; antecedentes que sirven de base a la denuncia; indicación de las disposiciones que se suponen infringidas y de aquellas que contemplan las sanciones que corresponde aplicar (...)" MASSONE (2010) p. 250.

<sup>46</sup> Véase punto I (2.2.1).

El Código Civil establece que un instrumento público (artículo 1699) es aquel "autorizado con las solemnidades legales por competente funcionario". En virtud de lo anterior, creemos que el acta cumple con los dos requisitos que el Código de Bello impone, cumplir las solemnidades legales y que sea elaborado por el competente funcionario.

En este caso no hay "solemnidades legales" expresamente establecidas por el CT u otra norma, por lo que fiscalizador solo debería elaborar un acta escrita<sup>47</sup> en la que conste su identificación y la de los fiscalizados, por último también la fecha y hora<sup>48</sup>. Además deberá dar fe de los hechos percibidos, y finalmente deberá dejar constancia de todas las alegaciones del fiscalizado.

Por otra parte, el funcionario tributario es el "competente funcionario", lo que se explica por la calidad de "ministro de fe"<sup>49</sup> que (excepcionalmente<sup>50</sup>) el CT y la LOSII, mediante una ficción legal<sup>51</sup>, expresamente le confieren.

No es baladí concluir que el acta posee el carácter de instrumento público, esta calificación es trascendental, pues su valor probatorio para con las partes y terceros (órgano emisor, destinatarios y otros posibles interesados) es absoluto, hace plena fe<sup>52</sup> respecto de su otorgamiento y fecha, y de las declaraciones del funcionario fiscalizador.

<sup>47</sup> Regla general en Derecho Administrativo, según el artículo 5º de la Ley N° 19.880, salvo expresa disposición en contrario, que en este caso no aparece.

<sup>48</sup> En cuanto a esto, Pedro Massone señala que el acta debería contener los siguientes elementos: "lugar y fecha en que se practica; número correlativo, que debe darse en cada Unidad del SII; individualización precisa del denunciado, con sus dos apellidos, si se trata de persona natural, o razón social completa, con indicación del representante, cuando se trate de una persona jurídica; dirección completa del denunciado (...) [y] firma y timbre del o de los funcionarios denunciadores" MASSONE (2010) p. 250.

<sup>49</sup> Así lo indica la LOSII (artículo 51 N° 7) en relación con el Código Tributario (artículo 86 del CT).

<sup>50</sup> Es una excepción, ya que si no existiesen estos preceptos normativos, el documento no sería un instrumento público, sino que tendría valor de documento de tal carácter, tal como Enrique Paillás señala: "Son documentos de una naturaleza diferente [a los instrumentos públicos] los escritos que contienen resoluciones de la autoridad, las transcripciones o copias de ellas, los oficios dirigidos por funcionarios públicos a otros (...) en estos no existen solemnidades ni se da fe respecto de actos otorgados por particulares, sino que se trata de documentos que emanan de autoridades o funcionarios públicos que mandan, resuelven o realizan otra actividad propia de su cargo" PAILLÁS (2002) p. 44. De igual modo Alessandri, Somarriva y Vodanovic distinguen los instrumentos públicos de otros documentos, como los oficiales, pues los documentos oficiales, expresión utilizada por los artículos 193 N° 8 y 427 del Código Penal, indican "que estos documentos no tienen solo un autor, como quiera que se expiden o firman por dicho funcionario; no se "autorizan" por éste. Aquí se encuentra pues una diferencia con los instrumentos públicos (...)" ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1998) p. 466.

<sup>51</sup> Es una ficción, ya que la ley supone algo que no es cierto: que el fiscalizador tributario puede (a la vez) ser parte de la elaboración de un acto (ya que él elabora el acta) y también un tercero que acredite que sus propios dichos son ciertos.

<sup>52</sup> Jaime Jara y Cristian Maturana afirman que las actas no producen plena prueba, sino que son una "presunción de que los hechos que atestiguan se corresponden a la realidad constatada, en la medida que concurren a su respecto los demás requisitos que contempla el ordenamiento, en especial la nota de necesaria imparcialidad del funcionario que la levanta y que formaliza su comprobación en el documento público" fundamentan esto en que no corresponde la prueba tasada en los procedimientos administrativos, además en que se puede aportar al procedimiento toda clase de prueba admisible en derecho, finalmente aluden a que "así lo afirma la doctrina" JARA y MATURANA (2009) p. 16.

Siendo el acta un instrumento público, debería entenderse que las declaraciones del funcionario, específicamente aquellas que recaen en hechos percibidos por sus propios sentidos y/o la versión del funcionario<sup>53</sup>, son vinculantes para los tribunales de justicia.

¿Se conforma el acta como instrumento público con el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la CPR?

Tampoco lo creemos, pues en un procedimiento judicial (el real procedimiento judicial que nace luego de la interposición del recurso ante la Corte de Apelaciones) el juez podría presumir como ciertos tanto los hechos acreditados por el funcionario fiscalizador, como también las versiones que éste haya plasmado en el acta.

Creemos que a fin de que el particular pueda defenderse, es necesario que en el acta solo quede constancia de hechos y no de opiniones. Los hechos pueden o no existir, a la inversa, el relato de ellos puede ser verdadero o falso, al ser posibles infinitas versiones respecto de las circunstancias que constituyen uno o varios eventos<sup>54-55</sup>.

## II. Sistema nuevo

Siguiendo el esquema utilizado en el capítulo anterior, estudiaremos cómo la Ley Modificatoria se hizo cargo (1) de cambiar al DRSII como órgano al que había que recurrir antes de incoar una acción jurisdiccional, (2) pero no de entregar una protección ante el ejercicio de las facultades fiscalizadoras y su posterior denuncia.

<sup>53</sup> En cuanto al valor del instrumento público, respecto de los hechos percibidos por el funcionario competente, para Enrique Paillás "es necesario observar que las afirmaciones que haga el funcionario no hacen plena prueba sino en la medida que se trate de verificaciones que caen dentro de la esfera de sus atribuciones" PAILLÁS (2002) p. 48.

<sup>54</sup> A este respecto la Circular N° 64 de 2001 del SII aclara de forma correcta el alcance de las certificaciones de los funcionarios fiscalizadores, este documento señala que el carácter de ministros de fe "quiere decir que tienen este carácter respecto de los hechos que presencien o bien respecto de situaciones que verifiquen o ratifiquen por sus propios medios. Ello significa que los hechos certificados por el funcionario en el procedimiento correspondiente se reputarán verdaderos, salvo prueba en contrario. Por esta circunstancia es necesario, entonces, que las certificaciones de los funcionarios se efectúen con estricta sujeción a los hechos objetivos que éstos presencien y apeguen a las disposiciones legales y reglamentarias, no pudiendo basarse, por lo tanto, en simples apreciaciones o suposiciones".

<sup>55</sup> La Corte de Apelaciones de Concepción (en sentencia citada por Pedro Massone) adoptó esta posición al acoger un Recurso de Apelación interpuesto por un contribuyente, quien fue objeto de la imposición de una sanción al contribuyente, como ya se dijo. En efecto, al imputarse a una persona una actuación sancionable el denunciante debe decir con toda precisión, claridad y exactitud cuál es la conducta ilegal reprochable, lo que en el caso de autos no ha ocurrido". CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2002) sentencia rol N° 1.094, considerando octavo.

1. La Ley Modificatoria transfirió la competencia de conocer y resolver los conflictos tributarios, en lo que nos interesa, las denuncias por infracciones tributarias, desde un órgano administrativo hacia un tribunal especial fuera del Poder Judicial.

Desde el inicio de su tramitación, el proyecto de ley que finalmente dio lugar a la Ley N° 20.322 se hizo cargo de la crítica relativa a la falta de independencia del DRSII<sup>56</sup>. Pero el método de solución fue disímil, en un comienzo se propuso crear Tribunales Tributarios "*en cada una de las Direcciones Regionales*" (modificación propuesta al artículo 4°, inciso cuarto de la LOSII) haciendo previamente obligatoria la "*reconsideración administrativa de ellas*" (nuevo artículo propuesto, 123 bis del CT).

Así, se pretendía reformular tangencialmente el sistema antiguo, obligando al denunciado por un fiscalizador tributario a acudir, luego de la resolución de un tribunal inserto en un servicio público, ante del DRSII<sup>57</sup>, y solo una vez finalizado este trámite previo se podría interponer una reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Ahora bien, en definitiva y en consideración a las mayores garantías de imparcialidad e independencia que presta un tribunal completamente ajeno a la Administración del Estado<sup>58</sup>, la ley creó los órganos jurisdiccionales como tribunales especiales, de aquellos del artículo 5° inciso cuarto del Código Orgánico de Tribunales (artículo 1° en relación con los artículos 3° y 4° de la Ley Modificatoria).

La independencia e imparcialidad de estos tribunales, al contrario del DRSII, se revela en la Ley Modificatoria por: la forma objetiva en que se nombran y

<sup>56</sup> Uno de los motivos del envío del proyecto de ley al Congreso, por parte del Presidente de la República, fue la carencia de independencia de estos órganos, se dijo: "con todo, la actual estructura jurisdiccional existente dentro de la Administración Tributaria ha merecido algunos reparos, que se centran fundamentalmente en la falta de independencia de ellas con respecto al organismo público que las cobija" (Historia de la Ley N° 20.322, Mensaje, p. 3).

<sup>57</sup> Era un agotamiento previo de la vía administrativa, tal como textualmente señala el mensaje del Ejecutivo "se ha considerado necesario establecer la obligatoriedad del agotamiento previo de la vía administrativa, con el objeto de implementar efectivamente una instancia que permita al Servicio de Impuestos Internos resolver administrativamente el conflicto, evitando la "judicialización" innecesaria de los casos que impliquen la existencia de un conflicto entre el aparato fiscalizador y los contribuyentes" (Historia de la Ley N° 20.322, Mensaje, p. 9).

<sup>58</sup> La indicación sustitutiva presentada por la Presidenta de la República, señaló que "(...) fortalece el concepto de independencia de los Tribunales que se crean, el cual ya había sido recogido en el proyecto de ley actualmente en trámite, por la vía de separarlos, tanto orgánica como funcionalmente del Servicio de Impuestos Internos" (Historia de la Ley N° 20.322, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Indicación Sustitutiva, p.1). A su vez el Director nacional del SII, "respecto de la independencia, en particular, expresó que los tribunales que se proponen salen definitivamente de la órbita de los servicios involucrados, toda vez que tanto el juez como todo el personal del tribunal dejan de ser parte de la Aduana o del Servicio de Impuestos Internos" (Historia de la Ley N° 20.322, Segundo Trámite Constitucional, Primer Informe Comisión de Hacienda del Senado, p. 4).

remueven<sup>59</sup>, su sujeción a la superintendencia de la Corte Suprema, la profesión de abogado que debe poseer el juez<sup>60</sup> y el solemne compromiso de los jueces en cuanto a respetar la Constitución y las leyes<sup>61</sup>.

2. La Ley Modificatoria no alteró las competencias inspectoras del SII, ni el modo en que su resultado acusatorio debe plasmarse en las actas.

Ahora bien, la Ley N° 20.322 otorgó una alternativa de protección, cual es la creación de una acción de amparo de derechos en contra de "*los actos u omisiones*" del Servicio de Impuestos Internos, en el evento de resultar violados los "*derechos contemplados en los numerales 21, 22 y 24 del artículo 19*" de la CPR.

Creemos que al no estar taxativamente definidos los actos u omisiones que pueden ser reclamados<sup>62</sup>, quedan tácitamente comprendidos los actos de inspección, así se podría pedir el amparo al Juez Tributario y Aduanero ante actos de fiscalización que violen tales derechos.

## Conclusión

Se vislumbra que la Ley N° 20.322 será un gran avance para la Justicia Tributaria, pero lamentablemente omite aspectos necesarios para alcanzarla, específicamente todos aquellos relacionados con la inspección y denuncia.

La Ley N° 20.322 será un cambio positivo en cuanto al órgano que conoce de las infracciones administrativas y las sanciona. Esto se debe a que la Ley Modificatoria le resta a un órgano administrativo el conocimiento previo y obligatorio de eventuales infracciones administrativas, entregándoselo a un órgano judicial.

Por otra parte, la Ley Modificatoria no es suficiente respecto de cómo se fiscaliza y denuncia la eventual comisión de una infracción en la materia, siendo que

<sup>59</sup> Los jueces son nombrados por el Presidente de la República a propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva (artículo primero, artículo 5°, inciso primero, en consonancia con el artículo 78 inciso séptimo de la CPR) y gozan de permanencia en sus cargos (artículo primero, artículo 8°, que replica en lo pertinente los artículos 79 y 80 constitucionales).

<sup>60</sup> Los jueces deben poseer el título de abogado, además de experiencia por cinco años de ejercicio de la profesión y conocimiento especializado en la materia (artículo primero, artículo 6°, inciso primero).

<sup>61</sup> Los jueces deben "jurar o prometer" previo a iniciar el desempeño de sus labores, frente al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva (artículo primero, artículo 7°).

<sup>62</sup> Este procedimiento tuvo origen en una indicación sustitutiva, en ella la exposición de fundamentos se redujo a copiar el articulado remitido, sin agregar contenido sustantivo. En la tramitación legislativa, se afirmó que "la idea fundamental de esa nueva acción obedece a que algunas actividades del Servicio de Impuestos Internos y del Servicio Nacional de Aduanas, aunque no inciden directamente en la determinación de un tributo, pueden causar un menoscabo importante a los contribuyentes, como la demora en el despacho de las mercaderías ingresadas a los almacenes primarios de la Aduana o la negativa a timbrar fracturas" (Historia de la Ley N° 20.322, Segundo Trámite Constitucional, Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 10).

el ejercicio de las facultades inspectivas también pueden lesionar los derechos fundamentales de los fiscalizados, es necesario prestarle atención a este aspecto.

Por lo anterior instamos al legislador a modificar la normativa vigente, agregando protecciones para el particular en cuanto a las facultades inspectivas, entre ellas: la incorporación de la institución de la autorización judicial previo al ejercicio de las competencias, la creación de una norma de bases y supletoria en materia de inspección y sanciones administrativas, la incorporación de parámetros objetivos previos a su ejercicio, y la delimitación del contenido y forma que adopta el acta.

## Bibliografía

ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., Antonio (1998): "*Tratado de Derecho Civil, Partes preliminar y general*", (Tomo II, Editorial Jurídica de Chile) 466 pp.

ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2002): "Los tribunales tributarios como comisiones especiales. Una lectura del Código Tributario a la luz de la Constitución", *Ius Publicum*, N° 8, 161 pp.

BUSTAMANTE AEDO, Lucy (1999): "*Los Tribunales Tributarios*" (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Talca), 25 pp.

DE LA BARRA CORREA, Francisco, y MORALES ROBLES, Eduardo (2000): "Una alternativa de Tribunales Tributarios", *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° 4, 141 pp.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (en prensa): "Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" (*Revista Ius et Praxis*, 2012).

JARA SCHNETTLER, Jaime, y MATURANA MIQUEL, Cristián (2009): "Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, 16 pp.

MASSONE PARODI, Pedro (2010): "*Tribunales y Procedimientos Tributarios*" (3ª edición, Editorial Legal Publishing), 9 pp.

PAILLAS PEÑA, Enrique (2002): "*Estudios de Derecho Probatorio*" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 159 pp.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1993): "*Curso de Derecho Procesal*" (Tomo I, Editorial Jurídica Conosur), 102 pp.

PIERRY ARRAU, Pedro (2000): "Tribunales contenciosos administrativos", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año 1, N° 2, 98 pp.

PROKURIKA PROKURIKA, Baldo (2000): "La justicia tributaria y el Pacto de San José de Costa Rica", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 4, 178 pp.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2002): "*Tratado de Derecho Constitucional*" (Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile), 153 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2001): "Jurisprudencia Corte de Apelaciones de Santiago 26.07.2000, Inconstitucionalidad de delegación de justicia tributaria", *Ius Publicum*, N° 6, 211 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2002): "Los llamados tribunales tributarios ¿son propiamente tribunales", *Gaceta Jurídica*, N° 263, 9 pp.

ZAVALA ORTIZ, José Luis (2003): "*Manual de Derecho Tributario*" (Editorial LexisNexis, 5ª edición) 159 pp.

## Normas

Circular N° 8 del Servicio de Impuestos Internos, "Imparte instrucciones sobre procesos de recopilación de antecedentes por delitos tributarios", 14 de enero de 2010.

Circular N° 1 del Servicio de Impuestos Internos, "Política de aplicación de sanciones por infracciones tributarias contempladas en los números 6, 7, 10, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 del artículo 97 y artículo 109 del Código Tributario, y de concesión de condonaciones en los casos que se describen. Deroga circular 36 del 2000", 2 de enero de 2004.

Circular N° 64 del Servicio de Impuestos Internos, "Define objetivo de la presencia fiscalizadora en terreno e instaura procedimiento general de actuación", 14 de septiembre de 2001.

Circular N° 56 del Servicio de Impuestos Internos, "Descripción del procedimiento general de reclamaciones del Servicio de Impuestos Internos", 12 de septiembre de 2000.

Circular N° 65 del Servicio de Impuestos Internos, "Principios para la coordinación entre las áreas que efectúan labores de fiscalización y los tribunales tributarios", 26 de noviembre de 1999.

## Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2009): Rol N° 1754, 25 de enero de 2010.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (1998): Rol N° 1094, 7 de noviembre de 2002.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2009): Rol N° 6305, 8 de enero de 2010.

CORTE SUPREMA (2001): Rol N° 3419, 20 de diciembre de 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): Rol N° 616, 6 de septiembre de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): Rol N° 681, 26 de marzo de 2007.

## Otros

Boletín N° 6747-12, *Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental*, 3 de noviembre de 2009 [Fecha de consulta: 26 de abril de 2012].

EL MERCURIO (2012)/*Tribunales tributarios y aduaneros*, 21 de marzo de 2012 [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]/ Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7B8e2e221c-5f7d-4819-855f-31a2fa011c7f%7D>

# Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental

**Raúl F. Campusano Droguett**

Master en Derecho  
Universidad del Leiden  
Países Bajos  
Master of Arts  
Universidad de Notre Dame  
Estados Unidos  
Profesor de Derecho Internacional  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** La finalidad de estos apuntes es presentar los aspectos centrales de algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con temas de medio ambiente en los últimos diez años. De esta forma, se han elegido veinte pronunciamientos del Tribunal Constitucional señalando las decisiones y opciones que ha tomado el tribunal.

\*\*\*

## 1. Introducción

En los últimos diez años ha habido una importante iniciativa legislativa en materia de medio ambiente que ha sido sometida al control del Tribunal Constitucional, tanto en aspectos sustantivos (pueblos indígenas, temas pesqueros, contaminación de aire, contaminación de aguas, capa de ozono, vertederos, bosque nativo, derrame de sustancias químicas peligrosas, evaluación de impacto ambiental) como en aspectos de derecho administrativo e institucional (Nueva institucionalidad ambiental: Ministerio del Medio Ambiente, Superintendencia de Fiscalización Ambiental, Servicio de Evaluación Ambiental, Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, y próximamente Tribunales Ambientales y Servicio de Diversidad Biológica y protección de Áreas).<sup>1</sup> En los próximos párrafos se presentan los aspectos centrales de veinte pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con el medio ambiente.

<sup>1</sup> La recolección de información para este trabajo ha sido realizada por el egresado de derecho de la Universidad del Desarrollo señor Sergio Arcos, en el contexto de la pasantía de investigación realizada para la obtención de su grado de licenciado en derecho. Agradezco su colaboración.

## 2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

### 1. Requerimiento de constitucionalidad del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989.<sup>2</sup> (agosto 4, 2000).

Se trata de un requerimiento realizado por treinta y un diputados de conformidad al artículo 82 N° 2 de la Constitución, con el objeto de declarar la Inconstitucionalidad del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Se solicita la inconstitucionalidad de todo el tratado y en su defecto, de normas particulares del mismo, por razones de forma y fondo puesto que el convenio modifica tácitamente normas orgánicas constitucionales; artículos 19 y 24 de la Constitución (en cuanto a las concesiones mineras), 102 de la misma, y artículos 71 inc. 2° y 19 N° 11. El conflicto se centra en el artículo 1 del convenio, que define el ámbito de aplicación de la norma a los "Pueblos Tribales", sean Mapuches, Aimaras, Atacameños, Pascuenses, etc. Indicando que cada uno de éstos será considerado un pueblo, ante los cuales el Estado asume compromisos; originándose aquí un conflicto en el ejercicio de la soberanía a la luz del artículo 5° de la Constitución, "ningún sector puede atribuirse su ejercicio". Se reclama respecto de los artículos 9 y 10 del Convenio, pues violentan la igualdad ante la ley, artículo 19 N° 2. Se reclama del artículo 14, que reconoce derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, asumiendo así el Estado la obligación de expropiar tierras a solicitud de un ente colectivo y en su propio beneficio, transgrediendo esta norma por ende el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Del mismo modo se relaciona el artículo 15 del Convenio el derecho del Estado, con el tema de concesiones mineras, al imponer limitación a favor de un grupo étnico determinado. Se extiende la reclamación al artículo 17 N° 2, respecto de la limitación a los chilenos de origen indígena sobre bienes raíces, pues los obliga a consultar a sus pueblos previamente para disponer de sus tierras fuera de sus comunidades; violentando de ese modo el artículo 19 N° 24, en relación a que solo la ley puede determinar los elementos esenciales y limitaciones al derecho de dominio. Se realiza un análisis jurisprudencial, histórico y doctrinal de la expresión "pueblo" del artículo 5, tanto en su significado como alcance. Se desentraña el sentido y alcance del Convenio en relación a las medidas que éste propone, distinguiendo entre dos tipos de normas: las *Self Executing* (aquellas que para su aplicación en el orden interno no tienen trámite alguno y se incorporan al derecho interno cuando el Tratado se anexa al derecho vigente) y las *Non Self Executing* (aquellas que requieren la dictación de leyes y reglamentos para hacerlas aplicables al derecho interno).

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional: Rol 309 – 2000, 4 de agosto del 2000, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 30 de marzo del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/310>.

Finalmente se resuelve rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad en cada una de sus partes.<sup>3</sup>

La citada norma fue declarada autoejecutable por el Tribunal Constitucional, siendo aplicable desde la entrada en vigencia del Convenio. Adicionalmente, la modificación de la Ley N° 19.300, efectuada por la Ley N° 20.417, promulgada con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio N° 169, introdujo la obligación para los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales, de propender a la adecuada protección de los Pueblos Indígenas de conformidad a la Ley y a los Convenios Internacionales ratificados por Chile. Tanto judicial como administrativamente, han existido diferentes interpretaciones del modo y la aplicabilidad del Proceso de Consulta a proyectos que ingresan al SEIA, tanto en el caso de las DIA como en los EIA. Falta en esta materia una directriz clara por parte de la autoridad, que conjugue por un lado la certeza necesaria para los inversionistas y por otro dé respuesta a las expectativas que la entrada en vigencia del Convenio ha generado en las Comunidades Indígenas.

## **2. Requerimiento de constitucionalidad del proyecto de ley que prorroga la vigencia de la Ley N° 19.713, establece un nuevo nivel de patente pesquera industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca (diciembre 11, 2002)<sup>4</sup>.**

La Cámara envía el proyecto de ley que prorroga la vigencia de la Ley N° 19.713, que establece un nuevo nivel de Patente Pesquera e Industrial e introduce modificaciones a la Ley General de Pesca, para que se ejerza el control de constitucionalidad de conformidad al artículo 82 N° 2 de la Constitución, sobre los artículos 9 y 11 del Proyecto. Se modifica el artículo 146 de la Ley, por el que se indica como actual N° 2, el que determina los Representantes Gremiales que pueden participar en las medidas de administración de las cuotas globales de

<sup>3</sup> "La entrada en vigencia del Convenio N° 169, sobre Protección de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y a su vez la reciente modificación de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, han generado diversas dudas y expectativas en relación a la implementación de este Convenio, en proyectos que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), siendo el proceso de consulta establecido en el Convenio el que ha generado el mayor número de problemas. Este proceso de consulta se encuentra genéricamente definido en el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio, que señala que "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus Instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente". En el numeral 2° del mismo artículo se establece el estándar de dichas consultas, precisando que éstas "deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Blog de Derecho Medio Ambiental, UNIVERSIDAD DE CHILE, 19 de octubre del 2010, disponible en: <http://www.derecho-ambiental.cl/2010/10/convenio-169-oit-el-proceso-de-consulta.html>.

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional: Rol 363 – 2002, 11 de diciembre del 2002, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl). Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/257>.

captura y fraccionamientos de las cuotas. En cuanto al N° 3, se establece que en los representantes deberán quedar integrados tanto de naves pesqueras, tripulantes y personas pertenecientes a plantas de procesamiento de recursos hidrobiológicos. Se crea conforme al nuevo Proyecto de Ley, por el artículo 173, un Fondo de Administración Pesquero para financiar la investigación pesquera y acuicultura y Programas de Fiscalización y Administración en esta materia.

### **3. Requerimiento de constitucionalidad. Proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N° 2.222, de 1978, Ley de Navegación, en relación con los tribunales competentes para conocer de causas por contaminación (Febrero 18, 2003).<sup>5</sup>**

Se envía al Tribunal Constitucional, para ejercer el Control de Constitucionalidad el Proyecto de Ley que modifica el Decreto Ley N° 2.222, Ley de Navegación, en relación al Tribunal Competente para conocer de las causas de contaminación. Establece y Regula las Normas de Competencia, para la determinación del Tribunal, como a continuación se señala: El artículo único establece, entre otros, que conocerá un Ministro de Corte de Apelaciones con competencia del lugar en que el hecho haya acaecido, en primera instancia. Remplazándose la frase final del artículo N° 158 "a la Corte de Apelaciones de Valparaíso", por "Corte de Apelaciones a que se refiere el N° 153", es decir, la Corte competente del lugar donde acaecen los hechos. Con esta normativa se busca solucionar y dar una mayor competencia a los tribunales para conocer estas materias, relativas a derrames y otros. El Tribunal Constitucional determina que las disposiciones no son contrarias a la Constitución.

### **4. Proyecto de ley que modifica el artículo 124 de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura (abril 18, 2006).<sup>6</sup>**

Se envía al Tribunal Constitucional para que de conformidad al artículo 93 N° 3 se pronuncie sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley que modifica el artículo 124 de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura. La sentencia tiene por objeto aprobar la constitucionalidad, en cuanto a la competencia para conocer los asuntos acaecidos durante la vigencia de esta ley, dentro de su marco de acción, determinando competencia a hechos ocurridos en alta mar, zona económica exclusiva, o mar presencial y señala un artículo transitorio para regular las causas tramitadas en otros tribunales con anterioridad a la entrada en vigencia de esta. Se sustituye el inciso segundo del artículo 124

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional: Rol 398 – 2003, 18 de diciembre del 2003, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 1 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/222>.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional: Rol 475 – 2006, 18 de abril del 2006, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 2 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/152>.

de la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en el Decreto Supremo N° 430, de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, por el siguiente: "Si la infracción se cometiere o tuviere principio de ejecución en Aguas Interiores Marinas, el Mar Territorial, en la Zona Económica Exclusiva, o en el Mar Presencial o en la Alta Mar en el caso de letra h) del artículo 110, será competente el Juez Civil de las ciudades de Arica, Iquique, Tocopilla, Antofagasta, Chañaral, Caldera, Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Pichilemu, Constitución, Talcahuano, Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Castro, Puerto Aysén, Punta Arenas o el de Isla de Pascua". En relación al Artículo Transitorio se señala que las causas actualmente tramitadas en otros tribunales, y que a partir de la publicación de la presente ley deban ser conocidas por los jueces de Pichilemu y Temuco, continuarán tramitándose en los tribunales en que originalmente estaban siendo incoadas, hasta su total terminación. El Tribunal finalmente falla por la constitucionalidad.

### **5. Proyecto de Ley que establece mecanismos de protección y de evaluación de los efectos producidos por el deterioro de la capa de ozono (enero 31, 2006).<sup>7</sup>**

Se envía al Tribunal Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad, de conformidad al artículo 93 N° 1 de la Constitución, el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso que establece mecanismos para protección y evaluación de los efectos producidos por el deterioro de la capa de ozono, en sus artículos 24 y 23. La sentencia determina la competencia del tribunal respectivo para aplicar las multas que allí se indican, determinando competente al Juez de Policía Local respectivo, de acuerdo a las reglas generales y sin perjuicio de la competencia que les corresponda a los Juzgados del Trabajo, en su caso. Determina quién aplica la infracción en caso de importación o exportación de productos controlados que infrinjan la ley, procedimiento (administrativo), y reclamación. "Las sanciones por las infracciones antes citadas se aplicarán administrativamente por el Servicio Nacional de Aduanas, mediante el procedimiento establecido en el Título II del Libro III de la Ordenanza de Aduanas, pero no registrará a su respecto la rebaja establecida en el artículo 188 de dicho cuerpo normativo. De las multas aplicadas conforme al inciso anterior se podrá reclamar ante la Junta General de Aduanas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 de la Ordenanza de Aduanas". Se determina finalmente la constitucionalidad del proyecto.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional: Rol 465 – 2006, 27 de enero del 2006, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 2 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/158>.

## **6. Control de constitucionalidad del proyecto de ley que crea el cargo de Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y le confiere rango de Ministro de Estado (febrero 7, 2007).<sup>8</sup>**

Se envía al Tribunal Constitucional, para pronunciarse sobre su constitucionalidad de conformidad al artículo 93 N° 1 de la Constitución, el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso que crea el Cargo de "Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente" y le confiere cargo de Ministro de Estado, y se observa la constitucionalidad de los artículos 1° N° 1, 3°, 4°, 6°, 7°, 8° y 9°. Se modifican por medio de este Proyecto de Ley los artículos de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, al crear este nuevo cargo con rango de Ministro. Se determinan sus funciones y facultades en relación a materias propias del medio ambiente, ya sea en la proposición de proyectos de ley al Presidente de la República, coordinar el control y fiscalización, participar en la elaboración de presupuestos ambientales sectoriales, sancionar la organización interna, y vincularse a organismos internacionales dedicados al tema ambiental, sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. En este sentido se señala que "El Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente será un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República que, con el rango de Ministro de Estado, actuará como su colaborador directo en materias ambientales. Corresponde al Ministro Presidente de la Comisión ejercer, en conjunto con el Consejo Directivo, la dirección superior de la Comisión en conformidad a la Ley".<sup>9</sup> Se determina por el tribunal que sólo son constitucio-

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional: Rol 723 – 2007, 7 de febrero del 2007, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 3 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1404>.

<sup>9</sup> El artículo 74 ter señala que; sin perjuicio de las atribuciones que esta Ley confiere directamente al Consejo Directivo, corresponden al Presidente de la Comisión las siguientes funciones y atribuciones: Presidir el Consejo Directivo, citarlo extraordinariamente, fijar sus tablas, dirigir sus deliberaciones y dirimir sus empates. Conducir al Consejo Directivo de conformidad con las directrices e instrucciones que en materia de política ambiental nacional imparta el Presidente de la República por su intermediario. Relacionarse con la Dirección Ejecutiva y supervigilar que su funcionamiento se ajuste a las políticas y normas fijadas por la dirección superior. Participar en la elaboración de los presupuestos ambientales sectoriales, promoviendo su coherencia con la Política Ambiental Nacional. Velar por la coordinación en materia ambiental, entre los Ministerios, organismos y servicios públicos. Velar por el cumplimiento de los acuerdos y políticas establecidos por la Comisión. Proponer al Presidente de la República Proyectos de Ley y Actos Administrativos, relativos a materias ambientales, previo acuerdo del Consejo Directivo y sin perjuicio de las funciones propias de otros organismos públicos. Coordinar, por intermedio de la Dirección Ejecutiva, las tareas de fiscalización y control que desarrollan, en materia ambiental, los diversos organismos públicos. Sancionar y someter a la aprobación del Consejo Directivo, el Programa anual de actividades y el proyecto de presupuesto de la Comisión y sus modificaciones. Sancionar y someter a la aprobación del Consejo Directivo las bases generales de administración de los recursos destinados al financiamiento de proyectos y de actividades orientados a la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental. Sancionar la organización interna de la Comisión y sus modificaciones que proponga el Director Ejecutivo y someterlas a la aprobación del Consejo Directivo. Aprobar el nombramiento de los Directores Regionales de la Comisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 80. Vincularse técnicamente con los Organismos Internacionales dedicados al tema ambiental, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden al Ministerio de Relaciones Exteriores, y delegar parte de sus funciones y atribuciones en el Director Ejecutivo o en los demás funcionarios de la Comisión".

nales las normas del artículo 1° N° 1 letra c, 3°, 6° y 9°, y que del resto no se pronunciará, pues no son propias de Ley Orgánica Constitucional.

### **7. Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 80, que establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén (abril 27, 2007).<sup>10</sup>**

Requerimiento presentado por cuarenta y nueve diputados, de conformidad al artículo 93 N° 16, para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 80, que establece norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén. Se reclama que se establece una norma de emisión especial para la División El Teniente de CODELCO, lo que se traduce en una flexibilización de los estándares de protección ambiental fijados para todo el país. Se señala que se vulnera de este modo el artículo 19 N° 2: "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias", al fijarse un privilegio solo para CODELCO y discriminante a los vecinos residentes de Alhué, al tener que soportar mayores índices que el resto de la población nacional. Se contraargumenta que no es arbitraria la discriminación, pues se basa en condiciones especiales del terreno, estudiadas por informes de la Universidad de Chile. Informes que indican altos contaminantes de molibdeno, pero no de sulfatos, de modo que se puede cambiar técnicamente traduciéndose estos en una "desnaturalización de los fines" y objetivos de las Normas de Emisión, que pasan de ser instrumentos de protección ambiental a unos de facilitación en la implementación de reducción de costos para los proyectos industriales. Se señala la vulneración del artículo 19 N° 22 de la Constitución en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica. Se contraargumenta en estas materias que la realidad ambiental es dinámica y multidimensional; lo que hace que la igualdad en materia ambiental tenga una especificidad propia, de acuerdo a la Ley 19.300. También se señala la violación del artículo 19 N° 21 de la Constitución, al establecer un régimen de excepción a favor de CODELCO, que en caso de existir, debiese hacerse por medio de una ley de quórum calificado y no por un simple decreto como es el caso. Se procede al análisis de la norma de la Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente relativa a la distinción entre Normas de Emisión y Normas de Calidad Ambiental, para establecer las diferencias relativas al asunto. Finalmente se rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad. Entre otros, se rechaza el reproche en relación al artículo 19 N° 21 de la Constitución, pues no se ha creado un régimen de excepción, habiéndose limitado a dar cumplimiento a la norma del artículo 40 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que contiene la legis-

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional: Rol 577 – 2007, 26 de abril del 2007, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 4 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/111>.

lación común aplicable a los particulares y que expresamente señala que el decreto supremo que establezca una norma de emisión señalará su ámbito territorial de aplicación, que es lo que ha ocurrido en la especie. También se señala que el requerimiento declara como infringidos los artículos 7° y 63 de la Constitución Política, normas que, respectivamente, establecen como base de la institucionalidad, el Principio de Juridicidad y el Dominio Máximo Legal, pero no explica de qué modo el Decreto Supremo N° 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, incurre en las infracciones que reprocha, por lo que el requerimiento será igualmente rechazado en esta parte, debiendo advertirse, en todo caso, que la competencia ministerial para aprobar Normas de Emisión es indiscutible conforme al artículo 40 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, por lo que mal puede estimarse vulnerado el artículo 7°, inciso segundo, de la Constitución Política, que prohíbe a toda magistratura atribuirse otra autoridad o derechos que los expresamente conferidos por la Constitución y las leyes, ni tampoco el artículo 63 de la Carta Fundamental, que señala las materias de ley, pues el Decreto Supremo impugnado es propio de la potestad reglamentaria de ejecución y no se advierte que haya regulado materia de ley alguna. También se determina, en relación a la violación del artículo 19 N° 22, que por su parte y a pesar de que el decreto impugnado aprueba efectivamente normas de emisión especiales para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén, que son superiores a las que con carácter general estableció el Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para las descargas de residuos líquidos a aguas continentales superficiales y marinas, ha de estimarse que no por ello infringe la garantía general de igualdad ante la Ley contenida en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, en virtud de la cual ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, ni tampoco la garantía de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, a la que se refiere el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental, disposición que permite a la ley autorizar beneficios o establecer gravámenes especiales que afecten a algún sector, actividad o zona geográfica, siempre que el beneficio o el gravamen no signifique una diferencia arbitraria. Finalmente se manifiesta que el respeto integral de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria en materia económica por parte de los órganos del Estado exige también la existencia de factores y circunstancias especiales que justifiquen el trato diferente autorizado por la Ley, y que, en el caso de Normas de Emisión para Efluentes, que tienen un ámbito de aplicación territorial acotado, se vinculan con las características del curso de aguas a que se descargan, características que en el caso aplicable han sido ponderadas por los órganos administrativos que intervinieron en la elaboración de la Norma de Emisión y por la Contraloría General de la República, apreciación que no ha sido desvirtuada por los requirentes y que, a falta de antecedentes, impide al Tribunal Constitucional formarse una convicción contraria.

## **8. Control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, que crea el espacio costero marítimo de los pueblos originarios (enero 17, 2008).<sup>11</sup>**

Se presenta al Tribunal Constitucional, para que de conformidad al artículo 93 N° 1 de la Constitución se pronuncie acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley que crea el espacio costero marítimo de los pueblos originarios. Se indican en ella las causales, destinación y carácter del espacio marítimo de los pueblos originarios, determinándose la competencia del tribunal respectivo para conocer del asunto, al Juez de Letras en lo Civil con jurisdicción en la comuna dentro de cuyos límites se encuentre el espacio costero. Se indican métodos de solución de conflictos en relación al uso que se susciten entre los miembros de la asociación de comunidades o comunidad asignataria y se resolverán conforme a lo previsto en el Estatuto de la Organización. Los conflictos de uso que se susciten entre la asociación de comunidades o comunidad asignataria y otros usuarios comprendidos en el Plan de Administración, serán resueltos conforme a este último. En caso que este último no contemple un procedimiento o si aplicado éste persiste el conflicto jurídico, resolverá la autoridad que sea competente de conformidad con la normativa que rige el uso respectivo. A falta de autoridad competente se aplicará la mencionada anteriormente en relación a los Tribunales de Policía Local. Se determina la constitucionalidad del proyecto.

## **9. Control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional sobre pesca recreativa (enero 29, 2008) <sup>12</sup>**

Se envía al Tribunal Constitucional para que se pronuncie de acuerdo al artículo 93 N° 1 sobre la constitucionalidad del proyecto de pesca recreativa y los artículos que se señalan. Se indica en el proyecto autoridad competente para declarar un Área Preferencial, estudios técnicos a realizar, procedimiento y efectos, ya sea en cuanto a la evaluación de impacto ambiental, limitación de derecho de las aguas y causales del término del convenio. Se señala la elaboración del Plan de Manejo y Administración del Área Preferencial, determinándose esta última a la Municipalidad. Se indica la determinación del Tribunal competente para conocer de las sanciones e infracciones por violación a las normativas.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1007 – 2008, 17 de enero del 2008, en [www.Tribunal Constitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 8 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/715>.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1007 – 2008, 29 de enero del 2008, en [www.Tribunal Constitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 9 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/733>.

## **10. Control de constitucionalidad del acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo de 1989, de los artículos 6° N° 1 letra a, N°2 y 7 N° 1 del convenio (abril 3 2008).<sup>13</sup>**

Se envía al Tribunal Constitucional para que se pronuncie de conformidad al artículo 93 N° 1 sobre el proyecto aprobado por el Congreso relativo al acuerdo aprobatorio del convenio N° 169 sobre pueblos indígenas. El artículo 7° del acuerdo indica que los pueblos "deberán tener el derecho a decidir sus prioridades en su desarrollo, creencias e instituciones, debiendo participar en la formulación y aplicación de Planes de Desarrollo Nacional que puedan afectarles". El conflicto consiste en determinar si la consulta a los pueblos del artículo 6° N° 1 es o no ejercicio de soberanía, lo que generaría un conflicto con el tenor del artículo 5° de la Constitución y si es o no una negociación obligatoria, que genere obligatoriedad o no, y cómo interfiere lo anterior con el derecho a la participación ciudadana. En este sentido se indica que se debe entender que al disponer el artículo 6° del acuerdo remitido que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental. Se señala además que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1° de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante. Por lo anteriormente indicado se señala que los artículos en cuestión son constitucionales.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1050 – 2008, 3 de abril del 2008, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl), [Fecha de consulta: 7 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/904>.

### **11. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, y del artículo 64 del Reglamento de la misma ley en la reclamación rol 7.552-2008 "Servicios de Vertedero Los Maitenes Limitada" con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Bío-Bío mayo 15, 2008).**<sup>14</sup>

Se presenta requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para que se pronuncie el tribunal de conformidad al artículo 93 N° 6 sobre el artículo 64 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, y el mismo artículo de su Reglamento, en la causa de reclamación "Servicios de Vertedero los Maitenes Ltda" con Comisión Regional del Medio Ambiente. Se señala por el tribunal que el requerimiento debe examinar un precepto legal cuya aplicación en gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por ser contraria a la Constitución, situación que no se da en este caso, pues el N° 64 del Reglamento es un acto administrativo y no un precepto legal, como lo exige el artículo 93 N° 6 inciso undécimo. Se indica además que el requerimiento no está debidamente fundado, al no contener una exposición sustentada de manera adecuada y lógica acerca de la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos invocados. Se solicita que se deroguen las normas mencionadas, lo que es incompatible con el objeto y naturaleza, pues ello procede solo en los casos de los artículos 93 y 7° de la Carta Fundamental. Se indica que la acción deducida en estos autos no cumple en su integridad con las exigencias que establece el Inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, por lo cual se declara inadmisibles.

### **12. Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo (julio 1, 2008).**<sup>15</sup>

Se envía al Tribunal Constitucional para que ejerza el control de constitucionalidad de conformidad al artículo 93 de la Constitución Política de la República, el artículo 1° del Proyecto de Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. En el artículo sujeto al control se señalan normas relativas a un catastro forestal permanente, su estado, existencia de bosques nativos y otros. Periodicidad del catastro (cada 10 años). Se determina un consejo consultivo para proponer priorización de terrenos, bonificaciones y otros. Se determinan normas para que toda acción de corte de bosque nativo deba hacerse previo plan de manejo aprobado por la corporación; procedimiento en caso de rechazo de un plan de manejo de corte. Se determinan normas

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1067 – 2008, 15 de mayo del 2008, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 8 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/936>.

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1067 – 2008, 1 de Julio del 2008, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 5 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/964>.

de regulación y protección de árboles y arbustos nativos a una distancia de 500 metros de glaciares. Además de vegetación en categoría de "peligro de extinción", y "vulnerables". Señalándose además que solo podrá intervenir o alterarse el hábitat de individuos de dichas especies previa autorización fundada, siempre que no amenace la continuidad de la especie. Se crea fondo concursable para la conservación y recuperación o manejo sustentable del bosque nativo. Se regula la competencia del tribunal para conocer de las sanciones y multas, al Juez de Policía Local del lugar donde se hubiere cometido la infracción, si no tuviere Juez de Policía Local la comuna, serán resueltas por el Juez de Policía Local con asiento en la ciudad de cabecera de provincia. Determinación de multas y procedimiento. Se establecen normas transitorias, mientras no esté vigente la normativa, señalando los límites y marco de acción al respecto.

**13. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 50 de la Ley General de Servicios Eléctricos sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones, contra la empresa Pilmaiquen, rol 874-2008, del cual conoce la Corte Suprema por interposición de recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que rechaza la acción cautelar deducida (mayo 25, 2009).<sup>16</sup>**

Se interpone un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en control del artículo 50 de la Ley General de Servicios Eléctricos, para ser aplicado en el recurso de protección de la Corte de Apelaciones de Valdivia contra la empresa PILMAIQUEN, del cual conoce la Corte Suprema. La norma en cuestión dispone entre otras cosas y regula la existencia de las servidumbres otorgadas a empresas hidroeléctricas. Con el problema que suscita esto a los terrenos colindantes, pues se le da derecho a ocupar terrenos para las obras, ocupar y cerrar terrenos con el objeto de la construcción. Los reclamantes manifiestan que serían dueños de un predio agrícola ubicado en las cercanías de la empresa hidroeléctrica Pilmaiquén, pudiendo ser afectadas ante la servidumbre otorgada por la disminución de la capacidad silvo-agropecuaria del predio, con el daño que esto genera tanto medioambientalmente como vulneración al derecho de propiedad protegido a través del artículo 19 N° 24 de la Constitución perdiendo eventualmente las facultades de uso y goce y libre disposición de tales terrenos anegados o inundados, entre otros. De esta manera se reclama que la Constitución garantiza a todas las personas que la privación de la propiedad privada sólo cabe si hay expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional calificado por el legislador y previo pago de la respectiva indemnización. En el mismo orden de ideas manifiestan que

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1299 – 2009, 25 de mayo del 2009, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 12 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1148>.

la Ley General de Servicios Eléctricos no califica, de manera expresa, como de utilidad pública o de interés nacional a la actividad de generación de electricidad y que de ello se desprendería que la Empresa Eléctrica Pilmaiquén S. A. carecería de autorización para privarlos del todo o parte de su inmueble, a través de la imposición de servidumbres de ocupación a los efectos de construir sobre éste una central hidroeléctrica. En suma, a juicio de los actores, en este aspecto sería la norma legal impugnada la que, en este caso concreto, permitiría que un particular "expropie" a otros particulares y en su propio beneficio, situación esta que, a su juicio, además de ser contraria al derecho de propiedad asegurado en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, también infringiría el artículo 1° de la misma Constitución, en cuanto al deber del Estado de promover el bien común. De esta manera el tribunal indica que en el recurso de protección en cuestión se reprocha a la requerida haber solicitado una servidumbre "de inundación" de una parte de los predios de los actores, invocando las normas sustanciales y de procedimiento de la Ley General de Servicios Eléctricos, destacando que dicha legislación "no autoriza a la Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A. para imponer la servidumbre que solicita, porque no está considerada en ninguno de sus artículos 50 y 51, que las enumeran, describen y puntualizan", enfatizando que la servidumbre solicitada por la requerida se extiende a la inundación de los terrenos a consecuencia del embalse, circunstancia que "no se encuentra incluida en el ámbito de aplicación de la Ley General de Servicios Eléctricos", ya que "su artículo 50 N° 3 autoriza pedir servidumbre eléctrica sólo para ocupar y cerrar los terrenos necesarios para los embalses" y "no autoriza al solicitante para pedir servidumbre de inundación, respecto de terrenos que no sean los ocupados por el embalse"; viéndose de este modo que la acción de protección aparece dirigida en contra de la actuación de Pilmaiquén S.A. consistente en solicitar una concesión eléctrica definitiva para erigir una central hidroeléctrica e imponer las servidumbres necesarias para tal fin, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 30 y siguientes del Decreto N° 327, del Ministerio de Minería, del año 1998. Como se ve, no se impugna acto alguno de la Administración, pues el trámite está en curso y no ha concluido con su autorización o rechazo. El Tribunal señala que el requerimiento pretendería hacer que el Tribunal declare la inaplicabilidad de la norma en un recurso de protección, que no está deducido en contra de un determinado acto de otorgamiento de una concesión eléctrica. Por lo anteriormente indicado se rechaza el requerimiento. Acordada contra el voto de los Ministros: Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios, por considerar que el requerimiento cumple con los presupuestos por la Constitución para la configuración de un conflicto propio de la acción de inaplicabilidad.

**14. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, en relación al recurso de protección N° 6312-2009, interpuesto contra la comisión regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana, por la resolución exenta N° 266, que "Califica ambientalmente el Proyecto 100% Saneamiento de la Cuenca de Santiago" (julio 23, 2009).<sup>17</sup>**

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el gerente general de Aguas Andinas para reclamar sobre el artículo 25 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente 19.300, en la causa contra la Comisión Regional del Medio Ambiente por la resolución N° 266, que califica ambientalmente el Proyecto 100% Saneamiento de la Cuenca de Santiago. Se determina ante el pronunciamiento de su admisibilidad que no existe una impugnación cuyo objeto sea la declaración de inaplicabilidad de un precepto de jerarquía legal. Lo anterior se justifica en el hecho de que la impugnación se dirige en contra de la resolución de calificación ambiental de la Región Metropolitana. Acto administrativo que podría generar una eventual infracción a las garantías constitucionales. Específicamente el que regula las condiciones o exigencias específicas que debe cumplir el proyecto sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental por parte de Aguas Andinas S.A. Se verifica, a mayor abundamiento, que, aunque se invocan eventuales trasgresiones de derechos y garantías asegurados constitucionalmente a la actora, el requerimiento deducido plantea, más bien, una cuestión de mera legalidad, como lo es la calificación de si las condiciones o exigencias ambientales definidas en un determinado acto administrativo y que deberán cumplirse para ejecutar el respectivo proyecto o actividad, en este caso concreto, son o no las más razonables. De modo que la resolución de los aspectos que son objeto de este recurso corresponde al respectivo Tribunal de Justicia y, por ende, es ajena al ejercicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental le confiere a esta magistratura constitucional, pues aun cuando acá se invocan eventuales derechos y garantías, el requerimiento plantea más bien un tema de mera legalidad, como lo es la calificación de si las condiciones o exigencias ambientales son o no las más razonables. Por lo anteriormente señalado se indica que se declara inamisible el requerimiento interpuesto.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1433 – 2009, 23 de Julio del 2009, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 11 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1192>.

### **15. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 142 y 149 del Decreto Ley N° 2.222 de la Ley de Navegación en relación al derrame de etilexanol en junio de 2008 por Panimex Química (septiembre 29, 2009).<sup>18</sup>**

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gonzalo Gazmuri en representación de la empresa PANIMEX QUÍMICA, para que se pronuncie el Tribunal sobre los artículos 142 y 149 del Decreto Ley N° 2.222 de la Ley de Navegación. En esta materia se señala que cuando los organismos como la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante actúan, no actúan como tribunal ordinario ni especial, sino que en ejercicio de una potestad sancionadora de carácter administrativo que les da la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, que por cierto se ajusta al artículo 19 N° 3 de la Constitución. Todo lo anterior se relaciona con la causa por el procedimiento administrativo que se inició por resolución del Gobernador Marítimo de Valparaíso para comprobar el derrame de etilexanol en junio de 2008, violando la legislación del artículo 142, pues "se prohíbe derramar materias nocivas o peligrosas en aguas jurisdiccionales". De este modo se señala que, con el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, se concluye que el requerimiento deducido en autos no cumple con la exigencia según la cual éste debe incidir en una gestión pendiente ante un "Tribunal Ordinario o Especial", atendido que, en el caso concreto invocado, la Gobernación Marítima de Valparaíso y la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante no actúan en calidad de Tribunal ni Ordinario ni Especial. En efecto, cuando dichos organismos intervienen en la denominada Investigación Sumaria Administrativa Marítima, regulada en el Decreto Ley N° 2.222, de 1978, lo hacen en ejercicio de la potestad sancionadora de carácter administrativo que la ley les confiere (D.F.L. N° 292, de 1953, Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante), la que debe ajustarse al estatuto constitucional establecido en el N° 3° del artículo 19, en relación con lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 63 N° 18 de la misma Ley Fundamental, según lo ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus sentencias de roles 46, 244 y 437. De este modo y constatado el hecho de que los órganos administrativos referidos no ejercen una función jurisdiccional en los términos que exige el inciso undécimo del artículo 93 del Texto Constitucional vigente, resolvió el Tribunal la inadmisibilidad del requerimiento deducido en este caso.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1477 – 2009, 29 de septiembre del 2009, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 13 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1230>.

## **16. Control preventivo de constitucionalidad del Proyecto de Ley que Establece Sistema de Incentivos para la Sustentabilidad Agroambiental de los Suelos Agropecuarios (diciembre 10, 2009).<sup>19</sup>**

Requerimiento de control preventivo de constitucionalidad presentado al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre el Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Incentivos para la Sustentabilidad Agroambiental de los Suelos Agropecuarios. El artículo en análisis del Proyecto tiene por objeto regular la situación existente, en análisis falsos, o certificando hechos que no correspondan. Señala sanciones al respecto y determina la competencia del Juez para conocer de este asunto (artículo 15 del Proyecto de Ley).<sup>20</sup> Se resuelve la constitucionalidad del inciso cuarto del artículo 15 del Proyecto de Ley remitido para su control preventivo.

## **17. Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Fiscalización Ambiental. De los números 25), 27), 28); del artículo 25 quinquies contenido en el N° 31); de los artículos 69, 71, 73, 74, letra d); 75, 76, 77, 78, 80 y 86, del N° 63), todos del artículo primero, que modifica la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; del artículo 55, del artículo segundo, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente y fija su Ley Orgánica, y del artículo sexto, que modifica el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (enero 06, 2010).<sup>21</sup>**

Requerimiento de constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambien-

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1561 – 2009, 10 de diciembre del 2009, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 11 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1270>.

<sup>20</sup> Artículo N° 15. El operador acreditado que confeccionare un plan de manejo utilizando maliciosamente antecedentes falsos o que elaborare un informe técnico sin considerar los resultados de los análisis practicados por un laboratorio acreditado, y el que certificare falsamente hechos que constituyan presupuestos para el pago de los incentivos que establece este cuerpo legal, serán sancionados con una multa de 50 a 200 unidades tributarias mensuales (UTM). El laboratorio acreditado que expidiere un certificado sin haber practicado el examen correspondiente o que consignare en él datos distintos a los resultados obtenidos en el análisis practicado, será sancionado con una multa de 200 unidades tributarias mensuales (UTM). Los infractores a que se refieren los Incisos precedentes, sean personas naturales o jurídicas, serán sancionados, además, con la inhabilitación perpetua para participar en futuros concursos del sistema de incentivos que regula esta ley. En caso de que el infractor fuere una persona jurídica, se sancionará, asimismo, en la forma indicada en este inciso, a quienes hayan suministrado los antecedentes o información falsa que sirvió de base para expedir un plan de manejo, informe técnico o certificado falso, y a quienes hubieren consentido o actuado concertadamente en la expedición de dichos documentos". "Las multas establecidas en esta ley serán aplicadas por el Juez de Policía Local correspondiente.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1554 – 2010, 6 de enero del 2010, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 16 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1303>.

te. Se analizan las disposiciones del Proyecto de Ley desde 6 perspectivas: 1. Normas de la Constitución que establecen el ámbito de las leyes orgánicas constitucionales relacionadas con el contenido del Proyecto de Ley remitido. 2. Normas del Proyecto de Ley sometidas a control preventivo de constitucionalidad. 3. Normas sometidas a control preventivo de constitucionalidad, sobre las cuales no se pronunciara la magistratura por no tener materias propias de Ley Orgánica Constitucional. 4. Normas del Proyecto de Ley remitido sometidas a control preventivo de constitucionalidad que revisten naturaleza de ley orgánica constitucional. 5. Normas del Proyecto de Ley remitido no sometidas a control preventivo de constitucionalidad que tienen naturaleza de ley orgánica constitucional. 6. Normas Orgánicas Constitucionales del Proyecto que el Tribunal determina conformes a la Constitución y otras conformes en el sentido que se indica en la sentencia. El Proyecto de Ley que se analiza acá introduce modificaciones en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente 19.300, en relación a la existencia de estudios de impacto ambiental y la resolución de calificación ambiental. Se establece la creación del Ministerio del Medio Ambiente, además del Consejo de Ministros para la sustentabilidad integrado por el nuevo Ministro del Medio Ambiente, y los Ministros de Hacienda, Agricultura, Salud, Economía, Fomento y Reconstrucción, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, entre otros. Se determina, estructura, facultades y atribuciones de los organismos creados. Acordada contra el voto de los ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic y Mario Fernández Baeza, quienes estuvieron por declarar inconstitucional el artículo primero letra C N° 25 en la expresión "Tribunal Ambiental". Por las razones que a continuación se indican: El denominado "Tribunal Ambiental" aparece aludido en la normativa controlada y en otras disposiciones permanentes y transitorias del proyecto, pero éste no crea en realidad un órgano jurisdiccional destinado a la pronta administración de justicia, al preverse que eventualmente no entrará en funciones, entregando sus potestades a la justicia ordinaria y no confiriéndose medio alguno para que tan importantes atribuciones, en materias de orden técnico, sean ejercidas por el tribunal que corresponde y no por el Tribunal de Letras en el marco de su competencia residual. También se indica que la competencia absoluta es aquella que determina la clase de tribunal que debe intervenir en el conocimiento de un asunto y se determina por los elementos de materia, persona y cuantía. En este caso, el factor materia es el más relevante para el análisis de constitucionalidad, ya que la necesidad de un tribunal altamente especializado en esta área se determina por el reparto de los conflictos entre los diversos órganos jurisdiccionales por la naturaleza específica de la litis, y la experticia técnica del tribunal. Por otra parte, lo razonado precedentemente se reafirma por el carácter de orden público, irrenunciables y obligatorias de las reglas de competencia absoluta, en el marco de conflictos jurídicos de altísima relevancia, que, en función de la protección del medio ambiente, pueden llegar a comprometer gravemente otros derechos constitucionales, todo lo cual hace patente la necesidad del pronto establecimiento de un tribunal de alta

especialización. Además, por otra parte, la creación de un tribunal no ocurre con la sola dictación de la ley que establece sus futuras competencias, sino que debe ser establecido física y materialmente, permitiéndole que funcione y ejerza jurisdicción, lo cual deriva de la Regla Constitucional de la Inexcusabilidad, del derecho a la acción, de las garantías del racional y justo procedimiento, del derecho a ser juzgado por el tribunal preestablecido y de la propia norma del artículo 77 de la Carta Fundamental; de ello deriva que la disposición contenida en la letra c) del número 25) del artículo primero del Proyecto de Ley, que reemplaza al juez de letras competente por el "Tribunal Ambiental", no cumple los estándares fijados en las normas de los artículos 19, numeral 3°, 76 y 77 de la Constitución, pues, en los hechos, el tribunal establecido por ley no podrá juzgar, no ejercerá jurisdicción de manera pronta y no resolverá causas, aun cuando existen la ley que establece sus competencias y la ley que resuelve dichos conflictos. Por lo razonado precedentemente, la normativa aludida infringe el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho al tribunal preestablecido por la ley y el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, ya que el órgano jurisdiccional determinado por el legislador con anterioridad al hecho no podrá funcionar y para las personas será imposible demandar la tutela de sus derechos e intereses ante el tribunal.

**18. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 8° al 25 de la Ley 19.300 y el Decreto N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en la causa Fisco de Chile con Sociedad Minera Antuco Ltda. (julio 1, 2010).<sup>22</sup>**

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Sociedad Minera ANTUCO, sobre los artículos 8° al 25 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, y del Decreto N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial en abril de 1997, sobre la aprobación del reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en la causa Fisco de Chile con Sociedad Minera Antuco Ltda. Se indica en el libelo que la razón que motiva la interposición de tal requerimiento ante esta Magistratura Constitucional es que los impugnados son "preceptos legales que se han aplicado retroactivamente en los autos Rol: C-3785-2002 del Cuarto Juzgado Civil de Santiago y Rol: 841-2008 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, elevados en casación en el fondo, recurso 71-2010 actualmente en tramitación en la Excma. Corte Suprema, caratulados "Fisco de Chile con Sociedad Minera Antuco Ltda.", aplicación que infringe los artículos 19 N° 8 y 21 de la Constitución Política. Se analiza la situación

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1753 – 2010, 1 de Julio del 2010, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 15 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1460>

de admisibilidad al caso en cuestión de acuerdo a la normativa constitucional y respecto de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, y el requerimiento sobre los artículos 8 al 25 no satisface la exigencia constitucional de contener una impugnación "fundada razonablemente". Ya que carece también de un conflicto de constitucionalidad como contradicción clara y precisa entre un determinado precepto legal con la propia Constitución. También se indica que no puede prosperar la acción deducida en autos en la parte que se dirige en contra del acto administrativo reglamentario que el actor individualiza como Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por el Decreto Supremo N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1997. Lo anterior, pues, como lo establece imperativamente la normativa constitucional y legal transcrita, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad persigue que esta magistratura examine si la aplicación de preceptos de jerarquía legal en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial produce efectos contrarios a la Constitución. En consecuencia, se trata de un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas concernidas en una gestión judicial y que puedan resultar en derecho aplicable en ella. También el Tribunal ha expresado que para que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad pueda prosperar, "debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el Juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad. La tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema, a través del recurso de casación. La labor del Tribunal Constitucional consiste en velar por el respeto del principio de supremacía constitucional y, por ende, tratándose de una acción de esta clase, resolver si la aplicación en el caso concreto de que se trate del precepto legal impugnado resulta o no contraria a la Carta Fundamental y, como efecto natural de una decisión estimatoria, prohibir al juez de la causa aplicarlo en la resolución de ese caso concreto. Por lo anteriormente señalado, no puede estimarse cumplido el aludido requisito de admisibilidad si, como ocurre en este caso, sólo se identifican las normas constitucionales que podrían resultar vulneradas y no se argumenta, con la claridad y precisión exigidas por la normativa transcrita precedentemente, la forma en que las disposiciones legales impugnadas podrían producir el conflicto constitucional que se pide conocer y resolver a este Tribunal en ejercicio de sus atribuciones.

## **19. Recurso de Inaplicabilidad del artículo 64 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (septiembre 22, 2010).<sup>23</sup>**

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Sociedad Agrícola y Pecuaria S.A, contra el inciso segundo del artículo 64 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en causa de reclamación de multa en juicio sumario. Se estudia la admisibilidad en cuestión de la causa, llegando a la conclusión de que no procede tras el análisis de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pues el requerimiento no acompaña el certificado que exige el artículo 79 de la ley orgánica constitucional y que impide verificar si la causa está con gestión pendiente en tribunal ordinario o especial. La norma en cuestión regula la fiscalización sobre la cual se han aprobado o aceptado los estudios y declaraciones de impacto ambiental, y los instrumentos que establezcan los planes de prevención y de descontaminación.

## **20. Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Fiscalización Ambiental (octubre 28, 2010).<sup>24</sup>**

Requerimiento de constitucionalidad de conformidad al artículo 93 N° 1 sobre el proyecto de ley en materia de Fiscalización Ambiental y su artículo único. La norma en cuestión regula el período entre que se suprima la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la entrada en vigencia de la Ley 20.047, determinando la participación de los órganos del Estado que participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental, quienes velarán por fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre las cuales se aprobó un determinado estudio o declaración de impacto ambiental. También se regula tramitación y procedimiento (sumario) y el juez competente.<sup>25</sup> En los casos en que el Juez competente corresponda a lugares de asiento de Corte en que ejerza jurisdicción civil más de un Juez Letrado, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Orgánico de Tribunales. La norma en cuestión indica "Durante el tiempo que medie entre la supresión de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la entrada en vigencia de los títulos II, salvo el párrafo 3°, y III de la ley a que hace referencia el artículo 9° transitorio de la Ley N° 20.417, corresponderá a los órganos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental,

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1823 – 2010, 22 de septiembre del 2010, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 18 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1561>.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional: Rol 1836 – 2010, 28 de octubre del 2010, en [www.TribunalConstitucional.cl](http://www.TribunalConstitucional.cl) [Fecha de consulta: 19 de abril del 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1595>.

<sup>25</sup> El Juez de Letras en lo Civil del lugar en que se origine el hecho que infringe las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental, o el del domicilio del afectado, a elección de este último.

fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades deberán solicitar a la Comisión a que se refiere el artículo 86 de la Ley N° 19.300 o al Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones civiles o penales que sean procedentes. En contra de las resoluciones a que se refiere el inciso anterior se podrá recurrir, dentro del plazo de diez días, ante el Juez, sin que esto suspenda el cumplimiento de la resolución revocatoria, y sin perjuicio del derecho del afectado a solicitar orden de no innovar ante el mismo juez de la causa". Será competente para conocer de estas causas el Juez de Letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que infringe las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental, o el del domicilio del afectado, a elección de este último. En los casos en que el juez competente corresponda a lugares de asiento de Corte en que ejerza jurisdicción civil más de un Juez Letrado, deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Orgánico de Tribunales.

La tramitación de estas causas y de las acciones por daño ambiental se hará conforme al procedimiento sumario. La prueba pericial se regirá por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en todo lo que no sea contrario a lo siguiente: a) A falta de acuerdo entre las partes para la designación del o de los peritos, corresponderá al Juez nombrarlo de un registro que mantendrá la Corte de Apelaciones respectiva. b) Cada una de las partes podrá designar un perito adjunto, que podrá estar presente en todas las fases de estudio y análisis que sirvan de base a la pericia. De las observaciones del perito adjunto deberá darse cuenta en el informe definitivo. c) El informe pericial definitivo deberá entregarse en tantas copias como partes litigantes existan en el juicio. Habrá un plazo de quince días para formular observaciones al informe. Los informes emanados de los organismos públicos competentes serán considerados y ponderados en los fundamentos del respectivo fallo. Sin perjuicio de lo previsto en este artículo, iniciado el procedimiento sumario podrá decretarse su continuación conforme a las reglas del juicio ordinario establecidas en el Libro II del Código de Procedimiento Civil, si existen motivos fundados para ello. Para tal efecto, la solicitud en que se pida la sustitución del procedimiento se tramitará como incidente. "El juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y será admisible cualquier medio de prueba, además de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil. El recurso de apelación sólo se concederá en contra de las sentencias definitivas, de las interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución y de las resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares. Estas causas tendrán preferencia para su vista y fallo, en ellas no procederá la suspensión de la causa por ningún

motivo, y si la Corte estima que falta algún trámite, antecedente o diligencia, decretará su práctica como medida para mejor resolver".

Finalmente se resuelve que no corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse respecto de los incisos primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno del artículo único del proyecto, por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional, y que los incisos segundo, tercero y octavo del artículo único del proyecto son constitucionales.

### **3. Ideas finales**

Parece un poco temprano para realizar juicios sobre las tendencias y opciones del Tribunal Constitucional en materia de medio ambiente. Las sentencias pronunciadas se caracterizan por una aproximación moderada y técnica a los temas que han sido sometidos a su conocimiento. También es difícil desarrollar comparaciones con otros tribunales constitucionales, ya que las decisiones de cada uno se encuentran vinculadas a los textos constitucionales nacionales y responden así a contextos diferentes. Con todo, es interesante observar que la ley que establece la nueva institucionalidad ambiental y que fue aprobada por el Tribunal Constitucional, constituye argumentablemente la reforma del aparato administrativo nacional más extensa de los últimos años. Pero también es posible decir sobre esta ley que se refiere no tanto a temas de medio ambiente, sino que más bien a temas de organización y derecho administrativo.

# **Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización**

**Jorge Luis Varela del Solar**

Máster y Doctor

Derecho Internacional Ambiental

**Resumen:** Este artículo enumera los efectos contemplados en la evaluación ambiental estratégica, destacando sus virtudes y la necesidad imperativa de que se coloquen en práctica con la máxima celeridad

\*\*\*

## **A. La evaluación ambiental estratégica como derecho ambiental duro**

La evaluación ambiental estratégica (en adelante EAE) es probablemente uno de los mejores aciertos de la reforma ambiental institucional chilena, del 2010-2012. No obstante que está muy lejos aún de ser siquiera comprendida, en sus verdaderos efectos, este instrumento constituye un factor de equilibrio y terapéutico, en la política pública, dotado de múltiples propósitos y objetivos. Esta brevísima monografía solamente atiende a enumerarlos, destacando sus virtudes y la necesidad imperativa de que se coloquen en práctica con la máxima celeridad.

Dejaremos así para una próxima ocasión una revisión detallada de las 20 características que se enumeran más abajo y, ciertamente, de los resultados operacionales, en la política pública, que su aplicación práctica ha significado en los países en los que la institución nació primero y se ha ejecutado ya por más de tres décadas: Estados Unidos (donde no se denomina EAE) y la Unión Europea. También en esa ocasión examinaremos la experiencia en aquellos países en vías de desarrollo, en los que la EAE fue instalada en su política pública (en el ámbito legislativo) a finales de la década del 90 o poco después, tales como Jordania, Panamá o El Salvador.

La EAE, según la definición de la ley chilena (que es una combinación entre aquellas que Alemania y España utilizan, en parte), es "el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso de formulación de las

políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan y sus modificaciones sustanciales".

Con esta definición, una vez más (como tantas veces lo hemos advertido en columnas de esta Revista) se evidencia la tendencia reduccionista o meramente administrativista-mecanicista del legislador ambiental chileno (y que es la que más acomoda al intérprete administrativo de la norma), al "reducir" o jibarizar el derecho ambiental y sus instrumentos públicos de gestión política y correulación a meros procedimientos administrativos y funcionales, con formatos o protocolos meramente mecanizados, que deben satisfacer resultados parciales (limitados) preestablecidos por la norma, pero en los que se carece de una aplicación de gestión preventiva, integral e integrada (en la que existan formulación de objetivos ambientales, observación y análisis de respuestas, y evaluación de resultados, con mecanismos de cuantificación).

La ausencia total en la incorporación de los factores acumulativo y de sinergia (contemplados en la nueva Ley del Medio Ambiente, consolidada) en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, en vigencia hasta ahora, constituye evidencia de la falencia anterior. La sustentabilidad está medida y garantizada por la aplicación de los factores de sinergia y acumulación de efectos (ambientales o incluso ecológicos) adversos. Estos elementos, entre otros, incorporan caracteres sustantivos al examen de los efectos de la contaminación en el medio y no se agotan en un mero procedimiento para el que no se requiere ley.

Ciertamente que la EAE no es un procedimiento. No es ese el elemento esencial, en la definición de dicho instrumento, que ha hecho de éste una exitosa herramienta preventiva de macrogestión ambiental pública en Alemania, Estados Unidos, España, Jordania y El Salvador.

La EAE dista mucho de ser un procedimiento. La EAE es un instrumento sustancial de política pública nacional (que amerita un tratamiento orgánico constitucional) y es un componente de verdadero derecho ambiental sustantivo, como lo reconocen y aplican los países más arriba mencionados.

Si la EAE fuese un mero procedimiento (como los administrativos del derecho ambiental lo promueven), la EAE no debería ser parte de la ley ambiental, sino que desde la perspectiva de la tipología normativa del derecho público, ella debería estar desarrollada solamente en el ámbito de la potestad reglamentaria. Si se tratara de un mero procedimiento, la EAE no debería encontrarse contemplada (en su arquitectura jurídica) dentro del título de los instrumentos de gestión ambiental, encabezando el listado, en relevancia y jerarquía, junto con la educación y la investigación ambientales, lo cual sí que es un acierto de la norma ambiental chilena.

La EAE no es un protocolo rigurosamente formal o que se satisface llenando un formulario administrativo. Los protocolos contemplan y contemplarán fases experimentales, que habrán de seguirse como un mero medio estático para alcanzar sus logros. Por el contrario, la EAE es un instrumento de gestión ambiental sustantivo, autónomo (respecto de otros instrumentos de gestión ambiental públicos), transversal, dinámico, integral, multisectorial, sustentable y multipropósito.

Confiamos en que la EAE, aplicada en su globalidad y sustentablemente, logre la aplicación del derecho ambiental sustantivo, auténticamente preventivo y sustentable en el país.

Ahora bien, a nuestro comprender, existen varios argumentos que dan razón de lo más arriba aseverado. Enumeramos las características y el alcance de la aplicación de la EAE, en el país, escuetamente a continuación, reservándose su examen exhaustivo (en actual preparación) para una tribuna especializada.

## **B. Características de la evaluación ambiental estratégica, como instrumento sustantivo de gestión ambiental pública y de regionalización**

1. Instrumento de Paz y Estabilidad Sociales
2. Instrumento de Progreso Comunitario e Integración Comunal
- 3- Instrumento de Política Pública (Gestión Ambiental Nacional o GAN). Instrumento de Gestión Ambiental del Estado. Evaluación de Impacto Ambiental Permanente de las Políticas Públicas
4. Instrumento de Evaluación Ambiental Sustentable de los Efectos Sinérgico-Acumulativos de los Proyectos y Actividades de los Privados
5. Instrumento Multisectorial-Interministerial
6. Instrumento Preventivo (Derecho Ambiental Propiamente Tal o Sustantivo)
7. Instrumento de Regionalización (Legitimación Activa a Necesidades y Prioridades Diferenciadas de cada Región)
8. Instrumento de Ordenamiento Territorial

9. Instrumento de Países Unitarios (EAE es un Instrumento Federal o de Estados Compuestos, de Aplicabilidad sin Alteración de la Forma de Estado del País)
10. Instrumento Global de Efectos Ambientales Sinérgicos y Acumulativos
11. Instrumento de Sustentabilidad y de Responsabilidad Social Empresarial (Criterio Orientador de Decisiones Empresariales)
12. Instrumento de Estímulo a la Ecología Industrial, como Instrumento de Gestión Ambiental Paralelo
13. Instrumento de Evaluación de Proyectos de Inversión y Estímulo a la Inversión
14. Instrumento de Visibilidad Internacional Frente a los Principios del Ecuador, al Panel de Inspección del Banco Mundial y a OCDE (EAE es una Recomendación OCDE)
15. Instrumento de Derecho Ecológico y de Derecho Ambiental (Satisface ambas Metas Simultáneamente, de dos Objetivos que Difieren Radicalmente en sus Metas, Medios y Política Pública)
16. Instrumento de Seguridad y Certeza Jurídicas (Particularmente en las Áreas de los Recursos Naturales y del Desarrollo Energético)
17. Instrumento de Asignación del Control de los Desechos Peligrosos (Política) y de Asertividad en el Dominio o Propiedad en la Generación del Desecho o Residuo
18. Instrumento de Diversidad Biológica y de Protección de Áreas Silvestres Protegidas
19. Instrumento de Control Jurídico Preventivo (Artículo 19 N° 8, como Deber del Estado en Resguardar el Derecho, y por el Artículo 19 N° 24, como Elemento de Protección del Patrimonio Ambiental-Función Social del Dominio, de la Constitución de la República)
20. Instrumento de Eliminación del Reduccionismo Administrativo en el Derecho Ambiental (que hace de éste un anexo del Derecho Administrativo Funcional), al Incorporar en la Gestión Ambiental Nacional (GAN) a todos los Instrumentos Preventivos de Gestión Ambiental que el Derecho Ambiental Comparado ha Creado, Reconoce y Acredita (entre 25 y 30).

### **C. ¿Necesidad de la ley o de reglamento para su implementación efectiva?**

No obstante que por mandato de los artículos 7 bis inciso primero y 7 ter inciso primero de la Ley Consolidada 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la EAE es preferentemente materia central del Poder Ejecutivo, estimamos que la EAE confrontará, en su aplicación, materias de ley, según enunciado y bajo el mandato del Artículo 60 números 11, 18 y 20 de la Constitución de la República. Esta materia también la trabajamos para una publicación posterior de esta Revista.



# Parricidio por omisión: inoperancia del principio *non bis in ídem* en la construcción del tipo<sup>1</sup>

**Alejandro Leiva López**

Profesor de Justicia Criminal

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

**Resumen:** Tanto nuestros tribunales de justicia como la mayoría de la doctrina nacional estima que no es posible la aplicación del delito de parricidio por omisión, puesto que su construcción vulneraría el principio del *non bis in ídem* contenido en el artículo 63 de nuestro Código Penal. Lo anterior lo explican, ya que se consideraría utilizado dos veces el elemento parentesco, primero: al concurrir como un elemento del tipo, y segundo: al fundar la posición de garante respecto al sujeto activo del delito.

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que la aplicación de este delito en su modalidad omisiva no afecta el principio del *non bis in ídem*, tanto por razones de interpretación de la ley, fundamentos constitucionales, de punibilidad y de proporcionalidad en las penas.

\*\*\*

## Introducción

Este trabajo tiene por objeto realizar un aporte a nuestra literatura penal respecto del delito de parricidio y específicamente del delito de parricidio por omisión –en los casos en que su comisión se manifiesta a través de conductas pasivas– o lo que los estudiosos del Derecho Penal denominan omisión impropia.

<sup>1</sup> Este artículo constituye una versión mejorada y actualizada del tema central tratado en mi tesis de licenciatura denominada "Aplicación Jurisprudencial del Parricidio por Omisión", presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo el año 2010 y que ahora publicamos. LEIVA (2010), 80 p. Agradezco el apoyo y comentarios a este trabajo del profesor Nicolás Enteihe Rosales, Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Por lo anterior, no revisaremos la discusión dogmática relativa a la procedencia o no de los delitos de omisión impropia, discusión que ya creemos zanjada tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.<sup>2 3</sup>

Así, queremos complementar la escasez de doctrina que existe en nuestro país en cuanto a este tema y entregar fundamentos que admitan la aplicación de este delito por parte de los tribunales de justicia, a fin de contribuir con un nuevo enfoque del problema e hipótesis de solución.

Lo anterior, enmarcado dentro de la imposibilidad que tienen actualmente nuestros jueces para castigar el delito de parricidio por omisión, ya que según la doctrina mayoritaria de nuestro país su aplicación vulneraría el principio del *non bis in idem*.<sup>4 5 6</sup>

Por tanto, (1) constataremos la forma en que la jurisprudencia y la doctrina chilena han intentado resolver este tema; (2) observaremos la normativa española; (3) expondremos nuestra tesis; y (4) concluiremos nuestra posición.

<sup>2</sup> Así fue señalado en el Anteproyecto de Código Penal confeccionado por la Comisión Foro Penal el 2005, la que al referirse a este tema declaró "(...) la unánime aceptación de la punición de la omisión impropia o comisión por omisión". Pese a ello, no se llegó a un acuerdo en cuanto a la regulación expresa en el proyecto de esta modalidad comisiva, puesto que en opinión de sus autores su inclusión sería innecesaria. Para más sobre estas discusiones véase COMISIÓN FORO PENAL (2005).

Nuestra Corte Suprema también ha sido partidaria en cuanto a condenar los delitos en su modalidad omisiva en el sentido que: "(...) existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos –vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad– usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una "acción" como en una "omisión", el inciso 2° insiste en ello y el artículo 2° declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas." CORTE SUPREMA (1998), Rol N° 1338.

<sup>3</sup> "(...) como la perspectiva de análisis es normativa y no naturalística, es perfectamente posible atribuir un determinado resultado a una omisión. Desde una esfera normativa es idéntico crear activamente ese riesgo, que estar frente a un riesgo, tener el deber de controlarlo –pudiendo claro está–, y luego no hacer nada al respecto, permitiendo que ese riesgo efectivamente lesione el bien jurídico". CARNEVALI, (2002) p. 80.

<sup>4</sup> "Principio jurídico que prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

<sup>5</sup> El artículo 63 de nuestro Código Penal establece que: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse".

El principio *non bis in idem* podemos definirlo como aquel principio en virtud del cual le está vedado al juez aumentar la pena aplicable a un determinado delito, tomando en consideración más de una vez una misma circunstancia agravante, de ahí que su traducción del latín signifique "no dos veces por lo mismo". Otros lo han definido como "(...) la principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración, corolario del principio *non bis in idem*, que impone la prohibición de utilizar en la individualización judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta". POLITOFF *et al.* (2006) p. 522.

<sup>6</sup> También denominado como principio del *ne bis in idem*. Ver por ejemplo a MAÑALICH (2005), p. 26.

## La jurisprudencia y la doctrina chilena

Como se ha bosquejado, tanto los tribunales de justicia como la gran mayoría de la doctrina nacional han estimado que no es posible la aplicación del delito de parricidio por omisión.<sup>7</sup>

De esta forma, al tratar la problemática de la aplicación del delito de parricidio por omisión, están de acuerdo Bustos y Politoff en que su aplicación no es posible, puesto que vulneraría el principio del *non bis in idem*. Lo anterior lo fundan en que "(...) si el parentesco es la fuente de la posición de garante y, por ende, la fuente de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, puesto que ello quebrantaría el principio *non bis in idem*. En suma, parricidio por omisión no existe, sólo existe homicidio por omisión".<sup>8</sup> Agrega Bustos que: "Sólo se podría estimar parricidio si, además, existiera una posición de garante independiente como, por ejemplo, si el padre era a la vez el salvavidas de la piscina en que se ahogó su hijo, al que no salvó pudiendo hacerlo (...)".<sup>9</sup> Ésta ha sido hasta ahora la posición dominante en la doctrina nacional.<sup>10</sup>

Dos han sido los autores en Chile que se han pronunciado afirmativamente respecto de la aplicación del delito de parricidio por omisión, a saber, don Francisco Grisolía y don Mario Garrido Montt.

El primero de ellos se pronuncia al respecto sosteniendo que:

"(...) aquí no se trata de un problema de agravación, sino de la naturaleza del título, luego, si el vínculo de parentesco es apto para fundamentar la posición

<sup>7</sup> Así, encontramos fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto en causa referida a la condena impuesta al padre de una menor de un año y siete meses de edad, quien tras ser constante y brutalmente agredida por su madre falleció, sin que el padre la auxiliara y cumpliera con su deber de garante. La sentencia señaló: "(...) respecto de la circunstancia agravante, el Tribunal rechaza su concurrencia y hace suyos los argumentos vertidos por el abogado defensor del acusado, en el sentido que si bien estamos frente a un delito contra las personas, considerar concurrente dicha agravante de responsabilidad, vulnera el principio del *non bis in idem*, por no poder condenar a una persona a quien para asentar su responsabilidad a partir de una conducta esperada, que se establece sobre la base de una fuente legal, en este caso, el parentesco, se deba tomar ese mismo elemento para atribuir una circunstancia modificatoria que agrava su responsabilidad, ello implica considerar dos veces el mismo elemento, lo que significaría una infracción al *non bis in idem*, lo que ha sido resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia y que nos está vedado por disposición expresa del artículo 63 del Código Penal, al señalar que no producen el efecto de aumentar las penas las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo (...) por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos (...) se condena al acusado en calidad de autor del delito de homicidio por omisión a la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio (...)". TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL, Puente Alto (2007) Rol N° 137. Véase en el mismo sentido, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2006) Rol N° 168.

<sup>8</sup> POLITOFF *et al.* (1993), p. 83.

<sup>9</sup> BUSTOS (1991), p. 28.

<sup>10</sup> Entre otros autores nacionales que estiman que no procede el parricidio por omisión encontramos a Matus y Ramírez en: POLITOFF *et al.* (2006), p. 78; y CURY (1969), p. 305.

de garante, éste tiene fuerza suficiente no sólo para vincular el deber jurídico de actuar, sino para calificar el hecho de acuerdo con el delito de que se trata según la relación de parentesco existente y conocida, sin que sea cuestión el principio del *non bis in idem*, que nada tiene que hacer en este caso; el parentesco (cuando es vinculante) es inescindible en su necesario doble efecto: crea el deber de garantía y llena el extremo objetivo del tipo parricidio".<sup>11</sup>

Posición con la que concordamos, en cuanto a que no se trata de un problema de agravación. Sin embargo, no es la solución que nosotros aplicamos al problema. Más que un doble efecto necesario que crea el parentesco al fundar la posición de garante y configurar el tipo penal, debemos estar al fin propio de la fuente de posición de garante, cual no es agravar el tipo. Este punto lo desarrollaremos con mayor profundidad más adelante.

Don Mario Garrido, por su parte, nos señala que el parentesco en el parricidio no es una circunstancia agravante, sino un elemento del tipo penal, por lo que procede la aplicación del parricidio por omisión sin que se vulnere ningún principio:

"Son cosas distintas la obligación civil de actuar, que tiene su origen en un contrato o en la relación parental –en lo cual no interviene la ley penal–, y el estado civil mismo como hecho verificable que conforma el elemento normativo del tipo, de modo que no hay violación del principio *non bis in idem*, porque la fuente de la atribución de la muerte al agente incide en la violación del deber civil que tenía de actuar, y no en el matrimonio, el parentesco o el contrato, de modo que no hay una doble valoración penal de una misma circunstancia".<sup>12</sup>

Posición tremendamente clarificadora, puesto que el profesor Garrido es el primero en analizar separadamente la fuente de la posición de garante –en este caso el parentesco– de la agravante por parentesco contenida en la ley penal. A partir de esta distinción plantearemos nuestra posición.

## La normativa española

En España, a partir de la dictación del nuevo Código Penal del año 1995, dejó de existir el delito de parricidio, puesto que fue derogado y reemplazado por el delito de homicidio agravado por el parentesco. De esta forma, dicho código regula en el Título I de su Libro II el homicidio y sus formas, describiéndolo como "El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años".<sup>13</sup>

<sup>11</sup> POLITOFF *et al.* (1993), p. 83, nota 6.

<sup>12</sup> GARRIDO (2005), pp. 76-77.

<sup>13</sup> Artículo 138 del Código Penal español.

De esta forma, toda vez que el delito sea cometido mediando la circunstancia mixta de parentesco –regulada en el artículo 23– se procederá a agravar la pena del autor constituyendo, de acuerdo a dicha normativa, un homicidio agravado por el parentesco.

Sobre esta base, de cometerse el delito de homicidio por omisión en las personas señaladas en el artículo 23, no se produciría el problema de doble agravación que contiene nuestro artículo 63 –que como revisamos nace a partir del principio del *non bis in idem*–, puesto que la descripción legal del homicidio en el Código Penal español no comprende la agravante de parentesco como uno de sus elementos típicos, como sí sucede en nuestro código.

Sin perjuicio de ello e incluso con anterioridad a la modificación descrita, el Tribunal Supremo español ha dictado numerosos fallos –de los cuales aquí hacemos referencia a varios de ellos– en que se condena el delito de parricidio cometido mediante omisión u omisión impropia:

"En efecto, esta resolución fundamenta su condena precisamente en la comisión por omisión que dio lugar al fallecimiento de la víctima por el incumplimiento de los más elementales deberes de atención y cuidado que los procesados como garantes de la vida y la integridad física de su padre, enfermo e inválido, habían voluntariamente asumido".<sup>14-15</sup>

Condena pronunciada por el máximo tribunal español y que es aclaratoria en muchos aspectos, pero en especial, en que el problema de la punición del parricidio por omisión es esencialmente un problema de hermenéutica jurídica. En otras palabras, dicha legislación no contiene las trabas que en Chile ha traído la interpretación de los artículos 13, 63 y 390 del Código Penal. Si se vulnera o no el principio del *non bis in idem*, dependerá en gran medida de si nos mostramos contrarios o no a la naturaleza agravante o calificante de la posición de garante.

Adelantándonos un poco al lector, no nos cabe duda de que la posición de garante en el delito de parricidio por omisión jamás constituirá un factor de agravación del tipo.

<sup>14</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1997) (a): N° de Resolución 520/1997.

<sup>15</sup> En el mismo sentido y condenando por el delito de parricidio por omisión: TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Madrid (1994) (b): N° de Recurso 531/1992; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (c): N° de Resolución 272/1996; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (d): N° de Resolución 746/1996; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (e): N° de Recurso 1193/1992; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (f): N° de Recurso 3065/1992.

Nuestra postura: aceptar parricidio por omisión, especialmente por razones de hermenéutica legal y de punibilidad.

Como hemos señalado, el Código Penal en su artículo 63 establece el denominado principio del *non bis in idem*. Recordemos que este principio tiene como función primordial impedir que se haga por parte del juez una doble valoración y aplicación de una misma circunstancia agravante al momento de sancionar, mediante la imposición de una pena al autor de un delito.

Así, le estará prohibido al juez, según la teoría, aplicar a quien ha cometido un infanticidio la agravante de alevosía –contemplada en el artículo 12 N° 1–, puesto que, por la naturaleza del delito, no puede cometerse sino obrando sobre seguro. De la misma forma, no podrá aplicarse la agravante de escalamiento –contemplada en el artículo 12 N° 19– a quien ha cometido un robo con fuerza en las cosas, puesto que dicho delito ya contempla la agravante en su descripción alojada en el artículo 440 N° 1.

Sobre la base de este principio, alguna parte de la doctrina nacional<sup>16</sup> considera que el parentesco que existe entre el padre y su hijo forma parte o configura el tipo penal "parricidio", y por tanto, al cometerse dicho delito "por omisión", la posición de garante establecida en la ley, que obliga al padre a socorrer a su hijo, estaría ocupándose dos veces, primero, al describir el tipo penal, y segundo, al agravarlo.

Dicho fundamento ha llevado ineludiblemente a que los tribunales de nuestro país no condenen o no hagan aplicable el delito de parricidio por omisión, toda vez que vulnera el ya mencionado principio.

Al llegar a esta conclusión, quien cometa un parricidio a través de conductas inactivas u omisivas sólo será sancionado como autor de un delito de "homicidio" por omisión, puesto que al estar prohibida la aplicación múltiple de una misma circunstancia agravante –según se ha explicado anteriormente– el tribunal configurará el delito mediante el tipo base o fuente del parricidio, que en este caso está constituido por el de homicidio.<sup>17</sup>

Es esta técnica doctrinaria y judicial la que nos parece inaceptable, tanto desde un punto de vista teórico –principio de proporcionalidad de las penas–, como práctico –reproche penal finalmente aplicado–, ya que la aplicación de la doctrina como se ha entendido hasta ahora implica penas de hasta veinte o más años de diferencia, en el supuesto que se condene por homicidio (pena de

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, POLITOFF, *et al.* (1993), p. 83; CURY (1969), cit. nota N° 6, p. 305.

<sup>17</sup> Así lo revisamos al comienzo de este trabajo, al citar fallo en que el tribunal finalmente declaró que "(...) se condena al acusado en calidad de autor del delito de homicidio por omisión (...)". TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL, Puente Alto (2007) Rol N° 137.

quince o menos años) en lugar de que se aplique la pena del delito de parricidio (pena de hasta presidio perpetuo calificado).<sup>18</sup>

Frente a este escenario, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿no es acaso igual de culpable, la madre que dispara al hijo de dos años, a la madre que lo deja morir por inanición?, ¿no es por tanto igual de reprochable la conducta de ambas y merecedoras de una misma pena?, ¿no podría ser incluso más reprochable aun la madre que deja por días al hijo sin comer hasta que fallece?

Como respuesta a las preguntas anteriores, postulamos la hipótesis de que actualmente la doctrina penal y los tribunales yerran en cuanto a su postura, teniendo como principales razones aquellas de carácter interpretativo de la ley, como también razones de justicia y equidad en la aplicación de las penas.

### **Fundamentos para la aplicación del parricidio por omisión**

Los fundamentos de nuestra posición, que pasamos a exponer, están destinados a buscar una aplicación certera y eficaz del delito –en su modalidad omisiva– por los tribunales nacionales, cuya jurisprudencia poco y nada se ha pronunciado al respecto, con excepción de ciertos fallos que tratan el problema con un poco mayor grado de profundidad.

Estamos de acuerdo, como idea inicial, en que el parentesco como circunstancia mixta de responsabilidad está contemplado en la descripción del tipo de parricidio del artículo 390. Por consiguiente, el juez no podrá aplicar al parricida la agravante de parentesco, ya que sin duda estaría sancionando dos veces por lo mismo y vulnerando el principio del *non bis in idem*. Pese a lo anterior, muy distinta es la situación de quien comete el delito de parricidio a través de una conducta omisiva.

Para poder cometer un delito por omisión debe encontrarse el hechor –ya sea el padre, el hijo, la madre, u otro de los descritos en el tipo– en una determinada posición de garante respecto de la vida de quien es víctima. Así, concordamos en que, en el caso del delito de parricidio, la posición de garante la establece la ley según las normas mayoritariamente establecidas en el Código Civil.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Actualmente, según los artículos 390 y 391 del Código Penal, la pena establecida para el parricida va, desde presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, y la del homicida, de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

<sup>19</sup> Así, el título IX del Libro I del Código Civil establece en su artículo 222 inciso segundo que: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo (...)". El artículo 223 del mismo título, nos dice que, aun emancipado el hijo, "(...) queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios". Y dentro de las obligaciones entre los cónyuges, el artículo 131 establece que éstos deberán: "(...) socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (...)".

De esta forma, nuestras razones para discordar con la doctrina mayoritaria y sobre las cuales fundamos la aplicación del parricidio por omisión obedecen a criterios de texto legal, motivos históricos, fundamentos constitucionales, y principalmente razones de punibilidad y hermenéutica, todas las cuales pasaremos a revisar a continuación:

En primer lugar, el parricidio es un delito autónomo e independiente de la figura del homicidio. Esto es, tanto por su ubicación en el Código, que lo trata antes que al homicidio, y porque se sanciona al sujeto activo como parricida y no como homicida.<sup>20</sup>

Además y en forma independiente de la íntima similitud que exista entre ambos delitos, puesto que la conducta –matar– es la misma, históricamente su tratamiento, la sanción penal y moral aplicable a ambos ha sido totalmente diferente. El parricidio protege la vida al igual que el homicidio, sin embargo, el primero tiene una razón moral de existencia,<sup>21</sup> ética o incluso de sentido común o natural.<sup>22</sup> Protege lo más íntimo, aquello que en forma autónoma de las relaciones interpersonales entre quienes forman una familia, debe ser resguardado.<sup>23</sup> Lo anterior lo vemos reflejado en que no existe en nuestra sociedad conducta más reprochable, más deshonrosa o que ataque en forma más brutal el espíritu humano que aquella de quien acomete contra su hijo o padre.

Su autonomía va más allá de un mero tecnicismo jurídico, puesto que protege valores arraigados en la sociedad y que no pueden ser desconocidos y menos tratados en un nivel igual o inferior al del homicidio, no se trata de dar muerte a cualquiera. De allí que el artículo 391 de nuestro Código Penal señale como verbo rector "el que mate a **otro**", es decir, a cualquiera, y en el 390 "el que mate a su padre, madre o hijo (...)".

"Al menos para los que estimamos que el derecho no es pura lógica, sino ante todo vida cultural, no resulta del todo convincente pensar que, humanamente hablando, el parricida sea un homicida. Por mucho que lo sea formalmente, el padre es para el hijo, y el hijo para el padre, mucho más que un hombre, y el ancestral eco de reprobación moral y aun de horror que la palabra de parricidio

<sup>20</sup> GARRIDO (2005), pp. 76-77.

<sup>21</sup> "Su origen es socio-religioso, por la importancia del jefe de familia para la concepción del clan y estirpe y por ello también la trascendencia religiosa de la familia (que por eso ha ampliado el parricidio a otros miembros de ella). Ya la leyenda de Edipo señala el parricidio como un delito configurado sobre la responsabilidad objetiva, basta dar muerte al padre, aunque sea casual". BUSTOS (1991), cit. nota N° 7, p. 27.

<sup>22</sup> "Para muchos autores el parricidio es el primer delito que registra la etnología e incluso sostienen que es el *crimen antiguo* por antonomasia". POLITOFF, *et al.* (1993), p. 81.

<sup>23</sup> "En cierto modo, lo es también en una sistemática lógica, pudiendo servir de punto de partida al derecho penal, por cuanto que la muerte del pater deshace el primer núcleo social de la familia, rudimento de sociedad, plétórico de sentido político y aun sacral". QUINTANO (1972), p. 121.

evoca en todos los espíritus, es una realidad existencial y culturalista que el jurista celoso de las esencias vivas del derecho no puede ni debe desconocer, ni menos sacrificar por pruritos de sedicente tecnicismo lógico-jurídico, que sólo es respetable cuando se pone al servicio de aquellos valores, y no en pugna con ellos. Eso sin contar con que nuestro tiempo no está tan sobrado de estímulos fortalecedores de los vínculos familiares como para que desconsideradamente se dejen sin expresa y rotunda protección penal los más elementales".<sup>24</sup>

Por ende, debemos tratar este delito en abstracto, independiente y en forma separada del homicidio, aplicando las mismas reglas de comisión que cualquier otro delito, esto es, que se puede cometer tanto por acción como por omisión.

El parentesco, como fuente de posición de garante, difiere sustancialmente de la agravante mixta de responsabilidad establecida en el artículo 13 del Código Penal.

No podemos utilizar la fuente de garante como un factor de agravación, puesto que no está considerado como tal, ni en la ley ni en el tipo. Hacerlo implica atentar contra el *nullum crimen*, puesto que su origen es dogmático y ajeno al texto penal.

Sostenemos esto basados en su finalidad y origen legal –de la fuente de garante–, ya que precisamente su intención es la de concurrir a la configuración o conformación de la responsabilidad del hechor, y no a su agravación. Su fin intrínseco es el de crear la obligación de resguardar un determinado bien jurídico –en este caso la vida del pariente–, posicionando al sujeto en garante de esa vida.

Se trata así –el parentesco como fuente de garante– de un elemento distinto a la agravante mixta del artículo 13, puesto que no está considerado en la descripción legal del parricidio como uno de sus elementos normativos. No integra el tipo, sino que sirve de fundamento a la obligación de actuar del hechor.

Dicho fundamento arranca, como ya se ha señalado, de una creación y construcción dogmática que nace motivada por la inexistencia de los delitos de omisión respecto del parricidio y homicidio –entre otros delitos–, construcción que es necesaria e imprescindible para la sanción de delitos cometidos por omisión. De allí que se les denomine delitos de omisión impropia, o no consagrados típicamente.

En otras palabras, se sancionará al parricida cuando su omisión vulnere un deber de actividad que arranca de un mandato normativo ajeno al texto pe-

<sup>24</sup> QUINTANO (1972), pp. 139-140.

nal, pero que dogmáticamente y a través de la aceptación generalizada de la doctrina y jurisprudencia permite ser considerada fictamente como equivalente al mandato de no matar.

Si aceptamos las posiciones de garante y sus fundamentos (sean estos la ley, el contrato o asunción, injerencia u otros)<sup>25</sup>, y su punición en determinados tipos penales cuya realización se describe sólo mediante un actuar o por comisión, debemos entender que la posición de garante no pertenece al tipo.

Se trata de un factor dogmático de atribución de responsabilidad, cuyo contenido es político-criminal. Se sancionan omisiones, puesto que normativamente responden a un quebrantamiento de un deber de salvaguarda, el cual en el caso concreto hace equivalente el resultado típico a su causación, no de forma naturalística, sino netamente jurídica. No es lo mismo matar que dejar morir.

No sancionar omisiones equivaldría a un despropósito del ordenamiento jurídico-penal, el cual reconoce el disvalor de la omisión, y de su potencial facultad atentatoria del mandato normativo.

De esta forma, el parentesco a que se refiere el artículo 390, y que es considerado en la redacción del artículo 63 como parte integrante de su descripción, difiere de la fuente que posiciona al autor como garante, por lo que jamás se vulneraría el *non bis in idem* al ser considerado en la construcción de un parricidio cometido mediante omisión.

Creemos que el Derecho Penal, a diferencia de otras ramas del derecho, debe resaltar aun más la certeza como instrumento de seguridad social y jurídica.

Esto se explica por los bienes jurídicos que tiene por objeto resguardar, como lo son la vida, la libertad, el patrimonio, la honra, etc., que sabemos están reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales y protegidos por otras ramas del derecho. Sin embargo, es esta rama –la penal– la que tiene por objeto aplicar y regular en forma material y directa la dinámica de estos bienes jurídicos cuando son atacados en forma tangible y extrema. Así, el Derecho Penal, como sabemos, deberá ser la última herramienta que ocupe el legislador a la hora de resolver aquellas situaciones en que se menoscaban bienes jurídicos tan preciados. El Derecho Penal actúa así como última *ratio*.

Sobre esta base, y cuando se trata de proteger determinados bienes jurídicos a través del derecho criminal, el legislador y consecuentemente el juez, debe ser estricto en su máxima expresión. Así no podrá aplicar o consagrar otra pena que la que "(...) señale una ley promulgada con anterioridad a su per-

<sup>25</sup> Para un análisis individual de las fuentes de garante, ver LEIVA (2012) pp. 439-456.

petración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", y "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".<sup>26</sup>

Bajo el rango constitucional de estas normas, fácil es inferir que el constituyente buscó delimitar la aplicación de los delitos y las penas al máximo, estableciendo que sólo se podrá aplicar una pena cuando la conducta a sancionar esté detalladamente descrita en la ley. Asimismo, cada una de las conductas explícitamente detalladas en la ley penal deberán contener una pena o una escala de penas, esto último, siguiendo la estructura actual de nuestro Código.

Independiente de la posición que se adopte, la pena podrá tener múltiples fundamentos: política criminal, reprochabilidad, gravedad, preventivos, proporcionalidad u otros, sin embargo, todos estos fundamentos tendrán como fin último proteger un bien jurídico determinado.

En consecuencia, ¿no es de toda lógica que cada pena establecida por el legislador tenga directa relación con el delito cometido?, ¿no tendrá, en consecuencia, cada pena o sanción un vínculo con el bien jurídico tutelado?

Procuramos explicar que, si una determinada pena o rangos de penas han sido establecidas para un determinado tipo, lo ha hecho el legislador precisamente porque ésa es la pena o las penas que satisfacen de mejor forma o restauran de mejor manera el mal, menoscabo o perjuicio causado al bien tutelado.

¿Podrá entonces el juez aplicar una pena que no está expresamente asignada a un determinado tipo, y por ende, en protección de un determinado bien jurídico?

En respuesta a estas preguntas, creemos firmemente que el juez no tendría dicha facultad, pues estaría vulnerando en forma directa el fin propio que el constituyente y el legislador se han representado para la tutela de los bienes jurídicos más preciados por la colectividad, e indirectamente estaría faltando al principio del *nullum crimen* establecido en el ya citado artículo N° 19 de la Carta Fundamental.

Tenemos la convicción de que no es posible que frente al delito de parricidio por omisión los tribunales puedan –por intermedio de un principio mal interpretado– modificar la calificación jurídica de un tipo, y por tanto aplicar una pena que no dice relación con la gravedad que ha significado infringir la protección de un bien jurídico como lo es la vida de los parientes, consanguíneos o cónyuges, y transformarlo a un homicidio con penas diversas y calificaciones legales distintas.

<sup>26</sup> Artículo N° 19 N° 3, incisos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Por último, fundamos nuestra posición de acuerdo a razones de punibilidad, al principio de proporcionalidad y justicia en las penas.

¿Quién podría poner en duda que la aplicación de las penas va en directa relación con la dimensión del daño causado por el delito? Así, cada delito conlleva un nivel de peligrosidad o reproche que debe sancionar el juez según las normas que rijan las conductas constitutivas de delito en un momento dado. El profesor Cury nos señala que "El punto de partida con arreglo al cual se consagra la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que, a su vez, deriva de la evaluación del disvalor de la acción y resultado del hecho tipificado".<sup>27</sup>

Lamentablemente, el legislador al crear, y el juez al interpretar y aplicar una determinada pena asociada a un tipo, lo hace sobre la base de mediciones ideales o fictas, puesto que dicha magnitud del injusto jamás será una proporcionalidad matemática respecto al daño causado, sino sólo una aproximación acorde a la proporción que el legislador contemporáneo crea suficiente para restaurar el orden alterado.

Así, para el legislador del siglo XVII le era de ordinaria ocurrencia que se castigara con azotes, mutilaciones u otras penas terribles al parricida, lo cual evidentemente escapa a toda proporcionalidad en nuestros tiempos.<sup>28</sup>

Pese a lo anterior, tenemos la convicción de que frente a tal inexactitud o variación temporal de las penas, que no viene al caso discutir, la escala de penas y su actual cuantificación y calificación debe responder a parámetros de aplicación lógicos e igualitarios. Esto es, frente a delitos o injustos análogos, penas equivalentes.

Nuestra Constitución establece el principio de igualdad ante la ley, y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, con lo que se pretende consolidar –siguiendo al profesor Silva Bascuñán– "(...) que se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes (...)"<sup>29-30</sup>

<sup>27</sup> CURY, Enrique (1997), p. 314.

<sup>28</sup> Así se describen, entre otras, penas a que eran sometidos incluso delinquentes de poca monta: "En los crímenes ordinarios se condenaba a la horca a los plebeyos y a la decapitación a los nobles, pero para crímenes como el parricidio, envenenamientos, incendios y delitos contra natura se quemaba vivo al delincuente, o se le enterraba vivo, se le cortaba en trozos, o se le cocía en aceite". BECCARIA (2000), p. 7.

<sup>29</sup> SILVA (2006), p. 100.

<sup>30</sup> Con esto queremos explicar que sería completamente irracional e ilógico que frente a conductas que conllevan un mismo reproche o magnitud de injusto, la doctrina y nuestros tribunales apliquen sanciones tan inmensamente desiguales y de hasta 20 o más años de diferencia, como ya mencionamos.

Ejemplificamos lo anterior con el caso de la madre que cansada de los llantos de su hijo de un año decide acometer contra su vida asfixiándolo hasta morir.

Sin duda, se trata de una conducta constitutiva del delito de parricidio por comisión y, por tanto, dicha madre deberá ser juzgada y sancionada por haber cometido tal delito.

Por otro lado, la misma madre y con la misma intención, en vez de asfixiarlo o de acometer activamente contra su hijo, decide que dejará de alimentarlo por el tiempo necesario para conseguir su macabro fin, por lo que deja trascurrir cuatro días sin proporcionarle absolutamente ningún alimento, para al quinto día encontrar el cuerpo sin vida.

¿Alguien podrá decir que el contenido del injusto no es acaso el mismo?, ¿no existe por tanto un disvalor equivalentemente sancionable?, ¿no es incluso más reprochable aún la conducta omisiva de dejar por días al pequeño a su suerte?<sup>31</sup>

Una correcta interpretación de las normas revisadas tanto a nivel legal como constitucional nos muestran el camino correcto a seguir, esto es, castigar de igual formas hechos delictivos que atentan en una misma magnitud los bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento. No verlo así sólo nos lleva a diferenciar en base a falsas apreciaciones exegéticas situaciones análogas e idénticamente sancionables.

Por estas razones, sostenemos y afirmamos que el delito de parricidio cometido por omisión responde tanto legal como punitivamente al tipo consagrado en el artículo 390 del Código Penal, sin tener intervención alguna el principio del *non bis in idem*.

## Conclusiones

Respecto de las tesis existentes favorables a la aplicación jurisprudencial del parricidio por omisión, fue precisamente su escasez y escueto tratamiento en manuales y libros de Derecho Penal chileno lo que nos llevó a formular una hipótesis propia.

Hemos demostrado a lo largo de este trabajo que actualmente tanto nuestras normas legales como constitucionales permiten afirmar la aplicación, como sanción penal, de la figura del parricidio por omisión.

<sup>31</sup> En el mismo sentido, Grisolia en POLITOFF *et al.* (1993) p. 83, nota 6.

Lo anterior es sustentado además por los principios de proporcionalidad de las penas, el principio de igualdad ante la ley, y el principio de legalidad, todos los cuales forman parte estructural del Derecho Penal moderno.

Así es como la aplicación de esta figura no vulnera el principio del *non bis in idem* contenido en el artículo 63 del Código Penal chileno, principalmente debido a que el elemento parentesco que funda la posición de garante de los sujetos activos del tipo es sustancialmente distinta a la agravante que forma parte del tipo. En este sentido, la posición de garante no tiene por objeto agravar el tipo sino que posee una finalidad propia, cual es concurrir al fundamento del deber de actuar.

Por otro lado, llegamos a la conclusión que la inaplicabilidad o desconocimiento de este tipo penal en su modalidad omisiva, transgrede los principios de proporcionalidad de las penas y de igualdad ante la ley, además de ser punitivamente contrario a los mandatos del derecho y a la equidad.

## Bibliografía

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, con el comentario de Voltaire, 12ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 2000, 215 pp.

BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991, 414 pp.

CARNEVALI, Raúl (2002): "El delito de omisión. En particular, la comisión por omisión", *Revista de Derecho*, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte (Sede Coquimbo), N° 9, 2002, pp. 69-80.

COMISIÓN FORO PENAL (2005): "Anteproyecto Nuevo Código Penal", *Revista Política Criminal*, en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf) [Fecha de consulta: 15 de Junio de 2011]

CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, 317 pp.

CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

LEIVA, Alejandro, "Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin", *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIII, N° 25 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo).

LEIVA, Alejandro, *Aplicación Jurisprudencial del Parricidio por Omisión*, Santiago: Biblioteca Universidad del Desarrollo, abril de 2010, 80 pp.

MAÑALICH, Juan Pablo, "El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico", *Revista Jurídica UPR*, Vol. 74:4, (2005), pp. 1021 y ss., en:<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=74+Rev.+Jur.+U.P.R.+1021&key=29abf809eaea f88b22e4b1b942d84f03> [Fecha de consulta: 13 de Junio de 2011]

POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco; BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, 294 pp.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 613 pp.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 12 de Noviembre de 2009] en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=non%20bis%20in%20idem](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=non%20bis%20in%20idem)

QUINTANO, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Revisada y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG*, Tomo I, 2ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.

SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

## Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2006): Rol N° 168, 9 de noviembre de 2006 [Fecha de consulta: 14 de Julio de 2009] en: [http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI\\_c\\_apelaciones.php?opc\\_menu=2&opc\\_item=2](http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_c_apelaciones.php?opc_menu=2&opc_item=2)

CORTE SUPREMA (1998): Rol N° 1338, 24 de abril de 1998 [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2009] en: [http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI\\_corte\\_suprema.php?opc\\_menu=2&opc\\_item=1](http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_corte_suprema.php?opc_menu=2&opc_item=1).

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL, Puente Alto (2007): RIT N° 137, 22 de diciembre de 2007 [Fecha de consulta: 10 de Julio de 2009] en: [http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI\\_tribunales\\_primera.php?opc\\_menu=2&opc\\_item=3](http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_tribunales_primera.php?opc_menu=2&opc_item=3).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1997) (a): N° de Resolución 520/1997, 17 de abril de 1997 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3134400&links=%22452/1996%22&optimize=20030927>

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Madrid (1994) (b): N° de Recurso 531/1992, 28 de enero de 1994 [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2009] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3200497&links=%22531/1992%22&optimize=20030808>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (c): N° de Resolución 272/1996, 25 de marzo de 1996 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3126539&links=paricidio%20por%20omisi%F3n&optimize=20031003>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (d): N° de Resolución 746/1996, 23 de octubre de 1996 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3133846&links=%222491/1995%22&optimize=20030927>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (e): N° de Recurso 1193/1992, 21 de diciembre de 1993 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3142588&links=%221193/1992%22&optimize=20030918>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (f): N° de Recurso 3065/1992, 18 de octubre de 1993 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3184100&links=%223065/1992%22&optimize=20030823>.

## Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO)

**Héctor Oberg Yáñez**

Profesor Titular  
Derecho Procesal

**Resumen:** Versa sobre el procedimiento a seguir cuando se trata de proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores, desarrollándose las distintas etapas que comprende, algunas de las cuales no son ciertamente mejores que las preexistentes, y por eso se termina expresando que este procedimiento va en contra de la idea –más de una vez reconocida– de no crear más procedimientos especiales.

\*\*\*

Pareciera "cuento del tío" o de nunca acabar, pero una vez más la ley que registra como epígrafe la "protección de los derechos de los consumidores" –Ley N° 19.496– ha experimentado modificaciones sustanciales con la aparición de la Ley N° 20.555, de 5 de diciembre de 2011, que incorporó como Título V lo que denomina "Del sello SERNAC, del servicio de atención al cliente y del sistema de solución de controversias". En otras palabras, es lo que se ha dado en llamar el Sernac Financiero, y que comprende los arts. 55 –con sus diferentes letras (A-D)– hasta el 52 H. De esta normativa nos interesara para los fines de este estudio lo relativo al sistema de solución de controversias.

Empero, para llegar a examinar el procedimiento en sí, es previo tener que referirse a algunas otras disposiciones, que son las que permiten llegar al sistema de solución aludido.

Se establece (art. 55) que el Servicio Nacional del Consumidor "deberá otorgar un sello SERNAC a los contratos de adhesión de ..." y "en general, de cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten", y en la medida que cumplan con ciertas condiciones. Cabe tener presente que no se indica en qué consistirá este sello y cuál es su finalidad –podrá pensarse que está contemplado para proteger al consumidor–, y qué garantías representa para el beneficiario del mismo, todo lo cual queda en penumbras y sólo sirve para especulaciones.

Ahora bien, estos contratos de adhesión deben provenir de bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguro, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, como ya mencionó, "en general de cualquier producto financiero". Con todo, el mentado sello se otorgará en la medida que la entidad financiera pertinente así lo solicite. Luego no se está ante una obligación y perfectamente entonces podrá estarse en presencia de un contrato de adhesión que no esté amparado por el sello en cuestión, lo que no afectará a su validez y producirá todos sus efectos al margen de que exista o no el sello referido.

Sin embargo, no basta la solicitud del interesado para obtener el sello, pues es preciso que demuestre que cumple las siguientes condiciones:

1. Que el SERNAC constate que todos los contratos de adhesión que se ofrecen se ajustan a esta ley y a las disposiciones reglamentarias que se expidan conforme a ella. Y los contratos que deben ser revisados son relativos a los productos y servicios financieros siguientes:

a) Tarjetas de crédito y de débito.

b) Cuentas corrientes, cuentas vistas y líneas de crédito.

c) Cuentas de ahorro.

d) Créditos hipotecarios.

e) Créditos de consumo.

f) Condiciones generales y particulares de los contratos colectivos de seguros de desgravamen, cesantía, incendio y sismo, asociados a los productos y servicios financieros indicados en las letras anteriores, sea que se encuentren o no sujetos al régimen de depósito de modelos de pólizas, conforme a lo dispuesto en la letra e) del art. 3° del D.F.L. 251 de 1931, del Ministerio de Hacienda.

g) Los demás productos y servicios financieros de características similares enumerados precedentemente que señale el reglamento.

2. Que las entidades peticionarias cuenten con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores, y

3. Que permitan al consumidor recurrir a un mediador o árbitro financiero que resuelva las "controversias, quejas o reclamaciones, cuando se considere que el servicio de atención al cliente no ha dado una respuesta satisfactoria

a las consultas o reclamos del consumidor por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que se otorgue en virtud de un contrato de adhesión de los mencionados precedentemente.

Ahora bien, el mediador o el árbitro financiero sólo puede intervenir en una controversia, queja o reclamación presentada por el consumidor cuando éste no se conformare con la respuesta del servicio al cliente, y en la medida que no haya ejercido las acciones que le confiere esta ley ante el tribunal competente.

¿Y cómo se llega a tener la calidad de mediador o de árbitro financiero?

Tanto el mediador como el árbitro para llegar a ejercer sus cargos deben estar inscritos en una nómina que elabora el SERNAC, la que debe mantenerse actualizada y disponible en su sitio web, y que debe dividirse por regiones especificando las comunas y oficinas en que estos personajes estarán disponibles para realizar su cometido. Según se trate de mediador o de árbitro, la ley contempla exigencias distintas. Efectivamente los postulantes a mediadores deben acreditar que son poseedores de un título profesional de una carrera de a lo menos ocho semestres de duración, otorgado por un establecimiento de educación superior reconocido por el Estado, y una experiencia no inferior a dos años en materias financieras, contables o jurídicas. Estos requisitos podríamos decir que tienen un carácter positivo, pues hay también requerimientos negativos, cuales son que no pueden tener relaciones de dependencia o subordinación o de asesoría con alguno de los proveedores que se mencionan en este título de la ley; y además no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva.

En lo que respecta a los árbitros financieros, los requisitos son: poseer el título de abogado, acreditar cinco años de experiencia profesional y no tener relación de dependencia o subordinación o de asesoría con los proveedores señalados en este título de la ley, y, por último, no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva.

La ley en comento remite a un reglamento los plazos que deberán cumplir los interesados, así como la forma de presentación, los medios que deberán utilizar para acreditar las circunstancias citadas, y los antecedentes que con tal fin deban acompañar a las solicitudes de inscripción.

Cumplidas las exigencias ya vistas, el postulante quedará inscrito en la nómina correspondiente. Esta inscripción durará cinco años, pero puede renovarse acreditándose que se mantienen los requisitos demandados. Cualquier cambio o modificación de los antecedentes o condiciones que habilitaron su incorporación a la nómina deberá ser informado al SERNAC. El modo y periodicidad de tal información también quedan sujetos al reglamento que se dicte.

Hay que considerar la posibilidad que la referida inscripción pueda revocarse si se dan algunas de las siguientes causales:

1. Por sobrevenir la pérdida de los requisitos habilitantes establecidos en el art. 56 B.
2. Por incumplimiento reiterado de la obligación de comunicar al SERNAC, al consumidor, al proveedor a través de su servicio al cliente, la propuesta de acuerdo o la sentencia, según el caso, en el plazo de tres días hábiles contados desde su dictación.
3. Por incumplir la obligación de inhabilitarse si les afecta una causal de implicancia o recusación previstas en el COT en sus arts. 195 y 196.

Amén de la revocación descrita, también cabe la posibilidad que el Director Nacional del SERNAC pueda suspender al mediador o al árbitro, cuando hayan sido formalizados por delito que merezca pena aflictiva y mientras no se dicte sentencia definitiva. Esta última situación puede provocar problemas, pues el proceso penal no siempre terminará con el pronunciamiento de una sentencia definitiva.

Con todo, la resolución que revoque o rechace la inscripción es susceptible de ser reclamada ante el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, en el plazo de diez días hábiles contados desde la notificación al afectado. Dicha reclamación debe resolverse en el plazo de quince días hábiles desde su interposición. En todo caso, a quien se le rechace la inscripción o al mediador o árbitro a quienes se les revoque su inscripción pueden ejercer las acciones jurisdiccionales que estimen procedentes. Sobre el particular cabe observar que sólo es factible recurrir a estos órganos juzgadores en la medida que no se hubieren ejercido las acciones pertinentes ante tribunal competente.

Para cerrar este acápite habría que formular algunas interrogantes. Por ejemplo, se habla del sello SERNAC ¿pero qué es?, ¿para qué sirve?, ¿qué garantías ofrece al titular de él?, ¿el consumidor está amparado por su existencia? Nada dice la ley sobre estos tópicos, y sólo se manifiestan por el representante de este organismo la finalidad del mismo: proteger al consumidor. Debe considerarse, asimismo, que el hecho de poseer este sello no significa que el proveedor no pueda incurrir en conductas susceptibles de ser reclamadas. Es la propia ley la que contempla la posible intervención de un mediador o de un árbitro según el caso, como una forma de solucionar un diferendo entre las partes involucradas en un conflicto, derivado del reclamo no satisfactorio planteado por el consumidor, de este modo, el mentado sello no es un signo de bondad para las actuaciones o conductas del proveedor.

Un factor que no ha sido debidamente considerado y que a no dudará tendrá influencia en los costos de los proveedores, es que toda esta intervención del SERNAC tiene un aspecto económico. Efectivamente, los mediadores y árbitros por sus gestiones que realicen cumpliendo su cometido solucionador de conflictos, tienen derecho a percibir un honorario. ¿Y quién lo pagará? Conforme lo prescribe el art. 56 A incs. 5° y 6° de la ley, "los servicios del mediador y del árbitro financiero serán pagados semestralmente por el Servicio Nacional del Consumidor, de acuerdo a un arancel fijado por resolución exenta del Ministro de Economía, Fomento y Turismo, el que podrá establecer honorarios diferentes para mediaciones y arbitrajes, según el tipo de servicio o productos financieros". Ahora bien, estos servicios que se prestan "serán gratuitos para el consumidor", entonces ¿cómo se financian? Se indica por el legislador que "los recursos para el pago de los honorarios del mediador y del árbitro financiero serán de cargo de los proveedores, quienes ingresarán, de conformidad a lo que señale el reglamento, semestralmente su cuota respectiva al Servicio Nacional del Consumidor, la que corresponderá a los honorarios de los mediadores y de los árbitros financieros que hayan conocido reclamos respecto de ese proveedor durante el semestre anterior". De esta suerte, la cuota que deberán pagar los proveedores será variable, pues dependerá de la existencia de reclamos que haya tenido el proveedor y que éstos hayan sido conocidos en el semestre inmediatamente anterior por los solucionadores del reclamo, cuota cuya cuantía va a corresponder a los honorarios del mediador o del árbitro que intervino en el o los reclamos en el período señalado.

Habría que entender que si existe una pluralidad diversa de reclamos que se atendieron por estos juzgadores, la cuota a enterar se tendrá que prorratar entre todos los reclamados en proporción al monto de los honorarios que deban solucionarse.

Todo lo anterior, como puede apreciarse, está referido al aspecto orgánico del sistema de mediación y del arbitraje financiero. Pero, a no dudará, hay que examinar el aspecto funcional o procedimental a que deben ceñirse tanto los juzgadores como los posibles justiciables en estas reclamaciones.

## **A. Procedimiento ante el mediador o árbitro**

El mediador y el árbitro sólo pueden intervenir en una controversia, queja o reclamación que presente un consumidor que no esté conforme con la respuesta del servicio de atención al cliente y que no haya ejercitado las acciones pertinentes ante el tribunal competente (art. 56 A inc. 1°). Bastante amplia y difusa la causal que autoriza recurrir a estos entes justicieros. Es suficiente la disconformidad con la respuesta que se dé. No se precisa de un agravio, como en una apelación común, la sola manifestación de no ser del gusto del

consumidor la respuesta habilita para reclamar y requerir la intervención del mediador o del árbitro, más aún cuando el quehacer de éstos es gratis, por lo general, para el consumidor reclamante.

Podría preguntarse ¿quién queda conforme con una respuesta negativa, o que no se ajusta a lo que se esperaba? Tampoco nada se dice acerca de si el reclamo debe ser fundado. Por simple lógica habrá que estimar que deben explicarse los fundamentos de la disconformidad, única manera que tendrán el mediador o el árbitro de contar con el elemento principal que es objeto de la controversia, y que viene a constituir lo que procesalmente se llama mérito del proceso.

En cuanto al requisito negativo de no haber ejercido las acciones pertinentes ante tribunal competente, es preciso tener en cuenta las reglas particulares que sobre este punto se contienen en la propia ley en examen, amén de aquellos otros problemas que pueden suscitarse como la declaración de incompetencia absoluta, de una eventual falta de jurisdicción o de prórroga de competencia o de competencia accidental, o de incompetencia relativa.

Se inicia este procedimiento con la presentación ante el SERNAC de la controversia, queja o reclamación que formula el consumidor, por escrito o por cualquier otro medio tecnológico apto para dar fe de su presentación y que permita su reproducción, en contra de la respuesta del Servicio al Cliente, solicitando, a la vez, la designación de un mediador o de un árbitro financiero (art. 56 D). Este será elegido de común acuerdo entre el consumidor reclamante y el proveedor. Para lograr este fin el Servicio de Atención al Cliente deberá poner en conocimiento del proveedor dicha presentación, dejando constancia escrita de la comunicación y de su fecha,. En verdad la mención de la fecha no tiene ninguna trascendencia, pues no importa una notificación, toda vez que el plazo de cinco días hábiles que se otorga para la elección del juzgador, se cuenta desde "la presentación de la controversia, queja o reclamación del consumidor" (art. 56 A). Si no hay acuerdo o el plazo citado se extingue sin que haya operado la elección de común acuerdo, el reclamante consumidor puede pedir al Servicio que haga tal nombramiento. El Servicio arbitrará un sistema automático que permita una distribución equitativa entre los mediadores y árbitros de la carga de trabajo.

En lo que respecta a la competencia del mediador o del árbitro, la ley considera la cuantía de lo disputado. En efecto, el mediador puede realizar la gestión en la medida que aquélla no exceda de 100 UF. En tanto que el árbitro es hábil para conocer del asunto cuando la cuantía excede de 100 UF, a menos que se trate de la situación prevista en el inc. 3° del art. 56 D, esto es, cuando las partes no han aceptado la propuesta de acuerdo y el consumidor opta por solicitar al SERNAC que designe un árbitro financiero dentro del plazo de cinco días hábiles. El acuerdo en referencia es el que ha presentado un mediador, de ahí la excepción, ya que el árbitro conocerá del asunto cuya cuantía no es superior a las 100 UF anotadas.

Estos mediadores y árbitros deben asumir sus funciones dentro de los tres días hábiles siguientes al requerimiento, o hacer saber dentro de este término el motivo que les impide hacerlo (art. 56 C inciso final). Se observa en esta disposición una contradicción con lo indicado en el art. 56 A inc. 4º, pues en éste se expresa que el proveedor y el consumidor, de común acuerdo "dentro del plazo de cinco días hábiles a la presentación de la controversia, queja o reclamación", elegirán al juzgador. No se puede asumir una función si está corriendo un plazo para realizar una elección de quien debe decidir la controversia. Será entonces necesario interpretar que los tres días citados empezarán a contarse desde que se haga saber al nombrado tal designación.

Con todo, estos solucionadores de controversias no gozan de una libertad plena para cumplir su cometido, toda vez que la propia ley se encarga de especificar casos en los cuales no pueden intervenir. Estos asuntos prohibidos son los siguientes (art. 56 C):

1. Los que deben ser conocidos en forma exclusiva por un tribunal ordinario o especial, en virtud de otra ley;
2. Los que previamente el consumidor sometió al conocimiento de un juez competente;
3. Los que previamente son conocidos por un juez competente por ejercerse una acción de interés colectivo o difuso, y en esa causa el consumidor ha comparecido como parte;
4. Cuando opere respecto de estos juzgadores alguna de las causales de implicancia o recusación establecidas en los arts. 195 y 196 del C.O.T.

Hay que tener en cuenta, en lo que atañe al árbitro, que no será aplicable lo dispuesto en el art. 230 del C.O.T., vale decir, la prohibición de someter a arbitraje cuando el negocio de que se trata corresponda conocerlo a un juez de policía local, en la medida que la controversia, queja o reclamación sea de las establecidas el art. 55 N° 3 inc. 1º; en otras palabras, cuando el Servicio de Atención al Cliente no ha dado una respuesta satisfactoria a las consultas o reclamos "por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que otorgue en virtud de un contrato de adhesión" que menciona la propia ley, y a los cuales se hizo referencia precedentemente.

La actividad primaria del mediador es lograr un acuerdo entre los contendores, esto es, que se produzca una autocomposición, que podrá investir el carácter de una conciliación o avenimiento o transacción, que en su tramitación se sujetarán a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Civil, según corresponda, a falta de normativa especial contenida

en esta ley. Lo particular del mediador, entonces, es que no está suprapartes, sino interpartes, por eso en caso de subsistir la desavenencia entre las partes le propondrá una propuesta de acuerdo, que los interesados son libres de aceptar o de rechazar. En forma imperativa se señala en el texto legal que "la mediación deberá concluir dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aceptación del nombramiento por parte del mediador", y esa conclusión será la proposición de un acuerdo, o simplemente si transcurre el aludido término sin que se haya formulado la propuesta de acuerdo, el consumidor podrá pedir al SERNAC la designación de un nuevo mediador que figure en la nómina, pudiendo el Servicio eliminar al mediador incumplidor mediante resolución fundada (art. 56 D inciso final).

Las gestiones que lleve a cabo el mediador para llegar a la propuesta de acuerdo no tienen ninguna pauta prefijada en ley. De esta suerte, el procedimiento a seguir es totalmente desformalizado; y lo que deberá cuidarse será mantener una igualdad de los contendores frente a las reglas de forma que se emplearán, espacio y tiempo dispuesto para la realización de determinadas actividades. En consecuencia, la igualdad de acceso, igualdad de la técnica procesal y la igualdad de trato en este proceso mediatorio serán los valores esenciales para obtener una decisión justa y racional en la propuesta de acuerdo.

Prosiguiendo el desarrollo normal del proceso mediatorio, formulada la propuesta de acuerdo y siendo aceptada por las partes, deberá cumplirse en el plazo de quince días hábiles contado "desde la suscripción por ambas partes del documento que dé cuenta de las condiciones del acuerdo y de su fecha". Este documento se otorgará ante un funcionario de SERNAC investido de la calidad de ministro de fe, o ante el oficial del Registro Civil del domicilio del consumidor. Si el proveedor incumple la propuesta de acuerdo aceptada por las partes en el plazo legal –15 días– el SERNAC debe denunciarlo ante el juez competente para que se le imponga una multa de monto variable. Además, el Servicio podrá revocar el sello SERNAC que fuera otorgado en su momento. Este incumplimiento también lo puede denunciar el consumidor (art. 56 H).

Por el contrario, si las partes no aceptan la propuesta de acuerdo en el indicado plazo de quince días hábiles –la ley en este aspecto no es clara, pues se indica que "transcurrido el plazo indicado ...", y tal plazo es el contemplado en el inciso anterior, el cual menciona dos plazos distintos (art. 56 D inc. 3º)–, el consumidor "podrá ejercer las acciones que le confiere la ley ante el juez competente" o solicitar al SERNAC que designe un árbitro financiero dentro de los cinco días hábiles siguientes (art. 56 A inc. 4º), contados desde el vencimiento del plazo para aceptar la propuesta (suponemos), toda vez que no se indica en la ley este aspecto contable.

Para que las partes involucradas puedan conocer la propuesta de acuerdo emitida por el mediador deberán notificarla al consumidor, al proveedor a través de su Servicio de Atención al Cliente y al Sernac, en el plazo de tres días hábiles, contado desde su emisión. Esta notificación se lleva a cabo por medio de correo electrónico o por carta certificada enviada al domicilio que se fijó en el reclamo, a elección del consumidor, opción que se indicará en su controversia, queja o reclamación. "La notificación se entenderá efectuada a contar del tercer día hábil siguiente al de su envío", de lo cual deberá dejarse constancia en los antecedentes que conforman el reclamo, mediante copia del correo electrónico o del certificado correspondiente si se realizó por carta certificada (art. 56 F).

Amén de la notificación que se practique al consumidor de la propuesta del mediador, aquél puede pedir "todos los antecedentes que forman parte del reclamo, lo que se hará por correo electrónico. ¿Y si el consumidor carece del medio electrónico que posibilita el uso del susodicho correo? Nadie está obligado a tener estos adminículos y saber utilizarlos, al menos por ahora. Problema que quedará pendiente de solución.

## **B. Del árbitro financiero**

Se ha visto ya el proceso orgánico a seguir para llegar a tener la calidad de árbitro financiero, lo que nos ahorra referirnos a este aspecto.

Este tipo de árbitro según la ley (art. 56 E) es un árbitro mixto, pues en su obrar decisorio se sujeta a las reglas aplicables a los árbitros de derecho, pero en cuanto al procedimiento sigue las reglas del arbitrador. Es decir, este árbitro debe fallar con arreglo a la ley, sometiéndose a las normas establecidas para los jueces ordinarios, pero en lo procedimental se ceñirá a las disposiciones especiales que se contienen en esta ley, y en su silencio –aunque nada se expresa en esta ley– a las reglas que las partes señalen, o en su defecto a la regulación que para este tipo de árbitro arbitrador se contienen en el Código de Procedimiento Civil.

Producido el conflicto, que para ser conocido por este tribunal arbitral debe ser de una cuantía superior a 100 UF, el árbitro designado, siguiendo las reglas indicadas en el art. 56 D, debe asumir sus funciones dentro de los tres días hábiles siguientes al requerimiento formulado por el consumidor, presentándose aquí el mismo problema contradictorio que examinamos con el mediador, frente a lo que dispone el art. 56 A inc. 4º.

Siendo este árbitro de derecho, no sólo basta la aceptación del cargo para poder ejercer su cometido, sino que deberá declararlo así y jurar que lo desempeñará

con la debida fidelidad, y, tratándose de estos negocios, en el tiempo fijado en esta ley (art. 236 COT). Asimismo, será esta la oportunidad para que el árbitro mencione alguna de las inhabilidades que le impidan ejercer su actividad, sin perjuicio del derecho que le pueda asistir a las partes para alegar posibles causas de implicancia o recusación, sea en esta ocasión o durante el desarrollo del juicio.

Cumplidas estas actuaciones, el árbitro citará a una audiencia a celebrarse con ambas partes dentro de los cinco días hábiles siguientes a la aceptación del cargo, citándose a las partes a esta audiencia por medio de correo electrónico o carta certificada, según acuerden las partes. Pero, cabe preguntarse, ¿cómo se va a producir este acuerdo cuando no se ha verificado aún la audiencia de estilo, que será el momento de convenir la forma de practicar algo tan importante como son las formas de notificar lo obrado por el tribunal arbitral? Por otra parte, se parte de un supuesto que es posible no se produzca, cual es que no concurra alguno de los interesados en el conflicto, o que no concurra ninguno de ellos. Será necesario, por ende, que el árbitro decida, sujetándose a la normativa general del Código de Enjuiciamiento, el camino a seguir para proseguir con el desarrollo de la litis. Parece obvio, además, que estos inconvenientes que pueden surgir, y que no son imputables al árbitro, obstan a que el plazo que tiene este juez para fallar siga corriendo como si nada hubiere acontecido, en circunstancias que se ha dado un entorpecimiento. Luego, habrá que descontar los días que dure esta interrupción del término fijado para emitir sentencia.

Prosiguiendo con el esquema procedimental de la ley, la audiencia en cuestión tiene los siguientes objetivos:

1. Dar lectura, por parte del árbitro, de la reclamación o queja del consumidor,
2. Conocer la respuesta del Servicio de Atención al Cliente,
3. Escuchar de inmediato y sin más trámite a las partes que asistan. Se contradice con la obligación establecida de celebrar la audiencia con ambas partes,
4. Recibir los documentos que las partes acompañen, respecto de los cuales los interesados pueden formular observaciones, y para tal fin se concede un plazo mínimo de tres días hábiles.

En cuanto a la comparecencia de las partes, el consumidor podrá comparecer personalmente, pero el árbitro puede en cualquier momento ordenar la intervención de abogado o de un apoderado habilitado para intervenir en el juicio, si lo estima indispensable "para garantizar el derecho a defensa del consumidor" (art. 56 E inc. 2°). Nótese lo desigual del trato que se da a las

partes, pues el proveedor deberá cumplir con las obligaciones que imponen los arts. 1º y 2º de la Ley 18.120, esto es, nombrar abogado patrocinante y un procurador entre aquellos que enumera esta última disposición. Y esta desigualdad indudablemente deja en una mejor postura procesal al proveedor, y podrá ser motivo suficiente para que el árbitro haga uso de la facultad que le acuerda esta disposición ordenando que el consumidor también cuente con un apoyo letrado.

A fin de tener una mayor claridad en la tramitación de este asunto litigioso, vale la pena traer a colación lo que se estampa en el art. 639 del Código de Procedimiento Civil, que es del tenor siguiente: "El arbitrador practicará solo o con asistencia de un ministro de fe, según lo estime conveniente, los actos de substanciación que decreta en el juicio, y consignará por escrito los hechos que pasen ante él y cuyo testimonio le exijan los interesados, si son necesarios para el fallo".

La tramitación de esta causa, que aparece ser de una simplicidad y concentración extraordinaria, no es tal. En efecto, la propia ley contempla la posibilidad de formular observaciones a los documentos que se acompañen por los interesados, lo que dará lugar a un incidente que será menester tramitar. Además el proveedor podrá alegar la excepción de cosa juzgada (art. 56 E inc. 4º), que también acarrea la generación incidental, la que una vez acogida y adquiera el carácter de firmeza, pondrá fin a la controversia. Tal resolución será una sentencia interlocutoria.

En el procedimiento que se examina no hay ninguna referencia sobre la recepción de la causa a prueba y de un término probatorio. Todo está reducido a la celebración de una audiencia, pero es perfectamente posible que surja controversia sobre determinados hechos. Si así fuere, y el arbitrador lo cree necesario, recibirá la causa a prueba (art. 638 C. P. Civil), debiendo señalar la extensión del término probatorio, la oportunidad para presentar lista de testigos y las audiencias en que éstos depondrán. Podría, además, llevarse a cabo cualquiera de los otros medios probatorios que contempla la legislación procesal civil, que se ceñirán en su producción a las reglas generales, ante la ausencia de otras normas particulares contenidas en esta ley.

En su momento el juez árbitro debe dictar sentencia –no existe la citación para oír sentencia– dentro de los noventa días hábiles siguientes a la aceptación del cargo. Téngase en cuenta que el plazo se cuenta desde la "aceptación del cargo" y no desde que se haya realizado la audiencia o que haya vencido el probatorio, en su caso. Si no se dicta fallo en el plazo indicado, el Servicio debe reemplazar al juez por otro árbitro financiero, pudiendo aplicar como sanción al incumplidor su eliminación de la nómina por medio de resolución fundada. No queda claro si el nuevo árbitro sólo asume para dictar sentencia, dando

valor a todo lo obrado con anterioridad a su asunción, que le es desconocido, o si aplicándose el principio de la inmediatez, será menester practicar las actuaciones de rigor nuevamente. Lo más probable, y por economía procesal y celeridad, se escoja la primera de las alternativas expuestas. Otro problema que se vislumbra se refiere al plazo para dictar sentencia de que gozará el nuevo árbitro, si es que lo hay. En efecto, el término que contempla la ley –90 días– tiene el carácter de fatal y por ende una vez que él expira, la oportunidad para dictar tal resolución se extingue. No hay en la ley en comento una disposición similar a la del art. 64 del C.P. Civil, que excluye de los efectos de la fatalidad de un plazo a las actuaciones propias del tribunal, como lo sería en la especie el pronunciamiento de la sentencia. No puede traerse la citada norma al caso en cuestión, toda vez que se está en presencia de un artículo excepcional, y que por esta razón sólo permite una interpretación restrictiva.

Como quiera que el árbitro financiero en esta etapa decisoria inviste la calidad de un árbitro de derecho, en la emisión de su fallo debe ajustarse a lo prevenido en el art. 170 del C. Procedimiento Civil y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, amén de las menciones particulares que se contienen en esta ley protectora de los derechos del consumidor.

Si la sentencia acoge la controversia, queja o reclamación del consumidor, condenará en las costas al proveedor, fijando "los honorarios del abogado o del apoderado habilitado del consumidor según el arancel del Colegio de Abogados de Chile", que no existe. Por el contrario, si el fallo desestima la demanda del consumidor por acogerse la excepción de cosa juzgada alegada por el proveedor, se "podrá condenare al consumidor a pagar los honorarios del árbitro...". Esta condena tiene un carácter facultativo para el tribunal, y si se considera el texto literal de la disposición, solamente tiene lugar en la medida que se alegue la excepción mencionada y ella sea estimada por el juez. En el resto de las situaciones que pueden presentarse, no hay que olvidar que los servicios del árbitro "serán gratuitos para el consumidor y que los honorarios del mismo serán pagados semestralmente por el Servicio".

Por cierto, esta sentencia precisa de ser notificada, y según la ley (art. 56F) debe serlo en el plazo de tres días hábiles, que se cuentan desde su pronunciamiento, al consumidor, al proveedor a través de su Servicio de Atención al Cliente y al Servicio, y se entenderá efectuada "a contar del tercer día hábil siguiente al de su envío. Esta notificación se lleva a cabo por correo electrónico o por carta certificada, a elección del consumidor, opción que se hará efectiva en el documento en que formule su reclamo, queja o controversia, y de ella se deja constancia en la causa, y que se remite al domicilio del consumidor registrado en su reclamación. No se coloca la ley en la posibilidad de estar representadas las partes por abogado y de apoderado para los efectos de la notificación del fallo, pero habrá que entender que a éstos también se les notificará en la forma

elegida por los contendores, sin perjuicio de cumplir lo prescrito a este respecto. Naturalmente el o los plazos que pueden derivarse de esta notificación se computarán de aquella que se practique en la forma ordenada por la ley a las partes u órgano ya mencionado.

El árbitro financiero es un tribunal de primera instancia, por consiguiente su sentencia –definitiva o interlocutoria– puede ser impugnada.

Al decir de esta ley, en contra de ellas "sólo procederá el recurso de apelación", que debe interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación de la sentencia de la cual se apela, presentándose ante el tribunal a quo para que éste lo conceda siendo procedente para ante la Corte de Apelaciones respectiva. Igual que en situaciones anteriores, la ley nada señala si el recurso debe ser fundado y contener peticiones concretas. Con todo, tramitándose el asunto en este momento procesal ante un árbitro de derecho, que deberá verificar si el recurso es procedente y admisible para poder concederlo, tal recurso reunirá las exigencias mencionadas. Sin embargo, no es el camino contemplado en la ley, pues se indica que "presentado el recurso" el árbitro remite los antecedentes a la Corte de Apelaciones en el plazo de cinco días "para que ésta se pronuncie sobre su admisibilidad", y de ser positivo tal examen, conozca en cuenta del litigio. De esta suerte, se cierra la puerta a un posible recurso de hecho.

Tampoco se indica en forma expresa el o los efectos de este recurso de apelación. Es factible entender la omisión considerando que el tribunal a quo debe limitarse a enviar los antecedentes al ad quem. Sin embargo, para que éste adquiera competencia para conocer del recurso, el inferior debe concederlo sin más, y a la vez disponer el envío de la causa al superior. Luego se está ante una apelación que es preciso estimar en ambos efectos –de facto– por el solo ministerio de la ley.

La tramitación del recurso en examen en la segunda instancia será la general que figura en el C. Procedimiento Civil, advirtiendo que no tendrán aplicación los arts. 200, 202 y 211 de este texto legal, vale decir, el plazo para comparecer ante el tribunal de alzada, la declaración oficiosa de inadmisibilidad, la deserción del recurso por la incomparecencia del apelante y, por último, lo relativo a la prescripción del recurso, respectivamente. El tribunal ad quem tiene un plazo de treinta días para dictar su fallo, contados desde el término de la vista (art. 90 N° 10 C.O.T.), si es que el negocio queda en acuerdo.

En forma expresa el art. 56E inc. 8° indica que en este procedimiento "no procederá el recurso de casación, de alusión comprensiva de ambos recursos de esta naturaleza –forma y fondo–. Cabe recordar que pese a las limitaciones que se establezcan respecto del recurso de casación en la forma, la jurisprudencia lo ha

admitido al fundarse en la incompetencia del tribunal o en la causal de ultra petita. Sin embargo, el artículo 545 del C.O.T. en su inciso segundo autoriza que a través de un recurso de queja se puede modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales cuando se trate de una sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores, lo que es plenamente aplicable al árbitro financiero por tener tal calidad. Tal recurso se conocerá por la Corte de Apelaciones respectiva en única instancia, al tenor del art. 63 N° 1 letra c) del C.O.T. Empero es preciso entender que tal situación no impide "la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias", quien, por lo demás, sólo hará uso de la disposición constitucional (art. 82) que le confiere "la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación".

Hay que destacar que esta norma orgánica (art. 545) prevalece sobre aquella de la ley del consumidor (art. 56E inc. 5°), toda vez que tiene el carácter de ley orgánica constitucional.

¿Se podría pensar que junto con interponer el recurso de queja es posible solicitar una orden de no innovar? La respuesta es negativa, considerando que la apelación, según se ha dicho, tiene un efecto suspensivo al remitirse los antecedentes por el tribunal a quo al de alzada para su conocimiento y resolución.

A no dudar, también es factible utilizar aquellos recursos que menciona el art. 182 del C. de Procedimiento Civil, esto es, aclaración, rectificación y enmienda.

Una vez ejecutoriada esta sentencia, sea por no haberse deducido recurso o haber sido éste rechazado, la "sentencia deberá cumplirse en el plazo de quince días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo para interponer el recurso o desde la notificación de la sentencia que lo rechaza, según corresponda". La redacción de este inciso es simplemente demostrativa del desconocimiento de normas procesales elementales. El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior (art. 186 C.P.C.), y la historia fidedigna de esta disposición indica que el verbo "enmendar" no sólo comprende la revocación, sino también la modificación parcial. Enmendar es sinónimo de deshacer, corregir, reformar, de donde se colige que el fallo de segunda instancia puede ser confirmatorio, revocatorio, o modificatorio, y la ley se está refiriendo a aquella decisión desestimatoria del recurso únicamente en palabras del escribidor de la ley, cuando éste "fuere rechazado". ¿Y qué acontece en las otras alternativas?

Continúa el artículo en cuestión señalando que el término para pedir el cumplimiento se cuenta "desde el vencimiento del plazo para interponer el recurso o desde la notificación de la sentencia que lo rechaza, según corresponda". En esta última parte se ignora que el art. 113 del C.O.T. expresa que "la ejecución

de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o única instancia". De esta forma, dictando la resolución del caso el tribunal de alzada, éste debe ordenar la devolución de la causa a la primera instancia –árbitro financiero– para que sea ese juzgador el que disponga el cúmplase respectivo, resolución que una vez notificada en forma legal permitirá iniciar el cómputo del plazo para pedir el cumplimiento aludido.

Si el proveedor no cumple con lo ordenado en la sentencia definitiva en el plazo de quince días (arts. 56D o 56E), el SERNAC debe denunciarlo ante el juez competente –juez de policía local– para que se le sancione con una multa de monto variable, que puede llegar hasta 750 UTM, e incluso, además, poder revocarle el Sello SERNAC.

Esta actitud obligatoria que debe asumir el Servicio no es impedimento para que el consumidor afectado denuncie el incumplimiento del proveedor.

Sobre la forma de llevar adelante el cumplimiento de las prestaciones que pueda contener el fallo, no hay referencia alguna en la ley. Por ende, se aplicarán las normas contenidas en la Ley N° 18.287, y en subsidio el Código de Procedimiento Civil acerca de esta materia, alcance que está autorizado por esta ley en su art. 50B.

Valga todo lo que se ha manifestado a lo largo de esta exposición en la medida que los "bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten y demuestren cumplir con las siguientes condiciones ...". Dicho de otra manera, todo este sistema controlador descansa en la voluntariedad de los afectados en someterse a esta reglamentación, pues no tiene el carácter obligatorio, sólo el paso del tiempo se encargará de demostrar la eficacia de este control financiero, o si por el contrario quedará como un anhelo de un legislador iluso.



# La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa, en las sociedades menos desarrolladas

**David Quintero Fuentes**

Profesor

U. Diego Portales

U. Alberto Hurtado

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Magister en Filosofía Moral

Universidad de Concepción

Especialista en Argumentación Jurídica

Universidad de Alicante

Candidato a Doctor

Universidad de Salamanca

**Resumen:** La Teoría de la Justicia de John Rawls tan sólo es aplicable en aquellas sociedades que comparten las mismas concepciones de justicia y de bien asumidas por la sociedad norteamericana. El resto de sociedades que se inspiren en diversas concepciones no pueden recurrir a ella sin prescindir de sus valores y cultura. John Rawls busca fundamentar el estado de bienestar que aparece luego de la segunda guerra mundial en los países capitalistas desarrollados y que es visto como el estado justo, recurriendo para ello a la hipótesis contractualista. Se trata de un seguidor de la tradición liberal, aunque morigerada por razones de índole social. Su liberalismo estriba en que las personas son inviolables en atención a consideraciones de bienestar general o de cualquier otra clase. Pero también es un individualista que exclusivamente entiende la sociedad como una mera suma de individuos, como una clase distributiva homogénea.

\*\*\*

## 1. Introducción

El presente trabajo pretende analizar las repercusiones de una de las obras más importantes, influyentes y polémicas del siglo XX, en el ámbito de la filosofía moral y política: *A Theory of Justice*, escrita por el filósofo norteamericano John Rawls. La concepción rawlsiana ha sido objeto de críticas severas y arduas polémicas, provenientes de las más diversas corrientes del pensamiento. Quizá sea justamente ello lo que ha contribuido a incrementar su vigencia y proyección.

De más está destacar la importancia de la pregunta por la justicia que este autor se plantea, retomando los vínculos con uno de los viejos problemas de la tradición filosófica y que a la luz de las complejas variables sociales, políticas y económicas de las sociedades contemporáneas cobra nuevos matices y un renovado vigor. En las páginas que siguen se intentará aclarar la relevancia de la *Teoría de la Justicia* en la solución de problemas éticos y políticos, especialmente en aquellas sociedades que no han alcanzado un nivel mínimo de desarrollo social y económico. Para ello, el análisis se centra en la versión original de la propuesta de Rawls y no en las modificaciones introducidas por el autor en obras posteriores como *Liberalismo Político* y *Derecho de Gentes*. Por otra parte, la bibliografía empleada se circunscribe fundamentalmente a la generada por la recepción de Rawls en Hispanoamérica.

## **2. El ámbito de aplicación de la *Teoría de la Justicia***

La concepción rawlsiana no nos brinda una solución a los verdaderos problemas de la justicia, puesto que sólo atiende a las cuestiones de legitimación de las sociedades modernas más desarrolladas y no se ocupa de otras situaciones. Es decir, la teoría de Rawls únicamente es susceptible de ser aplicada a aquellas sociedades que conformen un Estado Social de Derecho ("concepción especial" de justicia) y a aquellas sociedades que se correspondan con un Estado de Derecho, pero que no han logrado aún el nivel de desarrollo requerido para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad ("concepción general" de justicia). Los demás casos son excluidos por este autor, pues la justicia distributiva es un problema solamente en las mencionadas sociedades, ya que su propuesta se refiere a la estructura básica de una sociedad moderna.

Por otra parte, y sin considerar el asunto de la distribución de bienes en las sociedades que no cuentan con una escasez moderada, el filósofo de Harvard procura dar una justificación a la distribución de bienes en las sociedades modernas, sin tomar en cuenta las razones que llevan a determinados sujetos a poseer más bienes que otros. Simplemente lo da por supuesto y busca fundamentar su funcionalidad social. "*Su objetivo es la legitimación de las reglas de las sociedades modernas, afirmando la reciprocidad de gratificaciones estipulada por sus dos principios. Rawls, en todo momento, trata de mostrar que tales principios son justos en la medida en que benefician a todos, puesto que no benefician a unos y a otros sí. La sociedad bien ordenada, entonces, es una sociedad estable, ya que es un esquema social basado en la reciprocidad de gratificaciones*".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Agra, María José, J. Rawls: *El Sentido de la Justicia en una Sociedad Democrática*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, pp. 131-132.

De esta manera, al buscar una justificación moral de las desigualdades aspira a persuadir a los menos aventajados de que las circunstancias de justicia no les permiten pedir más. Así, la igualdad básica de todos queda reducida al plano legal y la reciprocidad equivale a reconocer los derechos civiles y políticos del resto. Sin embargo, ello transforma los derechos de las personas en meros derechos de carácter formal, al hacer compatible la referida igualdad con las desigualdades sociales y económicas. Se requiere simetría para que surja la reciprocidad y en una situación como la descrita no comenzamos de una posición de igualdad si unos poseen más que otros. Recurriendo a la escasez, Rawls pasa por alto los problemas de propiedad. Y en las sociedades más desarrolladas aparece el problema de la justicia distributiva, justamente debido a una etapa previa que tenía como objetivo principal la producción. Con lo dicho, se llega a concluir que en las sociedades modernas la producción no es asunto de la sociedad, sino más bien del subsistema económico.

Así, la propuesta rawlsiana pretende responder a los problemas que afectan a la sociedad norteamericana. Su pensamiento político intenta fundamentar un nuevo consenso, luego que el "consenso tácito", que aglutinaba la sociedad estadounidense desde los tiempos de la Constitución, se rompiera. Se trata de plantear en forma explícita una filosofía pública. Ello implica volver a considerar la tradición liberal en la que se sustenta la Declaración Americana de Independencia y que deriva de Locke. Es por ello que Rawls afirma: "*nos miramos a nosotros mismos y a nuestro futuro, y reflexionamos sobre nuestras disputas desde, podemos decir, la Declaración de la Independencia*".<sup>2</sup>

Debido a lo anterior, se califica a la teoría rawlsiana como realista, pues plantea la noción de una sociedad bien ordenada como una guía para reformar la sociedad y no como un simple modelo utópico. Atendiendo a ello, el calificativo más adecuado para nuestro autor es el de "socialdemócrata", ya que defiende la igualdad democrática y un liberalismo más igualitario, no siendo un conservador en el estricto sentido. La afirmación de los "derechos sociales", la necesidad de que el Estado intervenga en la sociedad y el principio de la diferencia como principio distributivo, hacen que Rawls adhiera a un liberalismo de corte igualitarista. A pesar de eso, John Rawls no tiene éxito en su búsqueda de una filosofía política para las modernas sociedades, porque "*supone la compra de los no aventajados*".<sup>3</sup>

Como se ha dicho, la teoría rawlsiana de la justicia tiene un carácter liberal, a pesar de que es más propio calificarla de socialdemócrata, con el fin de distinguirla de una clase de liberalismo que omite alusiones a la justicia social, para

<sup>2</sup> Rawls, John. "The Dewey Lectures 1980. Kantian Constructivism in Moral Theory", en *The Journal of Philosophy*, 77, N° 9, p. 518.

<sup>3</sup> Agra, María José, *J. Rawls*, cit n. 1., pp. 151-152.

presumir de su orientación liberal. El filósofo norteamericano revisa la tradición del pensamiento ético y político en cuanto al conflicto igualdad-libertad, en un intento por superar los defectos del liberalismo clásico. Su proyecto teórico corresponde al fruto de esa revisión, que lleva a una concepción de la justicia distributiva, una posición igualitarista.

Rawls en la parte no ideal de su teoría, que se refiere a las circunstancias en las que la justicia no se reconoce plenamente en la expresión de sus principios, es bastante prudente. La teoría no ideal, que no ha sido objeto de análisis detallado por los autores, se vincula más a la realidad que a la utopía, y por lo tanto es relevante en cuanto a las expectativas que puede generar su pensamiento en el orden de la práctica. En este ámbito, nuestro filósofo es, si se quiere, demasiado conciliador, puesto que cede muy fácilmente ante los obstáculos que ofrecen las circunstancias (así, llega a vaciar de contenido la desobediencia civil, debido a excesivos reparos). Demasiadas veces se interpreta los principios de justicia de forma tradicional y conciliadora.

El papel de la justicia parece centrarse fundamentalmente en la tarea de armonizar y estabilizar los conflictos, olvidándose de su rol utópico y anticipador, renunciando a la propuesta de nuevos proyectos de vida en común, a la apertura de inquietudes e interrogantes novedosas. Se orienta hacia el pasado y no hacia el futuro, situándose en una perspectiva de eternidad, cristalizando el sentido de justicia. Se aspira a alcanzar un mundo sin problemas, en el que no sea necesaria la imaginación.

En el planteamiento de la concepción general de justicia se alude a la distribución desigual de los bienes primarios. Es conveniente esclarecer esta idea, porque no se trata de considerar sólo el bien distribuido en forma desigual, sino que también en su intercambio. Desde un ángulo, las desigualdades económicas pueden mejorar las expectativas económicas de los peor situados y oportunidades desiguales pueden contribuir a aumentar las oportunidades de los menos aventajados. Aunque no se limita a eso, discriminaciones en oportunidades o una libertad desigual pueden mejorar la posición económica de los más postergados.

Se acepta el intercambio de libertad por bienes económicos y se estima ello justo si se aplica la concepción general. Se cree que en países poco desarrollados se puede incrementar el crecimiento económico al restringir las libertades, como ocurriría en situaciones dictatoriales. Esto se justifica hasta lograr el grado de civilización que posibilite realizar las libertades, ya que entonces se da paso a la concepción especial de la justicia.

De acuerdo a la concepción general, todos deben recibir los mismos bienes primarios, salvo que una desigual distribución beneficie a los peor situados en

relación a la posición de igualdad. Esto se reitera a propósito del principio de diferencia. La ventaja para los más postergados no es inmediata, al comienzo pierden en relación con aquello que les correspondería en una situación de igualdad, aunque es posible que este desnivel origine después una mayor cantidad de bienes, de forma que consigan una cantidad superior a la de la igualdad, que representaría una situación menos dinámica y progresiva. Lo anterior, si creemos que las desigualdades operan como factores motivadores o incentivos, que producen una corriente beneficiosa al constituir una diferencia de potencial. Por ello Rawls sostiene que *"la ganancia inmediata que podría permitir una mayor igualdad se puede ver como invertida inteligentemente en vistas de su beneficio futuro"*.<sup>4</sup>

Lo que se incrementa propiamente con la opción por la desigualdad son las expectativas. Sólo si se asegura que estas expectativas crecerán con relación a la situación de igualdad, en el largo plazo, las desigualdades representarán un justo incentivo. Y una demostración o convicción razonable de que ello sucederá no podrá resultar indiscutiblemente clara.

Por otra parte, se intenta encontrar el nivel de desigualdad que sea el más justo, al maximizar las expectativas. La justicia no equivale a una mera distribución óptima o eficaz desde el punto de vista técnico, en el sentido de que no sea factible cambiarla de forma que se mejore al menos a uno, sin perjudicar a nadie. Como criterio de selección, la eficacia es indeterminada, ya que se puede efectuar diversas distribuciones y todas ellas pueden reunir la exigencia requerida. Debe encontrar la eficacia que sea justa de manera precisa. A través de la concepción general y del principio de diferencia, nuestro autor intenta escoger la forma de eficacia que maximice las expectativas de los peor situados. De ese modo, se superará la eficacia, aunque sin contradecirla.

Se adopta la posición de los menos aventajados, que corresponden a quienes poseen una menor expectativa de bienes primarios, y se desatiende al resto de las posiciones sociales, haciendo más sencillo el razonamiento en torno a la justicia. Lo meritorio del planteamiento es que beneficia a los que están peor. No se alude a personas individuales, sino a los menos aventajados considerados como estrato social. No resulta sencillo identificar a quienes son efectivamente los más postergados por el sistema social y desgraciadamente se puede caer en la arbitrariedad. Rawls no soluciona cuestiones como las valoraciones requeridas para formular las comparaciones y el peso específico de cada bien primario. Lo expuesto hace mucho más compleja la aplicación del criterio y pone en entredicho la supuesta ventaja práctica frente a los cálculos utilitaristas, pues resulta inevitable recurrir a la intuición.

<sup>4</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 151.

El profesor de Harvard es partidario de un sistema de mercado capitalista, aunque ello no excluye la posibilidad de que importantes servicios públicos y sectores de la economía estén socializados. Sin embargo, el centro de su modelo de organización económica se halla en la existencia de una economía competitiva, pues tan solo en ella se podría aplicar el principio de diferencia, además una economía competitiva exige la propiedad privada de los medios de producción, por lo menos en determinadas áreas. Desde otro punto de vista, un sistema de economía centralizada y planificada en el que el mercado no dirija la producción, no sería compatible con los planteamientos rawlsianos. En todo caso, el Estado controlaría de forma activa la racionalidad del mercado.

Rawls parece expresar que su concepción de justicia podría ser compatible tanto con un sistema liberal fundado en la propiedad privada de los medios de producción, aunque corrigiendo las disfunciones del mercado con la intervención del Estado, como con un sistema liberal de corte socialista con una fuerte presencia del sector público que sirviera de garantía al ejercicio libre de los derechos y libertades que reconoce el primer principio de justicia. Lo que distinguiría estos sistemas sería la dimensión del área pública, mucho mayor en un sistema socialista.

Rawls tampoco explicita qué sistema es preferible o cuál de ellos responde mejor a los requerimientos de la justicia. "Presumiblemente no hay una respuesta general a este problema, ya que depende en gran parte de las tradiciones o instituciones o fuerzas sociales de cada país, y de sus especiales circunstancias históricas". Pero con esto busca diseñar un orden institucional político y económico-social calificado como "igualdad democrática", y puede admitir en su seno sistemas liberales en los que la concentración de capitales se mantenga en niveles "equitativos", como regímenes con economías socialistas, pero –y esto sí parece implícitamente contenido en su modelo– con un pleno funcionamiento del mercado".<sup>5</sup> Lo señalado resulta bastante ambiguo y permite toda clase de combinaciones entre los diversos regímenes políticos. En pocas palabras, la intención de Rawls es afirmar que todo sistema político que respete las libertades que se contienen en el primer principio y siga una política económico-social que favorezca la igualdad de oportunidades y el aseguramiento de un mínimo vital para todos los sectores de la sociedad, puede enmarcarse en su concepción de la justicia. En el caso de Estados Unidos o la Unión Europea y teniendo en cuenta sus respectivas tradiciones, se preferiría un sistema capitalista con ciertos ajustes; por otra parte, también podrían situarse otros sistemas de Europa oriental, ya liberalizados sus regímenes políticos.

<sup>5</sup> Vallespín Oña, Fernando, *Nuevas Teorías del Contrato Social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan*, Editorial Alianza, Madrid, 1985, pp. 128-129. Esta obra efectúa una de las contribuciones más lúcidas y profundas en el ámbito iberoamericano para comprender las repercusiones de la teoría de Rawls.

Surge, entonces, la necesidad de aclarar si los principios rawlsianos de justicia son realmente neutrales en la discriminación entre los distintos sistemas socioeconómicos, o si, por el contrario, sus fundamentos implícitos como "la igual dignidad moral de las personas" conducen a la opción necesaria por alguno de ellos. Es en este punto donde surgen las más variadas interpretaciones y las más arduas polémicas.

Resulta curioso que en la mayoría de los casos las características adjudicadas a la teoría de Rawls se encuentren en una relación inversa al correspondiente autor que se las atribuye. Por ejemplo, los liberales más neoconservadores lo catalogan de socialista, en tanto los pensadores de la línea marxista enfatizaron la defensa del Estado capitalista que puede hallarse en los postulados centrales de su obra. Debido a esto, la discusión se ha enfocado primordialmente en la oposición capitalismo-socialismo, dejando de lado cualquier posible matización. A pesar de lo dicho, y como notable excepción, algún autor de corte "socialista" ha encontrado en Rawls una excelente defensa de su respectiva ideología y a la inversa.

*"El principio liberal acepta la eliminación de las diferencias sociales con objeto de asegurar un punto de partida igual, pero justifica el resultado desigual sobre las bases de las capacidades y talentos naturales. Para Rawls, sin embargo, las ventajas naturales son tan arbitrarias y causales como las sociales (...) la conclusión de Rawls, por tanto, es que ya no se pueden igualar las oportunidades, no queda más que inclinarse a otro fin: la igualdad de resultados".<sup>6</sup>*

Nuestro autor sostiene que las desigualdades institucionales que resienten las expectativas de vida de las personas no se pueden evitar y alude a las desigualdades entre clases debido a ingresos y riqueza. Justamente, los dos principios de justicia deben operar con estas desigualdades básicas al parecer inevitables. Dicho de otro modo, las diferencias en las expectativas de vida que provienen de la estructura básica de la sociedad no son susceptibles de ser evitadas, y el segundo principio de justicia pretende determinar en qué casos serían justas esas diferencias.

Para D. Bell y algún otro autor "neoconservador", *"Rawls representa el esfuerzo más comprensivo de la filosofía moderna para justificar una teoría socialista"*. Pero la verdad es que no argumenta consistentemente esta aseveración y únicamente expresa que: *"en la actualidad, el liberalismo clásico ha tocado a su fin. La medida del bien social ya no es la satisfacción individual, sino la reparación para los desaventajados como primera demanda sobre la conciencia social y sobre la política social"*.<sup>7</sup> En realidad, no se pretende un giro hacia el socialismo, sino

<sup>6</sup> Vallespín, *Nuevas Teorías*, cit. nota n. 5, p. 130.

<sup>7</sup> Vallespín, *Nuevas Teorías*, cit. nota n. 5, p. 130.

más bien superar el liberalismo clásico y su estrecha noción del individuo y la racionalidad. El rol básico de la sociedad que se circunscribía a establecer las reglas de procedimiento que regulan el libre intercambio de bienes y servicios ha sido transformado, producto de la imposición del "principio de grupo". La actividad del Estado se somete al logro de la justicia de fondo, basada en el principio de diferencia, los peor situados se identifican primordialmente en términos de grupo. Aunque el núcleo de la crítica de Bell se halla en la consideración rawlsiana de las capacidades naturales de los individuos como un bien de carácter social. Con esto, se vulneraría abiertamente el principio de meritocracia y fundamentaría un estado socialista basado en el logro de una igualdad básica entre todos los sectores de la sociedad.

En cambio, para otros pensadores como Macpherson o R. Miller, la conclusión es muy diferente, pues según ellos la propuesta de Rawls se encuentra más próxima al estado de bienestar capitalista que a una sociedad socialista. Específicamente, Rawls defendería un modelo de Estado social liberal-democrático capitalista; siguiendo la tradición liberal-reformista de Mill, puesto que sin remover los fundamentos del sistema, aspira a llevarlo a posiciones más igualitarias. Pero de ninguna manera se esboza la superación de una sociedad escindida en clases sociales. Ésta es su acusación más relevante en contra de Rawls. Con el propósito de sustentar su crítica, alude a ciertos párrafos de la *Teoría de la Justicia*, en los que Rawls emplea explícitamente el término "clases" o se refiere a diversas expectativas de vida, dependiendo de la ubicación en determinado grupo de la sociedad, y lo que es más importante, procura deducir que esta idea se encuentra de modo tácito en los supuestos teóricos de su obra. Como la aplicación del principio de diferencia supone los mecanismos de incentivo del mercado capitalista, se justificaría una sociedad de ese tipo. Morigerar la desigualdad por sobre los márgenes esperables en un estado capitalista de bienestar provocaría que las clases trabajadoras estuvieran peor situadas a largo plazo, ya que eso disminuiría los fomentos a la productividad y el progreso de la industria.

Enseguida, Macpherson enfrenta su acusación de que Rawls defiende un sistema de mercado capitalista con la existencia de clases sociales en ese sistema de producción, esto es, que la propiedad privada de los medios de producción implicaría un poder extractivo que posibilitaría que el grupo de los propietarios "*extraiga forzosamente*" ciertos beneficios del trabajo de la mayor parte de la población, y "*el poder extractivo de los propietarios del capital disminuye el poder de desarrollo de los no propietarios*". Con ello, el propósito teórico de fortalecer la igualdad moral de las personas no se alcanzaría en absoluto.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1999, p. 174.

Una de las características más relevantes de la teoría de la justicia de Rawls es que se trata de una concepción ideal, presentada como un modelo de justicia a seguir por las sociedades contemporáneas. Analicemos tres posibles modelos de ordenamientos sociales y como se aplicaría en ellos el principio de diferencia:

El primero de ellos corresponde a una economía capitalista con un sector público importante, un Estado poderoso, grandes diferencias de ingresos, instituciones democráticas formales consolidadas, aunque con una distribución muy desigual del poder político entre los más influyentes grupos económicos (esta descripción calza perfectamente con la sociedad norteamericana actual).

El segundo modelo comparte gran parte de los rasgos del anterior, pero se distingue de él en que se efectúa una redistribución de la riqueza, a través de los tributos y pagos por transferencias, con la finalidad de aminorar las desigualdades en la distribución, pero provoca una reducción del producto total y disminuye la tasa de beneficios, eso sí, consigue mejorar la situación de los menos acomodados.

El tercer modelo corresponde a un Estado socialista democrático, el cual controla y tiene la propiedad de las más grandes concentraciones de capital; originando por ello una distribución de ingresos semejante a la del modelo anterior (la mayor desigualdad en la distribución de los ingresos del segundo modelo se compensa con una estructura de ingresos más amplia del presente modelo).

Estas tres diversas clases de ordenamientos sociales equivaldrán a tres puntos en el mapa de la indiferencia social. *"El segundo y el tercero serán preferidos al primero, en virtud de la condición relativa del hombre representativo menos acomodado en cada uno, y, según los he descrito, el segundo y el tercero serán aproximadamente indiferentes (o, para decirlo gramaticalmente, la sociedad será indiferente cuando se le pida que se elija entre el segundo y el tercero)".*<sup>9</sup> *"Pero cualquier modelo que represente el segundo y el tercer conjunto de ordenamientos como "próximos" entre sí no será de utilidad alguna, en absoluto, para valorar las sociedades alternativas, ni para decidir en qué dirección salir de nuestra actual situación".*<sup>10</sup> Las redistribuciones de ingresos serán frenadas por el poder político del capitalismo social, a menos que sea posible hallar alguna vía para resguardar la posición ventajosa de las sociedades, o consiguiendo en el exterior un beneficio en una etapa de comercio que sea favorable, o a través de la imposición del gravamen de la redistribución sobre los grupos no organizados políticamente y de ingresos medios en la economía (por ejemplo, la pequeña y mediana empresa o los trabajadores no sindicalizados, que experimentan una

<sup>9</sup> Wolff, Robert Paul. *Para Comprender a Rawls. Una Reconstrucción y una Crítica de la Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, pp. 183-184.

<sup>10</sup> Wolff, *Para comprender*, cit. nota n. 9, pp. 183-184.

caída real en sus ingresos como resultado de la inflación y del congelamiento de los sueldos.

La opción por un socialismo democrático presenta prima facie más dificultades, aunque por medio del esclarecimiento de los cambios reales requeridos en el poder económico es posible dejar atrás la creencia de que la redistribución de ingresos puede lograrse sin conflictos, gracias a la cooperación y armonía y en el marco de la actual estructura de la empresa privada. *"Los economistas y los sociólogos, desde Adam Smith hasta el presente, nos han advertido acerca de las inesperadas consecuencias de las políticas sociales públicamente más vivas y moralmente más admirables. Elevad el salario mínimo –asegura Milton Friedman–, y aumentaréis el desempleo, al impulsar a los capitalistas a introducir técnicas de ahorro de fuerza de trabajo que, con un salario más bajo, no serían rentables. Apresad los tornillos en lo que se refiere a la entrada de heroína en el país, y provocaréis una oleada de crímenes, pues la elevación de precio en el mercado negro empuja a los adictos a robos cada vez más violentos. Al dejar de lado tales consideraciones, Rawls niega, sencillamente, el carácter social de la sociedad".*<sup>11</sup>

Si analizamos con una mayor exhaustividad el constructo rawlsiano, llegaremos a la conclusión de que el modelo de persona que presupone corresponde a un hombre profesional, interesado en su carrera, inmerso en una sociedad que goza de estabilidad política, económica y social, en la que preocupa la resolución de problemas a largo plazo, tales como la educación de los niños, el lugar de residencia, la jubilación, los seguros de vida, entre otras por el estilo. Como ya se ha destacado: *"La orientación temporal se dirige esencialmente hacia el futuro, más que hacia el pasado, pero hacia el futuro como conjunto, no hacia un determinado momento dramático o exaltado del futuro. En resumen, lo que vemos es exactamente lo que Karl Mannheim caracterizaba, en su brillante discusión de la estructura ideológica de la conciencia temporal, como la mentalidad utópica liberal humanitaria".*<sup>12</sup>

### **3. La importancia de la teoría de Rawls en la solución de problemas de ética normativa en las sociedades menos desarrolladas.**

Rawls acepta que en una sociedad que se encuentra en las etapas iniciales de su desarrollo económico y social se renuncie a un determinado nivel de libertad con el propósito de obtener un mayor bienestar material; pero ello provisionalmente hasta que pueda regir con todo vigor la regla de prioridad, la cual en definitiva sólo da lugar a restringir la libertad por razón de la propia libertad.

<sup>11</sup> Wolff, *Para comprender*, cit. nota n. 9, p. 142.

<sup>12</sup> Wolff, *Para comprender*, cit. nota n. 9, p. 127.

Finalmente, la exigencia de que la norma de prioridad se aplique únicamente una vez alcanzado un mínimo nivel de bienestar, permite descartar conclusiones evidentemente absurdas. En efecto, si se aplicara estrictamente la regla de prioridad, nada justificaría ni la más mínima restricción de la libertad igual, aunque ello conllevara un serio peligro que amenazara la conservación de la sociedad, por ejemplo, a causa de una brusca y grave caída en la cantidad de bienes primarios. Ello *"aunque pudiera haber muchas razones para suponer que sería posible comprar la supervivencia, al precio de una tiranía temporal"*.<sup>13</sup>

En el mundo actual, en que se ha proclamado la extinción de las ideologías y la victoria del capitalismo neoliberal como la única alternativa posible para producir riqueza eficientemente, nos enfrentamos a una distribución cada vez más desigual de los ingresos y a una parte importante de la población mundial sumida en la pobreza. Problemas como el hambre, la marginación y la falta de oportunidades no pueden pasar inadvertidos. Y ante ellos la reflexión filosófica tiene algo que decir, puesto que no le puede resultar indiferente el destino del hombre. En las sociedades latinoamericanas, la justicia social es uno de los problemas más importantes, recordemos que al menos un cuarenta por ciento de la población está bajo la línea de pobreza; y por supuesto, la filosofía debe ocuparse de los desafíos que presenta la realidad social. De otro lado, en los tiempos actuales, el neoliberalismo, que representa una negación del estado de bienestar, es impuesto por los organismos financieros internacionales y las potencias hegemónicas.

La concepción rawlsiana no es compatible con el pluralismo que supuestamente proclama, ya que los criterios y valores en que se fundamenta únicamente tienen validez en un determinado ámbito de la civilización occidental regido por principios liberales. La teoría de la justicia tan sólo es aplicable en aquellas sociedades que comparten las mismas concepciones de justicia y de bien asumidas por la sociedad norteamericana. El resto de sociedades que se inspiren en diversas concepciones no pueden recurrir a ella sin prescindir de sus valores y cultura.

La teoría rawlsiana requiere un excedente de desigualdad que posibilite la distribución de riqueza. Y si vamos más allá de las sociedades más desarrolladas, veremos que el balance neto de la desigualdad, los bienes y su distribución resultan deficitarios y por ende sólo tenemos marginaciones que reducir y no riqueza que repartir. El bienestar de la sociedad demanda primeramente suficientes bienes básicos materiales que garanticen la subsistencia. Sólo después de asegurar el acceso al empleo y una mayor esperanza de vida al nacer, estaríamos en condiciones de concebir la justicia distributiva a la manera rawlsiana.

<sup>13</sup> Wolff, *Para comprender*, cit. nota n. 9, p. 84.

La propuesta teórica de Rawls pierde interés y utilidad, al buscar una justificación del statu quo y de un determinado modelo capitalista de desarrollo económico, y presentar cierto ordenamiento social estimado como óptimo. Entre los defectos de este planteamiento, nos encontramos que son justamente los peor situados quienes deben sufrir las inequidades del sistema. Rawls sostiene que deben renunciar a ciertas ventajas en aras del mayor bien colectivo, pero no se trata de un beneficio colectivo, puesto que no es para todos, sino para los más aventajados, excluyendo así la justicia como imparcialidad. Resulta evidentemente más sencillo, pero menos justo, reclamar a los más postergados que renuncien a sus intereses a favor de otros de mayor amplitud, que requerir lo mismo de los mejor situados.

Como ya se ha dicho, la teoría de justicia equivale a la defensa de la política económica del Estado de bienestar, o sea, postula el rol compensador del Estado de las diferencias y efectos recesivos de la economía de mercado. No obstante, al concluir la década de los ochenta, se hizo patente que este modelo de Estado interventor no se podía seguir sosteniendo, debido al serio déficit fiscal.

Nuestro autor ha pretendido argumentar que solo es posible alcanzar la justicia en condiciones de desigualdad, aunque muchos señalan que la desigualdad únicamente agudiza la injusticia e impide el desarrollo completo de las personas en sociedad.

La política contemporánea está orientada a la democracia, lo cual ha permitido que la población participe en las decisiones políticas y en los beneficios del progreso colectivo; pero paradójicamente, a pesar de una mayor cantidad de oportunidades y de medios, la participación se reduce a quienes cuentan con las herramientas para hacerla efectiva. Ello pone en riesgo la legitimidad de la democracia, al no cumplir con su propósito y encontrarse al borde de transformarse en una ficción. Ésta es la cuestión más relevante de la política actual. *"Con el Estado democrático de derecho, la economía de mercado y el pluralismo social, acaba imponiéndose lo que no es sino la idea que la tradición liberal se hizo siempre del orden social y político. Con ello parece por fin cumplirse el prematuro pronóstico del final de las ideologías".*<sup>14</sup> Aunque por otra parte renace el interés por el reconocimiento, defensa y promoción de los derechos humanos.

Para comprender el pensamiento de nuestro filósofo, debemos tener en cuenta el contexto político y social en que se formula: *"Entre la guerra y la paz, la devastación y la reconstrucción, la guerra fría y la conquista de aliados estratégicos, y en medio de todo, la promesa de un mundo feliz donde el hombre cumpliría su dominación sobre la materia y cubriría todas sus necesidades y sería próspero".*<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Serrano Sánchez, Jesús Antonio. "Apuntes para una Fundamentación de la Justicia a partir de una Crítica a la Teoría de la Justicia de John Rawls", en *Hemeroteca ANUIES*, Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior, México, 2002.

<sup>15</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

Tal como se dijo, en el caso de sociedades en vías de desarrollo que no han alcanzado un nivel medio o un nivel aceptable de bienestar material se permite una restricción de las libertades que afectan a la ciudadanía, de las libertades básicas, a favor de la consecución de un nivel más elevado de desarrollo económico. Una vez conseguido este crecimiento, las restricciones desaparecerían. De esto se desprende la viabilidad de intercambio entre bienes y libertades, aunque se limite a situaciones en las que se aspire a fortalecer el sistema total de libertades.

Esta postura de Rawls origina varias cuestiones, pues da por supuesto que las personas, debido a su racionalidad, dan preferencia a la libertad por sobre un incremento de sus bienes, si su sociedad ha cubierto las necesidades básicas. Pero ¿cómo se determina qué necesidades deben ser satisfechas prioritariamente y cuándo debemos tenerlas por satisfechas, o cuándo debe concluirse con las restricciones a la libertad, cuál es el nivel de desarrollo económico y social que constituye el límite entre las diversas concepciones de justicia?. Desde otra perspectiva, es posible que ya cubiertas las necesidades básicas, los individuos persistan en demandar bienes, no obstante que Rawls sostenga que la disposición ética de la racionalidad de las personas los llevaría en dirección inversa. Este problema no es solucionado por el pensador norteamericano.

La pregunta por la justicia está plenamente vigente, pues subsisten las situaciones de marginación y pobreza. En las últimas décadas, una gran cantidad de autores han reflexionado sobre el asunto, desde diversos puntos de vista, procurando superar las contradicciones. El núcleo de la polémica se vincula a cuestiones relacionadas con la organización estatal y el régimen democrático, que Rawls no aborda en profundidad.

Las perspectivas de la justicia se encuentran subordinadas al futuro del neoliberalismo. John Rawls planteó su obra al amparo del Estado de bienestar, aunque desafortunadamente la escribió tan sólo unos años antes de que fracasara el modelo estatista de desarrollo (debido a un mayor empobrecimiento derivado de la inflación y el déficit fiscal incrementados por fuertes programas de compensación social y subsidios que no lograron su objetivo).

Luego, los propios liberales, compañeros de Rawls, inician una ardua defensa del neoliberalismo, que implica desregulación y retirada del Estado de su intervención en la economía, la seguridad social y los servicios públicos. Se cree que lo más justo es un mercado imparcial y que cada quien vele por sus intereses y derechos. Simplemente, los propios liberales asumen que la justicia no puede supeditarse a un Estado que no asegure la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la sociedad y que niega al individuo, al no preocuparse por la finalidad común de la libertad.

En otro frente, la reflexión en torno a la justicia social y el desarrollo institucional y económico se encuentran subordinados a las nuevas condiciones de producción derivadas de la tercera revolución industrial y el rápido crecimiento demográfico. Las nuevas tecnologías desplazan el uso intensivo del capital y el trabajo, al incrementar más eficientemente la productividad, esto conlleva que los hábitos de consumo se hagan mucho más flexibles y amplios, conduciéndonos a un mercado con tendencia a saturarse; por otra parte, la fuerza de trabajo desplazada se incrementa, disminuyendo su poder adquisitivo, incorporándose a la economía informal y formulando exigencias de bienestar al aparato estatal. El Estado es cuestionado fuertemente debido a los problemas fiscales, resultado de su hipertrofia como propietario e impulsor del bienestar social, sólo generó ineficiencia y endeudamiento. *"El Estado es una institución en crisis por los efectos deslegitimantes de la injusticia manifiesta como sectores marginados de las promesas de desarrollo largamente postergadas. Está en crisis porque no es capaz de armonizar democracia y gobernabilidad, se debate entre el vacío de poder y el totalitarismo"*.<sup>16</sup>

Los desafíos pendientes para el Estado consisten primordialmente en establecer su tamaño apropiado, salvaguardar el orden económico y armonizar el ejercicio eficiente del poder con el respeto a los derechos humanos y una adecuada gestión del bienestar. Estas circunstancias deben ser atendidas debidamente por la justicia social para no pedir al Estado lo que no puede otorgar y sí exigirle el cumplimiento eficaz de sus funciones.

No se puede pensar en lograr el tan ansiado desarrollo socioeconómico sin reducir los márgenes de desigualdad, que impiden a considerables sectores de la población acceder a la participación en los beneficios de pertenecer a la sociedad. Esto es aplicable muy especialmente a las sociedades latinoamericanas. *"La única solución integral es la que surge de la intencionalidad de la justicia social. Sólo con justicia se puede maximizar la productividad, lo cual sería un enorme descubrimiento para los macroeconomistas, pero la maximización supondría la distribución, lo cual no convence a los potentados. Sólo con justicia como intencionalidad se pueden reducir los rezagos y abordar esquemas distributivos eficientes"*.<sup>17</sup>

Estamos, evidentemente, ante una problemática compleja y abierta que espera soluciones. La justicia social requiere que el estado emplee herramientas reguladoras y redistributivas para corregir los defectos del libre mercado y asegurar la equidad en el acceso a condiciones mínimas y dignas para todos. *"La agenda para definir la justicia social después del fracaso de welfare state y con él de la teoría rawlsiana y en el preludio del fracaso del neoliberalismo aborda dos grandes tópicos: recuperar los referentes trascendentales, recuperar el sentido del*

<sup>16</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

<sup>17</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

*ser de la realidad, recuperar su finalidad, en un palabra, recuperar su racionalidad; segundo, reordenar la sociedad y sus instituciones en torno a estos principios".<sup>18</sup>*

#### **4. Consideraciones críticas en torno a la propuesta de Rawls**

La concepción de Rawls reduce lógicamente problemas éticos que no analiza ni resuelve con la claridad necesaria. Así, si bien valora el bienestar, la libertad y la justicia distributiva, no precisa la razón de que esa libertad y ese bienestar sirvan de fundamento a la sociedad y por qué deberíamos preferir el proyecto rawlsiano de justicia distributiva en lugar de otros. Si no se explica la finalidad de la libertad individual y se la defiende sin más, se termina por transformar al hombre en medio de la libertad.

Habermas dice que por democracia ya no se entienden las condiciones en que todos los intereses legítimos pueden ser satisfechos mediante la realización del interés fundamental en la autodeterminación y la participación, ahora no es más que una clave de distribución de recompensas conforme al sistema, y por tanto un regulador para la satisfacción de los intereses privados; esta democracia hace posible el bienestar sin libertad. La democracia ya no se asocia con la igualdad política en el sentido de una distribución igual del poder político, es decir, de las oportunidades de ejercer, la igualdad política sólo significa el derecho formal al acceso al poder con iguales posibilidades, es decir, el derecho igual a ser elegido en posiciones de poder. La democracia ya no persigue el fin de racionalizar el poder social mediante la participación de los ciudadanos en procesos discursivos de formación de la voluntad, más bien tiene que posibilitar compromisos entre las elites dominantes.<sup>19</sup>

La sociedad se encuentra ligada por demasiadas consideraciones económicas, planteándose la disyuntiva de aceptar las distorsiones creadas por el Estado o dejar que el mercado vulnere las expectativas de subsistencia de los grupos más postergados de la sociedad. El dilema del Estado postmoderno para los países en desarrollo encuentra un marco en la formulación ideológica del liberalismo social; el desafío consiste en que el sistema sea eficiente para producir riqueza y para distribuirla, se trata de un consenso logrado sobre ambos aspectos. Ciertos pensadores de distintas orientaciones, como Habermas, consideran que el énfasis debe ponerse en la democracia; claramente esta perspectiva corresponde al primer mundo y la anterior se suscita en nuestras sociedades en vías de desarrollo. *"Hemos de emanciparnos de la idea de que la exclusión del 10% de parados sea algo normal, de que la miseria en el tercer mundo, el hambre en la zona del Sahel y el racismo en Sudáfrica sean algo normal... En lugar de desmontar,*

<sup>18</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

<sup>19</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

*como hoy es moda, los ideales del siglo XVIII, es decir, los ideales de la revolución francesa, deberíamos tratar de realizarlos, permaneciendo conscientes, eso sí, de que a la Ilustración le es inherente una dialéctica que comporta sus riesgos".<sup>20</sup>*

Aunque el desafío más complejo para alcanzar la justicia social es de carácter político, el aspecto clave es el económico, ya que carece de sentido hablar de la forma en que debe ser distribuida la riqueza si no hay bienes que distribuir. No podemos olvidar la dimensión económica de la política. *"Ningún Estado puede superar esos rezagos aplicando medidas que fueron pensadas para agentes económicos aptos. Mi perspectiva del problema es catastrófica: si los menos aventajados y los pobres sólo poseen como factor productivo su capacidad laboral y la necesidad de empleados se contrae, entonces ¿qué perspectivas tienen? Por su parte, el neoliberalismo promete que si se expande el comercio entonces también serán necesarios más empleados, sin embargo se trata de empleados calificados, la expansión de las mercancías es mucho mayor a la de las industrias, puesto que éstas cuentan con maquinaria cada vez más productiva y necesitan proporcionalmente menos empleados, el crecimiento de la industria debería ser vertiginoso, lo cual es dudoso si nos percatamos de la escasez de recursos naturales, y finalmente esta promesa se esfuma frente a la incapacidad de ampliar el mercado: si la gente no tiene ingresos o estos son insuficientes, el consumo que puede realizar es reducido... Sin ingresos no hay consumo, sin consumo no hay comercio, sin comercio no hay producción ni expansión de la industria y sin ella no hay trabajo ni ingresos".<sup>21</sup>*

Las naciones más desarrolladas sufren en mayor medida las crisis de empleo, los países en vías de desarrollo adolecen de la falta de capitales, lo que resiente la inversión y la competitividad; y los países del cuarto mundo no sobreviven sin la ayuda del primer mundo, que es reducida, porque no hay beneficios de por medio. Como puede deducirse, cualquier alternativa de solución que se intente implementar excede el marco localista.

Situándonos en la realidad contemporánea, hasta ahora las soluciones propuestas por la economía neoliberal sólo han agudizado la pobreza y la desigualdad. Por otro lado, ante la caída del socialismo real se ha sostenido la victoria del capitalismo y el fin de la historia, y ha surgido un distanciamiento de las ideologías. Rawls declara la necesidad de la economía capitalista: *"En todas las interpretaciones supongo que el primer principio de igual libertad ha sido satisfecho y que la economía es, en términos generales, un sistema de mercado libre, aunque los medios de producción pueden o no ser propiedad privada".<sup>22</sup>*

<sup>20</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

<sup>21</sup> Serrano, "Apuntes", cit. nota n. 14.

<sup>22</sup> Rawls, *Teoría*, cit. nota n. 4, p. 88.

John Rawls busca fundamentar el Estado de bienestar que aparece luego de la segunda guerra mundial en los países capitalistas desarrollados y que es visto como el Estado justo, recurriendo para ello a la hipótesis contractualista. Se trata de un seguidor de la tradición liberal aunque morigerada por razones de índole social. Su liberalismo estriba en que las personas son inviolables en atención a consideraciones de bienestar general o de cualquier otra clase. Pero también es un individualista que exclusivamente entiende la sociedad como una mera suma de individuos, como una clase distributiva homogénea (presenta la posición originaria como una situación en la que individuos con ciertos rasgos escogen principios de justicia que establezcan un sistema distributivo de ventajas).

Aceptar la concepción rawlsiana implica adoptar como sustrato unas relaciones sociales mercantilizadas. *"La moralidad aparece, de este modo, enraizada en la escasez y su función es la de facilitar ordenamientos sociales en los que el poder esté sancionado moralmente. Los problemas de justicia distributiva se plantean en términos de escasez y no de apropiación: esto fue justamente lo que Marx denunció. Pero aun en el caso de que la abundancia se alcanzase, no por ello se eliminan los problemas, puesto que la cuestión radica en la propiedad, en la posesión y los derechos de propiedad, y bien pudiera ser que, no existiendo escasez, el preservar las posesiones personales tuviese importancia".*<sup>23</sup>

Nuestro autor enfatiza la derrota histórica de los gobiernos constitucionales en su intento de resguardar la libertad, puesto que no avanzaron lo suficiente para que la distribución de la propiedad y la riqueza no vulneraran la igualdad política. Llega a sostener que no es suficiente con el sufragio universal, sin un financiamiento público de los partidos y las campañas electorales, pues los intereses privados dominantes tendrían injerencia en los asuntos de prioridad pública. Cuando el principio de igual participación es respetado, todos tienen un mismo estatus de igual ciudadanía.

Entonces, Rawls defiende el Estado de derecho desde la visión del Estado social más que del Estado liberal. Ello puesto que admite y enuncia las limitaciones de este último, por esto insiste en el valor de la libertad y en la urgencia de que se establezca en la sociedad el debido ordenamiento democrático constitucional, sin someterse a los intereses económicos dominantes.

Así puede ser considerado como un defensor del Estado social, es decir, de la mediación entre Estado y sociedad, en el sistema de organización política. Los requerimientos del Estado social consisten fundamentalmente en la organización democrática de la sociedad, en la interpretación democrática del Estado de Derecho (libertad política) y en la defensa de la igualdad de oportunidades. O sea, los dos rasgos definitorios del Estado social son la organización democrática

<sup>23</sup> Agra, J. Rawls, cit. nota n. 1, p. 131.

de la sociedad y un aparato estatal con capacidad de intervenir en la sociedad. De este modo, el Estado social no alude únicamente a los derechos de libertad, sino que además a los derechos sociales, en una perspectiva más democrática e igualitaria que el clásico individualismo liberal. "En todo momento, Rawls trata de restar importancia a las cuestiones económicas y sociales apelando a las propensiones psicológicas de los individuos. Argumenta que para un individuo es más importante el autorrespeto y la autoestima que un mayor o menor nivel de ingresos. El reconocimiento institucional de la igualdad de la ciudadanía es juzgado más gratificante que un mayor nivel adquisitivo. Esto no es más que la consecuencia de reconocer la importancia de los elementos normativos frente a los intereses materiales".<sup>24</sup>

### Bibliografía fundamental

1. Agra Romero, María José. *John Rawls. El sentido de la justicia en una sociedad democrática*, Universidad Santiago de Compostela, 1985.
2. Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999.
3. González Altable, María Pilar. *John Rawls. Una Concepción Política y Liberal de la Justicia*, Editorial Novo Século, Portugal, 1993.
4. Martínez García, Jesús I. *La Teoría de la Justicia de John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
5. Mullhall, Stephen, y Swift, Adam. *El individuo frente a la comunidad: el debate entre liberales y comunitaristas*, Editorial Temas de Hoy, Madrid, 1996.
6. Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
7. Rawls, John. *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
8. Rawls, John. *Collected Papers*, edited by Samuel Freeman. Harvard University Press, 1999.
9. Serrano Sánchez, Jesús Antonio. "Apuntes para una Fundamentación de la Justicia Social a partir de una Crítica a la Teoría de la Justicia de John Rawls", en *Hemeroteca ANUIES*, Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior; México, 2002.
10. Rubio Carracedo, José. *Paradigmas de la política: del estado justo al estado legítimo: Platón, Marx, Rawls, Nozick*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1990.
11. Vallespín Oña, Fernando. *Nuevas teorías del contrato social: J. Rawls, R. Nozick y James Buchanan*. Alianza, Madrid, 1985.
12. Wolff, Robert Paul. *Para comprender a Rawls, una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México, 1981.

<sup>24</sup> Agra, J. *Rawls*, cit. nota n. 1, p. 150.

# Teoría de la posesión inscrita

**Fernando José Rabat Celis**

Profesor de Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Francesca Maurizioano Concha**

Ayudante de Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto abordar la Teoría de la Posesión Inscrita comenzando por el análisis del concepto de posesión, sus principales elementos y sus diversas clases. Asimismo, nos referimos a los aspectos más relevantes y controversiales de la posesión, entre los cuales destacamos la discusión acerca de la existencia de las posesiones viciosas y si ellas permiten o no adquirir el dominio por prescripción; el análisis del debate relativo a la posible mutación del mero tenedor en poseedor, a la luz de los artículos 716 y 2510 regla 3ª del Código Civil. El estudio también se refiere a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los bienes raíces tanto inscritos como no inscritos; el rol que juega la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión, el problema que genera la existencia de dos inscripciones paralelas sobre un mismo bien, el significado de la expresión "competente inscripción", el caso de las inscripciones de papel.

\*\*\*

## A. Antecedentes generales

La doctrina nacional comparte el diagnóstico en orden a que la posesión y, en particular, la de los bienes raíces inscritos, es uno de los temas que más controversia ha generado en el ámbito del Derecho Civil.

Las dificultades se asoman desde la pregunta inicial ¿qué se entiende por posesión?, o bien, ¿cuál es su naturaleza jurídica?, y se van haciendo cada vez más complejas a medida que se avanza y profundiza en su estudio. Por ello, en el presente trabajo se agrupan aquellos temas que son objeto de posiciones encontradas por parte de la doctrina nacional, verificando la forma cómo

la jurisprudencia ha resuelto sobre el particular, en especial, en lo referente a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los bienes raíces. Asimismo, se analizará el rol que juega la inscripción del título en el Registro Conservatorio como requisito, garantía y prueba de la posesión.

La trascendencia de la materia en estudio puede apreciarse en el hecho que la Corte Suprema ha sostenido en varios fallos que *"Sobre la base de la exclusividad en la gestión, la tutela y garantía del derecho de propiedad, nuestro legislador civil consagró diversos principios relacionados a la propiedad raíz, la que se entendía como la base de la riqueza, destacando la teoría de la posesión inscrita, la que se entiende por la doctrina como 'requisito, garantía y prueba' de la posesión, conforme a la cual la propiedad no se pierde por prescripción extintiva, sino por la adquisitiva que obtenga otra persona. Al mismo tiempo, se le asignan distintas acciones, entre las que se cuentan la reivindicatoria, publiciana y posesoria. Bajo esos lineamientos, la jurisprudencia de esta Corte Suprema ha desarrollado el concepto de la máxima protección al dominio, conforme al cual toda restricción particular de las garantías generales se aplica a casos específicos y delimitados, quedando siempre a salvo la aplicación de la normativa general, determinación que obedece a una interpretación sistemática de la normativa de la materia y atendiendo a lo preceptuado en los artículos 4°, 13 y 24 del Código Civil"*.

## **B. La posesión**

### **Concepto:**

El Código Civil define la posesión en el artículo 700 señalando que *"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él"*.

Nuestro legislador, en materia de posesión, siguió la concepción subjetiva de Savigny, y por lo tanto ambos elementos –corpus y animus– deben concurrir de manera copulativa.

Se contraponen a la corriente subjetiva la concepción objetiva de Ihering, quien coloca el hincapié en el elemento corporal, toda vez que el elemento intelectual se encontraría subsumido en el primero, *"el animus no es más que el propósito,*

---

<sup>1</sup> Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 26 octubre del año 2010, Rol N° 3120-2009, en la causa caratulada "Sociedad Agrícola Santa Elsa Ltda. con Samuel Pereira Espinoza". En el mismo sentido sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema de fecha 12 de octubre de 2010, Rol 1525-2009, en la causa caratulada "Fisco de Chile con Empresa de Transporte Géminis Limitada".

*la voluntad de servirse de la cosa, y el corpus su exteriorización*"<sup>2</sup>, por lo mismo, dice este autor, se trata de dos elementos que son inseparables, y debe considerarse como poseedor todo aquel que por actos externos se comporta como lo haría el verdadero dueño.

Es interesante establecer la relación y diferencia que existe entre la posesión y la propiedad. En lo referente a la posesión, y siguiendo la teoría subjetiva a la cual haremos mención más adelante, estamos en presencia de un hecho, lo que se desprende de la propia definición del artículo 700 antes transcrita, al utilizar la expresión "*tenencia*" y la *tenencia* consiste precisamente en un hecho.

La propiedad, en cambio, es un derecho, en los términos del artículo 582 del Código Civil, según el cual "*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno*". El profesor Luis Claro Solar sintetiza el asunto señalando que "*la distinción entre la propiedad y la posesión se reduce a una antítesis entre el hecho y el derecho*"<sup>3</sup>.

Generalmente la propiedad y la posesión van de la mano, pues no hay que olvidar que en nuestro derecho el dominio (tratándose de los modos de adquirir derivativos) se prueba mediante la prescripción, cuyo elemento esencial es precisamente la posesión. Lo anterior tiene por objeto salvar lo que los romanos denominaban la *prueba diabólica del dominio*. En ella, para demostrar que un sujeto es dueño de un bien raíz, debe indagarse indefinidamente hacia atrás en los títulos que lo antecedieron, sin ninguna limitación en el tiempo, bastando que un antecesor no hubiera sido dueño para que el actual tampoco lo fuera, ello en razón de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, siendo del todo evidente las complicaciones que se generarían, en especial si el mismo transcurso del tiempo podría encargarse de borrar la historia de la propiedad.

En todo caso, y como aclara el profesor Víctor Vial, "*al recurrir a la prescripción para probar que es dueño, el interesado no dice que adquirió el dominio por prescripción, sino que por el contrario funda su calidad de dueño en los modos de adquirir tradición o sucesión por causa de muerte*"<sup>4</sup>, dejando así de manifiesto uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho Civil, que consiste en que operando un modo de adquirir el dominio no puede operar otro, de manera tal que la propiedad sólo se puede adquirir por prescripción en la medida que los otros modos no hayan podido consolidarse por alguna razón. Según este autor, la prescripción viene a ser la forma de confirmación de que se es dueño. Así, por ejemplo, si ha operado la tradición no puede operar la usucapión. De

2 Peñailillo, año 2010, p. 326.

3 Claro Solar, año 1950, p. 414.

4 Vial del Río, año 2009, p. 134.

ahí que sea francamente absurdo que el demandado o en una acción reivindicatoria deba defenderse deduciendo una demanda reconventional alegando la prescripción adquisitiva, ya que en lo principal sostiene que es dueño y en el otrosí pide que ello se declare.

En todo caso, las corrientes subjetivas y objetivas antes referidas también disintieron en cómo debe entenderse la naturaleza jurídica de la posesión. Para Savigny, inspirador de nuestro legislador en esta materia, la posesión es un hecho pues se funda en circunstancias materiales, es decir, en la ocupación o tenencia de la cosa, y agregan los seguidores de esta postura que aun cuando se generen consecuencias jurídicas, ella no se transforma en un derecho. Lo anterior se afirma también en la circunstancia de que la posesión no se transmite ni se transfiere, como se desprende del artículo 717 del Código Civil, al decir *que la posesión del sucesor principia en él*. De esta manera, si la posesión fuera un derecho, ella podría transferirse sin problemas.

Ihering por su parte sostiene que la posesión es un derecho. Para esgrimir esta tesis sostiene que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, y esta protección es lo que hace que estemos en presencia de una relación jurídica, toda vez que la ley le confiere al interesado un resguardo legal mediante acciones especiales llamadas "interdictos posesorios". Por lo anterior, este autor afirma *"la posesión ha sido así reconocida como un interés que reclama protección y digno de recibirla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de derecho y considerar como una institución jurídica el conjunto de principios que con él se relacionan"*<sup>5</sup>.

No obstante las ideas expuestas, cabe señalar que la mayoría de la doctrina nacional se inclina por pensar que estamos en presencia de un hecho, por lo demás, dicen, don Andrés Bello siguió en materia de posesión a Pothier, quien señala que la posesión es un hecho, lo que en todo caso no obsta a que se confieran derechos al poseedor.

## Elementos de la posesión

La doctrina ha sostenido que la posesión tiene dos elementos que son esenciales:

**El corpus:** Este elemento dice relación con la tenencia, con el poder físico que se ejerce sobre una cosa, es decir, *"la ocupación material y actual de la cosa, y ocupación significa apoderamiento, tener una cosa en nuestro poder, y se la tiene no sólo cuando existe aprehensión física, sino también cuando hay la posibilidad de disponer materialmente de ella"*<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Claro Solar, año 1950, p. 466.

<sup>6</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 359.

**El animus:** Se trata del elemento psicológico, vale decir, la intención, el ánimo de comportarse como señor y dueño. En todo caso, cabe aclarar que "*no se trata de la convicción de la titularidad, es decir, de ser efectivamente el dueño (convicción que más bien constituye la buena fe), sino simplemente de comportarse como dueño*"<sup>7</sup>. Este elemento volitivo es precisamente el que permite distinguir entre el poseedor y el mero tenedor, conforme se desprende del artículo 714 del Código Civil al decir que la mera tenencia es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El inciso 2° del mismo artículo señala que, en general, el mero tenedor es todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Por lo mismo, en la mera tenencia concurre un solo elemento de la posesión, el corpus, descartando el elemento volitivo.

El profesor Víctor Vial aclara que, en todo caso, no basta con reunir ambos elementos, es decir, el corpus y el animus, para arrogarse la calidad de poseedor, sino que resulta indispensable tener como antecedente un título posesorio. En concreto afirma que "*el título posesorio es indispensable para que la tenencia con ánimo de señor y dueño constituya la relación jurídica de posesión. Así, el arrendatario que tiene la cosa porque se la entregó el arrendador en virtud del contrato no traslativo de arrendamiento, no se va a convertir en poseedor porque en un momento dado se da por dueño de la cosa y actúa en tal calidad*"<sup>8</sup>.

A este respecto, se entiende por título "*el hecho o acto jurídico que hace nacer la posesión en una persona*"<sup>9</sup>. Siguiendo esta línea encontramos otra diferencia entre la posesión y el dominio, por cuanto este último se puede adquirir por un solo modo; mientras que nuestro Código Civil señala en su artículo 701 que se puede poseer una cosa por varios títulos. En la posesión el título hace surgir un hecho, y es por ello que, por regla general, serán títulos para poseer los mismos modos de adquirir el dominio, con excepción de la prescripción, cuando por alguna razón no han dado nacimiento al dominio. Por ejemplo, si una persona hace tradición de una cosa ajena, no se adquiere el dominio por parte del adquirente, pero sí lo transforma en poseedor. Con respecto a este tema resulta interesante un fallo de la Excma. Corte Suprema, de fecha 12 de octubre de 2010, el cual niega cualquier idoneidad a un plano de subdivisión como justo título para poseer un determinado retazo de terreno, sosteniendo "*que es claro, entonces, que el documento considerado por los sentenciadores no exhibe la calidad jurídica que permite catalogarlo de justo título, pues no tuvo ni tiene la virtud de crear una obligación civil que conceda el derecho para exigir su cumplimiento y la circunstancia que se lo presente asociado a la inscripción conservatoria de la compraventa celebrada por la sociedad demandada con un*

<sup>7</sup> Peñailillo, año 2010, p. 325.

<sup>8</sup> Vial del Río, año 2009, p. 137.

<sup>9</sup> Rozas Vial, año 2007, p. 214.

*tercero sobre un predio del sector, no constituye un raciocinio idóneo que justifique extraer del mencionado plano de subdivisión una realidad posesoria –no discutida en los hechos y parte de las exigencias de la acción de dominio que ha ejercido la demandante– que resulte cubierta o se ajuste, fehacientemente, con los datos proporcionados por el título inscrito a nombre de la demandada".<sup>10</sup> Concordamos con la doctrina de este fallo, en el sentido que el plano de subdivisión no puede ser considerado como un justo título para determinar si el demandado tenía la posesión del retazo disputado, más aún si se considera que se trata de un instrumento privado, confeccionado unilateralmente por una de las partes.*

### Clases de posesión

Los autores nacionales suelen clasificar la posesión en posesión regular e irregular, y viciosa o no viciosa. Otros autores distinguen entre la posesión útil e inútil, ello según si la posesión conduce o no a la adquisición del dominio mediante la prescripción adquisitiva. También suele diferenciarse la posesión, como tranquila y no tranquila, aunque en general se entienden como sinónimos la posesión tranquila y no viciosa. Algunos autores agregan como requisito de la posesión tranquila que el poseedor no haya sido demandado por el dueño u otro poseedor. En todo caso, y de conformidad al artículo 918 del Código Civil, la posesión tranquila es la única que permite el ejercicio de las acciones posesorias.

- a) La posesión **regular**, conforme lo señala el artículo 702 del Código de Bello *"Es la que procede de justo título y buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición"*.
- b) Los requisitos de la posesión regular se desprenden de la propia disposición citada, pero cabe resaltar que la buena fe exigida por el legislador debe ser inicial.
- c) La posesión **irregular** por su parte es aquella en que falta alguno de los requisitos que el artículo 702 del Código Civil exige para la posesión regular; *"de esto se sigue que el poseedor irregular puede no tener título alguno que invocar; mala fe, porque tiene conciencia que ha recibido la cosa de quien no es legítimo dueño o lo ha hecho de quien no tenía facultad para enajenar o con fraude o vicios; o, finalmente, no se le ha hecho tradición de la cosa a pesar de tener un título translaticio de dominio. ¿Qué tiene entonces, necesariamente,*

<sup>10</sup> Sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema, con fecha 12 de octubre de 2010, en causa caratulada "Fisco de Chile con Empresa de Transporte Géminis Limitada".

*el poseedor irregular? La tenencia material de la cosa*<sup>11</sup>. Sobre este punto el profesor Pablo Rodríguez Grez sostiene que el legislador ha sido del todo estricto para normar la posesión regular y, en cambio, mucho más liberal tratándose de la posesión irregular. De esta diferencia surge la pregunta de ¿por qué la posesión irregular permite adquirir el dominio por prescripción extraordinaria?, ¿no se trataría de una situación sumamente injusta? Según este autor, el fundamento de que la posesión irregular permita llegar a adquirir el dominio por prescripción se encontraría en el hecho que "*se ha preferido una flagrante injusticia a la inestabilidad de las relaciones jurídicas*"<sup>12</sup>. Es decir, la posesión, en conjunto con la prescripción, permitirían consolidar situaciones de hecho en situaciones de derecho, evitando así que la falta de certeza jurídica se arrastre indefinidamente en el tiempo.

- d) La posesión **viciosa**, según el artículo 709 del Código Civil, es aquella que es violenta o clandestina. Frente a esta clasificación entre posesiones viciosas y no viciosas surge una de las principales discrepancias por parte de la doctrina: ¿Son las posesiones viciosas útiles para adquirir el dominio por prescripción?

Para un grupo de autores las posesiones viciosas son útiles, en la medida que permitan llegar a adquirir el dominio mediante la prescripción adquisitiva. Así, don Luis Claro Solar sostiene que las posesiones viciosas estarían comprendidas dentro de la posesión irregular. En concreto, afirma que "*hay, pues, sólo dos clases de posesión, la regular y la irregular. A esta última clase pertenecen la posesión violenta y la posesión clandestina, que son las más irregulares de todas y por eso son calificadas de viciosas*"<sup>13</sup>.

Para otro grupo de autores, entre los cuales destaca Eduardo Belmar Cuevas<sup>14</sup>, la posesión viciosa puede acompañar tanto a la posesión regular como irregular. Así, por ejemplo, señala que podrá haber una posesión clandestina y regular cuando se comienza a poseer de buena fe con justo título y tradición, pero luego, al descubrir que la posesión es ilegítima porque la cosa pertenece a una persona distinta del tradente, se ejerce ocultándola de quien tiene derecho a oponerse a ella. Puede existir, también, una posesión irregular y clandestina, cuando desde el comienzo se ejerce ocultándola de su legítimo dueño. Según Eduardo Belmar, la posesión violenta nunca puede ser regular, pues ésta exige buena fe inicial, y la posesión violenta, como lo señala el artículo 710 del Código Civil, es la que se *adquiere* por la fuerza, de manera que dicha exigencia es incompatible con la conciencia de haberse *adquirido la cosa por medios le-*

<sup>11</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 28.

<sup>12</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 31.

<sup>13</sup> Claro Solar, año 1950, p. 466.

<sup>14</sup> Belmar Cuevas, Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLV, pp. 27 y siguientes.

*gítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, según los términos del artículo 706 del mismo cuerpo legal. Partiendo de dicha premisa, la posesión violenta será necesariamente irregular, lo que en todo caso no obsta a que se pueda llegar a adquirir el dominio por la prescripción extraordinaria "1) Porque no hay ninguna disposición legal que disponga que el poseedor vicioso (violento o clandestino) no pueda prescribir adquisitivamente; 2) Porque la posesión violenta será siempre una forma de posesión irregular y nadie niega al poseedor irregular su derecho a prescribir; y 3) Porque aun cuando se afirmara que el poseedor violento no es poseedor irregular, sino simplemente vicioso, esto es, que las posesiones viciosas formaran un grupo aparte y distinto de la posesión irregular, tampoco podría negársele derecho a prescribir, ya que cuando menos no se le niega (ni podría negársele en nuestro Código; otra cosa era en Roma) su calidad de poseedor; y esto último es fundamental, porque para prescribir extraordinariamente no se exige posesión irregular; basta simplemente la posesión, sin calificación alguna"*<sup>15</sup>.

Por lo anterior, concluyen los seguidores de esta postura, sostener que las posesiones viciosas no permiten llegar a adquirir el dominio por prescripción implica negar, a su vez, que la posesión regular e irregular puedan conducir a ella. Agregan, además, a su línea argumentativa que las posesiones violenta y clandestina no son una categoría distinta de la posesión regular o irregular, apoyándose también en lo dispuesto en la página 20 del Mensaje del Código Civil, en la que se lee: "*pero la posesión puede ser regular o irregular, aquélla adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda sin alguno de estos requisitos*", de manera que se estaría incluyendo en la posesión irregular la violencia y la clandestinidad.

Otro grupo de autores, entre los cuales destaca el profesor Pablo Rodríguez Grez, apoyan la tesis contraria, vale decir, que las posesiones viciosas no son útiles para adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. En este sentido sostienen que las posesiones viciosas son aquellas que adolecen de un defecto o mala calidad que les impide alcanzar su objetivo último, que consiste, precisamente, en adquirir el dominio por prescripción. A juicio del profesor Rodríguez, siempre estuvo en la mente de don Andrés Bello que el poseedor vicioso no pudiese llegar a adquirir el dominio por prescripción: "*Si tal sucediera, se estaría privilegiando la fuerza y permitiendo que el dolo alcanzara su finalidad maligna al impedir que los afectados pudieran interrumpir la prescripción*"<sup>16</sup>. En relación a las posesiones viciosas, señala que éstas son independientes de la posesión regular e irregular, afirmando que "*La regularidad e irregularidad son una calidad de la posesión. La violencia y la clandestinidad, un vicio*"<sup>17</sup>. Por lo anterior, no es correcto pensar que la posesión regular y menos la irregular siempre y necesariamente conduzcan

<sup>15</sup> Belmar Cuevas Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLV, pp. 27 y siguientes.

<sup>16</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 43.

<sup>17</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 55.

a adquirir el dominio por prescripción, sobre todo si ellas van acompañadas de algún vicio. Dentro de los principales argumentos que nos ofrece para sostener que existen en nuestro sistema posesiones inútiles destaca el artículo 2498 del Código Civil, según el cual "*se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con condiciones legales*", vale decir, no basta con haber poseído la cosa por el máximo de tiempo que la ley establece, sino que es necesario que *se posea cumpliendo con los requisitos legales*, uno de los cuales es justamente la falta de vicios de la posesión. Relaciona, además, dicha disposición con lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil, según el cual "*La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho*"; nuevamente el legislador dispone que el dominio por prescripción se gana en *los casos y formas que la ley establece*, y esto no ocurriría tratándose de las posesiones viciosas. Agrega, además, que si las posesiones viciosas fueran útiles para adquirir el dominio por medio de la prescripción, no tendría ningún sentido que nuestro legislador las haya regulado especialmente, por cuanto ya se establecen normas que sancionan de manera estricta el dolo y la fuerza. Como corolario de estas reflexiones, cabe destacar que a juicio del profesor Rodríguez no cabe duda que el ladrón es un poseedor violento y sería absurdo que pudiera invocar como título la comisión de un delito. Esta afirmación debe interpretarse armónicamente con el artículo 1676 del Código Civil, que le impide al ladrón excepcionarse de restituir la cosa fundado en la existencia de un caso fortuito. Ello deja en evidencia que el legislador sanciona al usurpador.

Con la visión anteriormente expuesta coincide Víctor Vial del Río, discrepando sí en lo relativo a "*las condiciones legales*" del artículo 2498. Según Víctor Vial, tales condiciones legales consisten, en primer lugar, en que la cosa sea susceptible de ganarse por prescripción; además, es necesario que la misma no se encuentre suspendida ni interrumpida, atribuyéndole especial relevancia al ejercicio de actos posesorios. De lo expuesto, cabe concluir que Víctor Vial entiende que las posesiones inútiles son aquellas en que falta el requisito de los actos posesorios por parte del prescribiente. Dichos actos los define como el elemento fundamental de la posesión, pues constituyen, a su juicio, "*por una parte, la necesaria manifestación, a través de signos externos y claramente perceptibles, de la voluntad o ánimo de dueño; y por otra, constituyen la manera a través de la cual el dueño o la persona que tiene derecho a oponerse a que otra posea la cosa puede advertir o darse cuenta de que esta última no tiene la cosa reconociendo dominio ajeno, sino precisamente lo contrario*"<sup>18</sup>.

Por tanto, en el caso de la posesión clandestina, ella es inútil, porque al haber ocultamiento, no hay actos posesorios que permitan que el verdadero dueño

<sup>18</sup> Vial del Río, año 2009, p. 166.

pueda percibir la situación o intentar revertirla a través de las vías legales que correspondan.

Respecto de la posesión violenta, la razón es otra. En este caso, efectivamente el poseedor puede ejercer actos posesorios de manera que el dueño puede reaccionar frente a esta situación, pero el poseedor violento no tiene ningún título posesorio más que la fuerza y, por ende, no puede acogerse a los beneficios de la posesión.

Víctor Vial concluye señalando que *"se haría incomprensible que una posesión clandestina en la que hay ciertamente dolo, pues su propósito no es sino engañar al dueño, o una posesión violenta en que el título que le sirve de antecedente es la fuerza, puedan convertir al poseedor en propietario de la cosa, en lo que vendría a constituir una suerte de premio por la ejecución de conductas ilícitas"*<sup>19</sup>.

## **C. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión**

### **1. Cuestión previa**

En nuestro Derecho Civil existe un principio general, cual es que la posesión supone, por su propia definición, la unión en las mismas manos del corpus y el animus, por lo tanto, la misma se va a adquirir desde que se reúnan estos dos elementos. Lo anterior se desprende del artículo 723 inciso 1° del Código Civil, que dispone *"con tal que concurran en ello la voluntad y la aprensión material"*. Por lo mismo es que, por regla general, la posesión se conserva mientras se mantengan ambos elementos.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que la posesión también se conserva aunque el poseedor transfiera la tenencia de la cosa en virtud de un título no traslativo de dominio, por ejemplo, dice la ley, *"dándola en usufructo"*. En este caso, estamos en presencia de un mero tenedor, que aun cuando conserve por mucho tiempo la tenencia no puede transformarse en poseedor, pues es un principio en nuestro derecho que el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión, lo que se desprende del artículo 716 del Código Civil, y se complementa con el artículo 719 inciso segundo, que señala *"Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno se presume, igualmente, la continuación del mismo orden de cosas"*.

Se menciona como excepción al artículo 716 no sólo el artículo 2510 regla 3ª, sino que también el artículo 730, ambos del Código Civil.

<sup>19</sup> Vial del Río, año 2009, p. 167.

Ha generado gran controversia la excepción contemplada en el artículo 2510 regla 3ª, pues su aplicación plantea dificultades de interpretación, más aún si se tiene en consideración que uno de los requisitos para adquirir el dominio por prescripción es ser, al menos, un poseedor irregular, y no un mero tenedor. De ahí el esfuerzo de los autores para intentar esclarecer su sentido.

En efecto, dicha norma dispone, en su regla tercera: *"Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:*

*1º Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.*

*2º Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, ni clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".*

Para el profesor Daniel Peñailillo Arévalo, dicha norma no es propiamente tal una excepción al principio de que la mera tenencia no muda a posesión por el sólo lapso del tiempo, pues *"se observa que es necesaria la ocurrencia de otros antecedentes que se sumen al transcurso del tiempo"*<sup>20</sup>. En lo que respecta al artículo 2510 regla tercera señala: *"las exigencias de la regla tercera demuestran un cambio evidente de la conducta del propietario, y sobre todo del que era mero tenedor"*<sup>21</sup>.

El profesor Fernando Rozas Vial sostiene que jamás la mera tenencia se transforma en posesión: *"Si existe mera tenencia y se reconoce dominio ajeno, no hay posesión. El art. 716 está equivocado. La mencionada referencia sólo significa que si existe un título de mera tenencia respecto de una cosa en la que posteriormente se pasa a poseer, será necesario probar posesión por diez años"*<sup>22</sup>.

Para Arturo Alessandri Rodríguez, el artículo 2510 regla tercera no es una excepción al artículo 716, sino que por el contrario confirma el principio de que la mera tenencia no muda a posesión simplemente por el paso del tiempo y por ello afirma: *"El cambio en referencia surge porque se han realizado actos de parte del mero tenedor y, también, del propietario, actos que alteran la situación jurídica de ambos"*<sup>23</sup>. Concluye de esta manera que *"la mera tenencia se convierte en posesión, no ya por la sola voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, y esto es lo principal, por negligencia de parte del dueño"*<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Peñailillo, año 2010, p. 367.

<sup>21</sup> Peñailillo, año 2010, p. 367.

<sup>22</sup> Rozas Vial, año 2007 p. 264.

<sup>23</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 48.

<sup>24</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 48

El profesor Víctor Vial del Río es de la idea que la mera tenencia es indeleble, vale decir, no puede transformarse en posesión por el solo transcurso del tiempo, por ello este autor sostiene que *"la mera tenencia se muda en posesión cuando concurren dos requisitos: el primero es que el mero tenedor deje de reconocer dominio ajeno y de tener, en consecuencia, la cosa a nombre del dueño, ejerciendo actos posesorios de aquellos a que sólo da derecho el dominio: y el segundo, que el dueño, en pleno conocimiento de lo anterior, manifiesta con su inacción o indiferencia la intención de desasirse de la cosa o del ánimo de dueño de la misma aceptando tácitamente que el mero tenedor asuma aquella calidad"*<sup>25</sup>. Para este autor, sería perfectamente posible concebir como título posesorio del mero tenedor *"el abandono de la cosa"* por parte del dueño. De esta forma, el artículo 2510 regla 3ª no permite que el mero tenedor adquiera el dominio por prescripción por el mero transcurso del tiempo, sino que estaríamos en presencia de un verdadero poseedor *"que ha probado el ejercicio de actos posesorios y que fundamenta la posesión en un título posesorio"*<sup>26</sup>.

Los autores citados están de acuerdo en que la mera tenencia jamás puede mudar a posesión por el mero transcurso del tiempo, ni aun en virtud del artículo 2510 regla tercera, pues para ello se exigen otros requisitos, de manera tal que quien adquiere el dominio por prescripción es verdaderamente un poseedor, ya que no puede haber prescripción sin posesión.

En este sentido la Excm. Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo, sostuvo: *"Que, por consiguiente, ha quedado de manifiesto el error de derecho en que incurrieron los jueces de segunda instancia, al entender que en la situación en la que se halla la demandada –arrendataria y promitente compradora–, se configura una hipótesis de posesión que, con el resto de los requisitos legales, la habilitaban para adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria, en circunstancias que ya existe una sentencia definitiva ejecutoriada que se pronuncia sobre ello, en sentido radicalmente inverso. Esta equivocada inteligencia de los antecedentes se tradujo en la desacertada aplicación del artículo 2510 N° 3 del Código Civil, toda vez que se tuvieron por justificados los presupuestos de la prescripción adquisitiva extraordinaria invocada por la actora reconvenzional, litigante que ya fue catalogada de mero tenedor por sentencia firme de 25 de enero de 2005, que le confiere esa sola calidad en consideración a un contrato de arrendamiento celebrado en el año 1977, esto es de un vínculo jurídico al que es consustancial el reconocimiento del dominio ajeno, ergo, no ha podido tenerse por concurrente la salvedad que a su respecto contempla la regla mencionada al inicio de este acápite. Tal errónea aplicación de la ley ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, pues se acogió una demanda reconvenzional de usucapión que debió ser desestimada, por lo que corresponde hacer lugar a la nulidad sustantiva interpuesta"*<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Vial del Río, año 2009, p. 217.

<sup>26</sup> Vial del Río, año 2009, p. 218.

<sup>27</sup> Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 18 de octubre de 2010, Rol

El fallo en cuestión contó con un voto en contra de la ministra señora Margarita Herreros Martínez, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo por cuanto "4º) *Que, al tener por cumplidas las obligaciones emanadas del contrato de promesa de compraventa del inmueble de autos, unido a las demás circunstancias de hecho que vienen fijadas en el fallo impugnado, pero que no han sido atacadas por la vía de invocar infracción a las normas reguladoras de la prueba, por lo que son intangibles para esta Corte de Casación, no queda sino concluir que el estatus jurídico de la actora reconventional evolucionó al de poseedora irregular, habilitada, por ende, para adquirir por prescripción extraordinaria, como viene decidido por la Corte de Apelaciones de Temuco. 5º) Que, efectivamente como puntualizan esos sentenciadores, la tenencia material con ánimo de señor o dueño sobre el retazo sub lite, que comprobaron con respecto a la demandante de prescripción, por un lapso que a la sazón supera los treinta años, originada en un contrato de promesa de compraventa, cuyas obligaciones y condición se han tenido por cumplidas debidamente, condice en plenitud con el hecho jurídico de la posesión, del que se ha constituido en título*"<sup>28</sup>.

Sin embargo, el profesor Pablo Rodríguez sostiene una postura distinta y estima que la norma del artículo 2510 regla tercera "quiere decir que hay un caso, a lo menos, en que la mera tenencia se muda en posesión por el sólo transcurso del tiempo"<sup>29</sup>. Para este autor, no obstante los defectos de redacción que presenta este artículo, su fundamento se encuentra en el hecho que en esta norma hay "una constante voluntad en el Código Civil por transformar con arreglo a derecho aquellas situaciones de hecho que se arrastran indefinidamente en el tiempo"<sup>30</sup>, y luego continua señalando "Frente a este propósito nuestro Código Civil optó por abandonar la indelebilidad de la mera tenencia y excepcionalmente la convierte en posesión si al paso del tiempo (diez años) se agregan circunstancias tan especiales como que el mero tenedor haya mantenido la cosa en su poder sin violencia, ni clandestinidad, ni haya el poseedor (a nombre de quien se ostenta la mera tenencia) realizado acto ninguno destinado a recuperar la cosa, o hacerse reconocer su derecho, ni tampoco ha ocurrido un hecho que le haya impedido al mero tenedor ejecutar actos de posesión (interrupción civil y natural)"<sup>31</sup>. Hay por lo mismo un momento en que el mero tenedor se transforma en poseedor, y cumpliendo con los requisitos del artículo 2510 regla 3ª puede llegar a adquirir el dominio por prescripción, pues a juicio de este autor el mero tenedor por sí mismo mejora su situación.

Discrepamos de la visión expuesta por el profesor Rodríguez Grez, toda vez que estimamos que el mero tenedor por sí mismo no puede mejorar su con-

1899-2009, en los autos caratulados "Sociedad Comercial Horizonte LTDA. y otra con Willson Kelly Rebeca Agustina".

<sup>28</sup> Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 18 de octubre de 2010, Rol 1899-2009, en los autos caratulados "Sociedad Comercial Horizonte LTDA. y otra con Willson Kelly Rebeca Agustina".

<sup>29</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 19.

<sup>30</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 19.

<sup>31</sup> Rodríguez Grez, año 2006, p. 20.

dición a poseedor. En la norma en examen se requiere de otras circunstancias que hacen que estemos en presencia de un verdadero poseedor. Sostener lo contrario implica restarle seguridad al sistema de posesión inscrita. No debe olvidarse que tanto el poseedor como el mero tenedor requieren de un elemento subjetivo; en el caso de este último es la conciencia de no ser el dueño y que esa calidad corresponde a un tercero. La regla tercera del artículo 2510 rompe esta situación.

## 2. Adquisición, conservación y pérdida

Dejando atrás las argumentaciones expuestas podemos decir que la adquisición, conservación y pérdida de la posesión dependerá no sólo de la naturaleza del bien de que se trate, sino que también del título en virtud del cual se posea.

En el presente trabajo nos concentraremos, especialmente, en la adquisición de la posesión de los bienes raíces en virtud de un título traslativo de dominio; para lo cual es fundamental considerar que don Andrés Bello introdujo una innovación importantísima en nuestro sistema jurídico tratándose de las transferencias de bienes raíces. En efecto, el legislador exigió de manera obligatoria la inscripción del título traslativo en el Registro Conservatorio, para todas aquellas transferencias que se llevaran a cabo a partir de la entrada en vigencia del Código Civil, dando lugar así a lo que se denomina el "sistema de la propiedad inscrita". Esta innovación la plasmó en la página 19 del Mensaje: *"La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición, y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real y efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor"*.

De esta manera, la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces tiene como una de sus finalidades más importantes el servir de tradición de los bienes raíces y de instrumento para adquirir su posesión. Así lo dispone el artículo 686 del Código Civil: *"Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador"*, y el artículo 724, considerado piedra angular de la teoría de la posesión inscrita, señala: *"Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por ese medio"*.

Necesariamente –pensó el legislador– la mayoría de los bienes raíces, desde la fecha de entrada en vigencia del Código Civil hasta el día de hoy, serían objeto de una transferencia de dominio, o bien, de la constitución de un derecho real

en ellos, o, en último caso, de una transmisión por causa de muerte, lo cual necesariamente importaba que el bien raíz debiese inscribirse en el Registro Conservatorio. De esta forma, se lograría la aspiración del legislador en cuanto, en algún momento, todos los bienes raíces ingresarían al sistema de la posesión inscrita, de manera tal que inscripción, posesión y propiedad fueran términos sinónimos.

En la práctica ello no ha ocurrido así. En la realidad es posible encontrar inmuebles no inscritos, por ejemplo, como dice el profesor Víctor Vial del Río, en el caso de la sucesión por causa muerte cuando ninguno de *los herederos sucesivos ha enajenado el bien heredado*<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y a objeto de evitar equívocos, debe tenerse en consideración que la inscripción del título en el Registro Conservatorio persigue diversas finalidades. Sin duda, una de las más importantes es que, por su intermedio, se materializa la tradición de los bienes inmuebles. Adicionalmente, la inscripción permite dar publicidad a las mutaciones que sufra cada propiedad raíz, tal como lo dice el Mensaje del Código Civil, en su página 19, al establecer que *"la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas"*. También la inscripción del título en el Registro Conservatorio es un medio idóneo para mantener la historia de la propiedad raíz, ya que, por su intermedio, van quedando anotadas las diversas traslaciones de dominio que cada propiedad verifica. La mayoría de los autores nacionales agrega que la inscripción sirve de requisito, prueba y garantía de la posesión, dando lugar a la llamada "Teoría de la Posesión Inscrita", la que se sustenta en el hecho reconocido en el Mensaje del Código Civil en cuanto a que *"como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable que la inscripción"*. Finalmente algunos autores sostienen, además, que la inscripción puede considerarse como una solemnidad del acto o contrato, punto de vista que no compartimos, pero en el que no profundizaremos por no ser ésta la materia de este trabajo.

Atendida la multiplicidad de fines que persigue la inscripción, es factible afirmar que el establecimiento de este sistema de la posesión inscrita por parte de nuestro legislador significó una de las reformas más profundas y complejas en el ámbito del Derecho Civil.

### 3. Adquisición de la posesión

Para analizar la adquisición de la posesión es necesario distinguir entre inmuebles inscritos y no inscritos y, además, diferenciar el título que sirve de antecedente

<sup>32</sup> Vial del Río, año 2009, p. 177.

a la posesión. En el presente trabajo, y como señalamos anteriormente, nos centraremos en la adquisición de la posesión en virtud de un título traslativo de dominio, puesto que la idea es analizar también el rol que juega la inscripción dentro del sistema de la posesión inscrita.

Inmuebles no inscritos:

Tratándose de los inmuebles no inscritos, debemos distinguir si lo que se va adquirir es la posesión regular o irregular, pues, según dicha distinción, la doctrina ha sostenido diversas posturas.

Para adquirir la **posesión regular** de un inmueble no inscrito es indispensable, dicen los autores, la inscripción, ya que ésta es la única forma de efectuar la tradición de los inmuebles, tal como lo dispone el Código Civil en sus artículos 686, 696, 698 y 702 inciso 3º, sin que ninguna de estas normas distinga entre inmuebles inscritos y no inscritos. Apoya esta afirmación el artículo 724 del Código Civil al establecer que "*Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*". En este último caso, como se trataría de la primera inscripción, será necesario cumplir con lo dispuesto en los artículos 693 del Código Civil y 58 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Dichos artículos establecen un procedimiento especial, que consiste, básicamente, en un sistema de avisos.

En el caso de la **posesión irregular**, la mayoría de los autores sostiene que, aun cuando se trate de inmuebles no inscritos, de todas maneras es necesaria la inscripción para adquirir la posesión, ya que el artículo 724 no distingue en cuanto a la clase de posesión, vale decir, si es regular o irregular. Por lo demás, esta postura se aviene mejor con el espíritu del legislador, cual es que todos los bienes ingresen al sistema de la propiedad inscrita, por lo tanto señalan que la inscripción es un requisito para adquirir cualquier clase de posesión.

Sin embargo, hay quienes manifiestan que no es necesaria la inscripción para adquirir la posesión irregular de un inmueble no inscrito, puesto que el artículo 724 se estaría refiriendo a los inmuebles que ya ingresaron al sistema de la propiedad inscrita. Se apoyan, además, en los artículos 728 y 729 del Código Civil, concluyendo que la garantía que otorga la inscripción es para los poseedores inscritos, por ende, si tratándose de inmuebles no inscritos la posesión se pierde por violencia o clandestinidad, con mayor razón se perdería cuando otro la toma en virtud de un título traslativo de dominio. A nuestro juicio, el artículo 729 es un claro incentivo para pensar que el legislador lo que pretende es, precisamente, la inscripción del título; además, no divisamos cómo la posesión se puede perder sólo en virtud de la existencia de un título.

Inmuebles inscritos:

Nadie duda que para adquirir la posesión **regular** de un bien raíz inscrito, además del título traslativo, es necesaria la inscripción del título, pues sin ella no hay tradición y tampoco es posible adquirir la posesión.

La disputa se plantea tratándose de la adquisición de la posesión **irregular**.

Así, una parte de la doctrina estima que para adquirirla no es necesaria la inscripción del título. Fundan su parecer en que el artículo 724 es solamente aplicable a la posesión regular y, respecto de la posesión irregular, no es necesaria la tradición y por ende tampoco la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. El propio Código Civil habría dejado abierta esta posibilidad, y así se desprendería de los artículos 702, 708, 729, y 730.

Sin embargo, la mayoría estima que tratándose de los bienes raíces inscritos, para que pueda adquirirse cualquier clase de posesión sobre ellos siempre será necesaria la inscripción. Para pensar así dan una serie de argumentos, que el profesor Arturo Alessandri Rodríguez agrupa de la siguiente manera:

- a. Quienes sostienen que no se requiere de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces para adquirir la posesión irregular de un inmueble formulan una distinción que el legislador no hace de acuerdo al tenor del artículo 724 del Código Civil. Aun más, como señalamos con anterioridad, dicha norma tampoco distingue entre inmuebles inscritos y no inscritos, sino que simplemente dispone que nadie puede adquirir la posesión de un bien raíz sin su correspondiente inscripción.
- b. El artículo 728 del Código Civil dispone: "*Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial. Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente*". De esta norma se desprende que para poder adquirir cualquier clase de posesión respecto de un inmueble ya inscrito es necesario cancelar la posesión anterior, lo que sólo puede hacerse por alguna de las formas que establece la ley.
- c. Por su parte, en la página 20 del Mensaje del Código Civil don Andrés Bello dejó sentado que: "*la inscripción es la que da la posesión, real, efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor*".

- d. La finalidad del legislador es que todos los inmuebles se incorporen al sistema de la propiedad inscrita, y *"sería absurdo pensar que el legislador dejara abiertas las puertas para que, después de que un inmueble ha entrado a ese régimen, pudiera salir de él mediante la adquisición de la posesión del bien raíz sin inscripción"*<sup>33</sup>.
- e. De seguirse la postura que para adquirir la posesión irregular de un bien raíz inscrito no es necesaria la inscripción, se infringiría lo dispuesto en el artículo 2505, que prohíbe toda prescripción en contra de un título inscrito, sin distinguir entre una prescripción ordinaria o extraordinaria.

Concordamos con esta posición, en orden a que para adquirir la posesión sea regular o irregular de un bien raíz, ya sea que se encuentre inscrito o no, es necesaria la inscripción, por cuanto sin inscripción no hay tradición y, por ende, tampoco posesión en sentido jurídico. De ahí la afirmación del profesor Trucco en cuanto a que al incorporarse al ámbito del Derecho Civil el sistema de la posesión inscrita, queda plasmada la originalidad del legislador, pues hace a la inscripción *"desempeñar dos nuevas funciones de mayor importancia: de símbolo de la tradición y de símbolo de la posesión"*<sup>34</sup>.

#### 4. La inscripción como requisito de la posesión:

La inscripción es un requisito para poder adquirir la posesión de los bienes raíces cuando se trata de un título traslativo de dominio, pues es la forma de efectuar la tradición. Lo anterior se depende de un conjunto de normas, entre las cuales podemos mencionar los artículos 686, 696, 724, 728, 730, 924, y 2505.

Así lo ha fallado también nuestra Corte Suprema al sostener *"Que, sin embargo, tratándose de un bien raíz, la posesión de éste se adquiere mediante la inscripción del título traslativo de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyendo esta inscripción adquisición, prueba y garantía de la posesión de aquellos inmuebles que ya han entrado en el mecanismo del régimen inscrito. A este respecto, esta Corte Suprema ha resuelto con anterioridad que: la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces es el único medio para adquirir la posesión de los inmuebles y, mientras dicha inscripción no se cancele, el simple apoderamiento de la cosa no habilita para adquirir la posesión"*<sup>35</sup>.

De esta manera, nadie discute que para adquirir la posesión regular de un inmueble inscrito, cuando se invoca un título traslativo de dominio, es necesaria

<sup>33</sup> Alesandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 413.

<sup>34</sup> Trucco, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil Chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 182.

<sup>35</sup> Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 1 de abril de 2011, Rol 6860-2010, en los autos caratulados "Banco del Desarrollo con Iván Pinilla Leiva y otros".

la inscripción del mismo. Esclarecedor resulta lo señalado por el profesor Víctor Vial del Río: "*Si falta la inscripción, la entrega material que pudiera haber hecho el obligado según el contrato translaticio no habilita para adquirir la posesión. La entrega que se hiciera a la persona que, en virtud de la misma, tiene el inmueble en su poder, a lo más lo constituye en un poseedor material, pero no en un poseedor en concepto de la ley, porque el título que justifica dicha posesión –la tradición– no existe desde el momento que no se ha practicado la inscripción. En consecuencia, sin inscripción no hay tradición, y sin tradición no hay título posesorio*"<sup>36</sup>. Así lo ha sostenido también la Excma. Corte Suprema, en un fallo de 10 de marzo de 2010, en su considerando octavo: "*Que conforme con todo lo razonado precedentemente cabe concluir que al resultar acreditado que la demandante es poseedora inscrita del inmueble que reivindica, tal como lo resolvieron los jueces del grado, procede que sea reputada dueña de la misma, resultando, en consecuencia, improcedentes los argumentos destinados a sustentar el dominio de la demandada en su mera posesión material*"<sup>37</sup>.

Al analizar la inscripción como requisito para adquirir la posesión, debe dejarse establecido que existen dos posturas respecto a lo que representa la inscripción.

Así, para algunos autores, entre los cuales destaca don Humberto Trucco, la inscripción constituye una **ficción legal** en virtud de la cual "*el poseedor inscrito con título anotado por más de un año, tiene en su favor, por el hecho de la inscripción, los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor*"<sup>38</sup>. Es decir, a juicio de estos autores, basta el título inscrito para que ello sea un símbolo absoluto de la posesión en un sentido jurídico.

En cambio otro grupo de autores, entre los cuales destaca el profesor Leopoldo Urrutia, han postulado la tesis denominada **inscripción-garantía**. Para ellos, "*La inscripción solemniza un hecho verdadero, y, por lo tanto, no puede solemnizar apoderamientos que no han existido*"<sup>39</sup>, vale decir, la inscripción sólo puede representar la posesión real y efectiva de un inmueble cuando se reúnan los elementos del corpus y el animus, por lo mismo, debe tratarse de verdaderos hechos de apoderamiento, de lo contrario la inscripción nada garantiza. Concluye este autor exponiendo: "*Las inscripciones que sucesivamente se hacen en el Registro del Conservador de Bienes Raíces llevan envuelta la presunción de pureza y verdad; pero admiten impugnación, como autoriza el derecho respecto de todo instrumento público, probando la falsedad de su esencia, y de que solemnicen el*

<sup>36</sup> Vial del Río, año 2009, p. 181.

<sup>37</sup> Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema de fecha 10 de marzo de 2010, Rol 5681-2008, en los autos caratulados "Mancilla con Cabrera".

<sup>38</sup> Trucco Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 183.

<sup>39</sup> Urrutia Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI, p. 11.

*hecho físico del apoderamiento. Constituyen presunción legal y no de derecho*<sup>40</sup>. Las posturas mencionadas con anterioridad deben tenerse en consideración, pues de ellas dependerán las distintas soluciones que pueden darse a las controversias que nos plantea la teoría de la posesión inscrita, es decir, habrá que inclinarse por la tesis, según la cual la inscripción supone necesariamente que quien tiene su título inscrito es un poseedor en sentido jurídico, o bien que la misma puede desvirtuarse si no ha sido acompañada de la entrega material del inmueble, pues en tal supuesto faltaría uno de los elementos esenciales de la posesión.

En todo caso, nuestra Corte Suprema ha sostenido en lo referente a dichas encontradas posiciones: *"Sin embargo, es la tesis contraria la que ha ganado el favor de la doctrina y jurisprudencia más reciente. Sostiene que la inscripción no es por sí sola medio constitutivo de una posesión que no se tiene, sino que un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor o dueño que caracteriza únicamente la posesión, según el precepto del artículo 700 del código sustantivo. Sin tenencia con ánimo de señor y dueño, entonces, no hay posesión y, si bien es cierto que el artículo 724 exige inscripción respecto de ciertos bienes, no lo es menos que esta formalidad es exigida en concurrencia con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión, tal como ésta ha sido legalmente definida en el mentado artículo 700. Esta segunda es la doctrina de la inscripción garantía, sustentada por Leopoldo Urrutia, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, entre otros"*<sup>41</sup>.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en un fallo de fecha 5 de abril de 2011, sostuvo, en su considerando sexto, *"Que resulta indiciario a las pretensiones del demandante reconventional el hecho de que el demandante de reivindicación haya adquirido la propiedad que reclama, celebrando un contrato de compraventa con su padre, promitente vendedor y arrendador, el 30 de abril de 1996, pero sin haber obtenido la entrega material de la misma, porque el vendedor no la tenía desde hacía 32 años. En efecto, no se consignó en la respectiva escritura pública la entrega material de la propiedad. Con relación a este aspecto, resulta pertinente y de importancia traer a colación el artículo 1548 del Código Civil y por lo tanto el hecho de que la obligación de entregar el inmueble vendido no pudo tenerse por cumplida con la sola inscripción del título en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces, dado que ello sólo importa la tradición legal que debe completarse con la entrega material al comprador en términos de que este pueda disponer del bien raíz"*<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Urrutia Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI, p. 12.

<sup>41</sup> Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 13 de diciembre de 2010, Rol 962-2009, en la causa caratulada "Jara Maulen Elena con Ilustre Municipalidad del Tabo".

<sup>42</sup> Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 5 de abril de 2011, Rol 798-2010, en la causa caratulada "Mauricio Gallegos Naipayán con Manuel Labra Velásquez".

El razonamiento anterior lleva a la Corte de Apelaciones de Valdivia a acoger la demanda reconvenzional de prescripción extraordinaria interpuesta por el demandado, fundada en que la posesión del actor sería de "papel" al ser su inscripción de una fecha posterior de aquella en que el demandado adquirió la posesión material mediante sendos contratos de arrendamiento y de promesa de compraventa. Por ello, estima que no sería aplicable lo dispuesto en el artículo 728 del Código Civil, pues no se puede cancelar una posesión que el actor no ha tenido, más aún agrega que el artículo 728 se refiere a la posesión inscrita y no a la inscripción de dominio en sí.

Discrepamos del fallo en comento, pues al resolver que el actor no tiene la posesión material del predio, dispone que no sería aplicable el artículo 2505 y, por lo tanto, establece en su considerando octavo: "*Que de lo dicho resulta que la prohibición que contiene el artículo 2505 del Código Civil no es una prohibición absoluta, que ampare la sola inscripción de una propiedad*"<sup>43</sup>. Si bien es cierto que en un caso como éste el actor no detenta la posesión material, toda vez que la finca disputada se encontraba materialmente en poder del demandado, estimamos que no sería procedente acoger la demanda reconvenzional de prescripción extraordinaria, toda vez que si el demandante reconvenzional no ha inscrito su título, no ha adquirido la posesión del inmueble en virtud de lo dispuesto en el artículo 724 y, por lo mismo, sin posesión no puede haber prescripción. Pensar lo contrario sería sostener que la inscripción no otorga ninguna garantía al poseedor que la detenta. Además, no deja de llamar la atención que en dicho fallo se le declare la prescripción adquisitiva extraordinaria al demandado, que en el caso de autos detenta la calidad de mero tenedor, toda vez que adquirió la posesión material del predio disputado mediante un contrato de arrendamiento y un contrato de promesa de compraventa, de manera que no cuenta con un título traslativo de dominio. Por otra parte, estimamos que se vulnera el artículo 2505 del Código Civil, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen de manera prácticamente unánime que se trata de una norma absoluta, que no distingue entre prescripción ordinaria y extraordinaria y que prevalece sobre el artículo 2510 N° 3.

## 5. Conservación y pérdida de la posesión

Inmuebles no inscritos:

La posesión se conservará mientras subsista el corpus y el animus. De esta manera, la posesión se perderá cuando falte alguno de los elementos esenciales que la constituyen. Al respecto pueden darse distintos supuestos:

<sup>43</sup> Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 5 de abril de 2011, Rol 798-2010, en la causa caratulada "Mauricio Gallegos Naipayan con Manuel Labra Velásquez". *Gaceta Jurídica*, año 2011, p. 223.

### **a. Que se pierda tanto el corpus como el animus**

Ello puede ocurrir, en primer lugar, cuando la cosa se enajena. En este caso, aun cuando el tradente enajene la cosa sin ser dueño de ella, de todas maneras el adquirente pasa a tener la calidad de poseedor, y por lo tanto puede llegar a adquirir el dominio por prescripción según lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil.

En segundo lugar pueden perderse también ambos elementos cuando el bien se abandona para que lo haga suyo otra persona. Suele darse como ejemplo el del dueño de la finca que la abandona cuando no resiste la persecución y presión por parte de sus acreedores hipotecarios.

### **b. Que se pierda sólo el corpus**

Este supuesto tendrá lugar en el caso del artículo 726 del Código Civil, que señala: "*Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con el ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan*". Esta norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 2502, toda vez que se pierde la posesión por haber entrado en ella otra persona, lo que a su vez produce la interrupción natural de la prescripción haciendo perder todo el tiempo transcurrido.

También se perderá el corpus y con ello la posesión en el caso del artículo 729: "*Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde*". Esta norma, aplicable sólo a los inmuebles no inscritos, hace que el poseedor pierda la posesión cuando otros se apoderan de la cosa de manera violenta o clandestina, lo que no significa que quien actúa de tal forma adquiera la posesión, pues estimamos –siguiendo la tesis de las posesiones inútiles– que ello implicaría incentivar conductas ilícitas y, por lo tanto, quienes se apoderan violenta o clandestinamente de un inmueble no pueden llegar a adquirir el dominio por prescripción.

En el artículo 729 encontramos una de las principales diferencias entre los inmuebles inscritos y no inscritos, que reflejan que la inscripción tiene un rol fundamental como garantía de la posesión. De esta manera, si alguien con violencia o clandestinidad se apodera de un inmueble inscrito, el que tiene la posesión no la pierde; ello sólo es posible cuando se cancela la inscripción anterior, según lo dispuesto en el artículo 728. Por el contrario, en el caso de un inmueble no inscrito el poseedor pierde la posesión, de manera que no se encuentra resguardado de los actos de apoderamiento que otros puedan realizar pretendiéndose dueños del inmueble. Estimamos que el artículo 729 es una norma que tiene como objetivo, en especial a la época de dictación de

nuestro Código Civil, incentivar a los poseedores de inmuebles a ingresar al sistema de la propiedad inscrita.

Mención especial merece el artículo 730 del Código Civil, al decir: *"Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior."*

*Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".*

En concepto del profesor Luis Claro Solar nuestro Código lo que hace es formular una regla única: *"el simple hecho de la usurpación del que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro no le da la posesión. Por consiguiente, el poseedor no pierde su posesión por el acto de usurpación que realiza el mero tenedor de la cosa. Esta regla es general y se refiere a toda clase de cosas"*<sup>44</sup>. Lo que debe relacionarse con el hecho de que nadie puede por sí mismo mejorar su título desconociendo el dominio del verdadero dueño.

Lo que ocurre, dice Claro Solar, es que el artículo 730 en su inciso primero, refiriéndose a los inmuebles no inscritos, se pone en el supuesto de que el usurpador enajene la cosa a su propio nombre. En este caso, se pierde la posesión anterior y la persona a quien se la enajena adquiere la posesión, puesto que la recibe con el ánimo de hacerla suya, incluso podría convertirse en un poseedor regular si recibe la cosa creyendo que quien se la enajenó era el verdadero dueño. Se reúnen en esta persona los dos elementos de la posesión y, por lo mismo, se pone fin a la posesión de quien no había inscrito su título.

El profesor Víctor Vial previene que, como se trata de la enajenación de un inmueble no inscrito, para adquirir la posesión de todas maneras será necesaria la inscripción en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 724 del Código Civil.

Don Arturo Alessandri se coloca en una situación distinta preguntándose qué sucede si un tercero, sabiendo que el inmueble de una persona no se encuentra inscrito, procede a inscribirlo a su propio nombre en el Conservador de Bienes Raíces ¿Se perdería en tal caso la posesión? Para responder lo anterior deben considerarse las tesis anteriormente mencionadas. De esta manera, para quienes sostienen que la inscripción es una ficción legal que necesariamente representa los dos elementos de la posesión, dicha inscripción haría perder la posesión anterior, *"Y el poseedor que de esta manera llega a perder su propiedad*

<sup>44</sup> Claro Solar, año 1950, p. 560.

de nada tendría que quejarse, porque fue negligente al no realizar la inscripción para gozar de todas las garantías que el Código otorga a la posesión inscrita, y porque también incurrió en otra negligencia al dejar que el falso adquirente inscribiera a su nombre sin formular oposición"<sup>45</sup>. En cambio quienes siguen la tesis de la inscripción-garantía, señalan que en un caso como éste no se pierde la posesión y ello porque la inscripción sólo puede solemnizar hechos verdaderos de apoderamiento, "si no hay una posesión material, la inscripción por sí sola nada significa, es una inscripción de papel, o sea, una mera anotación en el Registro del Conservador sin que el titular de ella tenga la posesión física y material del inmueble; nada contiene ni representa".<sup>46</sup> En lo que respecta a la negligencia del poseedor no inscrito, se responde señalando que la ley no hizo obligatoria dicha inscripción.

### c. Que se pierda el animus

Si bien es una situación de difícil ocurrencia, los autores suelen citar el ejemplo del poseedor que enajena la cosa, pero se mantiene como mero tenedor, es lo que se conoce con el nombre de constituto posesorio, que se recoge con ocasión de la tradición en el artículo 684 N° 5 del Código Civil.

Inmuebles inscritos:

En lo que respecta a esta clase de bienes, la regla fundamental respecto a la **conservación** de la posesión se encuentra en el artículo 728 inciso segundo del Código Civil al decir: "*Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente*".

Según dicha norma, frente a una posesión inscrita no valen absolutamente de nada los actos materiales de apoderamiento de la cosa que haga un tercero, ya que esos actos no hacen perder la posesión a su titular, ni le dan la posesión al tercero. Todavía más, el apoderamiento de un inmueble inscrito no hace adquirir ni aun la posesión irregular del mismo de acuerdo a los artículos 728, 729 interpretado a contrario sensu, y los artículos 730 y 2505.

En lo que respecta a la **pérdida** de la posesión de un inmueble inscrito, debe aplicarse el inciso primero del artículo 728, que dispone: "*Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial*".

<sup>45</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p 414.

<sup>46</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 414.

Para don Luis Claro Solar *"esta disposición consagra el principio que sirve de base a la institución misma del Registro del Conservador de Bienes Raíces. La inscripción da la posesión, a la vez que transfiere al adquirente los derechos del tradente sobre el inmueble, y, por lo tanto, el dominio si el tradente era el verdadero dueño; de modo que ante la ley es poseedor del inmueble el que aparece de la inscripción vigente y mientras ella subsiste no puede haber otro poseedor"*<sup>47</sup>.

## 6. La inscripción como garantía de la posesión de los inmuebles inscritos

Del artículo 728 precitado se depende que la inscripción cumple la finalidad de garantizar la posesión y también el dominio, toda vez que quien tiene su título inscrito queda resguardado de los actos materiales y de apoderamiento que puedan pretender terceros con el objeto de arrebatar la posesión a quien ha inscrito su título. De esta manera, como la posesión no se pierde sino mediante otra inscripción que cancele la anterior, es que se sostiene que *"la principal garantía con que el Código favorece al poseedor inscrito, es la de acordarle el privilegio de ponerlo a cubierto de toda prescripción (art. 2505)"*<sup>48</sup>. Si alguien pretende alegar la prescripción adquisitiva sobre un bien de un poseedor inscrito, sólo puede hacerlo en la medida que su posesión se justifique en otro título inscrito, puesto que sin inscripción no hay posesión y por ende no puede haber prescripción.

En efecto, el artículo 2505 dispone: *"Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo"*. Se ha sostenido que la finalidad de esta disposición es incentivar a los poseedores de inmuebles a que inscriban sus títulos para, de esta manera, lograr los beneficios que la norma establece. Recordemos que ello era una meta que Bello dejó plasmada en el Mensaje del Código Civil. Por su parte, la Corte Suprema ha fallado sobre este tema *"que es consecuencia lógica de los principios expuestos la situación de imprescriptibilidad del predio inscrito respecto de los terceros que pretendan adueñarse de una finca, puesto que debiendo entenderse que la posesión se halla radicada permanentemente en el que tiene título inscrito, el prescribiente no ha podido entrar jamás a poseerla y faltaría por consiguiente a sus expectativas esta base y requisito esencial de toda prescripción"*<sup>49</sup>. El artículo 2505 es categórico al afirmar que sólo se puede prescribir en contra de un título inscrito en virtud de otro título inscrito, y el plazo de prescripción comienza a correr desde que dicha inscripción se materializa.

<sup>47</sup> Claro Solar, año 1950, p. 554.

<sup>48</sup> Trucco Humberto, "Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 138.

<sup>49</sup> Claro Solar, año 1950, p. 556.

A este respecto, concordamos con la postura del profesor Víctor Vial del Río al decir: "*El artículo 2505 es una norma claramente excepcional a los principios generales en materia de prescripción. Sin embargo, su ubicación en el Código Civil, precisamente entre las normas que regulan la prescripción, contribuye a demostrar que en materia de prescripción de los derechos reales inscritos existe una regla especial, en virtud de la cual para prescribir se debe tener la calidad de poseedor inscrito*"<sup>50</sup>. De esta forma nos parece que se pueden interpretar sistemáticamente –artículo 22– los artículos 728 y 2505 del Código Civil.

Don Luis Claro Solar estima que la norma en comentario –artículo 2505– se refiere a toda clase de prescripción, pues donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir. Por ende, no es posible adquirir por prescripción, ni aun extraordinariamente, un inmueble u otros derechos reales constituidos sobre ellos cuando aquellos se encuentren debidamente inscritos. La norma del artículo 2505 es "*general y absoluta*"<sup>51</sup>, y complementa los artículos 724, 728 y 730, que son el máximo reflejo de que la inscripción garantiza la posesión.

La mayoría de los autores está de acuerdo con la postura de don Luis Claro Solar, en el sentido que no es posible adquirir un inmueble inscrito, ni aun por prescripción extraordinaria. Además del argumento de la no distinción, agregan que debe considerarse su ubicación normativa, ello porque el legislador colocó esta norma antes del artículo 2506, que recién viene a distinguir entre la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria. Por otra parte, en el Proyecto de Código Civil, el artículo 2505 estaba contemplado solamente respecto de la prescripción ordinaria y si luego eso se cambió fue porque el legislador quiso hacerla aplicable a toda clase de prescripción. Además, por tratarse de una norma especial, el artículo 2505 debe prevalecer sobre el artículo 2510 regla tercera, y por lo tanto esta última norma sólo podría referirse a la prescripción de las cosas muebles y a los bienes raíces no inscritos. El artículo 2505 sería doblemente especial, pues se refiere a los bienes raíces y sólo a aquellos que se encuentran inscritos, por ende, al tratarse de una norma especial, debe prevalecer sobre la norma general del artículo 2510. Sostener lo contrario implicaría vulnerar el artículo 13 del Código Civil, que establece el principio de especialidad.

La Corte Suprema adhiere a esta postura mayoritaria al decir, en un fallo de fecha 14 de julio de 2008, que "*atendida la razonabilidad de los argumentos que sustentan esta posición doctrinaria y siendo dicha interpretación aquella que más coincide con los postulados normativos generales y especiales relativos a la propiedad inscrita, esta Corte ha adherido en anteriores dictámenes, y lo hace también en éste, a la opinión que afirma que contra un título inscrito no puede*

<sup>50</sup> Vial del Río, año 2009, p. 210.

<sup>51</sup> Claro Solar, año 1950, p. 571.

*prescribirse ordinaria ni extraordinariamente, sino en virtud de otro título inscrito (causa rol ingreso 1.47606, sentencia de once de diciembre de 2007; causa rol ingreso N° 3.804 2005, sentencia de diecisiete de octubre de 2006; causa rol ingreso N° 2.530 2004, sentencia de doce de octubre de 2006; causa rol ingreso N° 4.183 1999, sentencia de veintiséis de septiembre de 2000)*<sup>52</sup>.

## **7. En lo que respecta a la pérdida de la posesión de los inmuebles inscritos, el artículo 728 indica taxativamente cuál es la forma de ponerle fin**

### ***a. Por voluntad de las partes:***

El artículo 728 se refiere a la "voluntad de las partes", con lo cual alude a una convención, en virtud de la cual las partes, de mutuo acuerdo, deciden cancelar una inscripción que se ha efectuado a nombre de una de ellas, descartándose, por lo tanto, que se trate de una declaración unilateral del titular de la inscripción. En el fondo lo que las partes otorgan es una resciliación del contrato, la que deberá perfeccionarse mediante escritura pública, y luego ser presentada ante el Conservador de Bienes Raíces respectivo, quien procederá a practicar la correspondiente cancelación. También suele darse como ejemplo aquellos casos en que las partes celebran una transacción, caso en el cual habrá que analizar la situación del artículo 704 del Código Civil y evitar que la transacción opere como título traslativo, porque en ese evento estaremos en otro de los casos regulados en el artículo 728 del Código Civil.

### ***b. Por decreto judicial:***

Se produce toda vez que en un litigio el juez declara que el verdadero dueño no es el poseedor inscrito y, por lo tanto, le ordena al Conservador de Bienes Raíces cancelar la inscripción que figura a nombre del falso propietario. Estas cancelaciones se hacen materialmente mediante una subinscripción, de acuerdo a lo establecido en los artículos 79 y 91 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Se suele colocar como ejemplo "*el dueño de un inmueble que otro posee y que entabla en contra de éste una acción reivindicatoria, junto con solicitar al juez la restitución del inmueble pide que se cancele la inscripción que el poseedor había efectuado en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Una vez que el reivindicante obtiene una sentencia a su favor, presenta al Conservador una copia de la sentencia que dispone la cancelación, la que éste efectúa*"<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 14 de julio de 2008, Rol 1789-2007, en la causa caratulada "Véliz Rodríguez, Uido, con Sabioncello Corral, Antonio Eduardo".

<sup>53</sup> Vial del Río, año 2009, p. 190

**c. Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otra persona:**

Es el caso de mayor ocurrencia práctica, y se produce toda vez que una persona, que es dueña de un inmueble inscrito, celebra con la otra un contrato que constituye un título traslativo de dominio y esta segunda persona, a su turno, inscribe el inmueble a su nombre para efectuar la tradición. *"Esta cancelación no es material, sino virtual y se produce en forma automática por el hecho de que el poseedor inscrito transfiera a otra persona su derecho: simultáneamente con efectuarse la tradición, mediante la inscripción a favor del comprador, queda cancelada la inscripción anterior"*<sup>54</sup>. Esta forma de cancelación de la posesión inscrita produce ciertos problemas que analizaremos a continuación:

¿Se produce la pérdida de la posesión cuando el predio es arrebatado materialmente pero se conserva la inscripción?

La jurisprudencia y la doctrina se han preguntado si se produce la pérdida de la posesión cuando el predio es arrebatado materialmente, pero conservándose la inscripción. La interrogante surge a raíz de los requisitos que deben concurrir para poder dar lugar a una acción reivindicatoria, pues para ello es necesario, dentro de otros supuestos, que el actor esté privado de la posesión, es decir, que esté desposeído precisamente porque quien detenta la posesión es el demandado.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en un fallo de fecha 13 de abril de 2011, ha sostenido que *"A fin de verificar la concurrencia o falta del presupuesto de la posesión del demandado –respecto de la acción reivindicatoria–, debe tenerse en consideración que tratándose de bienes inmuebles, esta pérdida de posesión puede producirse por la privación de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por la pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; o por carencia tanto de la posesión inscrita como de la material. En el sentido que se viene analizando y que dice relación con el caso sub lite, cabe concluir que la posesión respecto de un inmueble inscrito debe ser entendida para efectos de la acción reivindicatoria, como la tenencia material del demandado respecto del predio sobre el cual recaen los derechos que se pretenden reivindicar y que, por su parte, la posesión únicamente se adquirirá mediante la correspondiente inscripción en el pertinente registro conservatorio"*<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005 p. 419.

<sup>55</sup> Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 13 de abril de 2011, Rol 2341-2011, considerando 11º, en los autos caratulados "Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones Sierra Verde Ltda. con Alfaro Santander, Juan Carlos".

De esta manera la jurisprudencia sostiene que no hay inconveniente en ejercer la acción reivindicatoria si se ha perdido la posesión material, pero se conserva la inscripción, pues es este elemento de la posesión –el corpus– el que se pretende recuperar mediante el ejercicio de dicha acción. El profesor Daniel Peñailillo Arévalo estima que *"En una actitud intermedia, se ha planteado que no obstante tener posesión inscrita, al privarse al dueño de la tenencia material, se lo ha privado de una parte integrante de la posesión, su fase material, y que en tal caso procede reivindicar, al no ser íntegramente poseedor"*<sup>56</sup>.

¿Produce el título injusto la cancelación de la inscripción anterior?

Digamos que los títulos injustos están taxativamente enumerados en el artículo 704 del Código Civil. En un principio, nuestra Corte Suprema estimó, en un fallo de 28 de diciembre de 1907, que los títulos injustos no tenían la virtud de cancelar la inscripción del poseedor anterior, pues no se habría transferido el respectivo derecho en los términos del artículo 728. Más tarde, la jurisprudencia cambió de parecer y sostuvo lo contrario, es decir, que un título injusto permitiría cancelar la posesión inscrita. Los argumentos para pensar de esta manera se repiten y se agrupan por parte de la doctrina de la siguiente manera<sup>57</sup>:

- (i) Si de acuerdo con el artículo 2510 N° 1 es posible prescribir extraordinariamente sin título alguno, con mayor razón se podrá prescribir con un título injusto.
- (ii) Los artículos 728 y 2505, que se refieren a la cancelación de la posesión inscrita en virtud de otro título, no distinguen entre títulos justos o injustos, y por ende donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir.
- (iii) El mismo Código Civil en el artículo 730 contempla la posibilidad de cancelar la posesión mediante un título injusto, que es aquel que deriva del usurpador.

No podemos sino estar de acuerdo con el profesor Víctor Vial del Río, en el sentido que la pregunta anterior está estrechamente relacionada con la necesidad de responder otra interrogante **¿Debe necesariamente la nueva inscripción estar vinculada o provenir del poseedor anterior para tener la virtud de cancelar la posesión inscrita?**

En principio, digamos que para cancelar el título que ampara la posesión inscrita es necesario que la nueva inscripción esté vinculada con la del poseedor

<sup>56</sup> Peñailillo, año 2010, p. 513.

<sup>57</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 419.

anterior. En efecto, si el Conservador de Bienes Raíces recibe, por ejemplo, una escritura pública de compraventa y se percata que de acuerdo a sus registros quien transfiere la propiedad no es quien figura como poseedor actual, procederá a rechazar dicha inscripción. Pero es perfectamente posible, y en el hecho ocurre, que producto de escrituras falsificadas el Conservador no alcance a advertir que se trata de una persona distinta, o que el individuo que aparece enajenando el inmueble no tiene las facultades para hacerlo.

Por lo anterior, y para concordar con la postura de que un título injusto, ya sea falsificado o conferido por quien no tiene derecho para ello, permite cancelar la posesión, debemos concluir que la inscripción posterior debe estar vinculada con la del verdadero poseedor para producir la cancelación de la posesión al menos aparentemente.

*"En relación con este tema, que ha sido objeto de discusión y que ha motivado la dictación de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se inclinan por la tesis de que sólo la nueva inscripción que procede realmente del titular anterior cancela la anterior o por la tesis de que también la cancela la que procede de un título falsificado u otorgado por una persona sin poder de representación, se ha ido uniformando la opinión de que para que la nueva inscripción cancele la anterior debe provenir, a lo menos aparentemente, del poseedor a nombre de quien figura esta última"<sup>58</sup>. Apoyamos esta tesis, en el sentido que el nuevo poseedor debe derivar su título al menos aparentemente del poseedor inscrito, "por lo mismo, si ni siquiera se da esa apariencia y el Conservador practica la nueva inscripción, ésta se presenta en absoluto desligada o desvinculada de la anterior, por lo cual no cabe sino concluir que no la cancela"<sup>59</sup>. Por lo demás, la posesión inscrita sólo puede cancelarse por alguna de las formas que establece el artículo 728 de nuestro Código Civil.*

Para que el poseedor aparente que ha logrado efectuar la inscripción pueda llegar a adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, pues su posesión será de todos modos irregular, es necesario que la inscripción vaya acompañada de la entrega material, y en este punto el supuesto se complica, pues es muy poco probable que el primer poseedor a quien se le ha cancelado su posesión no se percate en el transcurso del tiempo que otro ha entrado en su finca, y ejerza, por lo tanto, las acciones necesarias para defenderse. A mayor abundamiento, el profesor Víctor Vial señala *"Como lo he mencionado antes, para que opere la prescripción no basta que se tenga la posesión de la cosa, sino que es imprescindible, además, el ejercicio de actos posesorios, pues son éstos los que permiten enterarse de la posesión a la persona que tiene derecho a oponerse a ella. Así, la posesión que solamente se funda en la inscripción y que no va aparejada de la ejecución de actos posesorios es inútil"<sup>60</sup>.*

<sup>58</sup> Vial del Río, año 2009, p. 188.

<sup>59</sup> Vial del Río, año 2009 p. 189.

<sup>60</sup> Vial del Río, año 2009, p. 189.

Lo anterior no puede dejar de relacionarse con lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil, según el cual "*La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho*". De esta manera, una enajenación en que el tradente no es dueño de la cosa que transfiere, no adolece de nulidad, pues no hay ninguna norma que así lo disponga, lo que ocurre es que la tradición no va a producir los efectos que le son propios, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene, pero sí va a colocar al adquirente en la calidad de poseedor y, cumpliéndose con los demás requisitos legales, podrá llegar a adquirir el dominio por prescripción.

Más aún, como lo ha señalado nuestra jurisprudencia, la circunstancia de que se venda una cosa ajena no le da a la compraventa la calidad de un título injusto, puesto que el artículo 1815 del Código Civil señala que la venta de cosa ajena es válida, y por otra parte el artículo 704 no la enumera dentro de los títulos injustos, de manera tal que el adquirente principia una posesión que le permite llegar a adquirir el dominio por prescripción. Es por ello que determinar en estos casos si se trata de una posesión regular o irregular dependerá más bien de la buena o mala fe con que se adquiriera la cosa por parte del tercero.

Significado de la expresión "competente inscripción" del artículo 730 inciso segundo:

El artículo 730 inciso segundo dispone: "*Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción*". Esta norma ha dado lugar a grandes despliegues intelectuales por parte de la doctrina para lograr explicar cuál es su verdadero alcance y qué es lo que realmente debe entenderse por la expresión "competente inscripción".

Nuevamente nos encontramos con una norma que refleja que la inscripción es garantía de la posesión: "*La inscripción ampara la posesión aun contra el tercero que de buena fe adquiere la cosa de quien se da por dueño de ella desconociendo los derechos de la persona a cuyo nombre la tiene; ese tercero no adquiere la posesión, ni al tomar la cosa con ánimo de dueño pone término a la posesión del poseedor inscrito*"<sup>61</sup>. Se trata de una norma que viene a confirmar lo dispuesto en el artículo 728, la posesión se mantiene mientras subsista la inscripción, por lo tanto, el tercero sólo podrá comenzar a poseer en la medida que cuente con una competente inscripción.

Pero ¿qué debe entenderse por la expresión competente inscripción? Existen dos posturas al respecto.

<sup>61</sup> Claro Solar, año 1950, p. 561.

Una primera tesis interpreta que la expresión "competente inscripción" del artículo 730 es aquella que emana del verdadero poseedor, aunque sea de manera aparente. Para ellos, sólo la inscripción que proviene del poseedor anterior tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior, pues es la única capaz de transferir el respectivo derecho. Por lo demás, agregan estos autores "*Sólo considerando como competente inscripción la que emana del poseedor inscrito anterior se puede mantener la continuidad de la propiedad inscrita y la cadena eslabonada de las inscripciones*"<sup>62</sup>. En relación con lo anterior no debe olvidarse que el artículo 692 del Código Civil dispone que: "*Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva*", esta norma se complementa con el artículo 80 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces al decir: "*Siempre que se transfiera un derecho antes inscrito, se mencionará en la nueva, al tiempo de designar el inmueble, la precedente inscripción, citándose el Registro, folio y número de ella*".

Para quienes son seguidores de esta interpretación, no deja de ser una dificultad el artículo 730 del Código Civil, pues el mismo permite que la posesión se cancele precisamente cuando el título no proviene del poseedor anterior sino del usurpador, que además enajena la cosa a su propio nombre, con lo cual no podría darse, ni aun en apariencia, que las inscripciones se encuentren ligadas entre sí. Para salvar esta contradicción, distinguen distintas situaciones a las cuales estaría referida dicha norma, las que bien agrupa el profesor Arturo Alessandri Rodríguez<sup>63</sup>:

- (i) Lo que ocurre en esta primera hipótesis es que el poseedor inscrito ratifica la venta que hace el usurpador de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1818 del Código Civil: "*La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta*".
- (ii) El artículo 730 se aplicaría a aquellos casos en que se valida retroactivamente la venta cuando el usurpador después de haber enajenado la cosa a su propio nombre adquiere el dominio de la misma, lo que por lo demás estaría contemplado en nuestro propio Código Civil en sus artículos 682 inciso 2° y 1819.
- (iii) Si bien señalan que la enajenación que hace el usurpador a su propio nombre da lugar a la inscripción de un título injusto que tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior, ello no impide "*que el verdadero dueño conserve su derecho para impetrar judicialmente la cancelación de la nueva inscripción, realizada dolosamente, mientras no se extinga tal derecho por prescripción*"<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 421.

<sup>63</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 421.

<sup>64</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 421.

Para otro grupo de autores, *"la competente inscripción de que habla el inciso 2° del artículo 730 no puede ser otra que la que se efectúa con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del Departamento de la ubicación del inmueble que se transfiere. La nueva inscripción así practicada tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior que existe sobre la misma propiedad"*<sup>65</sup>. Agregan estos autores que admitir que la inscripción competente es la que emana del poseedor anterior es desconocer el verdadero sentido del artículo 730. Cuando un poseedor inscrito transfiere su derecho a otro en virtud de una nueva inscripción nos encontramos en la situación descrita en el artículo 728, y en el caso del artículo 730 es el usurpador quien enajena la cosa a su propio nombre, se trata de situaciones que son distintas. Sostener lo contrario, arguyen, es negarle toda aplicación al artículo 730 y afirmar que se trataría de una norma redundante.

Agregan, además, que si la inscripción para ser competente debe necesariamente provenir del poseedor anterior, el artículo 2505 no tendría ningún sentido, pues para que haya prescripción en contra de un título inscrito es necesario que se posea en contra del dueño, y el dueño habría perdido tal calidad al transferir su derecho a un tercero. Por lo demás, señalan que el artículo 2505 no exige que la inscripción provenga del poseedor anterior.

El artículo 730 contempla precisamente el caso en que el usurpador enajene la cosa a su propio nombre. En esta situación, si el adquirente no logra inscribir su título en el Conservador de Bienes Raíces, entonces el anterior poseedor conserva su posesión, pero, por el contrario, si el adquirente logra inscribir su título pone fin a la posesión anterior y, por lo tanto, podrá llegar a adquirir el dominio por prescripción de conformidad al artículo 2505. Se trata en todo caso de una norma de carácter excepcional, y su interpretación debe hacerse de manera restrictiva.

Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema en un fallo de fecha 31 de agosto de 2010, por medio del cual se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada, reflexionó acerca de lo que debe entenderse por la expresión competente inscripción, y señaló: *"Con todo, resulta pertinente profundizar en la tesis jurídica de fondo del discurso basal de la nulidad. Como en la inscripción de la demandada no se menciona la precedente inscripción, por su registro, folio y número –se nos dice– el título inscrito a su nombre no le habría transferido la posesión del respectivo derecho, por aplicación de los mandatos que se dan por vulnerados. Sobre el particular, la sentencia razona en el sentido de reconocer que el título de los demandados no procede de los poseedores anteriores y también acepta que su inscripción no habría cancelado la anterior, a nombre de los actores, en los términos del artículo 728 del Código Civil. Pero añade que*

<sup>65</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 422.

*esta última carece de mérito posesorio: sería sólo una inscripción de papel, vacía, que no podría prevalecer ante la evidencia de ostentar los demandados y actores reconventionales la tenencia material de los predios en discusión, ya desde 1982 (considerandos 5° y 6° del pronunciamiento de segunda instancia).*

El desarrollo aludido se concilia con la posición sustentada en la doctrina más autorizada. En efecto, el examen del artículo 728 no puede dissociarse de lo estatuido en el artículo 730, inciso 2°, ambos del Código Civil. Éste consigna que si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

Si bien el alcance de la expresión competente inscripción ha sido debatido, de lo cual se hace cargo el fallo de alzada, en su cavilación 4ª, el sentenciador discurre acerca de la procedencia de la tesis apoyada en doctrina por CLARO SOLAR y a la que adhieren, entre otros, SOMARRIVA y CLARO VIAL. Según ésta, competente inscripción es simplemente la que reúne los requisitos de la ley y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, aunque se encuentre desligada real y aparentemente de la anterior, con tal que vaya acompañada de la tenencia material de la cosa a que se refiere el título inscrito. Siempre en esta perspectiva, la competente inscripción no puede ser la que emane del poseedor inscrito, pues ese caso lo considera el artículo 728, y no es dable suponer semejante redundancia.

Para reforzar su punto de vista, agregan sus partidarios que la inteligencia asumida es la única conciliable con el artículo 2505, que consagra la prescripción contra título inscrito en virtud de una nueva inscripción, que bien podría no emanar del poseedor inscrito anterior, sino de un tercero que enajena como propio un inmueble y hace entrega material al adquirente que inscribe su título de enajenación.

*En consecuencia, las inscripciones presuntamente viciadas no son tales, desde que no existen dudas de que los predios individualizados en el libelo como 20 y 21 del predio El Roble de Vichiculén, con inscripciones vigentes paralelas a favor de ambas partes de este juicio, se encuentran en posesión material de la demandada desde 1982 e inscritas en el pertinente Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, al cabo de la compra que de ellos hizo a doña Mireya Devia Valenzuela, adjudicataria de esos bienes en la liquidación de la sociedad conyugal habida con su cónyuge don Hugo Federico Correa Soto Aguilar, ese mismo año, la que se inscribió en 1992 y que, para los efectos que interesa, ha de ser evaluada como la competente inscripción, que habilita a esa parte para adquirir por prescripción<sup>66</sup>.*

<sup>66</sup> Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 31 de agosto de 2010, Rol 4819-2008, en los autos caratulado "Arévalo López, Ismael Segundo, con Agrícola Inmobiliaria Montolín S.A.".

Interesante resulta el fallo en comento, pues si bien reconoce que el título de los demandados no proviene de los poseedores inscritos anteriores, vale decir, de los demandantes, acogiendo la postura de la inscripción-garantía, sostiene que la inscripción de los actores sería una inscripción de papel, puesto que la posesión material de los sitios disputados la detentan los demandados desde 1982, hecho que además se solemniza con la inscripción, y por lo tanto les permite adquirir el dominio por prescripción. En dicho fallo se acoge la postura de que la competente inscripción es aquella que se hace por el respectivo Conservador de Bienes Raíces, cumpliendo con las formalidades legales, lo que nos parece correcto si, además, se atiende a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio.

En otro fallo dictado, esta vez, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, se confirmó la sentencia apelada, que había rechazado la demanda principal y reconvencional de prescripción adquisitiva. En estos casos la Corte llega a la conclusión que el antecesor en el dominio de los demandados, en este caso el Fisco, no era dueño del 100% de los derechos sobre la propiedad enajenada, sino que solamente sobre un 50%, de manera tal que, en cuanto al 50% de los derechos restantes se establece que lo que hay es una venta de cosa ajena, y por ello añade el tribunal de alzada "*...pero sin embargo de esta irregularidad, es el parecer de esta Corte que de acuerdo a la interpretación que debe darse al artículo 730 del Código Civil al practicarse la inscripción en referencia se perdió o canceló la posesión por todos los anteriores titulares de inscripción respecto del inmueble y se adquirió por el Fisco, ya que debe estimarse que el vendedor forzado del inmueble, señor Rivera Peragallo (representado por el juez), se dio por dueño de toda la cosa y la enajenó al Fisco, luego de lo cual se hizo a nombre de este último una inscripción en el Registro de Propiedad que correspondía de acuerdo a la ubicación del inmueble, procediéndose al hacerlo de la manera que la ley determina, inscripción que debe estimarse que es "la competente inscripción" a que se refiere el artículo citado en su inciso segundo, norma que claramente está aludiendo a la enajenación que practica un mero tenedor que no es el poseedor del bien y que debe interpretarse armónicamente con lo que dice el artículo 1815 del Código Civil, regla esta última que admite que los derechos del dueño en el caso de venta de cosa ajena pueden verse afectados por la prescripción y para que ello suceda es indiscutible que el comprador debe haber tenido la posesión de la cosa, lo que hace necesaria la práctica de una inscripción a su nombre. Concordante con esto, vale decir, con admitir que puede venderse cosa ajena y practicarse a continuación la inscripción de tal venta a nombre del comprador en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, aparece también la norma del artículo 14 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que admite que un fundo que según el título que se presenta al Conservador figure vendido por alguien que no es su dueño o actual poseedor, puede inscribirse, pero previo cumplimiento de la exigencia de poner en conocimiento en forma judicial tal pretensión de inscripción a quienes pueda perjudicar la anotación. Pero sin*

*embargo de todo lo anterior, debe dejarse en claro en concepto de estos sentenciadores, que la posesión mediante la competente inscripción, antes citada, no puede concebirse en términos irrestrictos y apartándose totalmente de la realidad de quienes detentaban materialmente y amparados por títulos inscritos, numerosos sectores del extenso inmueble..."*<sup>67</sup>. Continúa el fallo señalando que la inscripción del Fisco así como la de sus antecesores sólo pudieron conferir la posesión que habilitara para prescribir respecto de aquellos terrenos que se encontraban en situación de abandono respecto de su tenencia material, y que por lo tanto en las inscripciones a nombre del demandado falta un elemento esencial de la posesión, como es el corpus, "*resultando de esta manera que tales inscripciones no han sido constitutivas de posesión completa y por tanto no han podido servir para adquirir el dominio por prescripción, quedando a salvo de esta manera personas que estaban en la posesión inscrita y material tranquila de sus inmuebles del despojo de que pudieran ser objeto por parte de un titular de inscripción una vez que éste hubiera completado el tiempo necesario para adquirir por prescripción. Es nuestro parecer que la tenencia material, o entrega material de los inmuebles a los adquirentes, debe ser considerada, lo que toma por fundamento aparte de la definición misma del artículo 700 del Código Civil, numerosas otras normas del mismo Código, como ocurre entre otros con los artículos 1824, 1826, 1828, 1831, 1832 y 1833"*<sup>68</sup>.

Situación de las inscripciones de papel:

La cuestión está en resolver si las inscripciones de papel son idóneas para adquirir la posesión y por lo tanto para cancelar la posesión anterior.

Las inscripciones de "papel" son aquellas que si bien cumplen con los requisitos del Registro, no tienen relación con la realidad, porque no concurre el corpus ni el animus, que son los elementos esenciales de toda posesión. Para determinar si este tipo de inscripciones tiene la virtud de cancelar la posesión es necesario volver sobre las teorías que mencionábamos respecto a lo que representa la inscripción.

Para quienes siguen la postura de la inscripción-garantía esta clase de inscripciones no permite adquirir la posesión, pues se trata de bienes que nunca se han poseído materialmente. "*La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que faltando el hecho de la posesión, nada solemniza*

<sup>67</sup> Sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de 16 de marzo de 2004, Rol, 28.965, en los autos caratulado "Compte Diango, Santiago, con Carnegie Institution of Washigton y Fisco".

<sup>68</sup> Sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de 16 de marzo de 2004, Rol, 28.965, en el proceso caratulado "Compte Diango, Santiago, con Carnegie Institution of Washigton y Fisco".

ni asegura."<sup>69</sup> De acuerdo a esta tesis, no puede adquirirse la posesión ni cancelarse la anterior si no se reúnen en la realidad ambos elementos constitutivos de la posesión. Aun más, para el profesor Víctor Vial, una inscripción por sí sola no basta para adquirir la posesión y por ende el dominio por prescripción, para ello, es fundamental que vaya acompañada del ejercicio de actos posesorios.

Apoya la tesis anterior un fallo dictado por la Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2011, que en su considerando undécimo dispone: "*Que de lo expuesto precedentemente se concluye que la inscripción efectuada a favor de Empresa Monteverde S.A. es lo que en doctrina se denomina "inscripción de papel", porque se refiere a un bien que nunca ha poseído y que conforma una simple anotación en el registro del Conservador de Bienes Raíces, no respondiendo a una realidad posesoria. "El concepto de posesión denota un estado de hecho que se apoya en la realidad de la tenencia de una cosa" (RDJ, t. 78, sección 2ª, p. 138). La inscripción conservatoria es un símbolo de posesión, pero no puede tenerse en pie si le falta el cuerpo que debe sostenerla, y ese cuerpo es el hecho de la posesión" (Jorge Herrera Silva, Nuestro sistema posesorio inscrito, Editorial Nascimento, 1936, p. 167). Ello se colige de la definición del artículo 700 del Código Civil, que preceptúa que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño. Y si bien la posesión inscrita constituye una modalidad peculiar de la posesión, lo cierto es que ella no puede liberarse por entero de este criterio. Es necesario, en consecuencia, que la nueva inscripción vaya acompañada de la tenencia real del inmueble para que confiera posesión. De esta forma, el poseedor inscrito anterior que primero pierde la tenencia del inmueble, pierde la posesión desde que se verifica la inscripción a nombre de la persona que ejerce el poder de hecho sobre la cosa*"<sup>70</sup>.

Para los seguidores de la tesis que sostiene que la inscripción es una ficción de la posesión, y que por lo tanto la misma hace presumir de derecho que se reúne tanto el corpus como el animus, estas inscripciones de papel cancelarían la inscripción anterior y por lo mismo permitirían llegar a adquirir el dominio por prescripción, aun cuando no se cuente materialmente con el bien.

Concordamos con la opinión del profesor Víctor Vial, en el sentido que para que la inscripción tenga la virtud de otorgar la posesión debe ir acompañada de la entrega material, pues son precisamente los actos posesorio los que permiten al dueño darse cuenta que otro ha entrado en posesión. Sostener la tesis contraria implicaría que los poseedores inscritos debieran estar constantemente revisando que otro no haya inscrito un título sobre su mismo inmueble, lo que significaría que la inscripción dejaría de ser una garantía de la posesión.

<sup>69</sup> Urrutia Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXI p. 12.

<sup>70</sup> Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2011, en los autos caratulados "Empresa Monte Verde S.A. con Valenzuela González, Miguel Luis Emiliano".

## 8. La inscripción como prueba de la posesión

Materia de largo debate por parte de la doctrina ha sido lo referente a la prueba de la posesión en virtud de lo dispuesto en los artículos 924 y 925 del Código Civil, que, no obstante estar ubicados dentro de los interdictos posesorios, son aplicables a todos aquellos casos en que deba probarse la posesión, siendo de suma importancia, si se tiene en consideración la presunción del artículo 700, que dispone que el poseedor es reputado dueño.

La interpretación de estas normas, en especial al tratar de conciliarlas, ha dado lugar a la elaboración de una serie de teorías respecto de su aplicación y alcance.

El artículo 924 dispone: *"La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla"*. Esta norma ha dado lugar a diversas interpretaciones. Si bien se establece que se trata de una presunción de derecho, hay quienes estiman que estamos en presencia de una presunción absoluta y, por lo tanto, *"el título inscrito no admite en contra la prueba que emana de los hechos positivos a que se refiere el artículo 925, y tampoco la de otra inscripción relativa al mismo inmueble"*<sup>71</sup>. En este sentido don Humberto Trucco señala: *"Por consiguiente, nuestro aserto es inmovible: no puede admitirse otra prueba de la posesión, tratándose de inmuebles inscritos, que la referida inscripción; y si de hecho se admitiese, sería contrariar abiertamente el tenor literal y el espíritu del citado artículo 924"*<sup>72</sup>.

Para otros autores, entre los cuales destaca el profesor Luis Claro Solar, la presunción no es absoluta, pues admite que se pueda contraponer a la inscripción otro título inscrito relativo al mismo inmueble y por ello señala: *"Mas es evidente que si dos personas hubieran inscrito títulos diferentes sobre el mismo predio, la una podría oponer a la otra su posesión inscrita, o más bien, podrían invocar una en contra de la otra su inscripción de más de un año, para resistir la querella posesoria instaurada en su contra; y en tal caso aquel que tenía en su poder el inmueble objeto de la querella debería ser amparado en el juicio posesorio"*<sup>73</sup>.

Por su parte el artículo 925 establece: *"Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión"*.

<sup>71</sup> Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 348,

<sup>72</sup> Trucco, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 135.

<sup>73</sup> Claro Solar, año 1950, p. 586.

De esta manera surge la interrogante ¿Cuándo debe aplicarse cada uno de estos artículos? Se ha sostenido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que el artículo 924 dice relación con la prueba de la posesión inscrita, mientras que el artículo 925 se refiere a la prueba de la posesión material.

Varios autores rechazan tajantemente esta distinción. Así, por ejemplo, don Humberto Trucco señala: "*En efecto, dentro del Código, es perfectamente inaceptable una distinción entre posesión material y posesión inscrita, porque es requisito esencial a toda posesión, como ya lo hemos visto, la existencia del elemento externo o material de apoderamiento, tenencia o aprensión de la cosa, unido al elemento interno de ánimo del señor o dueño*"<sup>74</sup>. De esta manera, para estos autores el artículo 925 se aplica para probar la posesión de los inmuebles no inscritos, mientras que el artículo 924 se aplica para probar la posesión de los inmuebles inscritos.

Hay otro grupo de autores que entienden que el artículo 924 se aplica para probar solamente la posesión de los derechos reales constituidos sobre inmuebles, con excepción de la posesión del dominio, pues para ello se aplicaría el artículo 925, que se refiere a la prueba de la posesión del suelo, ya sea que se trate de inmuebles inscritos o no.

El profesor Víctor Vial nos ofrece otra interpretación respecto a estas normas, señalando que con posterioridad a la entrada en vigencia de nuestro Código Civil el que quiera probar la posesión de un inmueble, inscrito o no, debe hacerlo mediante la inscripción, como lo dispone el artículo 924: "*ello surge como una lógica consecuencia de que sin inscripción no se adquiere posesión, por lo que si la primera falta, mal puede probarse por otro medio lo que no se tiene*"<sup>75</sup>. Continúa señalando que no será necesaria la inscripción como prueba de la posesión cuando la tradición se haya efectuado antes de la entrada en vigencia de nuestro Código, o bien cuando la posesión se ha adquirido por un título que no requiere de inscripción; en estos casos, bastará con acreditar que se tienen el corpus y el animus.

En lo que respecta al artículo 925, el profesor Víctor Vial es de la idea que la norma debe interpretarse en armonía con los principios de la prescripción adquisitiva, pues para que opere este modo de adquirir el dominio no sería suficiente la posesión, sino que ella debe ir acompañada de actos públicos y notorios de quien se pretende dueño, para advertir de esta manera a quienes tengan derecho a oponerse a ellos.

<sup>74</sup> Trucco, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VI, p. 136.

<sup>75</sup> Vial del Río, año 2009, p. 199.

No obstante las posturas anteriores, hoy en día la doctrina y la jurisprudencia admiten que el artículo 925 se aplica también a ciertos casos de inmuebles inscritos, como por ejemplo, en aquellas situaciones en que existan inscripciones paralelas o cuando existen las llamadas inscripciones de papel y en los casos en que los deslindes de un inmueble aparecen confundidos, entre otros.

Especial importancia práctica tienen aquellos casos en que existen inscripciones paralelas respecto de un mismo inmueble, originándose, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, cuando aparecen dos inscripciones aparentemente vigentes respecto de un mismo inmueble sin que ninguna de ellas haya sido cancelada. En efecto, tratándose del caso en que existen inscripciones paralelas sobre un mismo inmueble, la Corte de Apelaciones de Concepción, en un fallo en que la Corte Suprema rechazó los recursos de casación interpuestos, sostuvo, en lo pertinente: *"Que lo anterior conduce necesariamente a sostener la existencia de inscripciones conservatorias paralelas provenientes de cadenas de títulos independientes, correspondiendo, de esta forma, verificar mediante un análisis de eficacia jurídica comparativa y decidir quién tiene mejor derecho a poseer el retazo de terreno disputado, pues como la posesión es exclusiva o singular, la decisión judicial de prevalencia de una sobre la otra, implica que la cadena de títulos inscritos que triunfa en razón de su mejor derecho a poseer es la única y excluyente poseedora inscrita.*

*Que, planteada así la controversia, y en aras de una búsqueda justa de solución, deberán examinarse los títulos en que las partes apoyan sus pretensiones y ver la fortaleza jurídica de una u otra inscripción, como asimismo analizar la prueba que las partes ofrecieron a objeto de demostrar quién de ellos reúne los elementos fundamentales de la posesión. De tal suerte; será considerado dueño aquel que invoque una cadena registral más antigua y limpia, como aquel que agregue a esa inscripción la tenencia material del inmueble, conforme el artículo 925 del Código Civil, o sea, por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio"*<sup>76</sup>.

En este mismo sentido se pronunció también la Excelentísima Corte Suprema en un fallo de fecha 12 de enero de 2011, sosteniendo en su considerando noveno *"Que a fin de resolver la controversia, esta Corte coincide con la reflexión contenida en el considerando decimonoveno de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, al establecer que "se debe recurrir a la prueba de la posesión integral del inmueble, esto es, la posesión material e inscripción registral vigente, por lo tanto, contando ambas partes con inscripción, debe ser preferido aquel título que representa una realidad posesoria material efectiva, manifestada por actos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio"*.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 2 de junio de 2009, Rol N° 1.337-2007, en los autos caratulados "Sabino Terroba, Gil, con Bosque Arauco S.A".

<sup>77</sup> Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2011, en la causa caratulada "Empresa Monte Verde S.A. con Valenzuela González, Miguel Luis Emiliano, Rol 507-2006.

Interesante resulta destacar que el hecho de que el demandado tenga la posesión material del inmueble se confirma con la circunstancia de que el actor ejerza una acción reivindicatoria en su contra, pues con ello reconoce que ha perdido la posesión y que es el demandado precisamente quien la detenta.

Otro criterio sostuvo nuestra Excelentísima Corte Suprema en un fallo de 25 de octubre de 2010. En dicho litigio ocurrió que los demandantes, que individualizaremos como la sucesión "Villaruel Muñoz", ejercieron una acción reivindicatoria en contra de la Importadora Imco Limitada, para obtener la restitución de las 3/5 partes de un inmueble que sostuvieron haber adquirido por sucesión por causa de muerte tras el fallecimiento de su madre doña Magdalena Muñoz Sepúlveda, quien a su vez lo había adquirido mediante adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal habida con don Juan Enrique Villaruel, padre de los demandantes. Para acreditar lo anterior acompañaron como prueba documental, copia de la inscripción especial de herencia de fecha 31 de marzo de 1983, y copia de la inscripción de la escritura pública de adjudicación de fecha 30 de abril de 1974.

El demandado, por su parte, esgrimió como defensa que la acción reivindicatoria se encontraba prescrita, oponiendo además la excepción de prescripción adquisitiva, para lo cual invocó una inscripción a su nombre sobre el mismo inmueble del año 1984; inscripción que se habría originado en virtud de un contrato de compraventa celebrado entre el demandado y el padre de los demandantes. Por otra parte, Importadora Imco Limitada, acreditó que eran ellos quienes detentaban la posesión material del inmueble disputado.

Frente a estos hechos la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción aplicó el criterio que hemos señalado anteriormente, vale decir, que frente a dos inscripciones sobre el mismo inmueble debe preferirse a quien detente la posesión material del mismo, pues de lo contrario la inscripción nada representa. Nuestra Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo, anuló la decisión de la Corte de Apelaciones, y llegó a la conclusión que la compraventa celebrada entre la Importadora Imco Limitada y el padre de los demandantes constituía una venta de cosa ajena, pues a lo más podría el vendedor –en este caso padre de los demandantes– haber transferido su cuota, pero no la totalidad del inmueble, el cual no le pertenecía íntegramente. Agregó además el tribunal de casación en su considerando octavo: "*De lo expresado, fluye con claridad que, aun en una hipótesis de inscripciones que convergen sobre un bien raíz determinado a nombre de diversos titulares y, aunque sea un hecho que la posesión material la ejerce sólo uno de ellos, habrá, todavía, que averiguar en sus antecedentes la posesión previa que, como en el presente caso, alegaron los demandantes, en la mano de la causante de quien adquirieron por sucesión por causa de muerte*"<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 25 de octubre de 2010, Rol 3194-2009, caratulado "Villaruel Muñoz y otros con Importadora Imco Limitada".

En el fallo en comento, la Corte Suprema anula la decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, al sostener que no basta para dirimir el conflicto entre dos inscripciones paralelas sobre un mismo inmueble, poner el hincapié en el corpus, sino que por el contrario debe indagarse la antigüedad de los títulos y los antecesores en el dominio de quienes derivan sus derechos las partes, para poder así determinar cuál de ellas tiene mejor derecho sobre el inmueble en cuestión.

Así, podemos concluir que la jurisprudencia mayoritaria está de acuerdo en que en caso de inscripciones paralelas debe prevalecer aquella que vaya acompañada de la tenencia material del inmueble, es decir, no sólo se acoge la teoría de la inscripción-garantía, sino que además es perfectamente aplicable el artículo 925 de nuestro Código Civil tratándose de inmuebles inscritos. Una posición minoritaria sostiene, en cambio, que no basta con acreditar la posesión material, sino que deben analizarse los derechos de cada una de las partes para establecer el mejor derecho que cada una de ellas tenga sobre el inmueble disputado.

### **Bibliografía:**

VIAL DEL RÍO, Víctor (2009): *La Tradición y la Prescripción como Modos de Adquirir el Dominio en el Código Civil Chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005): *Tratado de Los Derechos Reales*. (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomos I y II.

CLARO SOLAR, Luis (1950): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo VI.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo ( 2006) *De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena*. (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2010) *Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ROZAS VIAL, Fernando (2007) *Los Bienes* (4ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing).

BELMAR CUEVAS, Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLV.

TRUCCO, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII.

URRUTIA, Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI.

# Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo<sup>1</sup>

**Hugo Cataldo Muñoz**

Abogado Universidad de Chile  
Magister en Derecho Laboral  
Universidad Adolfo Ibáñez.

**Eduardo Flores Jopia**

Abogado Universidad de Chile  
Magister en Derecho Laboral  
Universidad Adolfo Ibáñez.

**Resumen:** el caso fortuito o fuerza mayor se encuentra definido en el Código Civil y precisamente en el seno de la doctrina civilista es donde encontramos el más desarrollado debate sobre su naturaleza y sus efectos. El presente artículo procura analizar el uso de dicha expresión en la legislación laboral, para dar cuenta del alcance limitado que tienen las reflexiones civilistas sobre esta institución para el ámbito del derecho del trabajo, revelando así la necesidad de desarrollar una doctrina especial, a la luz de los principios específicos que inspiran las normas laborales; para este fin, se contribuye en estas líneas con breves reflexiones sobre el caso fortuito o fuerza mayor a la luz del Principio de Continuidad o Estabilidad del Vínculo.

\*\*\*

## Introducción

El caso fortuito o fuerza mayor es un imprevisto al que no es posible resistir, según se desprende de la definición legal consignada en el artículo 45 del Código Civil. Así, no es difícil deducir que es dentro de este ámbito doctrinal, el derecho civil, en donde podremos encontrar el más desarrollado debate sobre la naturaleza del caso fortuito, sus efectos y su impacto en el ámbito patrimonial, principalmente en relación con la responsabilidad civil. Como contrapartida, en el derecho laboral nacional no encontraremos similar desarrollo en la dogmática que nos permita develar la eventual existencia de especificidades propias

<sup>1</sup> Deseamos agradecer, primeramente, la generosidad del profesor César Toledo Corsi, presente en este trabajo a través de sus comentarios, su apoyo y su paciencia.

del caso fortuito o la fuerza mayor para esta particular rama del derecho y su compatibilidad o armonización con sus principios.

Las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son utilizadas por nuestro Código del Trabajo, que si bien no las define en forma expresa, sí establece frente a su ocurrencia diversas consecuencias expresamente reguladas, lo que complejiza –de cierta manera– los propósitos de este trabajo, por cuanto se nos hace necesario esbozar –tarea más bien pretenciosa la de este necesario ejercicio– cierto marco teórico que nos permita asociar la opinión autorizada y racional de la doctrina, con las especificidades propias de los principios del derecho del trabajo y la reglamentación contenida en el código ya referido.

La conformación progresiva del derecho del trabajo como sistema normativo autónomo ha permitido que el presente siglo herede un conjunto de institutos y principios ya decantados, sin perjuicio del vigor con que la doctrina procura dar sistema a los nuevos desafíos que le impone la realidad típica, pero en constante transformación, que es materia de las normas que son su objeto.

Ese conjunto de elaboraciones que otorgan su singularidad a esta rama del derecho,<sup>2</sup> permiten indagar el alcance y los límites que los conceptos de otras disciplinas jurídicas tienen en el estudio de las normas laborales, así como las distorsiones que pueden introducir en su interpretación.

La profesora Prado López ha descrito el estado del arte en materia civil señalando: "Entre los muchos tópicos oscuros en el derecho de las obligaciones y, más específicamente, de la responsabilidad civil, uno de los más complejos de abordar es precisamente la temática sobre la fuerza mayor. Sobre él se polemiza tanto sobre el sentido y alcance de los requisitos del art. 45, como asimismo, de los efectos que éste produce a las obligaciones que engendra el contrato civil".<sup>3</sup>

Por nuestra parte, no encontramos razón para postergar hasta las conclusiones del presente trabajo la idea que defenderá este artículo, en tanto consideramos que las interpretaciones civilistas, y sobremanera la visión tradicional subjetiva del caso fortuito, no se avienen, sin matices o modificaciones, con la institución del contrato de trabajo; esto principalmente por dos razones: En primer lugar, por cuanto las teorías civilistas del caso fortuito –como es por lo demás lógico– no armonizan con los principios del orden jurídico laboral y no atienden al sistema de normas que lo integran; y, en segundo lugar, por cuanto la interpretación tradicional del caso fortuito o fuerza mayor nace de una concepción de los contratos y de la autonomía de la voluntad, que no prevé la realidad a

<sup>2</sup> Gamonal y Guidi (2010); p. 261, quienes acertadamente previenen sobre la necesidad de considerar ciertos particularismos del derecho laboral en la aplicación del concepto de caso fortuito o fuerza mayor.

<sup>3</sup> Prado (2010); p. 35.

la que se dirigen las normas laborales y no consulta la función que desempeña el contrato de trabajo, ni el escenario en que éste se desenvuelve.

Ahora bien, lo anterior no es extraño en absoluto y debiera, creemos, despertar menos polémica que interés, sobre todo en desarrollar una visión sistemática del caso fortuito que engarce mejor con los supuestos, principios y normas del derecho del trabajo.

## **I. Aproximaciones al uso de la expresión caso fortuito en materia laboral**

La historia del concepto de caso fortuito en materia de laboral se remonta a las primeras leyes de la "legislación social obrera chilena", principalmente en materia de descanso dominical.<sup>4</sup>

Como causal de terminación del contrato ya se encontraba en la Ley N° 4.053 sobre contrato del trabajo, de 8 de septiembre de 1924. Las expresiones utilizadas en dichas normas son las mismas que se emplean hoy en nuestro actual Código del Trabajo, esto es, "caso fortuito o fuerza mayor". Sin embargo, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia difícilmente pueden exhibir en otra disciplina la transformación que experimentó en el derecho del trabajo desde entonces y, lo que no es menos importante, en la legislación que rodea e irradia al concepto que estudiamos.

La Ley N° 4.503 contenía un texto revelador al respecto al disponer en su artículo 5° que: "El contrato de trabajo termina con las causales generales de espiración de los contratos, y en especial por las siguientes: 3° Por fuerza mayor".

La expresión "causales generales de espiración de los contratos" no fue recogida en el Código del Trabajo de 1931; de esta manera se abandonaba, ya entonces, la visión de raíz civilista sobre la materia. No obstante lo anterior, la causal de caso fortuito o fuerza mayor no cambió en su lacónica redacción desde esa época.

A fin de conocer de qué hablamos cuando hablamos de caso fortuito o fuerza mayor en el ámbito laboral, nos parece que, en primer lugar, debemos citar las normas del Código del Trabajo que incluyen dicha expresión y otras que contienen hipótesis más o menos asimilables. Así, una vez conocida la "figura" troquelada por las normas del Código, podremos aproximar a ella algunas de

<sup>4</sup> Lo dicho entre comillas corresponde al título del clásico libro de don Moisés Poblete Troncoso y las normas a que alude el párrafo son la Ley sobre Descanso Dominical N° 3.321, del 5 de noviembre de 1917, art. 2°, letra a) y el Reglamento de la Ley de Descanso Dominical de 16 de enero de 1918, 5ª categoría.

las teorías que en relación al caso fortuito o fuerza mayor se han elaborado por la doctrina jurídica. La comparación de aquéllas y éstas revelará afinidades y diferencias para la reflexión y la crítica.

El Código del Trabajo emplea las expresiones caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes preceptos:

- a) En el artículo 29, en el contexto de la reglamentación de la jornada de trabajo y su indispensable limitación, establece que podrá excederse de la jornada ordinaria, entre otras hipótesis de carácter urgente y necesarias "... cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito...".
- b) El artículo 37, al referirse al descanso dominical de los trabajadores, señala, en términos generales, que las empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo incluyendo el día domingo o festivo "...salvo en caso de fuerza mayor". Si la Dirección del Trabajo estableciere que no hubo tal fuerza mayor, se deberán pagar las horas como extraordinarias y se le aplicará una multa por la conducta infractora de la ley.
- c) El artículo 38 al reglamentar las hipótesis que permitirían pactar jornadas de trabajo exceptuadas de la limitación de considerar el descanso dominical y en días festivos en su distribución, establece que es posible pactar una jornada liberada de esta limitación "...en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable".
- d) El artículo 101, a propósito del contrato de embarco de los oficiales y tripulantes de las naves de la marina mercante, dispone que: "Sólo en caso de fuerza mayor..." la dotación estará obligada a efectuar otras labores distintas a las correspondientes a los cargos pactados en sus respectivos contratos de embarco y sin sujeción a las restricciones contenidas en el mismo código (artículo 12 del Código del Trabajo) al ejercicio de la facultad unilateral de modificación del contrato que detenta el empleador, para este caso, que las labores sean similares.
- e) En el mismo contexto del contrato de embarco de los oficiales y tripulantes de las naves de la marina mercante, el artículo 111 señala que el descanso dominical o días festivos no tendrá efecto, entre otras situaciones, "...en los casos de fuerza mayor...".
- f) Por su parte y siempre en el mismo contexto del contrato de embarco, el artículo 117 señala que no dan derecho a remuneración por sobretiempo las horas de trabajo extraordinario que ordene el capitán, entre otros casos que contiene la norma, "...cuando esté en peligro la seguridad de la nave

- o de las personas embarcadas por circunstancias de fuerza mayor...".
- g) El artículo 137, al regular el contrato de los trabajadores portuarios eventuales, señala que este contrato estará sujeto, entre otras reglas especiales, a la condición de expirar "...si se produjere caso fortuito o fuerza mayor que impida al empleador proporcionar el trabajo convenido...".
  - h) El artículo 152 ter C, relativo a contrato de tripulantes de vuelo y de tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y carga, señala que el empleador o el operador, en su caso, deberá entregar con una anticipación de a lo menos cinco días el Rol de Vuelo que regirá la jornada de los trabajadores durante el mes siguiente, el que podrá ser modificado en tanto no se afecten los días libres programados del trabajador. Sin embargo, "...si en caso de fuerza mayor o caso fortuito los días libres programados fueran afectados estando el trabajador fuera de su lugar de residencia, estos deberán ser compensados de común acuerdo".
  - i) El artículo 159, número 6, que establece que el contrato de trabajo terminará por "caso fortuito o fuerza mayor".
  - j) El artículo 243, relativo al fuero que detentan los directores sindicales desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, y que los libera, además, del ejercicio de la facultad de modificación unilateral del contrato de trabajo que la ley le confiere al empleador como protección a la libertad sindical, establece que "...durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este código".

Además de las anteriores, sin ser consideradas expresamente como situaciones constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor por el Código del Trabajo, existen algunas disposiciones cuyo contenido normativo podría significar algún grado de similitud o relación con aquél, que hemos considerado prudente indicar:

- a) El artículo 89, relativo al contrato de los trabajadores agrícolas, que dispone que en el caso de los trabajadores agrícolas que por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, tendrán derecho al total de la remuneración en dinero y en regalías, para lo cual deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que les encomiende el empleador, aun cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo.
- b) El artículo 21 inciso 2º, al disponer que se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables.

Podemos desprender de la enumeración anterior que el legislador de nuestro Código del Trabajo empleó las expresiones caso fortuito o fuerza mayor en dos sentidos fundamentales:

En primer lugar, como un evento o circunstancia que faculta al empleador para modificar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo originalmente pactadas, en lo que respecta a la jornada de trabajo, su distribución y descansos; o la naturaleza de los servicios prestados, autorizándolo para exceder, a su voluntad y requerimiento, los máximos y/o requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de las facultades de dirección que aquel detenta. En este sentido, constituiría una verdadera causa de exoneración de la responsabilidad infraccional que pudiera resultar de la transgresión de la norma laboral por parte del empleador.

En segundo lugar, como se desprende de los artículos 137 letra c) y 160 N° 6, el caso fortuito o fuerza mayor constituiría una justa causal de despido para el empleador, es decir, un evento o circunstancia sobreviniente y externa a la efectiva ejecución de la relación laboral que permitiría la terminación del contrato individual de trabajo existente entre las partes.

Resulta evidente que entre ambas nociones del caso fortuito o fuerza mayor en materia laboral existen diferencias con respecto a los efectos que se le asignan al mismo.

## **II. Sobre la exterioridad en el caso fortuito, y en particular sobre el evento que autoriza la modificación de lo pactado**

1°. Un primer cambio que la noción de caso fortuito o fuerza mayor sufre, en general, se desarrolló al interior mismo del derecho de las obligaciones. El desarrollo de la teoría del negocio jurídico dejó de percibir el contrato exclusivamente como una fuente generadora de derechos y obligaciones, pasando a atender también el fin práctico de los contratantes, es decir, asumió una perspectiva realista, concibiendo al contrato como una herramienta empleada para la satisfacción de los intereses de las mismas.

En este sentido, señala María Brantt Zumarán que "todo contrato incorpora por voluntad expresa o tácita de las partes una finalidad o resultado práctico a cuya consecución están precisamente encaminados los derechos y obligaciones nacidos del mismo",<sup>5</sup> a lo que debemos agregar que, tratándose del contrato de trabajo, se incorpora también la voluntad del legislador en orden a la fina-

<sup>5</sup> Brantt (2010); p.3.

lidad que persigue. En efecto, el contrato de trabajo es un contrato regulado o dirigido, por lo que la *regla del contrato* necesariamente consulta el propósito que el legislador laboral ha querido imprimirle.

Como tendremos ocasión de ver, el propósito que persigue el legislador con las normas que analizaremos no es otro que la estabilidad del empleo, que se convierte en la clave de bóveda para entender la institucionalidad del caso fortuito o fuerza mayor en materia laboral.

En este orden de ideas, para concebir adecuadamente el efecto del caso fortuito o fuerza mayor en el contrato de trabajo debemos tener presente, además, otros dos aspectos relevantes: En primer lugar, que el contrato de trabajo "regula la relación de trabajo, es su fundamento, pero no abarca todas las consecuencias de la directa e inmediata implicación de la persona del trabajador durante la vida del contrato".<sup>6</sup> En segundo lugar, y esto tiene como antecedente precisamente al derecho del trabajo, pero que actualmente es válido para el derecho de los contratos en general, que "frente a las figuras contractuales clásicas, en las que el principio de autonomía de la voluntad tenía un campo de aplicación casi absoluto..., han surgido en nuestro tiempo una serie de modalidades que, utilizando igualmente el molde contractual, sin embargo rompen el paradigma de contrato tradicional. Porque, a nivel general, no es fácil detectar en ellas ni la libertad de iniciativa individual, ni la teórica igualdad de los contratantes".<sup>7</sup>

Esto nos introduce al tema del requisito de exterioridad y al del lugar que en el sistema del Código del Trabajo ocupa el caso fortuito o la fuerza mayor.

La celebración de un contrato involucra la distribución de una serie de riesgos entre las partes. Ante un peligro para la consecución de los fines perseguidos por las partes, se afecta de manera diversa el éxito del negocio jurídico para todo tipo de contrataciones y de la actividad productiva, que está a la base del contrato de trabajo.

El legislador laboral establece ciertos instrumentos para abordar tales riesgos con el fin de acometer la tarea de otorgar estabilidad al vínculo, hasta la frontera misma de su extinción, disponiendo en este último caso las causas legítimas por las que aquél puede ser roto. De esta forma, en relación con el caso fortuito, la imposibilidad de desarrollar la prestación de servicios convierte en imprescindible la tarea de determinar sobre quién habrá de recaer el deber de

<sup>6</sup> Palomeque López y Álvarez De La Rosa (2008), *Derecho del Trabajo*. Citado en Fernández-Costales (2008); p. 74.

<sup>7</sup> Gómez Laplaza. "Condiciones Generales de los Contratos y Tutela de los Consumidores", en *Reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor* (1994). Citado en Fernández-Costales (2008); p. 77.

soportar el *periculum obligationis* generado por la interrupción de la actividad,<sup>8</sup> situación de fundamental importancia, pues dado que el contrato de trabajo es un contrato sinalagmático y de tracto sucesivo, la interpretación estándar sobre el caso fortuito o fuerza mayor, para ser más exactos, de la imposibilidad de cumplimiento que se funda en la pérdida de un cuerpo cierto, no puede aplicarse en este caso.

Para esto no es necesario ir más allá del derecho contractual moderno. En el ámbito de la compraventa, paradigma de la autonomía de voluntad, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, o los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, disponen un régimen de responsabilidad estricta u objetivada. Tampoco hace falta explorar entre normas y principio tan próximos para hallar el sentido de la objetivación de la noción de exterioridad del caso fortuito. Ya a fines del siglo XIX, Adolf Exner establecía la noción de exterioridad, entendida como origen externo del daño respecto del círculo industrial de la empresa, en relación con la responsabilidad del porteador de los bienes transportados,<sup>9</sup> lo que constituyó la primera piedra de la llamada responsabilidad del riesgo de empresa, que se originará primeramente para la responsabilidad extracontractual, pero de aplicación en materia contractual desde las soluciones jurisprudenciales al tema del riesgo en la compraventa de productos defectuosos. Esto entronca con la noción de las modalidades que rompen con las formas de contratación clásica, y sobre todo con aquellos contratos en que resulta evidente el desequilibrio entre los contratantes.<sup>10</sup>

De esta manera, la exterioridad del caso fortuito en materia laboral correspondería al evento extraño al riesgo creado y económicamente administrable por la empresa. Con esto, resultaría coherente el sistema de la legislación laboral en relación con los riesgos en el contrato de trabajo, que en virtud del principio de estabilidad en el empleo, ha creado mecanismos para resolver los eventos dañosos o potencialmente dañosos, desde el *jus variandi* en las denominadas por la doctrina "excepciones de emergencia", hasta el despido.

2°. En relación con las excepciones de emergencia que autorizan a variar lo pactado en materia de jornadas y descansos, y en ciertos casos la función, el uso de la expresión caso fortuito dista de ser riguroso, pues partiendo de la base que no interesa al empresario irrogar perjuicios "en la marcha normal del establecimiento o faena" (art.29) o poner en peligro su embarcación (art.117), la circunstancia de que aquellas emergencias se produzca por impericia o negligencia del mismo no parece justificar una negativa para otorgar la antedicha prerrogativa.

<sup>8</sup> Fernández-Costáez (2008); p. 83.

<sup>9</sup> Brantt, op. cit., p. 64.

<sup>10</sup> Véase nota N° 5.

Por otra parte, desde el punto de vista de la extraneidad, no siempre podrá justificarse que el peligro o daño no se encuentra en la esfera de riesgos del deudor, pues, como se observa, en materia de emergencia la concurrencia de inimputabilidad es, a lo menos, opaca. Refuerza lo anterior la circunstancia de que el artículo 12 establece un *jus variandi* mucho más intenso y para cuyos efectos modificatorios ni siquiera se establece plazo, ni ajenidad de las razones en relación con el empleador.

Desde las disposiciones que otorgan una facultad del empleador para modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, específicamente los artículos 29 y 117 del Código del Trabajo, es posible inferir que el caso fortuito o fuerza mayor corresponde a una circunstancia sobrevenida generadora o potencialmente generadora de un hecho dañoso, cuyas consecuencias podrían afectar "la marcha normal del establecimiento o faena" o poner en peligro "la seguridad de la nave o de las personas embarcadas".

Desde esta perspectiva, el caso fortuito o fuerza mayor no necesariamente significaría un impedimento real, total y permanente para el cumplimiento de las correlativas obligaciones del contrato de trabajo, sino que también abarcaría las circunstancias obstaculizadoras y las transitorias, incluso las hipótesis de mero riesgo de cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, condición normativa que difícilmente podemos entenderla si nos posicionamos al margen de las esferas de riesgos o de control del proceso productivo de propiedad del empleador.

Estaríamos, por tanto, en el ámbito del *jus variandi*, entendiendo por este el poder de mutación de las condiciones laborales inicialmente pactadas o novadas por decisión del empresario,<sup>11</sup> poder que se ejerce por circunstancias sobrevinientes en el ámbito del contrato de trabajo, afecto, por su parte, en tanto contrato, al principio de "*Pacta Sunt Servanda*" de los contratos.

Conforme a la lógica del derecho de las obligaciones en su dimensión contractual, durante la fase de ejecución del contrato el valor del principio "*Pacta Sunt Servanda*" circunscribiría al pacto novatorio o consentimiento de las partes la posibilidad de que se pudiera modificar el contenido de las obligaciones del acuerdo. Criterio plenamente aplicable a la característica bilateral y sinalagmática del contrato de trabajo. Sin embargo, el empresario detenta un derecho potestativo con eficacia real, en el sentido de que su ejercicio produce la modificación de una previa situación jurídica, sin que se requiera ninguna colaboración por parte del sujeto pasivo en sentido técnico.<sup>12</sup> En este contexto, el caso fortuito o fuerza mayor justificaría por circunstancias extraordinarias de

<sup>11</sup> Valdés (1956) p. 11.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 12.

origen externo a la organización empresarial el ejercicio por parte del empresario de la facultad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo.

El fundamento de esta especial facultad del empleador o empresario lo podríamos encontrar, desde una primera aproximación, tal como la hace una parte importante de la doctrina, en el poder de dirección que detenta el empleador, entendido como poder de mando, es decir, la facultad del empleador de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de la prestación de los servicios, de especificar los puestos de trabajo y sus atribuciones, de acuerdo a los requerimientos de la producción.<sup>13</sup> Sin embargo, el interés empresarial, en este caso, se basaría no en el anhelo de contar con una organización más flexible, sino que en el propósito de impedir, por ejemplo, daños en sus bienes e instalaciones o en las personas que en ellas permanecen, para cuyo cumplimiento el legislador otorga esta herramienta de corta duración, la que se extiende mientras dure el peligro o hasta la conclusión de los efectos dañosos.

No obstante lo señalado, a nuestro entender el fundamento de dicha facultad no sería otro que la mayor onerosidad que ha sobrevenido o que se arriesga, como consecuencia del hecho sobreveniente, y, más allá, asegurar la pervivencia del vínculo laboral, en cuanto asociado a la conservación de la empresa.

En este orden de ideas, consideramos que la vida de la organización empresarial está integrada al contrato de trabajo. No puede comprenderse la relación laboral que surge del contrato en forma aislada, sin considerar la situación organizativa de la empresa en la cual estaría inserta, sin perder por ello de vista, por otro lado, que estamos en presencia de un contrato de cambio.

Es posible sostener que el contrato de trabajo cumple, pues, "tanto una función de reglamentación de intereses contrapuestos como una más compleja función de organización del sistema de trabajo en la empresa (lo que queda ya en buena parte tipificado en el sistema legal en virtud del elemento de la dependencia –o subordinación– del trabajo), precisamente en el marco y dentro de la organización productiva".<sup>14</sup>

Ahora bien, para Monereo Pérez y Fernández Avilés, sólo es posible avanzar en un engarce adecuado de las facultades empresariales que comentamos, teniendo presente que "el interés directamente protegido normativamente no es tanto la consecución del beneficio empresarial, sino un previo e instrumentalizado en orden a su consecución: el interés al resultado del aparato productivo –también económico– para lo cual se diseña un contrato de trabajo cuya existencia se

<sup>13</sup> Hernández (1997) p. 406.

<sup>14</sup> Monereo Pérez y Fernández Avilés (1997). *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, citado en Beltrán de Heredia (2008); p. 235.

subordina a su contribución organizativa al mismo".<sup>15</sup>

Conviene reiterar, siguiendo el derrotero de ideas de los autores precedentes, que no se trata de valorar la mera consecución del beneficio empresarial, sino de una valoración objetivada de las exigencias de la organización productiva. Este es el origen de las causas que deben justificar las modificaciones contractuales e incluso los despidos, es decir, la de aquellos preceptos que regulan determinadas decisiones empresariales que imponen sacrificios a los intereses o expectativas de los trabajadores.

Para Martín Valverde en el derecho laboral es posible distinguir el interés del empresario del interés de la empresa, pues su punto de vista no es el escorzo de "las conveniencias del empresario, sino las de una organización en cuya actividad productiva participan otros sujetos".<sup>16</sup> En otras palabras, la concepción y el interés de la continuidad del negocio jurídico son colectivos.

En este orden de ideas, las facultades en estudio corresponderían a los institutos jurídicos que promueven la conservación del contrato de trabajo, procurando proteger la fuente laboral frente a los cambios y vicisitudes. El principio de conservación del empleo halla su fuente constitucional en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, que asegura la protección del empleo.

La facultad del empresario de modificar unilateralmente las condiciones del contrato a favor de la continuidad productiva y de los contratos de trabajo asociados a ella, se canalizaría en nuestro ordenamiento jurídico en el deber de conservación de las relaciones laborales derivado de la protección del empleo, cuando ocurran situaciones sobrevinientes.<sup>17</sup>

El *jus variandi*, por tanto, más allá de la facultad de dirección que detenta el empresario, emana más bien del propósito de asegurar la continuidad del vínculo contractual o "*Favor Negotii*" frente a eventos que ponen en tensión la actividad productiva, los derechos fundamentales de la persona humana, el sinalagma del contrato, etc.

Esta facultad, entonces, forma parte del sistema de conservación del negocio jurídico que el ordenamiento laboral le impone bajo la denominación de "principio

<sup>15</sup> *Ibíd*em, p. 237.

<sup>16</sup> Martín Valverde (2001). "Informe Español". En *Empresa y Derecho Social*. Citado en Beltrán de Heredia (2008); p. 253.

<sup>17</sup> Las facultades en comento detentarían, a nuestro entender, una raíz común con los permisos especiales establecidos en el Código del Trabajo a favor del trabajador, para el caso de enfermedad grave de los hijos, en caso de fallecimiento de un pariente o por causas de cumplimiento de la obligación militar para el país.

de continuidad", de suerte que nuestro ordenamiento jurídico laboral orienta

la relación laboral hacia contratos estables y de preferencia, hacia contratos de trabajo de duración indefinida o de larga duración.<sup>18</sup>

### III. El caso fortuito como causa de terminación de la relación laboral

1°. Si abordamos el caso fortuito o fuerza mayor como causal de despido, es decir, como causa de terminación del contrato, debemos tener presente tres aspectos importantes: primero, lo dicho acerca de la extraneidad o ajenidad del

<sup>18</sup> Creemos que por las características que envuelven esta hipótesis de excepción de emergencia de los artículos 29 y 117, no autorizan al trabajador para oponerse a esta potestad del empleador. En el caso de la hipótesis de *ius variandi* del artículo 12 el trabajador puede impugnar el ejercicio de la facultad ante la autoridad administrativa o los tribunales de justicia, en todo caso, la inacción del trabajador no podrá interpretarse en su contra (Sentencia Corte Suprema de 5 de octubre de 2010, causa rol N° 6355-2010).

En este escenario, se han dispuesto por la vía administrativa límites al ejercicio de esta facultad modificatoria. La Dirección del Trabajo, entre otros aspectos, al interpretar el ejercicio de la facultad del empleador contenida en el artículo 29 del Código del Trabajo, ha señalado que al ejercerse ésta es necesario que los perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena que pretenden evitarse por medio de la extensión de la jornada diaria de trabajo, tengan por causa la ocurrencia del hecho o suceso que se invoque como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor; y que este hecho o suceso invocado sea inimputable al empleador, es decir, que no haya contribuido en forma alguna a su ocurrencia; que sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes, y, que sea irresistible, que no se haya podido evitar, ni aun en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo. Dictamen N° 6.085 de 20 de diciembre de 1983.

El dictamen N° 3896/057 del 1 de septiembre de 2010 señala que la irresistibilidad implica que la jornada ordinaria de trabajo resulta del todo insuficiente para resistir los perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena derivados del caso fortuito, lo que amerita su prolongación con el objeto de evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena. Así, no resultaría ajustado a derecho utilizar el *ius variandi* a que se refiere el artículo 29 del Código del Trabajo, para el caso en que, aun verificándose una contingencia imprevisible e inimputable al empleador, en nada afectare al cumplimiento de la jornada ordinaria respectiva. La jornada laboral extendida fue concebida por el legislador como una eventual prolongación de la jornada de trabajo, en términos de que exista continuidad entre ésta y el exceso de tiempo trabajado, debiendo invocarse en el mismo momento en que se produzca la contingencia que la justifica. Por su parte, el dictamen N° 5371/313, de 25 de octubre de 1999 indica que el período laborado en exceso de la jornada ordinaria, en las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor por aplicación del artículo 29, fue concebido por el legislador como una eventual prolongación de dicha jornada en términos de que exista solución de continuidad entre ésta y el exceso de tiempo trabajado. En este contexto no es posible entender que el empleador está facultado para exigir a los trabajadores de que se trata en días sábados, en los que no les corresponde trabajar, de acuerdo a sus contratos de trabajo, ni en domingo o festivos, días que, legalmente, son de descanso obligatorio.

Tratándose de los beneficios que les correspondería percibir a los trabajadores que prestaron servicios de emergencia por condiciones climáticas excepcionales, la Dirección del Trabajo ha señalado que el empleador no puede exonerarse de las obligaciones principales que nacen del contrato de trabajo, esto es, proporcionar la labor convenida y pagar la correspondiente remuneración, salvo en el evento de existir fuerza mayor o caso fortuito u otra causa eximente de responsabilidad. Por su parte, el empleador está autorizado para exceder la jornada ordinaria, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito; cuando deban impedirse accidentes o cuando deban efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las máquinas o instalaciones. El dictamen N° 875-83, de 4 de marzo de 2003, señaló que calificados los hechos como caso fortuito los dependientes que por la misma causa debieron continuar laborando en la faena, la empresa se ha encontrado facultada para prolongar su jornada ordinaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Código del Trabajo, precepto que como ya se expresara, obliga a pagar el tiempo correspondiente como extraordinario, pero no hace surgir el derecho a descanso compensatorio.

hecho en relación con el empleador; segundo, la confusión en alguna doctrina entre la eximente de responsabilidad y el hecho que exonera del cumplimiento de la obligación y, finalmente, en tercer lugar, la afirmación en cuanto a que el caso fortuito o fuerza mayor se inserta en un sistema que procura la estabilidad en el empleo.

La estabilidad laboral ha sido definida como "el derecho a permanecer en el cargo asalariado que se desempeña, a no ser despedido sin causa justificada calificada por autoridad competente y, en caso de despido inmotivado, a ser reintegrado en el empleo o, en subsidio, a ser indemnizado adecuadamente".<sup>19</sup> Plá precisa que la idea de estabilidad parte del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay una causa justificada.<sup>20</sup> Como sabemos, según las normas de nuestro Código del Trabajo, puede predicarse respecto de aquélla como relativa.

En relación con las circunstancias sobrevinientes constitutivas de causas legales justificatorias del despido, el legislador ha efectuado una distinción y, además, ha hecho una opción. En efecto, la primera distinción se refiere a aquellas circunstancias sobrevinientes que, en general, caen dentro de la esfera de riesgos del empresario y aquellas que no pertenecen a la misma, como catástrofes de índole natural, político-social o cambios en la reglamentación de la autoridad. Las primeras, aquellas que son riesgos de empresa, no son otras que las que de modo ejemplar, pero significativo, establece el artículo 161 del Código, denominadas genéricamente como necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

Así señalaba el mensaje presidencial al proyecto de la Ley N° 19.010 "sobre terminación de contrato de trabajo y estabilidad en el empleo", del 29 de noviembre de 1990, en relación con la norma que estableció el texto de la causal: "Se establece, en reemplazo de la norma mencionada (el desahucio discrecional y unilateral del contrato de trabajo), la causal de necesidades de la empresa que da cuenta de aquellos hechos que objetivamente pueden afectar la actividad de la empresa y hacer necesario el despido de uno o más trabajadores. Estos hechos, que justificarían los despidos, son entre otros, la racionalización o modernización de las empresas, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores".

La causal denominada "necesidades de la empresa" se remonta a la Ley N° 16.455, del 6 de abril de 1966, pero en el actual Código del Trabajo es precisada en mayor medida la naturaleza de los hechos que la constituyen, excluyendo, en teoría, la arbitrariedad por parte del empresario o empleador.

<sup>19</sup> Sociedad Chilena del Trabajo y de Seguridad Social, citada en Gamonal (2000); p. 34.

<sup>20</sup> Plá Rodríguez. *Principios de derecho del trabajo* (1978). Citado en Gamonal (2000); p.35.

Desde luego, los posteriores aumentos o incrementos del artículo 168 del Código respecto de la indemnización, como sanción en sede judicial al despido mal realizado por el empleador, aportan a reforzar el sentido de la norma en cuanto a la objetividad de los hechos, corresponden a causas económicas, productivas, comerciales y otras, "que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores".

Como se desprende del texto, al utilizar la legislación la expresión necesidad, será requisito que los hechos que fundamentan la causal invocada para el despido cumplan con alguna de las cuatro acepciones fijadas en su sentido natural y obvio. A saber: 1. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder. 2. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a *voluntario* y *espontáneo*. 3. Se dice de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza. 4. Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin.

En consecuencia, para los fines de nuestro análisis, podrá invocar el empleador los hechos sobrevinientes que no pueden calificarse de ajenos o extraños a él, dada su esfera de riesgos o de control en su caso, pero que lo fuerzan u obligan. El rechazo, en la jurisprudencia, de la quiebra como un evento de fuerza mayor o caso fortuito se inscribe acertadamente en la lógica de las normas que comentamos.<sup>21</sup> Así, la causal de fuerza mayor o caso fortuito sólo procederá en relación con hechos ajenos a la esfera de riesgos propia de la empresa y en ningún caso con circunstancias propias de la actividad productiva.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa Rol N° O-655-2009, fallo del 14 de abril de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 44254) señaló que: "...menester será tener presente que la quiebra no puede ser considerada como caso fortuito o fuerza mayor, dado que ésta no constituye sino el riesgo extremo a que está sujeto el que asume una actividad comercial o empresarial, y que por lo tanto debe recaer exclusivamente en el empleador y no en los trabajadores, que no han tenido parte en la gestión y/o administración de ella. En otras palabras, la quiebra no es imprevisible, por lo que el término de la relación laboral en esas circunstancias no es imputable a los trabajadores, por cuanto ni la Ley de Quiebras ni la legislación laboral contemplan la declaratoria de quiebra del empleador como justa causa de despido de los trabajadores. Por lo que en ese orden de ideas, el tribunal entiende que la relación laboral ha terminado por necesidades de la empresa, constituyendo un ofrecimiento irrevocable de pago, por lo que se ordenará el pago de las indemnizaciones por falta de aviso previo e indemnización por años de servicios y demás prestaciones y cotizaciones previsionales y de seguridad adeudadas a los actores". En el mismo sentido, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa Rol N° O-3514-2010, fallo del 25 de febrero de 2011 (descriptor Legal Publishing N° 48920).

<sup>22</sup> El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa Rol N° O-537-2009, fallo del 22 de abril de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 44478) señaló que fundada la causal de término del art. 159 N° 6 del Código del Trabajo, en "la crisis económica por la cual cruza nuestro establecimiento y que no puede mantenerse, ya que no cuenta con los medios económicos que así lo permitan. Dicha causal es del todo improcedente, toda vez que el riesgo de la empresa no lo puede soportar el trabajador dependiente, ya que uno de los principales elementos de la relación laboral es la "ajenidad", por lo demás, el estado financiero de la empresa es totalmente imputable a la empleadora, quien ostentaba el poder de dirección de la misma, siendo la única responsable de su gestión".

La Excm. Corte Suprema en causa Rol Corte N° 1379-2006, fallo denegatorio de casación de fecha 20 de julio de 2006 (descriptor Legal Publishing N° 34946), dictaminó que: "no se configuró la causal de término invocada por el empleador (caso fortuito), pues para ello se requiere que el hecho sea imprevisible, irresistible e imputable y este último elemento no concurre, pues no obstante que la autoridad fiscalizadora le otorgó a la demandada un plazo para modificar la sociedad, ésta no lo efectuó,

2°. Existe un segundo aspecto que perfila aún mejor el sentido y alcance de estas materias. Este dice relación con la diferencia entre estar obligado y ser responsable, de suerte que, a partir de esta lógica jurídica estricta, el evento que exonera del cumplimiento de la obligación es la imposibilidad sobrevenida, que para efectos del contrato de trabajo deberá ser total y permanente.<sup>23-24-25</sup>

El análisis general del caso fortuito se desarrolló tradicionalmente desde el punto de vista de su atributo eximente de responsabilidad civil, tanto en el plano

constituyendo entonces una omisión voluntaria del demandado y no un caso fortuito o fuerza mayor como se alegó<sup>23</sup>.

La Excma. Corte Suprema en causa Rol N° O- 426-2011, fallos del 17 de junio de 2011 (descriptor Legal Publishing N° 49881), dictaminó: "En ese sentido, es importante dejar constancia que lo que debe constatarse en este punto es la factibilidad de prever una determinada circunstancia, sin que sea relevante tener certeza de la fecha en que ella se verificará, siendo la diferencia entre un evento previsible y uno no previsible la posibilidad o imposibilidad del sujeto, entendido como un hombre medio dentro del ámbito de su negocio, de razonablemente anticipar su futura ocurrencia. En efecto, habiéndose concluido que la demandada contaba con la posibilidad de prever un próximo cese en la operación, estaba en condiciones de efectuar negociaciones sobre el mismo servicio, o expandirse a otros. Todos los anteriores antecedentes permiten colegir que para la empresa demandada no sólo era posible prever el cese de los servicios..., sino que prepararse para ello, lo que ocurrió en la especie, de manera tal que no se verifica la irresistibilidad".

En el mismo sentido, Corte Suprema en causa Rol N° 264-2009, fallo del 24 de marzo de 2009 (descriptor Legal Publishing N° 41753) y fallo en causa Rol N° 455-2008 de fecha 9 de abril de 2008 (descriptor Legal Publishing N° 38800). También, fallo del Primer Juzgado de Letras del Trabajo en causa Rol N° O-2768\_2010 de 24 de diciembre de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 48110).

<sup>23</sup> La Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 248-2010, fallo del 27 de octubre de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 46140), señaló que: "Como se ha dicho, para configurar la causal establecida en el N° 6 del artículo 159 del Código del Trabajo, no basta la simple constatación de un desastre que haya afectado gravemente a las personas, particularmente en el desempeño de sus funciones comerciales, ya que se deben considerar otros antecedentes que permitan concluir si existió para el empleador una imposibilidad absoluta y definitiva para cumplir con sus obligaciones laborales, lo que se encuentra estrechamente vinculado con el requisito de "irresistibilidad". De esta forma, el empleador no solo debe estar afectado en sus funciones normales, como ocurrió con la mayoría de las personas que sufrieron el terremoto del pasado 27 de febrero, sino que es preciso que haya quedado afectado de tal manera que no cuente con patrimonio para hacer frente al giro de sus negocios, como el pago de remuneraciones y, eventualmente, indemnizaciones por el término de la relación laboral. Por último, no debe olvidarse que la causal en estudio debe analizarse a la luz de los principios del derecho del trabajo, en especial el de la primacía de la realidad, lo que lleva a concluir que su aplicación debe ser excepcional y restrictiva".

<sup>24</sup> La Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 267-2010, en fallo del 10 de noviembre de 2010 (descriptor Legal Publishing N° 46539), resolvió que: "El caso fortuito o fuerza mayor supone un hecho imprevisto e irresistible. En la especie no hay duda que el terremoto que afectó a esta zona el 27 de febrero pasado, como es público y notorio, se trató de un sismo de gran envergadura que evidentemente no podía ser previsto bajo un estricto criterio de razonabilidad. Sin embargo, la exigencia de "irresistibilidad que requiere el caso fortuito implica razonablemente en el ámbito del derecho del trabajo un evento de características extraordinarias –por lo mismo de interpretación y aplicación restrictiva–, que debe significar una alteración sustancial en las posibilidades del empleador de seguir brindando trabajo a sus dependientes. En otras palabras, para estar frente a la situación anotada el empleador no debe tener ninguna viabilidad de seguir dando el trabajo convenido. Lo anterior, cabe hacer notar, responde a la aplicación de los principios de continuidad de la relación laboral y de buena fe, porque de éstos se deriva la obligación del empleador de otorgar en forma permanente el trabajo que se obligó a remunerar y del respeto hacia el trabajador y su fuente de subsistencia, cuestión esta última que impone el deber de mantener el trabajo aunque sea difícil u oneroso en el caso de una imposibilidad material que no sea absoluta ni de carácter permanente".

<sup>25</sup> En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 297-2010, fallo del 7 de julio de 2011 (descriptor Legal Publishing N° 47630); y Corte Suprema en causa Rol N° 6311-2008, fallo del 18 de diciembre de 2008 (descriptor Legal Publishing N° 41441).

contractual como extracontractual, dando por sentada su identificación en el plano contractual, que es el que aquí nos interesa, con la imposibilidad absoluta de cumplimiento, circunstancia que en el Código Civil tiene su correlato normativo en el número 7 del artículo 1567, que dispone que la obligación se extingue por "la pérdida de la cosa que se debe".

Esta identificación entre caso fortuito e imposibilidad absoluta de cumplimiento se produjo por la preeminencia que las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto ostentaba en el texto decimonónico, como modelo de contratación típica derivada de las condiciones productivas y comerciales atinentes al contexto histórico de su dictación. Sin embargo, la doctrina civilista más reciente distingue entre la causal de exoneración de la obligación y la clásica eximente de responsabilidad por el incumplimiento, dando a la primera el nombre de imposibilidad sobreviniente y reservando para esta última el de caso fortuito o fuerza mayor.

Resulta preciso distinguir que la idea de obligación expresa el deber de realizar la prestación, cualquiera sea su fuente, mientras que la idea de responsabilidad expresa la potestad que el derecho confiere al acreedor para actuar contra el patrimonio del deudor si no cumple con realizar aquélla.

La doctrina distingue diversos tipos de imposibilidad. En cuanto a la distinción entre imposibilidad permanente y transitoria, destaca que si la imposibilidad es sólo transitoria, suspende el cumplimiento de la obligación, a la luz del ya citado artículo 534 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, es posible asumir, desde el propio derecho civil que, ante la imposibilidad transitoria, el deudor se mantiene obligado hasta que la obligación se extinga o su ejecución se haga imposible; cuánto más en el derecho del trabajo, cuyas normas tienen la impronta protectora que le conocemos, traducidas en estabilidad para el contratante débil.

Así, es claro que no podemos compartir la opinión de la profesora Prado, en cuanto ha señalado que: "Es evidente que la mantención del contrato de trabajo, no obstante la fuerza mayor que afecta al empleador, no es posible de ser planteada atendida la naturaleza de la relación jurídico-laboral".<sup>26</sup>

Cabe recordar, por ejemplo, que en sede de arrendamiento si el arrendador incurre en mora de entregar la cosa, el arrendatario puede desistirse del contrato, esto es, le entrega una facultad y no se produce necesariamente la extinción del contrato de acuerdo al artículo 1929 del Código Civil.<sup>27</sup> Así también, nuevamente aludimos a la excepción de la imposibilidad absoluta –que

<sup>26</sup> Prado, op. cit., p. 41.

<sup>27</sup> Coustasse del C., Alberto, e Iturra A. Fernando, *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, p. 138.

no definitiva— para la ejecución actual de la obra debida del artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, de manera que cuando cese el impedimento la obligación se hace exigible.

De esta manera, y en orden a la naturaleza del contrato que rige nuestra disciplina laboral, aparece como injustificada la terminación del contrato ante el mero incumplimiento parcial o transitorio.

Así las cosas, el argumento siguiente no nos parece de recibo en el derecho del trabajo: "En efecto, si bien es posible argumentar que en ciertos casos al trabajador le sería conveniente permanecer vinculado jurídicamente, aunque las obligaciones emanadas del contrato no sean actualmente exigibles para el empleador, ello le impediría reingresar al mercado laboral, que es lo más conveniente atendidas las consecuencias generadas por la fuerza mayor al empleador".<sup>28</sup>

No debemos olvidar que la suspensión de la relación laboral no es materia ajena al ámbito del contrato de trabajo. Atendido que el contrato de trabajo exhibe una definida vocación de permanencia, la suspensión, en salvaguarda de la continuidad de la relación contractual, tiene por objeto evitar la ruptura definitiva cuando sobreviene una causa suficiente y justificada que impide transitoriamente su cumplimiento, esto es, permitir que el contrato sufra una interrupción pasajera sin afectar su subsistencia esencial.<sup>29</sup>

Ahora bien, la imposibilidad transitoria deviene en definitiva cuando el atraso en la ejecución de la prestación priva al acreedor del beneficio económico perseguido. Por último, es posible distinguir la Imposibilidad física, jurídica y moral.

Nos parece que al confundir el caso fortuito, que puede concurrir en el impedimento sobreviniente definitivo, con este último, se confunden la solución y las ideas que resuelven el fondo. Si concurre un caso fortuito, pero no hay imposibilidad definitiva, la obligación subsiste. Así, no basta el mero caso fortuito para extinguir la obligación, pero si la imposibilidad sobreviniente definitiva contiene al caso fortuito o fuerza mayor, es en consecuencia inimputable al empleador y será causal que le autorizará para efectuar despidos. Por su parte, si la imposibilidad definitiva no contiene al caso fortuito, es decir, si no concurren algunos de sus elementos (extraneidad a su esfera de riesgos, imprevisibilidad e irrisistibilidad) el eventual despido sería injustificado.

Finalmente, en este breve aporte conviene recordar que la irrisistibilidad corresponde a la resistencia al evento y no la inevitabilidad. La sola circunstancia de

<sup>28</sup> Prado, op. cit., p. 42.

<sup>29</sup> Pasco (1997); p. 481.

que el acontecimiento sea imprevisible implica que su ocurrencia es inevitable para el deudor, pues si éste no sabe y tampoco le es exigible saber que sucederá un determinado hecho, mal puede imponérsele el deber de impedirlo<sup>30</sup>.

De esta forma, para que cumpla el último requisito del caso fortuito, es preciso que el deudor no haya podido enfrentar u oponerse al hecho susceptible de afectar el cumplimiento de su obligación. ¿Y qué supone tal oposición al mismo? Si se considera que el objetivo último del deudor es cumplir, puede concluirse que su resistencia al acontecimiento implica dos cosas: En primer lugar, hacer lo necesario para impedir que el hecho afecte el desarrollo de su prestación, es decir, evitar el incumplimiento; y, en segundo lugar, si a pesar de lo anterior la inexecución igualmente se produce, la resistencia implicaría sobreponerse para cumplir igualmente, aunque sea con posterioridad y en forma distinta a la originalmente pactada. Se trata, en definitiva, de resistir tanto el hecho mismo –evitar sus consecuencias: el incumplimiento– como sus efectos, es decir, superar la situación de incumplimiento una vez verificada. Resistir supone, por tanto, cumplir pese a dicho acontecimiento.<sup>31-32-33-34</sup>

<sup>30</sup> Brantt, op. cit. p. 147.

<sup>31</sup> *Ibíd*em, p. 148.

<sup>32</sup> En este sentido, creemos que el dictamen N° 1412/021 del 19 de marzo de 2010, dictado a propósito del terremoto que afectó a parte del país el 27 de febrero de 2010, consideró este planteamiento al establecer que para la aplicación estricta de la causal de terminación del contrato de trabajo "caso fortuito o fuerza mayor" contenida en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo, deben reunirse copulativamente los siguientes requisitos: a) Que los daños ocurridos en las instalaciones de la empresa se deban causalmente a la ocurrencia del terremoto; b) que el empleador que invoque esta causal no puede haber contribuido al acaecimiento del mismo y/o a sus efectos lesivos; c) que el terremoto no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes, y d) que el terremoto y sus efectos directos sean irresistibles, esto es, que suponga la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los trabajadores y, por ende, de cumplir con las obligaciones contractuales de la parte empleadora.

<sup>33</sup> La sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 18 de octubre de 2010, en los autos rol N° 188-2010 (descriptor Legal Publishing N° 45922) nos señala que: "...los elementos de prueba, apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, llevan a inferir que, cerrada la Panadería (por daños derivados del terremoto), la clientela o, al menos, una parte significativa de ella, concurre a comprar a la Panadería Ideal, dada la proximidad territorial que existe entre ambas y la similitud del producto, lo que ha de redundar en beneficio del demandado, de forma tal que una solución adversa para el demandante importa hacer recaer sólo sobre éste el peso de lo sucedido, al quedar sin trabajo y condenado a no percibir las indemnizaciones a que tiene derecho por su condición laboral de 42 años, lo que no se aviene con las garantías que le asegura la legislación en esta materia... En la perspectiva antes descrita, está claro que el hecho en el cual se basa el despido no tiene, para el empleador en cuanto a sus consecuencias, el carácter de irresistible, toda vez que, aunque en otro establecimiento en el que tiene directa injerencia, no está absolutamente imposibilitado de continuar con la industria de fabricación de pan y su posterior venta al público, al cual bien pudo haber trasladado al actor y, con todo, tampoco puede afirmarse categóricamente, como alternativa, que haya quedado imposibilitado de pagar las indemnizaciones que corresponden al trabajador. En consecuencia, al decidirse debe tenerse en cuenta la óptica humana respecto de ambos litigantes y el principio protector del derecho del trabajo. En el mismo sentido, fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 7 de febrero de 2011 en causa Rol N° 297-2010 (descriptor Legal Publishing N° 47630).

<sup>34</sup> Con respecto a la irresistibilidad, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2010 dictada en los autos Rol N° O-299-2010 (descriptor Legal Publishing N° 47268), señala que la circunstancia que el inmueble en el cual se emplazaba el establecimiento comercial –restaurant– que correspondía a la fuente laboral de los actores fuere arrendado, tal como lo dijeron en forma conteste los litigantes, importa en los hechos la inconcurrencia de la causal invocada, por cuanto,

#### IV. Reflexiones finales:

En el orden de ideas anteriormente indicadas, consideramos que sobre la base del principio de estabilidad del empleo, ante la ocurrencia de hechos sobrevinientes que pudieren afectar la continuidad de la relación laboral, el ordenamiento jurídico laboral ha establecido para el empleador una serie de herramientas tendientes a asegurar la continuidad del vínculo, en forma previa a la terminación del contrato.

Así, el *favor negotii*, en este sentido, permearía las facultades y atribuciones del empleador como parte preponderante de la relación laboral, incluso para los efectos de justificar o dar validez al término del contrato cuando los eventos sobrevinientes hicieran imposible, eventualmente de manera absoluta, el cumplimiento de las obligaciones, de tal forma que previo a la resolución del contrato debieran ser ejercidos los mecanismos alternativos tendientes a procurar la continuidad del contrato. En este sentido, entonces, el despido ante la ocurrencia de hechos sobrevinientes debiera ser siempre de carácter restrictivo en su uso.

El caso fortuito o fuerza mayor no podría operar como causal de expiración del contrato de trabajo sin la existencia de una imposibilidad absoluta y definitiva

---

al ostentar el empleador la calidad jurídica de mero tenedor de la cosa para usarla y explotarla implica la posibilidad de haber desplegado los esfuerzos necesarios durante un determinado lapso para ubicar un bien raíz que reúna las características generales y mínimas para desarrollar el rubro que explotaba la empleadora demandada, tiempo durante el cual perfectamente pudo materializarse una suspensión de la relación laboral y, salvada la imposibilidad transitoria, proporcionar y mantener la fuente laboral a los dependientes, pero en modo alguno facultaba a la empleadora demandada para poner término a las relaciones laborales de sus trabajadores, como injustificadamente ocurrió en la especie, anunciándose a estas alturas la calificación de injustificados de los despidos de los demandantes.

En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2009, dictada en la causa Rol N° 947-2009 (descriptor Legal Publishing N° 41987) que indica: "Que se ha dicho anteriormente por esta Corte, en situaciones similares a la de autos, que la irresistibilidad, para los efectos de la causal de cese de servicios invocada, importa la nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los dependientes y, por ende, de cumplir una de las principales obligaciones contractuales de la parte patronal, tornándose inviable la mantención del vínculo e inevitable el término del mismo. La exigencia de prueba al efecto por parte del Tribunal, entonces, lejos de ser un error como lo imputa la recurrente, resulta esencial en tanto la mencionada precedentemente corresponde a una de las tres características que el legislador impone al hecho cuya verificación fuerza el despido. Carece de importancia, en todo caso, que el Tribunal haya entendido que el aludido obedece a un cuarto requisito para la concurrencia de la institución en estudio; por cuanto las medidas de seguridad se vinculan con la imprevisibilidad del hecho, ya que ambos son caracteres previstos por el legislador, siendo el orden o composición que se les otorgue inocuo dentro del ámbito de la nulidad impetrada. Que, a su vez, el examen de la imposibilidad de resistir a las consecuencias de un siniestro obliga a revisar aspectos concretos de la faena en cuestión, el proceso productivo que importa, las características de las dependencias en que éste se desarrolla y el papel o labor de los dependientes exonerados en ella. Asimismo, resulta forzoso considerar la factibilidad que la continuidad del giro o la actividad tienen en el caso como alternativa a la desvinculación y que, sin duda, deriva de los rasgos primeramente anotados, desde que la persistencia de aquella y de las relaciones laborales debe constituirse como una consecuencia lógica y no como resultado de la imposición de una carga contractual más allá del tenor y sentido del pacto laboral, es decir, como un gravamen desprovisto de sustento fáctico y jurídico".

de poder cumplir con la obligación. Por su parte, la imposibilidad absoluta y definitiva sin caso fortuito o fuerza mayor, como justificación para terminar la relación laboral, obligaría al empleador al pago de las prestaciones por término de contrato ordenadas por la ley, pues los hechos sobrevinientes le serían del todo imputables o por encontrarse dentro de su esfera de riesgo como deudor.

En este contexto, es nuestra opinión que la discusión doctrinaria en cuanto al momento en que se produciría la terminación del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor, a saber, por el solo acaecimiento del evento generador de la imposibilidad absoluta y el caso fortuito; o al momento del envío de la carta de terminación de los servicios normada en el artículo 162 del Código del Trabajo<sup>35</sup>, debiera ser superada a favor de esta última<sup>36</sup>, en razón de la necesidad que tendría el empleador de acreditar el ejercicio efectivo de las herramientas que le confiere el ordenamiento laboral para procurar la conservación del vínculo laboral en virtud del principio de estabilidad en el empleo.

Para terminar estas breves reflexiones en torno al caso fortuito o fuerza mayor en materia laboral, y para salvar alguna omisión, estimamos necesario revisar, en forma posterior, a la luz de del derecho comparado, el sistema de pago de las indemnizaciones por término de contrato ocurrido por esta causa de expiración, atendido el carácter complejo de la indemnización en comento, que contiene tanto el resarcimiento por los daños que irroga el despido, una protección previsional por la cesantía y un premio a la lealtad,<sup>37</sup> parte esta última cuya pérdida por el caso fortuito no aparece del todo justificada.

## BIBLIOGRAFÍA

Beltrán De Heredia Ruiz, Ignasi, *Empleo: la prevención frente a la contingencia del Paro – un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho*, ESADE - Universitat Ramón Llull – URL- Departamento de Derecho Privado, ciudad de Barcelona, España, 2008.

Brantt Zumarán, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Editorial AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

Coustasse del C., Alberto, e Iturra A., Fernando, *El caso fortuito ante el derecho civil*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.

<sup>35</sup> Prado, op. cit., p. 32.

<sup>36</sup> Gamonal y Guidi, op. cit. p. 261. Claramente, la necesidad de manifestar voluntad el empleador para poner término al contrato, dice relación con la particular objetividad de la fuerza mayor, fácilmente diluible en una decisión arbitraria.

<sup>37</sup> Gamonal (2000); pp. 54 y 55.

Fernández-Costales Muñiz, Javier, *La distribución de los riesgos en las doctrinas laboral y civil ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación*, Pecunia 7 (2008), ciudad de León, España, 2008.

Gamonal Contreras, Sergio, *El daño moral por término de contrato de trabajo. Su indemnización en los casos de despido abusivo e indirecto y su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo*, EDITREM S.A. Santiago de Chile, 2000.

Gamonal Contreras, Sergio, y Guidi Moggia, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2010.

Hernández Rueda, Lupo, "El poder de dirección del empleador", en Néstor Del Buen Lozano y Emilio Morgado (Eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y la seguridad social*, UNAM, Ciudad de México, 1997, pp. 405-420.

Pasco Cosmópolis, Mario, "Suspensión del contrato de trabajo" en Néstor Del Buen Lozano y Emilio Morgado (Eds.), *Instituciones del derecho del trabajo y la seguridad social*, UNAM, Ciudad de México, 1997, pp. 481-500.

Prado López, Pamela, *La Fuerza mayor como causal de terminación del contrato de trabajo*, Legis Editores, Santiago de Chile, 2010.

Valdés Dal-Re, Fernando. "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *ius variandi* empresarial". *Revista de Política Social*, número 103, julio/septiembre, Madrid, España, 1974.

# ¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina

**Maria Fernanda Juppet Ewing**

Decano Facultad de Derecho UNIACC

LLM. University of California

MBA Universidad de Valencia

Magister en Derecho de la Empresa

Universidad del Desarrollo

**Resumen:** Si bien los inversionistas extranjeros estudian detenidamente los riesgos de invertir en países en vías de desarrollo, el riesgo de expropiaciones en América Latina es uno imposible de evitar. En el presente artículo analizaremos las modernas formas de expropiación que es posible identificar en el derecho corporativo comparado, desde las expropiaciones estatales clásicas hasta expropiaciones entre particulares. Para finalizar analizando el cambio de paradigma de expropiaciones en la zona tras el procedimiento expropiatorio de la petrolera REPSOL - YPF en Argentina el pasado 16 de abril.

\*\*\*

## Introducción

En el plano de una economía globalizada, que obliga a las empresas a ampliar sus horizontes invirtiendo en una multiplicidad de mercados en vez de reducir sus operaciones a un solo territorio nacional, las limitaciones de distancias se han difuminado hasta no ser consideradas como un verdadero obstáculo para el crecimiento de la compañía.

De tal manera, la expansión hacia nuevos mercados intentando generar un mejor aprovechamiento de recursos naturales o bajas estructuras de costos son parte del escenario global desde hace varias décadas.

Con todo, si bien es cierto, que estas decisiones son abordadas por regla general desde un punto de vista orientado a la planificación estratégica, no es menos cierto que los mayores riesgos que deberán enfrentar estos inversionistas presentan ribetes jurídicos que no pueden ser ignorados y que se han comenzado a estudiar en forma incipiente en los últimos años. Siguiendo esta línea de ideas,

los especialistas en esta materia recalcan como áreas de preocupación, entre otras: los riesgos de proteger la propiedad intelectual en el territorio chino, los costos de un contrato de agencia en Europa, o el de expropiaciones en América Latina, tema que nos ocupa en el presente artículo.

En definitiva, es el tratamiento de la propiedad, en su carácter de derecho fundamental, en sus diversos grados de protección, el que genera el mayor nivel de cuestionamientos a la hora de definir una potencial inversión en países en vías de desarrollo, tanto por el respeto de los descubrimientos que el derecho de patentes de invención y la propiedad intelectual misma encierran, hasta los riesgos de ver vulnerado el legítimo derecho de desarrollar actividades empresariales por excesiva regulación de los agentes locales.

Para Carol Rose, es en la mezcla de los roles políticos y económicos en miras de un derecho de propiedad estable, y dada la teórica preocupación que las democracias pueden ocasionar ataques sistemáticos al derecho de propiedad, no sería una sorpresa que la ley aplicable a la propiedad se convirtiera en una preocupación en países democráticos.<sup>1</sup>

Es más, en países en vías de desarrollo, una de las principales tendencias regulatorias que podríamos resaltar a nivel preliminar incluye la limitación a nivel constitucional que el Estado se autoimpone para proteger la propiedad privada de las atribuciones del mismo Estado. Se puede llegar a considerar una constante en América Latina, el encontrar normas constitucionales que establecen la limitación de la utilidad pública o el interés general de la nación, como únicas causales justificatorias de procedimientos expropiatorios, los cuales deberán ajustarse a las normas legales previamente establecidas que los regulan.

Incluso en el concierto internacional, se ha elevado el derecho de propiedad al carácter de derecho fundamental, lo que acrecienta la necesidad de generar mecanismos jurídicos tanto nacionales como internacionales que aseguren el respeto de dicha garantía, de tal forma, el Pacto de San José de Costa Rica, nos señala en su artículo 21:

"Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

<sup>1</sup> Rose, Carol; "Property and expropriation: themes and variations in american law"; *Utah Law Review*, 2000:2) SSRN - id247668, página 5.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por ley".<sup>2</sup>

Es así, como desde la consagración de normas jurídicas supranacionales, se derivan obligaciones de fondo y de forma. Dentro de las obligaciones de fondo es posible distinguir dos de ellas, por una parte, la obligación para los ordenamientos jurídicos locales de proteger el derecho de propiedad, reconociendo como limitaciones válidas la utilidad pública o el interés social. En segundo lugar, se limita la libertad del Estado al pago de indemnización justa.

De la misma manera, se establece por el Pacto de San José de Costa Rica una obligación formal clara, que consiste en la determinación de un procedimiento de expropiaciones de rango legal.

Este rango legal, hasta hace pocos meses, había sido dictado y debidamente respetado al menos por tres décadas dentro de nuestro continente, de la misma forma, se lo había reconocido como un riesgo posible para los inversionistas extranjeros que obraran dentro del marco de empresas multinacionales, y por lo tanto, ponderado a la hora de la toma de decisiones de inversión.

Siguiendo la orden emanada del Pacto de San José de Costa Rica, es posible observar una serie de normas constitucionales que incorporan la obligación de regular un procedimiento de expropiaciones. Dentro de los ejemplos de esta tendencia normativa que podemos observar destaca la norma chilena, que reconoce este principio en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, inciso tercero, al ordenar que: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales".

Así la normativa chilena incorpora ambas limitaciones establecidas por el Pacto de San José de Costa Rica, por una parte determina las causales exclusivas que pueden justificar una expropiación al limitarlas a causales de utilidad pública o de interés general, asegura la indemnización previa, incluso discutible ante

<sup>2</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

la sede jurisdiccional respectiva. Mientras, por otra parte, establece que la naturaleza jurídica del acto expropiatorio se limitará a una ley general o especial que la autorice expresamente.

En palabras de Zandoval y Morales, "adquiere relevancia el hecho de que el precepto constitucional señale que el Estado no podrá tomar posesión del bien expropiado sin haber pagado previamente la indemnización, como, asimismo, que el particular afectado podrá reclamar judicialmente del monto de la indemnización fijado administrativamente".

De la misma manera, la Constitución argentina en su artículo 17 establece que: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. **La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.** Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".

En la misma línea de ideas, la norma fundamental trasandina incorpora todas las obligaciones establecidas por el Pacto de San José de Costa Rica, no sólo reconociendo el carácter de derecho fundamental del derecho de propiedad, sino que incorporando la obligación formal de que sólo una ley podrá decretar una expropiación, y ambas obligaciones de fondo, limitando las causales de expropiación a la causa de utilidad pública y exigiendo la indemnización previa.

Hasta hace algunos meses, era posible asegurar que estas expropiaciones potenciales, a la hora de concretarse, seguían un orden jurídico claro, delimitado por las leyes relativas a expropiaciones aplicables en cada país, siguiendo el orden establecido en la respectiva Constitución Política del Estado en cuestión.

De tal manera, en el caso chileno, es posible prever por un inversionista que en caso de invertir en Chile, sus propiedades estarán garantizadas por el artículo 19 N° 24 de la CPE, que garantiza su derecho de dominio. Que para que sus bienes sean objeto de expropiación deberá obedecer a una causal de utilidad pública mediante una necesidad que obligue al regulador a hacer uso de dichos bienes en razón de la función social de la propiedad.

También, dichos inversionistas saben que el procedimiento de expropiación está regulado por el Decreto Ley N° 2186, que existe un procedimiento judicial para discutir tanto la procedencia del acto expropiatorio como la valorización

del predio, y que en definitiva serán tribunales de justicia independientes quienes dictaminen sobre el futuro de la propiedad. Finalmente, también resulta claro para los inversionistas que el monto de su indemnización será puesto a su disposición con anterioridad al instante en que deban hacer entrega de la propiedad.

Pero tras la expropiación argentina de la empresa YPF, estas barreras que aparentemente se mostraban claras en la regulación de los Estados latinoamericanos se han vuelto borrosas, dado que el cambio en las políticas afecta no sólo a gobiernos elegidos con un programa de gobierno que permite observar una tendencia expropiatoria hacia inversionistas extranjeros, sino que cambios de políticas al interior de un gobierno elegido, complicando aun más los análisis sobre riesgos jurídicos para los inversionistas extranjeros.

### **Diversas clases de expropiación en las economías del siglo XXI**

Debemos reconocer que la forma clásica de expropiación reconocida durante el siglo XX, orientada desde el Estado hacia los particulares, ha ido evolucionando en una serie de formas expropiatorias que pueden incluso involucrar a particulares respecto de otros particulares.

De tal manera que es posible distinguir expropiaciones provenientes desde el Estado, y expropiaciones entre privados. Y en las primeras pueden distinguirse aquellas expropiaciones clásicas o propiamente tales, y expropiaciones regulatorias.

Las expropiaciones clásicas o propiamente tales son definidas por José Luis Cea como "un acto de la autoridad administrativa, fundado en una ley que lo autoriza, en virtud de la cual priva del dominio, del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y pagando al expropiado la indemnización justa".<sup>3</sup>

Las expropiaciones regulatorias, por su parte, son aquellos actos de la autoridad administrativa que mediante la aplicación de una regulación a la que se somete determinada clase de propiedad, ésta pierde todo o gran parte de su valor como consecuencia de dicha regulación.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cea Egaña, José Luis; en Ferandois, Arturo; *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, noviembre 2010, página 386.

<sup>4</sup> Porterfield, Mathew; "International Expropriation Rules and Federalism". *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 23, N° 3, January 2004, página 4.

Dentro de los fenómenos que con mayor fuerza han golpeado al derecho corporativo internacional se configuran estas nuevas expropiaciones entre privados, que se gestan al interior de las compañías, en ellas, los accionistas mayoritarios privan de sus derechos accionarios a los minoritarios que forman parte de la misma organización, privándolos del ejercicio de sus derechos accionarios.

Siguiendo una investigación de La Porta, es posible indicar que: "La protección de los inversionistas se vuelve crucial, porque en muchos países la expropiación de los accionistas minoritarios y acreedores por los accionistas controladores se ha expandido. Cuando inversionistas externos financian las compañías enfrentan un riesgo, que en muchos casos raya en la certidumbre, de que los retornos de sus inversiones no se verán materializados en razón de que los accionistas controladores los expropiarán de tales derechos (incluyendo en esta categoría tanto a accionistas controladores como a los altos directivos de la organización). El gobierno corporativo es, en un gran sentido, un grupo de mecanismos a través de los cuales terceros interesados deben protegerse de los controladores".

Esta nueva clase de expropiación, que hemos denominado para efectos de este artículo como "expropiación entre privados", se convierte en una preocupación entre inversionistas al interior de las compañías, y puede manifestarse de las siguientes formas. En la misma línea de ideas es posible indicar que "La expropiación puede tomar una serie de formas. En ciertas instancias, los miembros de la organización simplemente se adjudican mayores utilidades de las adecuadas. En otros casos, los controladores venden los bienes, el conocimiento del negocio, las garantías adicionales de la compañía, traspasándolos a una segunda empresa de su propiedad exclusiva bajo los precios de mercado".

Si bien es cierto que el marco regulatorio chileno previene este tipo de movimientos, mediante una regulación prohibitiva altamente proteccionista de los accionistas minoritarios y acreedores, en derecho comparado esta realidad es aún propuesta por los especialistas, exponiéndose a expropiaciones entre privados avaladas por sus ordenamientos jurídicos nacionales.

Uno de los principales exponentes de esta normativa permisiva que arriesga a los accionistas minoritarios se encuentra dada por la normativa norteamericana, que incluso permite la venta de los activos principales de la compañía como forma de paralizar una oferta pública de acciones de un nuevo grupo controlador.<sup>5</sup>

Para Rose, es posible distinguir entre tres clases de irrupciones al derecho de propiedad:<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*, fourth edition, 2010, Foundation Press, página 459.

<sup>6</sup> Rose, Carol; "Property and expropriation: themes and variations in american law"; *Utah Law Review*, 2000:2) SSRN - id247668, página 6.

- a) **Entorpecimiento en actividades comunes** en las cuales un particular entorpece a otro en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad, como pudiera ocurrir en el caso de un allanamiento de morada, disputas sobre la titularidad de un derecho, etc.
- b) Una segunda clase de irrupción al derecho de propiedad se establece en las **irrupciones regulatorias**, las cuales encuadran cualquier cambio normativo que imponga nuevas obligaciones al legítimo titular de un derecho de propiedad.
- c) Finalmente, podemos distinguir una **irrupción excepcional**, dada por alteraciones de derechos causadas por movimientos revolucionarios u otros movimientos sociales que alteren el equilibrio de los derechos de propiedad existentes en un territorio determinado.

Con todo, la expropiación propiamente tal, o irrupción excepcional en la terminología de Rose, que es aquella a la que se refiere este artículo, tiene mayor relación con los riesgos que presenta un Estado en vías de desarrollo todopoderoso frente a inversionistas que deciden invertir importantes sumas de dinero en un territorio nacional ajeno, que si bien les resulta financieramente atractivo, al menos les es ajeno.

La defensa de algunos países desarrollados de sus nacionales en contra de potenciales expropiaciones de derechos, o dicho en otras palabras, regulaciones que entorpecen el ejercicio de su derecho de propiedad en razón de protección medioambiental, entre otros, han permitido a dichos particulares cuestionar dichas prácticas bajo el concepto de expropiación, postura defendida por parte de la doctrina norteamericana.<sup>7</sup>

Dentro de los riesgos a los que se someten inversionistas extranjeros al invertir en países en vías de desarrollo destacan, además de la inestabilidad económica propia de estas latitudes, los vaivenes políticos que pueden modificar el discurso y la agenda legislativa incluso de gobiernos democráticamente escogidos, como es el caso YPF en territorio argentino, a analizar en la parte final del presente artículo.

Dentro de los principales riesgos que asume una compañía multinacional al invertir en países en vías de desarrollo, indica Hooper siguiendo a Buckley podemos destacar el riesgo político: "El riesgo político es esencialmente un componente integral del riesgo país, el cual envuelve la posibilidad de pérdidas asociadas al escenario específico del territorio tanto en lo económico, político

<sup>7</sup> Rose, Carol; "Property and expropriation: themes and variations in american law"; *Utah Law Review*, 2000:2) SSRN - id247668, página 2.

y social. Los mayores riesgos políticos que pueden afectar a las multinacionales son de rango amplio. Estos pueden involucrar gobiernos hostiles bloqueando la repatriación de fondos desde el país receptor de la inversión, expropiaciones o confiscaciones de los bienes de la multinacional, o incluso la imposición de mayores restricciones económicas, tales como mecanismos de control de cambios.<sup>8</sup>

Entre aquellas situaciones indeseables, las confiscaciones y expropiaciones habían pasado a un segundo plano dentro de las preocupaciones actuales de las empresas multilaterales, si bien se consideraban como parte de los riesgos a evaluar, desde la firma del Pacto de San José de Costa Rica y la incorporación de garantías fundamentales a nivel constitucional asegurando la propiedad privada, estos riesgos habían perdido parte de su justificación práctica, especialmente al considerar que la mayor parte de casos actuales estaban asociados a cambios de regímenes políticos que habían anunciado estas modificaciones de criterios como parte de su plan de gobierno, como es el caso de Chávez en Venezuela.

Asimismo, es importante recalcar la creación de la MIGA u Organismo Multilateral de Garantías a Inversiones, dependiente del Banco Mundial, la cual se ha dedicado desde su fundación a la promoción de la inversión extranjera directa en los países en desarrollo, con miras a crear soluciones que reduzcan la pobreza y mejoren la calidad de vida de las personas.

En miras de conseguir este objetivo, MIGA se ha orientado al cumplimiento de dos funciones principales en países en vías de desarrollo (1) provee de consejo y servicios técnicos para el mejoramiento de las condiciones de inversión y (2) garantiza inversiones extranjeras contra los riesgos no comerciales de las operaciones de los inversionistas.<sup>9</sup>

Con todo, las garantías prestadas por organismos internacionales no pueden eliminar los niveles de riesgo presentados por los países en análisis, especialmente cuando la modificación de las condiciones ofrecidas a los inversionistas se materializa en el contexto de los casos que revisaremos en el acápite siguiente.

Los elementos anteriores sirvieron de marco de análisis hasta antes de que en abril de este año comenzara una nueva tendencia expropiatoria en América Latina tras el caso YPF en Argentina, marcado por los incumplimientos a la legislación interna en el proceso expropiatorio.

Este hecho es el que nos permite diferenciar con mayor claridad una tendencia nueva en la expropiación argentina, distinguiéndola claramente de la nacio-

<sup>8</sup> Hooper, Vince; "Multinational Financing Strategies in high political risk countries"; *School of Banking and finance working paper 2002*, University of South Wales, página 2.

<sup>9</sup> Hooper, Vince; "Multinational Financing Strategies in high political risk countries"; *School of Banking and finance working paper 2002*, University of South Wales, página 3.

nalización boliviana de la empresa Transportadora de Electricidad (TDE), dado que la autorización legal para nacionalizar empresas eléctricas entre otras data de 2010, momento en el cual comenzaron a materializarse en el territorio boliviano, siguiendo la línea chavista en Venezuela.

Hasta entonces se había considerado por la doctrina comparada que la expropiación de bienes pertenecientes a multinacionales era un hecho del pasado, que debía ser evaluado más que nada por la naturaleza política de dichas decisiones gubernamentales, y, en razón de este hecho, el riesgo inherente al cambio que estas políticas conllevaban.<sup>10</sup> Por desgracia, estas evaluaciones conservadoras del riesgo pasaron a convertirse en los últimos meses en una profecía autocumplida que complica el escenario de los inversionistas en la mayor parte de nuestro continente, salvo hasta ahora contadas excepciones.

### **Competencia entre países latinoamericanos para capturar inversión extranjera**

Resulta interesante el comprender, dentro del marco de nuestro análisis, que desde la apertura económica experimentada por Latinoamérica a fines de los años setentas, los diversos países de la zona han intentado, en su propio ritmo, generar un ambiente de confianza hacia potenciales inversionistas extranjeros, mediante la incorporación de normas jurídicas que otorguen algunas garantías mínimas a los inversionistas.

Dichos marcos de protección pueden estar reconocidos por la ley, como es el caso chileno a través del Decreto Ley 600 de inversión extranjera, que garantiza el trato nacional a los inversionistas extranjeros. En su artículo 9 asegura la igualdad de los extranjeros en Chile, al indicar: "Asimismo, la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe se sujetarán también al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas, ni directa o indirectamente, con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 11...".

El cual profundiza en su inciso segundo lo que entiende por discriminación, impidiendo incluso al regulador establecer tales diferencias, señalando que: "Las disposiciones legales o reglamentarias relativas a determinada actividad productiva, se considerarán discriminatorias si llegaren a ser aplicables a la generalidad o la mayor parte de dicha actividad productiva en el país, con exclusión de la inversión extranjera. Igualmente, las disposiciones legales o

<sup>10</sup> Hooper, Vince; "Multinational Financing Strategies in high political risk countries"; *School of Banking and finance working paper 2002*, University of South Wales, página 1.

reglamentarias que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal, se considerarán discriminatorias, si la inversión extranjera no tuviere acceso a ellas, no obstante cumplir las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional".

Otros ordenamientos jurídicos, como es el caso argentino, optaron por elevar la protección de los inversionistas extranjeros a nivel constitucional al establecer en su artículo 20 que: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".

Aun más, y profundizando en la garantización especial a los inversionistas extranjeros, especialmente a aquellos que quisieran invertir en su territorio, la Carta Fundamental argentina establece beneficios especiales a los inmigrantes europeos, al establecer en su artículo 25 la norma siguiente: "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y **no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno** la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

## **La expropiación de YPF y el cambio de escenario en materia de expropiaciones en América Latina**

### **A. Los hechos**

- 2001. Argentina cesa en sus pagos de créditos al exterior.
- Febrero de 2012. Descubrimiento del nuevo yacimiento petrolero de "Vaca muerta", de propiedad de YPF en territorio argentino.
- 21 de marzo de 2012. El Directorio de YPF rechaza la propuesta del gobierno de no distribuir dividendos entre sus accionistas y reinvertir el total de sus utilidades con miras a incrementar su producción.
- Abril 2012 Estados Unidos suspende preferencias comerciales de Argentina por no pago de más de 300 millones de dólares en juicios perdidos por disputas de inversiones en su contra.

- 16 de mayo de 2012. La Presidenta de Argentina Cristina Fernández anuncia su intención de enviar un proyecto de ley al Congreso argentino para expropiar el 51% de las acciones de YPF correspondientes a la empresa española Repsol. Sin tocar los intereses del grupo Petersen, de nacionalidad argentina.
- Al mismo tiempo el Secretario de Coordinación del Ministerio de Planificación de Argentina toma control de las instalaciones de la empresa y despide a directivos españoles y argentinos.
- 15 de mayo de 2012. Repsol comienza proceso de arbitraje en contra de Argentina por expropiación del 51% de las acciones de YPF, notificando a Cristina Fernández sobre la declaración de existencia de controversia bajo el tratado de promoción y protección de inversiones, esta acción jurisdiccional deberá ser resuelta por el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Dentro de las consecuencias jurídicas de los hechos antes expuestos podemos distinguir tres infracciones a la normativa. En primer lugar, el intento de intervención sobre las decisiones de la empresa YPF, ejerciendo presión sobre el directorio para evitar la repartición de dividendos del año 2012. Este hecho en sí mismo constituye una intromisión con las gestiones de la Sociedad en cuestión aun cuando ésta encuadra en aquellas sociedades sujetas al control administrativo estatal establecido en el artículo 299 letra d de la Ley de Sociedades Anónimas, de acuerdo al cual aquellas sociedades que exploten concesiones o servicios públicos por el interés público que se encuentra comprometido deberán ser sometidas a esta fiscalización.

Asimismo, vulnerando la normativa relativa a expropiaciones, la mandataria argentina tomó posesión de las dependencias de la empresa YPF el mismo día que envió el proyecto de ley al Congreso argentino, en que se sometía a su consideración la expropiación de la compañía.

Siguiendo esta línea de eventos, se abstuvo de pagar la indemnización previa requerida por la Constitución argentina, en su artículo 17, generando un perjuicio valorizado en 10.500 millones de dólares aproximadamente.

Finalmente, es posible asegurar que existe una abierta discriminación en contra de la empresa española Repsol, dado que sólo sus derechos fueron expropiados, mientras los derechos de los nacionales argentinos del grupo Petersen fueron respetados.

## **B. Incumplimientos de derecho identificables en el procedimiento de expropiación de la petrolera YPF**

### ***1. Incumplimiento de las normas relativas a la determinación del monto de dividendos a distribuir por una sociedad por acciones en Argentina***

Al momento en el cual el gobierno federal de Argentina interviene en las sesiones de Directorio de la Empresa YPF intentando imponer sus criterios relativos a la repartición de dividendos por parte de la compañía, se vulnera el artículo 14 de la Constitución trasandina,<sup>11</sup> tanto en cuanto se reconoce el derecho de los particulares para usar y disponer de su propiedad.

Lo anterior, aun cuando se reconoce en la ley de sociedades anónimas potestades especiales de supervigilancia del gobierno central ante ciertas sociedades anónimas por diversos motivos que en resumen pudieran considerarse estratégicos para el Estado.

Con todo, el rol extraordinario que asume el gobierno federal en este caso es restringido, y se limita en palabras de Ascui a aquellas situaciones en las cuales: "...se encuentre comprometido el interés público o el funcionamiento de la sociedad, ya que los conflictos patrimoniales deben ser resueltos por la autoridad judicial, tal como lo prevé expresamente la ley. Por otra parte la autoridad de control puede ejercer funciones de vigilancia cuando lo considere necesario por encontrarse comprometido el interés público".<sup>12</sup> Con todo, dicha intervención deberá realizarse por medio de resolución fundada en la protección de terceros, y no mediante la influencia en el resultado de una sesión de directorio.

### ***2. Toma de posesión de las instalaciones de la compañía antes de la aprobación de la ley expropiatoria***

Si bien es cierto que las razones en las que se basa el proyecto de ley expropiatorio presentado por la Presidenta Fernandez el 16 de abril del presente año se basa en la utilidad pública de la nación encuadrada en el argumento de la necesidad de contar con programas energéticos adecuados que incrementen la producción propia de petróleo a fin de terminar con la dependencia del petróleo importado,<sup>13</sup> siguiendo la misma línea, se citan ejemplos como el

<sup>11</sup> Constitución de la República Federal Argentina, art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

<sup>12</sup> Ascui, Ignacio A.: *Sociedades*; Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, página 323.

<sup>13</sup> Proyecto de ley de expropiación de la empresa YPF, presentado el día 16 de abril de 2012 al Congreso de la Nación argentina, Buenos Aires, página 7.

del Estado noruego, en que la administración estatal de recursos naturales ha probado ser más eficiente.<sup>14</sup>

Asimismo, es importante recalcar que en el proyecto de ley en comento, el Ejecutivo argentino excede sus facultades al fundar dicha decisión en una supuesta mala administración por parte de la empresa de los recursos naturales petrolíferos del país.<sup>15</sup> Sin embargo, esta línea de argumentación no se condice con el hecho de haber propuesto una expropiación parcial de la compañía afectando sólo a uno de sus inversionistas, permitiendo la mantención de otros accionistas que apoyaron dicha línea de administración.

Con todo, no es menos cierto que en el procedimiento adoptado por la Presidenta personeros de gobierno tomaron posesión de las dependencias de la compañía el mismo día en que el proyecto de ley de expropiación fue presentado en el Congreso argentino, a saber, el día 16 de abril del presente año, en abierto descarte de la normativa constitucional vigente, contraviniendo el artículo 17 de la Constitución argentina que indica: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, **debe ser calificada por ley** y previamente indemnizada...".

De tal manera, se procedió a hacer efectiva la expropiación antes de que la ley establecida constitucionalmente como prerrequisito indispensable para el desarrollo del procedimiento no constituyera una abierta contravención del derecho fundamental a la propiedad en los términos de la normativa constitucional argentina y del Pacto de San José de Costa Rica.

### *3. Falta de pago de la indemnización previa establecida por la Ley 21.499*

Asimismo, el artículo 17 de la Constitución argentina antes citado nos indica claramente el momento del pago de la indemnización al establecer que: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. **La expropiación** por causa de utilidad pública, **debe ser** calificada por ley y **previamente indemnizada...**".

Siguiendo dicha línea de ideas, y la definición de José Luis Cea respecto de un acto expropiatorio, al no cumplirse con los requisitos de una ley previa que autorice la expropiación, que dicha ley se base en utilidad pública, y, finalmente, una indemnización previa, resulta posible concluir que el procedimiento aplicado

<sup>14</sup> Proyecto de ley de expropiación de la empresa YPF, presentado el día 16 de abril de 2012 al Congreso de la nación argentina, Buenos Aires, página 10.

<sup>15</sup> Proyecto de ley de expropiación de la empresa YPF, presentado el día 16 de abril de 2012 al Congreso de la nación argentina, Buenos Aires, página 18.

por el gobierno de Argentina a YPF no corresponde a una expropiación, sino que a una operación distinta, carente de regulación y de legitimidad jurídica.

Con todo, la Ley N° 21.499, de Régimen de expropiaciones, establece en su artículo 25 que<sup>16</sup> podrá el expropiante tomar posesión inmediata de los bienes que no sean inmuebles al momento de la expropiación. Es importante recalcar que para eso son necesarias dos circunstancias que en este caso no se producen. En primer lugar, que exista una ley expropiatoria al momento de la toma de posesión, hecho que no ocurre al 16 de abril cuando se toma la posesión de YPF, dado que coincide con el envío del proyecto de ley al Congreso argentino. Y, en segundo lugar, que se hubiera consignado judicialmente el valor del bien expropiado en forma previa.

#### *4. Discriminación en contra de los inversionistas españoles Repsol*

Uno de los detalles de la operación expropiatoria en el caso que nos ocupa es que el objeto sobre el cual recae dicha expropiación sólo se limita al porcentaje controlador de las acciones de la petrolera, discriminando abiertamente entre los diversos inversionistas que hasta el día 16 de abril de 2012, que, ostentando derechos de propiedad análogos, unos fueron preferidos sobre los otros para ser sujetos de una expropiación sobre sus acciones.

Lo anterior está en abierta contravención con la normativa constitucional argentina por diversas razones, entre ellas, la operación vulnera el derecho a la igualdad, consagrado en su artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. **Todos sus habitantes son iguales ante la ley**, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

En la misma línea de argumentación, debemos recordar que la Carta Fundamental argentina garantiza un tratamiento especial a la inmigración europea en su artículo 25.<sup>17</sup> Asimismo, resulta necesario indicar que la misma Carta Fundamental ha incorporado en su artículo 27<sup>18</sup> la obligación para el gobierno

<sup>16</sup> ARTICULO 25 Ley N° 21.499, de Régimen de expropiaciones: Si la expropiación versare sobre bienes que no sean inmuebles, el expropiante obtendrá la posesión inmediata de ellos, previa consignación judicial del valor que se determine por las oficinas técnicas mencionadas en el artículo 13. Será de aplicación, en lo pertinente, lo establecido en el artículo 23.

<sup>17</sup> Artículo 25 Constitución de la República Federal Argentina: "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

<sup>18</sup> Art. 27 Constitución de la República Federal Argentina. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

federal en materia de política exterior, gravándolo con la obligación de afianzar sus relaciones comerciales por medio de tratados internacionales, obligación que en razón de esta operación no se ha cumplido por parte del gobierno federal argentino, lo cual ha implicado acusaciones ante la Organización Mundial del Comercio y el CIADI.

### *5. Invasión de poderes del Estado*

Finalmente, como ya hemos indicado, la Constitución argentina y la Ley 21.499 que establece el procedimiento de expropiaciones del mismo país, nos indican que sólo una ley podrá autorizar el procedimiento expropiatorio, para lo cual deberá basarse en razones de utilidad pública, esta prerrogativa no puede ser delegada por medio de una ley posterior que ratifique los actos realizados por el gobierno central.

En virtud del artículo 29, la Constitución Argentina<sup>19</sup> prohíbe la entrega de facultades extraordinarias al Ejecutivo, que impliquen el dejar al arbitrio del gobierno su fortuna, por tanto, cualquier delegación para la dictación de un decreto ley expropiatorio no resulta plausible ante la normativa imperante.

Asimismo, es imposible la utilización de una ley ratificatoria posterior o una ley retroactiva que intente enmendar los errores de forma cometidos durante este procedimiento, resulta implausible en razón del artículo 28 de la Constitución argentina,<sup>20</sup> que previene la alteración de estas garantías por medio de una ley posterior que reglamente el ejercicio de tal derecho.

Por lo tanto, aun cuando la ley expropiatoria posterior señale su retroactividad, dicha retroactividad no convalidaría los incumplimientos constitucionales que se han verificado a lo largo de este procedimiento expropiatorio.

De esta forma, de acuerdo a lo dispuesto por el mismo artículo, cualquier acto derivado de facultades extraordinarias será sancionado con nulidad de derecho público, es más, en palabras de la norma argentina: "Artículo 29... Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". La sanción para estos ilícitos será la de inhabilidad

<sup>19</sup> Art. 29 Constitución de la República Federal Argentina. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

<sup>20</sup> Artículo 28 Constitución política de la República Federal de Argentina: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

perpetua para ocupar cargos públicos, excluidos del beneficio de indulto y la conmutación de penas.<sup>21</sup>

Asimismo, es posible concluir que aplicando la normativa vigente en Argentina al momento de la supuesta expropiación, ésta pudiera ser anulable de acuerdo a la regulación constitucional de dicho país.

## Conclusiones

Resulta imposible pasar por alto el hecho de que el análisis de riesgo de expropiaciones en América Latina será marcado por las características particulares de la expropiación de la propiedad de la empresa Repsol en la petrolera YPF, dada la falta de observancia del procedimiento nacional previamente establecido para proceder a la toma de control de la empresa por parte del gobierno.

Aun cuando la estabilidad en la protección del derecho de propiedad en la zona había sido puesta a prueba por los gobiernos de Venezuela y Bolivia con anterioridad, ninguno de ellos había pasado por alto los procedimientos expropiatorios internos de la manera como puede observarse en el caso argentino.

Sin embargo, ésta no es la primera circunstancia de incumplimiento del Estado Argentino al concierto comercial internacional. En palabras del Comisario Europeo de Comercio, Karel De Gucht, la de la petrolera "fue quizá la medida proteccionista más visible tomada por Argentina y llegó a los titulares, pero si se mira más en profundidad, la política comercial de Argentina ha echado raíces en prácticas comerciales injustas".<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Constitución de la República Federal Argentina artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

<sup>22</sup> <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1175849>

# Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas

**Juan Pablo Reyes García-Huidobro**

Abogado  
Universidad de los Andes  
Magíster en Derecho Administrativo y Tributario  
Universidad Complutense de Madrid  
Profesor Derecho del Borde Costero  
Pontificia Universidad Católica de Chile.

**Resumen:** El trabajo explora las obligaciones y derechos para la Administración Pública y los particulares a partir de una solicitud de Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO) regida por la Ley N° 20.249, los plazos a que está sujeta la suspensión de la tramitación de distintas solicitudes de Concesiones Marítimas y Acuícolas que, por estar asociadas a ciertos proyectos de inversión privada, no han estado exentas de controversias.

Se indaga en las excepciones a la suspensión, y los elementos que debiera tener a la vista la Autoridad Administrativa al momento de resolver cada una de las solicitudes, sin que signifique necesariamente el otorgamiento de la ECMPO; la necesidad de motivación de dichas resoluciones, tomando en cuenta el derecho de preferencia, el bien común y otros como el ejercicio abusivo de derecho pretendido o simulación.

Lo anterior, debido a la especial importancia del Borde Costero para el desarrollo integral y armónico del país a fin de procurar un aprovechamiento integral y coherente de los recursos y posibilidades que contienen y generan, dentro del marco de la ley y la Constitución, teniendo siempre presente la razón de ser y el fin último del Estado: el servicio a la persona humana y promover el bien común.

\*\*\*

Conocida y publicitada es la situación que se ha desencadenado a partir del año 2008, por la entrada en vigencia de la Ley N° 20.249, que "Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios" (ECMPO).

Dicha ley señala en su art. 10 que, en caso de que la misma área solicitada como ECMPO hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la Conadi o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra.

De esta manera, la Autoridad Administrativa ha debido suspender la tramitación de distintas solicitudes de Concesiones Marítimas y Acuícolas, asociadas a ciertos proyectos de inversión privada, en virtud de las solicitudes de afectación de espacios costeros marinos que han hecho las Comunidades Indígenas, amparados en la Ley N° 20.249.

Por una parte, los privados han mostrado su real preocupación por el ejercicio abusivo del derecho de los Pueblos Originarios en las solicitudes ECMPO, debido al consecuente estancamiento de los proyectos de inversión y, naturalmente, del desarrollo económico y social del país. Por otra parte, el presente año, las Comunidades Indígenas denuncian que el Gobierno ha "desactivado" la llamada "ley Lafkenche", incurriendo en una serie de actos que privilegian el sector privado, en perjuicio de sus derechos.

La Contraloría General de la República, por su parte, ha sido categórica a efectos de que la Administración dé cumplimiento al citado artículo 10, recayendo en el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (antigua Subsecretaría de Marina), la coordinación para la suspensión, pues conforme al Decreto con Fuerza de Ley N° 340, de 1960, este órgano es quien tiene la potestad de administración del borde costero.

Cabe preguntarse, entonces, cuál es el límite entre los derechos de unos y otros, y cuál es el deber de la Administración Pública.

En primer término, es importante señalar que estamos frente a expectativas de derecho, pues para que nazcan a la vida jurídica o se adquiera una Concesión Marítima, Acuícola, o una ECMPO, presupone varios hechos que deben cumplirse progresivamente para su otorgamiento. Se trata, pues, de la esperanza de adquirir un derecho fundado en la ley que los ampara. Ambos tipos de solicitudes son una manifestación concreta del derecho de petición consagrado en el art. 19 N° 14 de nuestra Constitución, que conlleva la obligación de los entes públicos de responder las solicitudes de los administrados lo que en derecho proceda, debiendo tomar una determinación frente a lo pedido, sea acogiendo o denegando lo solicitado.

La diferencia radica en que, habiendo distintos tipos de solicitudes sobre un mismo espacio, se genera un deber para la Administración Pública en orden a suspender, por un período determinado, aquellas que tengan fines distintos

a las ECMPO, y, segundo, que al momento de resolver su otorgamiento deba preferirse el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

Para la suspensión, la solicitud deberá cumplir con todos los requisitos formales de manera que dé inicio al procedimiento, contenidos en la legislación especial. De lo contrario, la Subsecretaría de Pesca debe requerir al interesado para que, en un plazo de cinco días, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición. Lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 1° en relación con el artículo 31, ambos de la Ley 19.880.

Luego, cumplido los requisitos, pesa para la Subsecretaría de Pesca informar a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y a la Autoridad Marítima de la existencia de la solicitud ECMPO, a efectos de dar cumplimiento al art. 5° del Reglamento de la Ley N° 20.249. Es en este momento, que la autoridad que tiene a su cargo la administración de borde costero debe tomar todas las medidas necesarias para suspender cualquiera otra solicitud que tenga fines distintos, en virtud de la necesaria coordinación que debe existir entre los Órganos de la Administración del Estado conforme lo previsto en el artículo 5° de la Ley N° 18.575.

Ahora bien, dicha suspensión tiene un tiempo acotado, esto es, hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la Conadi o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra. Consecuentemente, transcurridos cualquiera de esos dos eventos, se reactiva la tramitación de todas las solicitudes que se contengan en el mismo espacio, independientes de su fin, sin que por esto deban llegar a su término, sino una vez resuelta la ECMPO (más tarde retomaremos este punto).

La excepción al tiempo señalado, en que deben estar suspendidas las demás solicitudes, está dada por el propio art. 10 de la Ley N° 20.249, que en su inciso segundo extiende el plazo de suspensión antes señalado, en el caso de que el informe de la Conadi no dé cuenta del uso consuetudinario o se hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo y se hubiere vencido el plazo de 3 meses sin que se hubiere solicitado el sector por alguna Comunidad Indígena. De esta manera, si ejercen su derecho dentro de los 3 meses señalados, se vuelve a la regla general antes enunciada.

Pero eso no es todo. En el caso de que se hubiere vencido el plazo de 3 meses sin que se hubiere solicitado el sector por alguna Comunidad Indígena, la ley mandata que la o las solicitudes que se hubieren suspendido continúen su tramitación hasta su término. El legislador ha establecido de esta manera una excepción a la regla general de suspensión, por lo que verificadas dichas circunstancias, aun cuando se presenten nuevas solicitudes ECMPO después de

los 3 meses antes señalados, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas deberá dar curso progresivo a aquellos expedientes de concesiones marítimas y acuáticas, que habían sido suspendidos hasta lograr su término, ya sea otorgándolas o no, conforme a las reglas generales. Claro, el legislador ha optado por los principios de celeridad, inexcusabilidad y conclusivo de la Ley N° 19.880, en pro de la seguridad jurídica del administrado, frente al ejercicio abusivo que se pueda hacer de las solicitudes ECMPO y su consecuente suspensión, evitando la dilación o eternización de las resoluciones que debe adoptar el Ministerio de Defensa respecto de las demás solicitudes.

Finalmente, el citado artículo 10 agrega que, para el caso que el informe de la CONADI dé cuenta del uso consuetudinario, se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, sin perjuicio que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asociación de comunidades solicitantes o comunidad, según corresponda.

Cabe preguntarse si esta preferencia obliga al Ministerio de Defensa a otorgar, necesariamente y sin más, la destinación ECMPO, en desmedro de sus facultades discrecionales de administración que tiene sobre el Borde Costero, o se trata de un criterio que regula dicha potestad. La respuesta está en el inciso penúltimo del art. 9° de la Ley N° 20.249. En efecto, es el Ministerio de Defensa quien, en definitiva, está llamado a resolver la solicitud que hace la Subsecretaría de Pesca, a efectos de entregar en destinación el espacio costero marino de pueblos originarios. Pues bien, una resolución implica necesariamente un análisis formal y de fondo de la solicitud, pues, de lo contrario, de nada serviría el pronunciamiento de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero y demás informes que sean pertinentes, que conforme a la ley deben adjuntarse a la solicitud que hace la Subsecretaría de Pesca. Claro, dichos pronunciamientos e informes iluminarán la decisión que deba tomar el Ministerio de Defensa, debiendo al efecto motivarla.

Pues bien, en esta materia no debemos olvidar el fundamento del Estado y, consecuentemente, de los órganos que lo administran. El art. 1° de la Carta Fundamental prescribe en su inciso 4° que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, principios ratificados en el artículo 3° de Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y que informan y limitan sus facultades discrecionales.

Es en este contexto cabe también preguntarse qué rol cumple el Borde Costero para nuestro país. Qué elementos informan el bien común que subyace en la administración de estos espacios. Pues bien, su importancia se resume, básicamente, en los siguientes aspectos o elementos: a) Geopolíticos, esto es,

la influencia de estos espacios en la creación, existencia, administración, planificación y desarrollo de un Estado y que se ven plasmados de cierto modo en los elementos que siguen; b) Integración nacional, o dicho de otro modo, cómo dichos espacios marítimos integran los extremos del país y el territorio insular, convirtiéndose ellos en la continuidad natural del territorio de nuestro país; c) Desarrollo nacional, pues los espacios marítimos deben ser aprovechados a efectos del crecimiento sustentable de nuestra nación; d) Sociopolíticos, en la medida que en él se desarrollan ciertas áreas como la industria pesquera, o incluso industrias como la minera o hidroeléctricas, cuyos proyectos llevan asociados la necesidad de concesiones marítimas para su éxito, con las consecuentes fuentes de trabajo y que se traducen en mejoras socioeconómicas para la población, y e) La defensa nacional, tanto del litoral como los límites marítimos y los espacios en ellos comprendidos, los que tienen un carácter estratégico y de seguridad nacional que el Estado tiene el deber de resguardar.

Todos estos elementos se conjugan en el bien común antes señalado y que, dada la importancia del borde costero, está en manos del Ministerio de Defensa.

Es entonces en este contexto que la resolución que en definitiva toma el Ministro de Defensa Nacional se hace esencial, y los elementos antes enunciados, como los objetivos propios de la Ley N° 20.249, deberán informar y fundamentar la resolución, pudiendo llevar en definitiva a la señalada autoridad, a denegar una solicitud de destinación ECMPO, o recomendar una modificación considerando que su otorgamiento llevaría un perjuicio al bien común (ya sea por razones de seguridad nacional, u otras como las antes señaladas), o bien considere que su otorgamiento llevaría al ejercicio abusivo del derecho pretendido (por ejemplo, extensiones sobredimensionadas para los objetivos de las ECMPO, o que se compruebe en las solicitudes una simulación del fin último de la solicitud, etc.).

Sin embargo, en caso de no existir elementos fundados que motiven a la autoridad a denegarla o recomendar una modificación, deberá preferir aquellas solicitudes ECMPO que contengan un informe de la CONADI que dé cuenta del uso consuetudinario, por sobre el resto de las solicitudes de concesiones marítimas o acuícolas que, retomando lo ya manifestado anteriormente, debieron continuar con su tramitación y tenerla a la vista al momento de otorgar la EMPCO (o denegarla). En efecto, como se señaló anteriormente, se suspende hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la Conadi o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra.

No debemos olvidar, finalmente, que el Borde Costero constituye una unidad geográfica y física de especial importancia para el desarrollo integral y armónico del país; un recurso estratégico frágil, escaso y finito, que permite múltiples usos, incluso compatibles, que requiere de una definición acerca del mejor

empleo del mismo, a fin de procurar un aprovechamiento integral y coherente de los recursos, riquezas y posibilidades que ellos contienen y generan, dentro del marco de la ley y la Constitución, teniendo siempre presente la razón de ser y el fin último del Estado: el servicio a la persona humana y promover el bien común.

# Libertad de expresión, bien jurídico protegido

**Hugo C. Álvarez Cárcamo**

Abogado

Magister en Derecho Corporativo

LL.M. Executive

Universidad del Desarrollo

Diplomado en Derecho Administrativo Económico

Pontificia Universidad Católica

**Resumen:** En este trabajo, se analiza de manera crítica la normativa referida a la libertad de expresión en Chile y la información, sus alcances, omisiones, restricciones y límites.

\*\*\*

## Introducción

Dentro del contexto del ejercicio de las libertades, característica propia de toda sociedad sana y democrática, entendiendo por libertad a la "*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*"<sup>1</sup>, permite que el hombre en uso de su derecho natural de autodeterminarse, pueda hacer lo que estime conveniente, teniendo como limitación las que impone el grupo social y la también natural autorrestricción voluntaria que nos hemos impuesto en pos de vivir en armonía social. Luego, debemos actuar dentro de los límites impuestos en el proceso histórico de evolución de la sociedad y que ha ido restringiendo la libertad personal en beneficio del todo social.

Así, como resultado de un proceso que debió haber durado una porción de tiempo importante en el desarrollo social, este "todo social" debió ir definiendo los valores que consideraba importantes para el grupo y comenzó a protegerlos con miras a resguardar la convivencia social. Esto lo hizo definiendo normas de comportamiento que debían ser cumplidas por todos quienes voluntariamente restringían parte de su propia libertad para la sana y pacífica relación social, acogiendo de esa manera a cada una de las personas integrantes de la organización social, evitando que el uso de la libertad excesiva pueda convertirse en

<sup>1</sup> Definición del diccionario de la Real Academia Española.

libertinaje y afecte o ponga en riesgo los derechos de los demás integrantes del grupo al que el individuo pertenece.

Cabe hacer presente que estos valores no han sido estáticos, sino, por el contrario, han sido esencialmente mutantes en el tiempo, y van cambiando en la medida que también se producen cambios en las diferentes esferas que afectan la convivencia de las personas. La evolución de la tecnología, la incorporación del saber, las posturas filosóficas de las religiones y hasta la moda van generando cambios que se manifiestan de una u otra manera en la valoración que este todo social le otorga a lo que considera importante.

Consecuente con lo anterior, la norma de orden jurídico comenzó a ser relevante, porque la sociedad se comenzó a dar cuenta que no bastaba con incorporar valores a cualquier tipo de norma social, porque de esa manera no se asegura su cumplimiento. Así, la incorporación de valores a cada una de las normas de corte jurídico cumple un doble rol, en primer término hace su cumplimiento obligatorio y ante su incumplimiento le asigna una sanción cuya aplicación es coactiva, vale decir, por la fuerza; fuerza que en este caso en particular es una fuerza jurídica, lo que significa que se encuentra bajo el amparo del derecho.

Pero la capacidad de autodeterminarse, definición planteada acerca de la libertad, y la potestad de actuar que tienen las personas, derecho o bien jurídico protegido por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados del mundo, deben tener como contrapartida la obligación de cada una de las personas que integran este todo social de responsabilizarse de sus actos.

Lo anterior, se produce como consecuencia de la acción volitiva y cognoscitiva del acto humano, donde antes de tomar una decisión debe existir la voluntad de hacerlo y luego debe haber un proceso racional que pueda evaluar conscientemente los beneficios y consecuencias que el acto humano podría traer como resultado, ergo, sólo después de haberse realizado este proceso interior, la persona toma una decisión de hacer, o de no hacer, en forma racionalmente consciente, pudiendo entonces, coligar al individuo la responsabilidad asociada al acto humano realizado.

Cuando el proceso falla, o este proceso racional es incompleto, ya sea por falta de acuciosidad, de diligencia o de conocimiento de los términos que se están tratando, lo más probable es que la decisión tenga como consecuencia un resultado distinto al esperado, no digo que sea malo, sino distinto al resultado previsto en el proceso racional.

Hoy estamos viviendo una de las mayores transformaciones sociales de la historia de la humanidad. Evolucionando de una sociedad pragmática, instintiva,

en uso de sus "sentidos", a la ya anunciada Sociedad del Saber<sup>2</sup>, que ha ido transformando a este ente social y todos sus procesos asociados, la economía, la ciencia, las relaciones sociales en general, las comunicaciones y también el derecho, a través del conocimiento.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos y las políticas públicas deben regular en concordancia con estos cambios y deben tender al uso de estas herramientas, o mejor dicho recurso del Saber, que nos permita conocer cómo obtener los mejores resultados sociales, económicos, educacionales, permitiendo además hacer un uso eficiente de los recursos ahora llamados tradicionales, como la mano de obra, la materia prima, el capital, y tantos otros, que sólo son aglutinados por el correcto saber, permitiendo así obtener los mejores rendimientos. Las comunicaciones, la prensa y los medios de comunicación social en general no están ajenos a esta transformación y su sensible actuar debe desarrollarse dentro de los parámetros que le permite la norma jurídica nacional, el buen criterio, el respeto a la vida privada, a la moral, al orden público y al orden social en general.

### **La libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico constitucional**

En esta sociedad del conocimiento o del saber, la información juega un rol fundamental, la que a través de diversos medios se difunde y masifica, permitiendo que este conocimiento llegue a la gran mayoría de las personas.

La información muchas veces se analiza desde una perspectiva periodística. Esto tiene lógica, porque son ellos los profesionales llamados a obtener los datos necesarios y procesarlos para transformarlos en información útil, permitiendo que la gran mayoría de nosotros tenga un acceso fácil y eficiente a esta información. Pero esto no se agota en este proceso, la información recopilada no es sólo un proceso investigativo periodístico<sup>3</sup>, sino que va mucho más allá, y la regulación y protección constitucional y legal debiera tender a ello, sin embargo, el tema es tratado en nuestra legislación desde un punto de vista más restrictivo que el que a mi juicio debiera obtener esta importante materia regulada.

La libertad de expresión no sólo está presente en los medios de comunicación, sino que muchas veces se utiliza este medio para llegar con este conocimiento a los integrantes del ente social interesado.

<sup>2</sup> Drucker Peter, *La Sociedad Post Capitalista*, Editorial Sudamericana, página 40.

<sup>3</sup> Existen otros procesos de recopilación y sistematización de información tan importantes como el referido, en procesos de investigación docente, por poner un ejemplo, que requieren de igual eficiencia que el anterior.

Es así como la ciencia, la protección del ambiente<sup>4</sup>, la tecnología, la historia, y por cierto el derecho, por nombrar algunas disciplinas, requieren de la protección de este derecho fundamental para poder desarrollar sus respectivas ciencias o especialidades.

En nuestro ordenamiento jurídico la libertad de expresión tiene protección constitucional y mirado desde un punto de vista sistémico, podemos encontrar muchas otras normas jurídicas de rango constitucional que protegen de una u otra forma el derecho de las personas a informar y a ser informados.

Así se consigna en el artículo 19 numeral 12° de nuestra Constitución Política de la República, la libertad de expresión, en lo principal, pero tangencialmente también en el artículo 4° de la Carta Fundamental, que establece que Chile es una república democrática, con todo lo que ello significa y conlleva. Recordemos que conceptualmente república, que deriva del latín *res publica*, refiriéndose a la cosa pública o lo público, en sentido amplio, es el sistema político elegido que se funda en el estado de derecho, vale decir que voluntariamente se rige bajo el imperio de la norma jurídica, y la democracia por su parte, se refiere a la participación ciudadana en la determinación de quienes serán las autoridades que tendrán la potestad derivada para conducir la república, luego, en este ámbito la libertad de expresión debiera estar asegurada.

Por otra parte, el propio artículo 19 numeral 4° consagra el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, como una de las principales limitaciones al ejercicio desmedido de la libertad de expresión y cuya afectación se presenta como una de las más graves vulneraciones al derecho de las personas y sus cercanos.

Mientras que el artículo 19 en su numeral 6° consagra también la libertad de conciencia y la manifestación, como forma de expresión y exteriorización de toda creencia y ejercicio libre de todos los cultos; que nuestra historia constitucional muy precozmente consignó, inicialmente a través de las leyes laicas, para posteriormente incorporar esa libertad de culto en la Constitución de 1925.

Asimismo, el artículo 19 numeral 14° consagra el derecho de presentar peticiones a la autoridad; lo que asegura a todas las personas el ejercicio de la libertad de opinar y de expresarse ante quienes han sido democráticamente elegidos para conducir los destinos del grupo social Estado.

<sup>4</sup> Es curioso que en la mayoría de la literatura disponible se hable del medio ambiente, toda vez que a mi juicio el medio y el ambiente, usados en ese sentido, no en forma omnicompreensiva, son de similar definición. Luego, bastaría con el uso de cualquiera de ellos para referirnos al medio o al ambiente, siendo redundante el uso de ambos.

De manera similar, el artículo 19 numeral 21° consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que para el caso será realizar actividades económicas relacionadas con la creación y operación de medios de comunicación social en todas sus manifestaciones, algunos de ellos tienen alusión expresa en nuestra Carta Fundamental, mientras que otros han sido el resultado de la evolución social y tecnológica de la sociedad.

Finalmente, el artículo 19 numeral 25° consagra la libertad de crear y difundir las artes y las creaciones intelectuales, como la manifestación más pura y creativa de la libertad de expresión.

Las anteriores son algunas muestras de la importancia que tiene para nuestra sociedad y para nuestro constituyente y legislador este relevante tema.

Así, la protección constitucional que le da el constituyente a este derecho es muy importante, tomando en consideración que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la Constitución Política de la República es la norma fundante y de mayor jerarquía, desde donde extraen su valor todas las demás normas jurídicas en sus distintas manifestaciones y jerarquía. Hay que considerar además, que la norma protectora está incorporada en el Capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, que representa un verdadero catálogo de derechos para las personas, siempre asociado también a las obligaciones que estos mismos derechos producen.

Finalmente, acotar que creemos que estos derechos entran en la categoría de derechos naturales, toda vez que no son otorgados por la Constitución, sino que son derechos que le pertenecen al hombre *per se* y que lo que hace el Estado como organización social a través de la Constitución es reconocer tales derechos definidos como fundamentales y protegerlos.

Pero la norma que analizaremos es la consagración constitucional de la libertad de expresión, que conlleva a la libertad de opinión e información. La Constitución en este sentido y haciendo honor a su característica de norma general y abstracta comienza diciendo en su artículo 19 que "*La Constitución asegura a todas las personas*", esto es relevante por el principio acogedor y no excluyente de nuestra normativa y que va además en concordancia con la norma del mismo artículo 19 numeral 2°, que consagra la igualdad ante la ley de todas las personas, sin exclusión alguna. De esta forma la norma alcanza no sólo a las personas naturales, sean estas chilenas o extranjeras, que estén en nuestro país, sino que también se hace extensivo a las personas jurídicas que participan en el ámbito nacional<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> En este sentido cabe hacer presente que este derecho obviamente alcanza a todas las organizaciones relacionadas con la información, me refiero a los medios de comunicación social que están constituidos por mandato legal en algún tipo de persona jurídica.

La norma constitucional del artículo 19 numeral 12º, comienza con la referencia a la "libertad", ya definida en este trabajo y que permite a todos gozar de la posibilidad de ejercer o no, según ellos mismos lo decidan, la posibilidad de emitir opinión y la de informar.

En este primer inciso de la norma existe una peculiaridad, que imaginamos atribuible solo a un error de redacción, o a considerar ambos conceptos de manera absolutamente diferenciada, porque la frase continúa diciendo, "... de emitir opinión y la de informar...", lo que a nuestro juicio es erróneo en su orden, toda vez que debiera decir la libertad de informar y emitir opinión. Esto no es menor, porque para tener opinión se debe primeramente haber pasado por el proceso intelectual de informarse, solo después de haber obtenido la información necesaria, proveniente de distintas fuentes y con distintos puntos de vista, se podrá recién estructurar una opinión válidamente aceptable<sup>6</sup>.

Asimismo, llama la atención una falta de referencia expresa al acto-derecho de informarse, que debiera ser la correlación del derecho de informar, ergo, el derecho que tiene la gran mayoría de las personas a ser informada, de manera responsable, veraz y sobre todo oportuna debiera ser una derecho de rango Constitucional, que vino solo a solucionar la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, conocida como la Ley de Prensa, que en el artículo 1º inciso final prescribe "...Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general...".

Luego creemos que la norma constitucional debiera haberse estructurado como "La constitución asegura a todas las personas... *"La libertad de informar, de informarse y de opinar..."*, para que hubiese quedado lo suficientemente integradora.

La norma continúa haciendo referencia a que este proceso debe ser llevado, "... *sin censura previa...*". Definir lo que se entiende por censura y analizar este tema en particular nos da suficiente material para escribir otro trabajo, luego sólo nos limitaremos a comentar que la censura se entiende como un proceso ilegítimo que busca romper el flujo de información e impedir que ésta llegue al grupo social interesado, de tanta gravedad y trascendencia que anula completamente la posibilidad de las personas de recibir y/o emitir opiniones o información o de valorar o ponderar de manera individual la información difundida.

Esta situación no solo afecta a los medios de comunicación que ven limitadas sus posibilidades de ejercer su trabajo, sino también al grupo social que ve limitada su posibilidad de recibir información de manera pluralista y coarta

<sup>6</sup> En la práctica, recibimos muchas más opiniones que información, durante nuestra jornada diaria, de esa falta de información concreta y dura provienen las opiniones débiles y livianas, que no siempre se fundan en sólidos antecedentes informativos.

la libertad de cada uno de los miembros de la sociedad de ser ellos quienes, ejerciendo el derecho básico de la libertad, puedan elegir dónde, cuándo, de qué manera y con quién informarse.

Continuando con esta reflexión y a pesar de existir muchas formas de censura, la más frecuente ha sido la censura política, con manifestaciones en muchos países del mundo, lo que tiene sentido, toda vez que para cualquiera de nosotros sería imposible censurar a un medio de comunicación social. Sin embargo, si nos ponemos a pensar cuál es la única organización social que tiene la fuerza para hacerse obedecer, seguramente concluiremos que es el propio Estado, ergo, el constituyente incluyó esta importante restricción para evitar abusos arbitrarios de su propia organización, probablemente como resultado de antecedentes históricos, por esa razón debía ser consagrada en la norma jurídica de mayor jerarquía, para protegerse.

Una de las características más relevantes de la censura es que esta se funda en un juicio de valor, vale decir, fundado en creencia, pero no en fundamentos necesariamente racionales o empíricos, que se emiten sobre el contenido de la información u opinión tratada, ergo es un proceso volitivo y no cognitivo necesariamente.

Otra característica de la censura es que *ex ante* (previa) se está limitando el derecho y la capacidad de cada una de las personas integrantes del todo social a tener la libertad intelectual necesaria para autodefinir su propia línea de pensamiento, para autogenerarse sus propios juicios, ideas, opiniones, sin la intervención de terceros.

Además, existe consenso en que esta acción es injusta, y no representa, sino transgrede abiertamente los valores que se han incorporado al ordenamiento jurídico nacional.

Y finalmente debe ser ejercida por un tercero extraño, si no fuese así, no estaríamos hablando de censura, sino de autorrestricciones voluntarias, que analizaremos más adelante.

Como se comentaba, a pesar que se puede manifestar de diversas formas, la censura más recurrente, especialmente en países que no tienen un estado de derecho serio y comprometido con los derechos de las personas, ha sido la censura política.

Por esa razón, el derecho a no tener censura previa proviene fundamentalmente del ánimo de evitar la censura a los medios de comunicación social por intenciones políticas, limitando el flujo pluralista de la información y la formación de debate, que el constituyente quiso evitar consagrando en forma expresa en la norma su prescripción.

Esto que en nuestro medio parece ya una ilusión, es más común de lo que uno se imagina, y basta con mirar a los diferentes medios de comunicación en algunos países de América del Sur, para darse cuenta cómo se ha ido transgrediendo el derecho de las personas a recibir información, por una censura política previa, como es el caso de Venezuela, Ecuador y Argentina.

Hay que tener en cuenta sí que a pesar de tener una consagración constitucional, esto no se da en plenitud. No porque exista una censura previa, como la hemos definido, sino que por otras razones que analizaremos, donde el medio en forma voluntaria se autorrestringe el uso y ejercicio de su propia libertad.

Cuando comenzamos a pensar en la censura, dijimos que una de sus características era que debía ser ejercida por un tercero extraño, luego, si esta proviene del mismo actor y además de manera voluntaria, no puede recibir esta calificación.

Así, los diversos medios de comunicación al preparar la información que emitirán asumen autorrestricciones o limitaciones al acceso o difusión de información, atribuibles a su línea editorial o en relación a la ética. También teniendo en consideración en su pensamiento religioso, su definición frente a la violencia, su propia postura frente a diversos aspectos, como las drogas, las discriminaciones de origen racial y de género. Además, con relación al interés público involucrado, considerando las buenas costumbres y las buenas prácticas, la moral, la seguridad nacional o cualquier otra que se haya previamente estructurado en dichos medios.

Esto en un sentido más general, no sólo se da en relación a los medios de comunicación social, sino que es extensivo a todo orden de cosas. Así, por ejemplo, los colegios y las universidades autodefinen su línea de enseñanza, que en oportunidades podrá ser de corte laico y en otras será de tipo confesional o religiosa, o las empresas privilegian los beneficios para sus trabajadores en pos de obtener un mayor rendimiento productivo, en contraposición con otras que centran sus esfuerzos en otras variables.

Luego, podemos concluir que estas restricciones no constituyen censura, porque están formuladas dentro de las atribuciones que nos otorga la libertad avalada por la propia legislación vigente.

Ergo, esto no choca en ningún caso con lo dispuesto en nuestro sistema jurídico, toda vez que existe como contrapeso la propia libertad para que cada uno pueda tomar sus propias decisiones. En este sentido, ninguna empresa propietaria de un medio de comunicación social puede ser obligada a difundir opiniones, fuese ello a título gratuito o aun a título oneroso, lo que de ser aceptado, estaría vulnerándose abiertamente la capacidad de autodeterminarse y el derecho de disposición que nos otorga la legislación nacional a través del derecho de propiedad, también protegido constitucionalmente.

En general creemos que la norma del numeral 12° del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República es un tanto mezquina, toda vez que su mirada y enfoque, apuntan de manera indefectible a los medios de comunicación en general, dejando de lado otras fuente de información que sin ser medios de los definidos en el artículo 2° de a Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, conocida como la Ley de Prensa, que incorpora una definición legal que explicita son medios de comunicación social "...*aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinadas al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado...*", porque carecen de periodicidad y estabilidad, pero que también tienen un rol importante en la difusión de información y opinión, citando como ejemplo a los profesores, los investigadores, las redes sociales, la participación ciudadana, entre otras.

Por otra parte, nuestra legislación consagra el principio del pluralismo y la diversidad, que debe entenderse como la aceptación o reconocimiento de diversas doctrinas, posiciones, visiones, líneas de pensamiento, intereses, organizaciones, estructuras sociales, diversidad en valores y aceptación de comportamientos disímiles, pero tolerantes entre sí, que en su conjunto permitan a todas las personas que integran el ente social el poder hacer uso y ejercicio responsable de su legítimo derecho a la libertad, para poder elegir la que más se identifique con sus creencias, principios e intereses personales, otorgándole una multiplicidad de opciones, protegidas por la legislación, lo que eleva la opción al nivel de un derecho subjetivo.

Además, el pluralismo nos permite conocer y decidir, nos permite respetar y convivir con quienes no piensan necesariamente como nosotros, desarrollando la tolerancia y la convivencia armónica y necesaria en toda organización social, luego puede ocurrir que en esta plataforma pluralista puedan convivir opiniones distintas o incluso contrarias, sin que por ello se les reste importancia o veracidad a éstas.

Es por esa razón que, en uso de nuestras libertades, nuestra Constitución Política de la República incorpora a la norma la posibilidad que toda persona natural o jurídica pueda o tenga el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, operar y mantener estaciones de televisión, lo que permite tener la pluralidad de opciones que enriquecen nuestro medio, siendo nosotros los llamados a elegir dónde informarnos y a través de qué medio hacerlo.

Nuestro sistema normativo recoge expresamente el principio del pluralismo y lo incorpora a la Ley N°19.733, ya referida, donde en su artículo 3° da una orientación legal en forma expresa del concepto, diciendo: "...*El pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país. Con este propósito se asegurará la libertad de fundar, editar,*

*establecer, operar y mantener medios de comunicación social...*", en concordancia con lo dispuesto en la norma constitucional, lo que permite asegurar las distintas visiones y plasma el criterio legal que se le debe dar a nuestro sistema.

También en nuestra norma constitucional hay una referencia expresa al pluralismo, que sin ser explícita y usar el término, prescribe que, "*...La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social...*", norma jurídica que de manera residual permite una amplia oferta de medios.

Continuando con la norma constitucional, cabe hacer presente que al momento de redactarla, el poder constituyente fue visionario, en el sentido que ocupó las expresiones "*...de cualquier forma y por cualquier medio...*", refiriéndose a la manera de poder emitir opinión y de informar, cuya amplitud permite que sea una norma especialmente flexible a los cambios, especialmente tecnológicos, a los que la ciencia nos tiene acostumbrados. Radios *on line*, periódicos y diarios digitales, *blogs*, *e-books*, *twitter*, medios multimedia y otros sumados a los medios tradicionales son vivos ejemplos de la manera cómo se puede conducir la información y la opinión hoy en día.

Pero como todo otorgamiento de derechos, estaría incompleto si no se mencionara el deber correlativo que este derecho genera y que la norma constitucional lo considera. Así, la norma prescribe "*...sin perjuicio de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades...*", que limita el ejercicio abusivo de los derechos analizados.

Luego, el sistema jurídico funciona a plenitud cuando en uso de nuestras propias libertades hemos sido capaces en el proceso social de autogenerar algunas restricciones tendientes a que dejen de mirar sólo el interés particular y adicione el interés público o social y el de terceros extraños, de tal manera de hacer armónico el derecho y la participación de todas las personas en este proceso acogedor.

De esta manera, el derecho se extiende a los alcances que le otorga la propia norma jurídica y se limita ante las restricciones impuesta por ella, de tal manera que no se extienda desmedidamente y vulnere el derecho de otros miembros de este todo social.

Curiosamente es la propia norma constitucional que analizamos la que en su inciso 3° le pone remedio a la extralimitación o la imprecisión en el uso de la libertad de opinión y la de informar, cuando ante un escenario que afecte injustamente a una persona, con información parcial o equivocada, este afectado tenga una herramienta para nivelar el daño injustamente recibido. Es así como la norma constitucional considera el conocido derecho a "réplica", que en justo rigor su denominación técnica es el derecho de aclaración y rectificación, y

que desarrolla la ley sobre libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo<sup>7</sup>, que en su título IV, "Del derecho de aclaración y de rectificación", regula convenientemente.

Concordante con lo anterior, la Ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad, en su artículo 11, prescribe una norma de similares características<sup>8</sup>, en función a la visión sistémica y concordante de nuestro sistema normativo.

Asimismo, en el mismo artículo 19 numeral 12° en su inciso segundo el constituyente plasmó una prohibición legal expresa para el legislador, toda vez que prescribe "...la Ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social...", lo que es un tanto redundante, toda vez que la legislación en su conjunto asegura la diversidad de medios y la libertad de información y de opinión.

Finalmente, cabe destacar que esta consagración a la libertad de expresión y a sus limitaciones no es nueva, ya en los inicios de nuestra vida independiente, la visión de don José Miguel Carrera, quien trajo la primera imprenta a Chile, incorporó una norma similar en el Reglamento Constitucional de 1812, que en su artículo XXIII decía "... la imprenta gozará de una libertad legal..." y luego incorporaba la restricción a los abusos en el ejercicio de esa libertad "...y para que esto no degenerare en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el gobierno y el Senado...", simplemente brillante.

## El derecho de acceso a la información

Así como ya nos hemos referido a la libertad de emitir opinión y la de informar, el derecho sería incompleto si no existiera la correlación de quiénes tienen el derecho de acceder a dicha información<sup>9</sup>.

Así como las personas prefieren vivir en comunidad y se incorporan al todo social porque tienen que satisfacer necesidades que difícilmente podrían hacerlo individualmente, existe una correlación en el sentido que esta persona que se incorpora a la sociedad en busca de satisfacer necesidades lo hace también con una doble finalidad, entregar a otros sus propias habilidades y talentos,

<sup>7</sup> Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

<sup>8</sup> Art. 11 de la Ley N° 16.643 prescribe, "Todo diario, revista, escrito periódico o radiodifusora o televisora, está obligada a insertar o difundir gratuitamente las aclaraciones o rectificaciones que les sean dirigidas por cualquier persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por alguna información pública, radiodifundida o televisada.

<sup>9</sup> Incorporada a la norma, en el artículo 1° inciso final de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que prescribe, "...Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general....".

sólo así se puede crear esta interrelación sinérgica entre los miembros de dicha comunidad, de lo contrario sería incompleta.

De la misma forma, como ya comentamos en éste trabajo, no sería eficiente nuestro sistema jurídico si sólo se limitara a entregar derechos y garantías, sin tener como correlato la imposición de obligaciones que cumplir en beneficio del grupo social al que pertenece.

En el caso en estudio, pasa algo similar, si bien por una parte nuestro sistema jurídico le otorga a toda persona el derecho de informar, lo que en la práctica se reserva, la mayoría de las veces, a los medios de comunicación social en cualquiera de sus manifestaciones, frente a este derecho existe otro de igual importancia, de carácter social, que ostenta el grupo y que ejercen el derecho de ser informados en forma veraz, con la mayor amplitud y exactitud posible y sobre todo oportunamente.

De lo anterior se desprende una obligación para los medios de comunicación en lo general y para los periodistas en lo particular, que consiste en el deber de buscar datos veraces, procesarlos y convertirlos en información útil, clara, completa<sup>10</sup> y oportuna<sup>11</sup>, porque así se lo exigirá el medio social, lo que se traducirá en pocas palabras en un trabajo ético-profesional eficiente, honesto y respetuoso de los límites a los que se deben ver enfrentados, especialmente que dicha información esté dentro del ámbito del interés público y en caso alguno interfiera el derecho que tienen todas las personas sobre su vida privada.

Luego, el derecho de acceso a la información, desde ambas perspectivas ya comentadas (medios – sociedad), consiste en la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole<sup>12</sup>.

En cuanto a la información pública, en nuestro país se han dado pasos importantes en este sentido, lo que ha contribuido a la transparencia de la gestión del Estado y el rol fiscalizador de todas las personas.

Así, inicialmente el acceso a la información se reguló a través de los artículos 11 bis y 11 ter, sobre probidad administrativa de la Ley N° 19.653, que incorpora

<sup>10</sup> El concepto de completo no es menor, toda vez que información sesgada limita y entorpece el proceso posterior de todos los receptores de la información, al generarse opiniones equivocadas por no haber contado con "toda" la información necesaria al respecto, aquí se incorporan aspectos de la ética periodística que no se pueden desatender.

<sup>11</sup> El tema de la oportunidad es también relevante en un mercado competitivo, la oportunidad no presenta mayores problemas en cuanto a la difusión, porque todos los medios compiten por entregar la información lo más rápidamente posible, para evitar que sus esfuerzos sea extemporáneos, sin embargo esto mirado desde una perspectiva sistémica, muchas veces por dar prioridad a la oportunidad, la información procesada y difundida es parcial, lesionando otra de sus características.

<sup>12</sup> Pacto de San José de Costa Rica.

estos artículos, modificando la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, donde se estipula que "...*Son públicos los actos administrativos del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial...*", con la sola excepción que la información solicitada afecte derechos de terceros; que se refiera a temas reservados o secretos por disposiciones legales o reglamentarias; que la información pueda afectar o entorpecer el cumplimiento de las funciones del órgano requerido; o que pueda afectar la seguridad nacional o el interés nacional.

Lo anterior fue complementado recientemente por la Ley N° 20.285, de acceso a la información pública, más conocida como la Ley de Transparencia, donde se define qué información se considera pública<sup>13</sup>, permitiendo el acceso a ella de todas las personas interesadas.

Asimismo, se incorporó un nuevo concepto referido a la *transparencia activa*, que consiste en la iniciativa de los órganos y organismos públicos de difundir información sin que nadie lo solicite, como una manera de transparentar voluntariamente la gestión.

De lo anterior, podemos concluir que nuestro sistema normativo ha incorporado herramientas que tienden en la dirección de transparentar la información, especialmente pública, y facilitar el acceso a las personas a dicha información.

## **El derecho a la información y la vida privada**

La vida privada, como ya se dijo, también tiene protección constitucional, en el artículo 19 numeral 4° se consagra el derecho a "...*el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia...*", que ha sido por definición el gran límite al acceso a la información, entendiéndose por ello lo que cada una de las personas considera y ha decidido dejar fuera del conocimiento público, luego esta es una decisión personal, vale decir, no necesariamente estará directamente influenciada por las circunstancias que rodean tal situación. Así, por ejemplo, si una persona está en un lugar público, en un restorán, rodeada de mucha gente, conversando con uno de sus hijos, a pesar del entorno y las circunstancias que rodean este hecho, la conversación es privada, luego cae dentro de la vida privada, vale decir, de lo que los actores han decidido dejar en esa esfera.

<sup>13</sup> Se considera información pública los actos y resoluciones del Estado y la información elaborada con presupuesto público, con la sola excepción de cinco condiciones, a saber: 1. Cuando la información afecte el debido cumplimiento de las funciones de un órgano del Estado; 2. Cuando afecte los derechos de las personas; 3. Cuando afecte la seguridad de la Nación; 4. Cuando afecte el interés nacional; 5. Cuando una ley de quórum calificado haya declarado la información como secreta o reservada.

Por otra parte, si en la misma situación esta persona comienza a pelear con el garzón a viva voz, ese es un acto público, donde todas las personas que rodean la situación tendrán acceso a dicha información, luego este acto queda fuera de los límites de la vida privada.

Ergo, si el acto es público o privado no va a depender de la cantidad de personas que conocen la información ni del entorno, sino de la intención de la o las partes de mantener la información en el ámbito público o privado.

Otro concepto incorporado a la norma es la honra propia y la de su familia. Cuando hablamos de honra o afectación a la honra nos estamos refiriendo al concepto que tiene el entorno social de nosotros, o sea, visión del ámbito externo a la persona, la fama o el buen nombre. Así, por ejemplo, una persona honesta, sincera y caballerosa puede ver afectada su honra si se le imputa injustamente una situación falsa que hará cambiar la percepción que tenía el entorno social de él. También se puede ver afectada la honra cuando determinadas personas por sus actuaciones y comportamientos vulneran ellos mismos el orden jurídico, la moral o las obligaciones éticas, lo que afectará su honra, pero por actos propios.

En cambio el honor, término relativamente parecido en su estructura, tiene que ver con el ámbito interno de cada persona, y se refiere al respeto y consecuencia que se tiene en forma personal a sus principios y valores, así una persona honorable será la que respete, por ejemplo, las normas de convivencia social y las normas de tipo valórico, si así se lo ha definido.

Luego, cuando una persona muere, el honor se acaba con la persona, sin embargo la honra perdura aun después de muerto, por lo tanto, su honra puede ser afectada también en ese tiempo.

Lo que sí se debe tener claro es que ante el conflicto que se presenta entre estos dos derechos incorporados al ordenamiento jurídico nacional, el derecho a la honra y a la vida privada se presenta como un límite al derecho a la información, teniendo siempre prioridad éste sobre aquél.

## **Conclusión**

Nuestro sistema jurídico nacional considera una conveniente regulación acerca de la libertad de expresión. Regulación que debe estar en permanente revisión, tomando en consideración los permanentes cambios y transformaciones, especialmente tecnológicos a los que se ven enfrentados los medios de comunicación social. Sin embargo, una de las fortalezas de nuestra normativa es haber sido capaz de incorporar a las normas jurídicas los principios rectores

de protección, que han servido de sustento y base para estructurar todo un sólido sistema legal asociado a estas materias.

Sin embargo, durante este trabajo hemos criticado algunos alcances de la norma que consideramos perfectibles y esperamos que tanto la doctrina como la judicatura a través de la jurisprudencia puedan reparar dicha falencia.



# Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito

**Emilio Oñate Vera**

Abogado

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Central de Chile

Magíster en Gerencia y Políticas Públicas

Universidad Adolfo Ibáñez

Profesor de Derecho Administrativo

Profesor de Derecho del Tránsito

Universidad Central de Chile

**Resumen:** Este trabajo analiza la normativa sobre la licencia de conducir profesional en Chile y propone, de acuerdo a la experiencia comparada, la implementación del sistema de licencias con puntajes como un mecanismo que mejore las condiciones laborales de los conductores de buses y camiones, la que tendrá una positiva incidencia en la disminución de la siniestralidad en el tránsito.

\*\*\*

## I. Introducción

Si bien en las últimas décadas han existido en Chile avances para mejorar las condiciones de seguridad vial en el tránsito y en el transporte, siendo tal vez uno de los más relevantes la reciente Ley N° 20.580, que regula los miligramos máximos de alcohol vinculados a la conducción, más conocida como la ley de "tolerancia cero", esta temática sigue siendo aún incipiente en el diseño y formulación de políticas públicas que la aborden y es difícil encontrar acciones o medidas insertas en definiciones estratégicas para desarrollar la seguridad vial, no obstante la creciente preocupación mundial derivada de las miles de personas que fallecen o resultan gravemente lesionadas a consecuencia de los accidentes de tránsito. Por consiguiente, legislar para la seguridad vial es un desafío que Chile sigue teniendo pendiente, y que constituye un aspecto trascendental para avanzar hacia una cultura de la prevención y el autocuidado.

Entre los usuarios de las vías que presentan mayores niveles de riesgo desde el punto de vista de la seguridad vial se encuentran los trabajadores del transporte,

más específicamente, conductores de buses interurbanos, de camiones y de transporte público urbano, que circulan por las calles y carreteras en nuestro país, realizando labores de conducción por largas horas, sin mediar el adecuado descanso e incumpliendo muchas veces la legislación sobre la materia.

Si bien desde el punto de vista estadístico el número de accidentes de tránsito, del total que se registran cada año en el país, en que están involucrados conductores profesionales, es menos significativo que los accidentes de tránsito que afectan a automovilistas y a conductores particulares en general –por múltiples factores, como el incremento del parque vehicular, el desarrollo económico del país y hasta la práctica de la conducción–, lo cierto es que cuando existe un siniestro de tránsito en que está involucrado un vehículo de mayor envergadura, como generalmente lo son los vehículos de carga y los de traslado de personas, la espectacularidad del accidente y por sobre todo las negativas consecuencias que se derivan en fallecidos y lesionados se incrementan exponencialmente. Si a eso se agrega que existen, según los análisis estadísticos, causas preponderantes en la ocurrencia de siniestros de tránsito que afectan al transporte de carga y de pasajeros que mayoritariamente están asociadas al comportamiento humano, es decir, al actuar del conductor –como pérdida del control del vehículo, no estar atento a las condiciones del tránsito, ingesta de alcohol o exceso de velocidad–, resulta indispensable regular y normar adecuadamente esas inconductas para prevenir la siniestralidad en el tránsito y sus fatales consecuencias. Por ello, considerando la experiencia comparada y tomando en cuenta la legislación vigente en Chile, el presente trabajo propondrá y analizará cómo el denominado sistema de licencias de conducir con puntajes podría contribuir a mejorar la seguridad vial de los conductores profesionales en particular y de los usuarios de las vías en general.

## **II. Cuestión previa: La legislación del tránsito, su naturaleza y contenido**

Como se sabe, la ley es una fuente formal del derecho, y más allá de sus concepciones doctrinarias se encuentra definida en el Código Civil chileno en el artículo 1°:

La ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite.

La ley es un tipo de norma jurídica, es decir, existe entre ambas una relación de género a especie, siendo el género la norma y la ley la especie o tipo particular.

La estructura de la norma del tránsito se sustenta en una hipótesis y un mandato que ordena el cumplimiento de una determinada conducta de acción o de

omisión, o que atribuye un derecho. Por ejemplo: ante el disco pare (hipótesis o supuesto de hecho) los vehículos deben detener su marcha o circulación (mandato).

Es común que en la legislación y reglamentación del tránsito la norma tenga como contenido un mandato que prohíba un determinado comportamiento de los usuarios de las vías, lo que tiene su origen y sentido en el alto riesgo que implica el incumplimiento de lo preceptuado, para que no quede duda alguna de su sentido y alcance, ya que lo que se busca es que la circulación peatón-vehículo se produzca de manera armónica.

Siguiendo al profesor Carlos Tabasso (1995), en su obra *Fundamentos del Tránsito*, el contenido de la norma del tránsito consiste en "predeterminar abstractamente las conductas viales que obligatoriamente deben cumplir los protagonistas del tránsito peatonal-vehicular y efectuar la distribución del espacio vial en función de principios técnicos" (p. 570).

Por consiguiente en la norma de tránsito distinguiremos dos dimensiones: una de naturaleza preventiva, que fundamentalmente persigue evitar que los siniestros de tránsito se produzcan, estableciendo patrones de comportamiento en los usuarios de las vías, sean estos peatones, conductores o ciclistas; la segunda dimensión, de carácter reactivo, tiene por finalidad sancionar el incumplimiento de las conductas prescritas, lo que generalmente ocurrirá en la esfera infraccional, mediante la aplicación de multas y sanciones administrativas, como la suspensión o cancelación de la licencia de conducir.

Ahora bien, la regulación del tránsito en Chile se encuentra dispersa en diversas disposiciones de naturaleza legislativa y reglamentaria, siendo la más importante la Ley de Tránsito N° 18.290, del año 1984, cuya última gran modificación fue el año 2005, mediante la Ley 20.068, que incorporó diversas regulaciones relacionadas con la seguridad vial, como el traslado de niños menores en automóviles, el uso obligatorio de los cinturones de seguridad en los asientos traseros de los vehículos o el aumento en los períodos de suspensión de la licencia de conducir por la comisión de infracciones. Por cierto, también es destacable la reciente modificación que regula la ingesta de alcohol a la que se hizo mención en líneas anteriores.

El ámbito de aplicación de esta ley, tal como lo indica su artículo 1º, considera a:

todas las personas que como peatones, pasajeros o conductores de cualquiera clase de vehículos, usen o transiten por los caminos, calles y demás vías públicas, rurales o urbanas, caminos vecinales o particulares destinados al uso público, de todo el territorio de la república.

Finalmente, interesante resulta enunciar lo que es una cuestión fundamental en la seguridad vial desde la perspectiva jurídica, cual es el contenido que como derecho social tiene, propio de un Estado de Derecho contemporáneo intrínsecamente vinculado a la libertad de circulación o desplazamiento, que incluso encuentra también su referencia en el derecho a la vida y a los que se han denominado derechos de segunda generación, concretamente al derecho a la salud. En efecto, si consideramos que el Estado debe asegurar la integridad física y psíquica de la persona humana y debe reconocer y garantizar la salud de las personas, encontramos allí una vinculación directa con el derecho que las personas tienen también de circular y desplazarse por el espacio territorial con las condiciones suficientes de seguridad para su traslado personal o en vehículos motorizados.

### **III. El sistema de licenciamiento de los conductores profesionales**

El artículo 2º de la Ley de Tránsito 18.290 señala que las palabras allí indicadas tendrán el significado que dicha disposición preceptúa. En el caso de la licencia de conductor, ésta es definida como:

Documento que la autoridad competente otorga a una persona para conducir un vehículo.

Lo anterior significa, a contrario sensu, que si una persona no cuenta con este documento, no podrá conducir un vehículo. Por consiguiente, éste es un documento habilitante, indispensable y no reemplazable para circular por la vía pública en un vehículo motorizado, no motorizado o a tracción animal.

En Chile, al igual como ocurre en la mayoría de los países, se distinguen distintos tipos de licencia de conducir, de acuerdo al tipo de vehículo de que se trata o al servicio que ese vehículo presta. Así, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Tránsito N° 18.290, distinguiremos entre licencias de conducir de vehículos livianos o particulares, licencia de conducir de motocicletas, licencia para conducir vehículos especiales –como es el caso de las ambulancias, carros de bomberos, tractores, etc.– y, en lo que interesa en el presente trabajo, licencias para conducir camiones y buses interurbanos que desarrollan un servicio público o colectivo. Cabe señalar que la mencionada ley en su artículo 12 categoriza las licencias de conductor en profesionales, Clase A; no profesionales, Clases B y C; y especiales, Clases D, E y F.

A continuación se detallan los tipos de Licencias Profesionales o Clase A, que son las que habilitan para conducir vehículos de transporte de pasajeros, vehículos de carga, ambulancias y carro bombas:

1. Para el transporte de personas:
  - a) Clase A-1 para conducir taxis.
  - b) Clase A-2 para conducir indistintamente taxis, ambulancias o vehículos motorizados de transporte público y privado de personas con capacidad de diez a diecisiete asientos, excluido el conductor.
  - c) Clase A-3 para conducir indistintamente taxis, vehículos de transporte remunerado de escolares, ambulancias o vehículos motorizados de transporte público y privado de personas sin limitación de capacidad de asientos.
2. Para el transporte de carga:
  - a) Clase A-4 para conducir vehículos simples destinados al transporte de carga cuyo peso bruto vehicular sea superior a 3.500 kilogramos.
  - b) Clase A-5 para conducir todo tipo de vehículos motorizados, simples o articulados, destinados al transporte de carga cuyo peso bruto vehicular sea superior a 3.500 kilogramos.

Por tanto, para conducir buses interurbanos se requerirá la licencia A-3, y para conducir un camión se requiere de las licencias A-4 o A-5. Los requisitos específicos para la obtención de una licencia profesional son:

1. Tener como mínimo 20 años de edad.
2. Acreditar haber estado en posesión de la licencia clase B durante dos años.
3. Aprobar los cursos teóricos y prácticos que impartan las escuelas de conductores profesionales debidamente reconocidas por el Estado, y
4. Acreditar, en caso de la Clase A-3, haber estado en posesión, durante a lo menos dos años, de la Licencia Clase A-2 o Clase A-1. Tratándose de la Clase A-5, los postulantes deberán acreditar haber estado en posesión, durante a lo menos dos años, de la Licencia Clase A-4.

Además, los requisitos para obtener las licencias profesionales se acreditarán de la siguiente manera:

1. La idoneidad moral será calificada por el Director del Departamento de Tránsito y Transporte Público Municipal en que se solicita la licencia, considerando el Informe de Antecedentes expedido por el Gabinete Central

del Servicio de Registro Civil e Identificación y el Informe del Registro Nacional de Conductores, cuya fecha de emisión no sea anterior a 30 días, que contengan todas las anotaciones que se registren, y en los que consten que el solicitante no está afecto a pena de suspensión o de inhabilidad para conducir vehículos, ni que se le ha denegado con anterioridad al postulante la licencia que hubiere solicitado.

2. La idoneidad física y psíquica, los conocimientos teóricos y prácticos sobre las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, se acreditarán de la siguiente forma:
  - a) La idoneidad física y psíquica, por medio de un certificado expedido por el médico del Departamento de Tránsito y Transporte Público Municipal respectivo.
  - b) Los conocimientos teóricos y prácticos, por medio del certificado expedido por una Escuela de Conductores Profesionales reconocida oficialmente, sin perjuicio del deber por parte del Director de Tránsito de la Municipalidad respectiva de adoptar las medidas que estime necesarias, a fin de comprobar la efectividad de dichos conocimientos y las destrezas y habilidades requeridas para conducir el vehículo de que se trate.

La licencia de conductor será de duración indefinida y mantendrá su vigencia mientras su titular reúna los requisitos o exigencias que señale la ley. El titular de una licencia profesional deberá acreditar, cada 4 años, que cumple con los requisitos exigidos en los números 1 y 4 del inciso primero del artículo 13, esto es:

1. Acreditar idoneidad moral, física y psíquica; y
2. Acreditar, mediante declaración jurada, que no es consumidor de drogas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas prohibidas que alteren o modifiquen la plenitud de sus capacidades físicas o síquicas.

Cabe señalar que, como requisito legal, para obtener una licencia de conducir profesional se requiere realizar y aprobar obligatoriamente un curso en una escuela de conductores profesionales donde se certifican los conocimientos teóricos y prácticos de los conductores.

Ahora bien, para conducir un bus interurbano o un camión también se necesita una licencia de conducir profesional, y para obtenerla no se requieren pruebas prácticas de circulación en la vía pública ni tampoco exámenes previos en circuito cerrado, es decir, solamente se obtiene con una prueba teórica y una prueba especial. La licencia de conducir propiamente tal es otorgada por la municipalidad a la que se dirige el interesado para obtenerla.

Esta descripción general del sistema de otorgamiento de la licencia de conducir muestra como primera falencia que la municipalidad, que es la entidad que otorga la licencia de conducir, recibe un ingreso por ello, constituyéndose en un mecanismo de recaudación para la institución edilicia.

Por lo expuesto, resulta evidente la necesidad de reformular el sistema de otorgamiento de licencias de conducir y principalmente en lo que interesa a este trabajo de las licencias de conducir buses interurbanos y camiones, aumentando las barreras de entrada para su obtención, de manera tal de certificar con mayor precisión no sólo los conocimientos teóricos, sino que muy especialmente las competencias, habilidades y comportamiento psicofísico de quienes conducirán un bus interurbano y un camión, ya que como hemos señalado, las principales causas de accidentes de tránsito en los que se ven involucrados los conductores de dichos vehículos están vinculadas al elemento humano como factor contribuyente de los mismos. Éstas pueden aminorarse y controlarse más adecuadamente si los conductores reciben una formación adecuada para operar esos vehículos y, además, si esa formación se encuentra debidamente certificada, tanto por exámenes teóricos y prácticos, a través de circuitos cerrados y en la vía pública, así como por una examinación psicofísica exhaustiva.

Por consiguiente, se propone aumentar los requisitos para obtener la licencia de conducir camiones y buses interurbanos a través de las siguientes acciones y medidas, que deberán insertarse en la respectiva legislación:

1. Reformular la institucionalidad de las escuelas de conductores profesionales por entidades con altos estándares de calidad y afectas a un fuerte control de parte de la autoridad que las regula, principalmente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.
2. Establecer la obligatoriedad del examen práctico para obtener la licencia de conducir profesional de buses interurbanos y de camiones, ya que en la actualidad este examen queda al arbitrio de la dirección de tránsito de la respectiva municipalidad.
3. Establecer la obligatoriedad de pruebas en circuito cerrado, que se practiquen incluso antes de las que se desarrollen en la vía pública para el otorgamiento de licencias de conductores profesionales.
4. Externalizar la examinación de las municipalidades estableciendo agencias examinadoras externas tanto para las pruebas teóricas, prácticas, en circuito cerrado y de aptitud psicofísica, que permitan uniformar criterios para el otorgamiento de las licencias de conducir profesionales a lo largo de todo el país.

5. Estandarizar la tecnología y el equipamiento que se requiere para los exámenes que miden la aptitud psicofísica de los conductores, uniformando el equipamiento de gabinetes psicotécnicos a lo largo del país.
6. Externalizar también la examinación médica y uniformar los criterios de la misma para medir adecuadamente la capacidad visual, auditiva, el sistema locomotor, cardiovascular, respiratorio y diagnosticar adecuadamente eventuales trastornos mentales y de conductas como también las enfermedades inhabilitantes y la aptitud perceptiva motora de los futuros conductores de buses interurbanos y de camiones.

#### **IV. El sistema de licencias de conducir con puntajes**

##### **1. El contexto internacional**

El 1 de julio del año 2006 entró en vigencia en España el sistema de permisos o licencias de conducir por puntajes, poniendo en marcha con ello una las medidas más importantes en ese país tendientes a reducir las cifras de mortalidad del tránsito para avanzar en el objetivo europeo de reducir al 50% el número de víctimas fatales en siniestros de tránsito entre los años 2001 y 2010. Actualmente en el marco de la década para la acción en seguridad vial, formulada por la Organización de Naciones Unidas, se espera hacia el año 2020, reducir también en un 50% las fatalidades derivadas de los siniestros de tránsito, por lo que el compromiso para la seguridad vial retoma fuerza y vigor para la presente década.

Según la Dirección General de Tráfico (2009) de España (DGT), el permiso por puntos "es un crédito de confianza que la sociedad otorga a cada conductor y que se puede perder si no se respetan las reglas de convivencia".

España además consideró el entorno europeo en el cual diversos países, y con varios años de antelación, habían adoptado el sistema de licencias de conducir con puntajes, como lo muestra el siguiente cuadro:

<b>País</b>	<b>Año de adopción del sistema</b>	<b>Número de puntos asignados</b>
Alemania	1999	18
Francia	1992	12
Italia	2003	20
Luxemburgo	2002	12
Reino Unido	1982	12

Este sistema, recomendado por los principales organismos internacionales en el campo de la seguridad vial,<sup>1</sup> ha tenido una notable expansión en los últimos años y es considerado como una estrategia eficaz para lograr una reducción significativa de las infracciones, los accidentes de tránsito y sus consecuencias. A continuación se expondrá una síntesis de las principales investigaciones que han tratado de evaluar la eficacia de la licencia de conducir por puntos o permiso por puntos a nivel internacional.<sup>2</sup>

## 2. Conceptualización

La licencia de conducir con puntajes es un sistema que condiciona la vigencia de la licencia de conducir a la conservación o mantenimiento de un determinado número de puntos otorgados a cada conductor. Si el conductor comete alguna de las infracciones contempladas dentro del sistema se descontarán o se le sumarán, dependiendo de las distintas variantes, una determinada cantidad de puntos de su licencia de conducir, pudiendo llegar a perder dicha licencia si continúa con su comportamiento infractor.

## 3. Objetivo

El objetivo del sistema de licencias de conducir con puntajes es castigar al conductor reincidente en la comisión de infracciones de tránsito. La pérdida de vigencia de la licencia no se produce hasta que el conductor ha acumulado varias infracciones en un determinado intervalo de tiempo. Por ello la licencia de conducir con puntaje no reemplaza el sistema sancionador tradicional, es decir, multas, suspensiones o cancelación de la licencia de conducir, sino que es un complemento que agrega una sanción específica para los conductores reincidentes.

Es decir, en términos generales, lo que el sistema de licencias de conducir con puntajes persigue es reducir el número de infracciones de tránsito que se cometen en las vías públicas y con ello mejorar las condiciones de seguridad vial. Para alcanzar esta finalidad, y de acuerdo a estudios internacionales, el sistema de licencias de conducir con puntaje incorpora cuatro importantes efectos en los conductores, un efecto selectivo, un efecto disuasorio, un efecto de incentivo y un efecto educativo (Basili & Nicita, 2006).

<sup>1</sup> Global Road Safety Partnership 2008. Speed management, a road safety manual for decision-makers and practitioners.

<sup>2</sup> Investigación desarrollada por el catedrático de Prevención de Riesgos viales de la Mutual Madrileña y la Universidad de Valencia, España F. Tortosa y por el Becario de Investigación del Instituto de Tráfico y Seguridad Vial, Universidad de Valencia, España, J. Roca.

#### **4. Efectos del sistema de licencias de conducir con puntajes**

##### *a) El efecto selectivo*

Con el sistema de licencias de conducción con puntajes se pretende apartar o sacar de circulación a los infractores en el tránsito que sean reincidentes, estos conductores si bien no son numerosos, por su comportamiento al volante son considerados de alto riesgo. En España al cabo de dos años de funcionamiento del sistema de licencias de conducir con puntajes, apenas un 3% de los conductores había agotado el total de puntos asignados por la comisión de infracciones graves o muy graves.<sup>3</sup> Algunos estudios han demostrado que la acumulación de puntos ayuda a predecir qué conductores se verán involucrados en un futuro accidente. Además, se ha establecido que aunque estos conductores sigan utilizando su vehículo sin la debida autorización, su cumplimiento de la normativa suele ser mucho mayor para no ser detectados por la policía (Zaal, 1994).

##### *b) El efecto disuasorio*

El efecto disuasorio del sistema de licencias de conducción con puntajes podría residir en su capacidad para relacionar la reincidencia con la comisión de infracciones con una sanción más severa, como es la pérdida de vigencia de la licencia de conducción y con las consecuencias que de ello se derivan (Montoro, Roca & Tortosa, 2008). Se considera que la disuasión es uno de los principales efectos del sistema de puntajes sobre los conductores. A este respecto, Haque (1990) comparó los intervalos de tiempo entre la primera y la segunda infracción, y entre la segunda y la tercera infracción de tránsito, en grupos de conductores igualados por tiempo de experiencia al volante. Este autor encontró que este segundo intervalo era generalmente mayor que el primero, lo que podría interpretarse como evidencia a favor del efecto de disuasión del comportamiento del infractor en el sistema de licencias de conducir con puntajes.

##### *c) El efecto de incentivo*

Algunos conductores pueden sentirse motivados por conservar íntegra su cantidad o crédito de puntos, especialmente si el sistema se acompaña de incentivos explícitos por parte de la autoridad u otros agentes implicados. Por ejemplo, bonificaciones por parte de las empresas de seguros, o simplemente por dar una imagen socialmente positiva de sí mismos.

El sistema de licencias de conducción con puntajes que se ha planteado en Chile también produciría un efecto de incentivo, por cuanto premiaría a aque-

<sup>3</sup> Nota de prensa de la Dirección General de Tráfico de España de 1 julio 2007.

llos conductores que por un lapso determinado de tiempo no han cometido infracciones en el tránsito, y que operaría a través de la asignación de nuevos puntos, premiando así el comportamiento acorde con la normativa vigente.

#### *d) El efecto educativo*

El sistema de licencias de conducción con puntajes tiene también un claro efecto educativo sobre los conductores, principalmente por dos razones. Primero, el catálogo de infracciones y los puntos descontados o asignados por cada una de ellas indican a los usuarios de vehículos motorizados cuáles son los comportamientos más peligrosos en el tránsito. Además, la mayoría de los sistemas de licencias de conducción con puntajes permiten a los conductores recuperar algunos puntos y/o el permiso de conducir, siempre que acudan a cursos de rehabilitación sobre la normativa de tránsito y de seguridad vial.

### **5. Indicadores del sistema de licencias de conducir con puntajes**

Como ya sabemos, la principal finalidad del sistema de licencias de conducir con puntajes es reducir el número de infracciones de tránsito que se cometen en las vías, calles, caminos o carreteras y con ello mejorar significativamente los niveles de seguridad vial existentes. En consecuencia, el sistema de licencia de conducir con puntajes, donde está vigente, se puede evaluar desde diversas perspectivas:

1. Respecto del comportamiento de los conductores en el tránsito, por ejemplo, si se utiliza en mayor medida el cinturón de seguridad.
2. Respecto a si el sistema de licencias de conducir con puntajes ha modificado el comportamiento infractor de los conductores, y, por tanto, si ha incidido en los efectos negativos derivados de la siniestralidad de tránsito, esto es el número de fallecidos y de accidentes registrados.
3. Respecto a los efectos sobre los sistemas de salud relacionados, por ejemplo, al número y la gravedad de los ingresos hospitalarios por siniestros de tránsito a los servicios de salud de urgencia.

A continuación y tomando diversos estudios internacionales analizaremos la evolución de estos tres grupos de indicadores.

#### *a) Indicadores sobre el comportamiento de los conductores*

En la literatura científica sobre el sistema de licencias de conducir con puntajes pueden encontrarse distintos estudios dirigidos a averiguar si este sistema consigue modificar el comportamiento, la actitud, las creencias, los valores o las opiniones de los conductores respecto a determinados comportamientos infraccionales.

Un estudio realizado por Zambon y otros (2008) ha evaluado los efectos a corto y largo plazo del sistema de licencias de conducir con puntajes sobre el uso del cinturón de seguridad. Los autores aplican una metodología observacional sobre un total de 29.303 conductores en distintos momentos temporales; tres meses antes, tres meses después y quince meses después de la introducción del sistema en la región del Véneto en Italia (julio del año 2003). Según este estudio, los niveles de uso del cinturón de seguridad evolucionaron positivamente, pasando del 54% a un 83% a los tres meses de funcionamiento del sistema de licencias de conducir con puntajes. Estos porcentajes de uso del cinturón de seguridad se vieron incluso ligeramente incrementados a los 15 meses, por lo que la evidencia que aporta este estudio apoya la hipótesis de que los efectos del sistema de licencias de conducir con puntajes son sostenidos en el tiempo.

Por otro lado, un estudio español, denominado estudio ARAG del año 2007, analizó la percepción que tenían los propios conductores de la influencia del sistema de licencias de conducir con puntajes sobre su comportamiento tras el volante. La investigación se realizó a partir de una encuesta telefónica sobre una muestra de 2.014 conductores a los ocho meses de la entrada en vigencia del sistema de licencias de conducir con puntajes. Los resultados del estudio mostraron un cambio moderado, aunque relevante, en el comportamiento al volante. Como consecuencia de la entrada en vigencia del sistema, cerca del 40% de los entrevistados reconoció haber modificado su comportamiento al volante de una forma intensa y también observaron este cambio en los demás.<sup>4</sup>

Los comportamientos infractores que, según se informa, se redujeron en mayor medida fueron los excesos de velocidad, tanto en carretera como en la ciudad, seguidos del uso inadecuado del teléfono celular mientras se conduce. Por otro lado, aproximadamente un 40% de los conductores afirmó estar más sensibilizado hacia la problemática de los accidentes de tránsito.

Montoro, Roca y Tortosa (2008), además de investigar el impacto sobre el comportamiento de los conductores, se propuso averiguar qué valoración hacían los usuarios del sistema de licencias de conducir con puntajes. Según los autores los resultados permiten afirmar que, a los ocho meses de la entrada en vigor del sistema, se habían producido respecto de los conductores españoles los siguientes efectos:

- a) Valoraba el modelo español de permiso por puntos de forma positiva o muy positiva.

<sup>4</sup> Montoro, L., Roca, J., & Tortosa, F. (en prensa). *Influencia del permiso de conducción por puntos en el comportamiento al volante: Percepción de los conductores*. *Psicothema*.

- b) Esperaba que el sistema resultara beneficioso.
- c) Creía que el permiso por puntos sería eficaz a la hora de conseguir sus principales objetivos, logrando una mejora de la seguridad vial a través de las modificaciones del comportamiento y la sensibilización de los conductores.
- d) Apoyaba, aunque con algunos matices, el catálogo de infracciones contemplado y la penalización de puntos establecida.
- e) Percibía que la finalidad primordial del sistema era sensibilizar y mejorar la seguridad vial, por encima de la visión meramente sancionadora y recaudadora.
- f) Además, comparando estos resultados con datos anteriores a la puesta en marcha del sistema de licencias de conducir con puntajes, se observó en este estudio un incremento en la aceptación general de la medida, una valoración más positiva del impacto personal esperado de las mayores expectativas de éxito, disminuyendo el número de conductores escépticos a este sistema.

### ***b) Indicadores de tránsito y seguridad vial***

El académico noruego R. Elvik, junto a otros profesores (1997), realizó una revisión de 12 estudios que analizaban los efectos en los indicadores de seguridad vial, de los países en que se había implementado el sistema de licencias de conducir con puntajes, estimando que la introducción del sistema produciría una reducción del 12% de los accidentes de tránsito y un 17% de los lesionados derivados de ellos. Los estudios analizados incluían nueve estudios estadounidenses, un estudio alemán, uno australiano, y uno japonés.

La evidencia obtenida en otros países es similar, aunque el efecto sobre los siniestros de tránsito varía en función del intervalo temporal en que se realiza el análisis, o en las características particulares del sistema de licencias de conducir por puntos y la puesta en marcha de otras medidas de apoyo por parte de la autoridad respectiva, como por ejemplo, el incremento de la rigurosidad de determinadas sanciones vinculadas al tránsito. Así, una evaluación desarrollada en Italia por el Instituto Nacional de Estadísticas (2005), basado en informes policiales de siniestros de tránsito, mostró una reducción del 9,3% en el número de siniestros, del 19,5% en el número de muertos y 11,5% en el número de los lesionados, durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del sistema, en comparación con el mismo período del año anterior.

En este mismo orden de ideas, en Brasil la implementación del sistema de licencias de conducir con puntajes, junto con un incremento importante del monto de las sanciones económicas derivadas de los siniestros de tránsito, produjo

una reducción global del 21,3% en el número de accidentes y un 24,7% en el de los muertos derivados de dichos siniestros.<sup>5</sup>

Finalmente, en España, según datos de la DGT, el primer año de vigencia del sistema de licencias de conducir con puntajes o permiso por puntos se cerró con una reducción del 14,3% en el número de víctimas mortales, mientras que en el periodo equivalente anterior la reducción había sido de apenas 4,9%. Como es lógico, el permiso por puntos no fue el único factor que influyó en este cambio de tendencia en la siniestralidad, pero no resulta aventurado afirmar que fue el más importante. A partir de julio del año 2006 la mortalidad mensual en las carreteras de España experimentó una reducción sistemática y manifiesta que ningún otro evento ocurrido entre junio y julio de ese año pudiera justificarlo.

Además, según datos de la DGT, a los dos años de la puesta en marcha del permiso por puntos, el número de fallecidos en las carreteras españolas había descendido en 1.424 personas, lo que representa un 22% menos de víctimas. Ello podría indicar que el permiso por puntos, junto con el resto de las medidas complementarias que se pusieron en marcha durante ese período, como, por ejemplo, la implementación de sistemas de foto radares o la reforma del Código Penal en materia de seguridad vial, podría haber tenido un impacto sobre la siniestralidad vial en España.

### **c) Indicadores de salud**

Otro aspecto considerado para evaluar los efectos de la implementación del sistema de licencias de conducir con puntajes, es el relacionado con los servicios de salud y su utilización como consecuencia de siniestros de tránsito, por ejemplo, los ingresos hospitalarios a los servicios de urgencia de salud como consecuencia de un siniestro de tránsito. En Italia se utilizó esta metodología para evaluar la incidencia del sistema de licencias con puntajes después de la implementación del sistema en el año 2003, en el que el número de visitas a los servicios hospitalarios por los accidentes de tránsito fue un 12% menor que durante el año anterior, además el número de hospitalizaciones fue un 16% inferior y también se observó una reducción del 4% en el número de fallecimientos por este motivo (Zambon *et al.*, 2008).

Existen también estudios irlandeses que han encontrado posibles efectos del sistema de licencias de conducir con puntajes sobre algunos indicadores de salud. Por ejemplo, el estudio desarrollado por Lenehan y otros autores (2005), que muestra una reducción del 37% en el número de admisiones por acci-

<sup>5</sup> Poli de Figueiredo, L. F., Rasslan, S., Bruscajin, V., Cruz, R., Jr., & Rocha e Silva, M. (2001). *Increases in fines and driver licence withdrawal have effectively reduced immediate deaths from trauma on Brazilian roads: First-year report on the new traffic code*. *Injury*, 32, 91-94.

dentes en el tránsito a los servicios de urgencia tras la entrada en vigencia del sistema en el año 2002.

También un estudio en Brasil encontró una reducción del 33,2% en las admisiones en urgencia por accidentes de tránsito tras una importante reforma legislativa que incluía principalmente la puesta en marcha del sistema de licencias de conducir por puntaje, además de un incremento significativo en el importe de las sanciones económicas asociadas a determinadas infracciones de tránsito<sup>6</sup>.

## 6. Recomendaciones

Tomando en consideración la experiencia internacional, especialmente la implementación del sistema de licencias de conducir o carné por puntos desarrollado en España, podemos compilar las principales recomendaciones para su implantación en Chile:

- a) Es indispensable la reformulación previa del sistema de licencias de conducción, es decir, para poder implantar el régimen de puntos, previamente se debe contar con un sistema de otorgamiento de licencias de conducción eficiente, certero y veraz.
- b) Desde que se aprueba la ley que autoriza el sistema de licencias de conducción con puntaje, hasta su entrada en vigencia, es indispensable tener un tiempo adecuado para generar todos los mecanismos institucionales necesarios para la operación del sistema, como, por ejemplo, el soporte informático del mismo. España se tomó el plazo de un año, sin embargo, otros países se han tomado tres años desde su aprobación hasta su implementación, ya que han tenido que crear la logística necesaria para la aplicación del sistema de licencias de conducir con puntajes.
- c) Es indispensable informar al ciudadano, especialmente a los conductores, de cómo operará el sistema de licencias de conducción con puntajes, cuál será la profundidad de los mecanismos e implicancias que tendrá su puesta en marcha.
- d) La estrategia informativa generará inmediato interés sobre el sistema de licencias de conducir con puntajes y deberá dar la sensación de un acontecimiento extraordinario, que por ese solo hecho producirá un efecto favorable en la disminución de los siniestros de tránsito.

<sup>6</sup> Poli de Figueiredo, L. F., Rasslan, S., Bruscajin, V., Cruz, R., Jr., & Rocha e Silva, M. (2001). *Increases in fines and driver licence withdrawal have effectively reduced immediate deaths from trauma on Brazilian roads: First-year report on the new traffic code*. *Injury*, 32, 91-94.

- e) También será importante que los ciudadanos puedan consultar en cualquier momento, y a través del respectivo sistema computacional, el número de puntos que tienen y cuáles son las infracciones por las cuales han ido perdiendo sus puntos asignados.
- f) En su implementación el sistema debe considerar la reeducación de los conductores de riesgo, a través de los respectivos cursos cuyos programas deben ser certificados y aprobados por la autoridad.
- g) Las campañas informativas y de sensibilización deben ser de aplicación continua y permanente, ya sea por medios escritos, radio o televisión, e incluso a través de las redes sociales.

## 7. Las licencias de conducir con puntajes en Chile

En su cuenta anual a la nación del 21 mayo del año 2009, la Presidenta de la República Michelle Bachelet anunció que ingresaría al Parlamento la iniciativa de establecer el sistema de licencias de conducir con puntajes. En ese marco, el Gobierno de Chile a través de la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito, se abocó a la elaboración de un proyecto de ley que instaurara el sistema de licencias de conducir con puntajes, considerando fundamentalmente la experiencia europea en la materia y más específicamente la legislación española, estableciendo, eso sí, diferencias no sólo en la cantidad de puntos asignados a cada conductor, sino que también en las conductas o infracciones al tránsito susceptibles de ser afectadas por el descuento de puntos.

Bajo la administración del Presidente Sebastián Piñera se han realizado análisis y modificaciones a la propuesta del Ejecutivo del año 2009, los que a continuación se exponen en términos generales:

- a) Se establece la asignación de 12 puntos a cada licencia de conducir, puntos que se irán descontando cada vez que el conductor incurra en infracciones de tránsito, hasta que al llegar a cero punto se le suspenderá la licencia de conducir por un plazo de seis meses. Para poder volver a recuperar la licencia de conducir deberá asistir y aprobar un curso de educación y seguridad de tránsito impartido por una entidad que se encuentre autorizada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, una vez cumplido dicho requisito, esto es, cursar y aprobar el mencionado curso, se le devolverá su licencia de conducir con sólo ocho nuevos puntos asignados.
- b) La propuesta establece también un sistema de incentivos para aquel conductor que habiendo sido infraccionado muestra un cambio en su conducta, de tal forma que si, durante los próximos dos años no es infraccionado, se le asignarán los puntos que le faltaren para completar los 12 puntos iniciales.

Por el contrario, si por segunda vez dentro de un periodo de tres años pierde la totalidad de los puntos, ya no habrá suspensión de la licencia, sino que la cancelación de la misma, no pudiendo volver a obtener una nueva licencia hasta después de transcurrido el lapso de un año desde que quede ejecutoriada la sentencia que declara la cancelación, y, además, deberá someterse a exámenes psicológicos y psicomotores realizados por el profesional que para tal efecto el juez respectivo designe, con el objeto de establecer la condición psicológica y motora del infractor y la eventual necesidad de que se sujete a un tratamiento médico que aborde dichos aspectos. Entonces, si el resultado de sus exámenes practicados es favorable, podrá obtener una nueva licencia, la que se le entregará con ocho nuevos puntos.

Es importante señalar que los plazos de suspensión y cancelación de la licencia de conducir, por la aplicación del sistema de descuentos de puntos, o puntos de demérito, no constituyen una sustitución al sistema de sanciones establecido en la Ley de Tránsito, sino que son un complemento de éste, transformándose en una adición a los plazos de suspensión y cancelación que se hubieren aplicado en otros procesos, es decir, la cancelación y la suspensión por el descuento de puntos se computará y aplicará adicionalmente y por separado de las sanciones y multas ya previstas en la legislación de tránsito.

#### *a) Descuento de los puntos asignados*

Los 12 puntos iniciales se irán descontando de acuerdo al tipo de infracciones que se cometan por parte de los conductores, debiendo distinguirse entre infracciones que descuentan diez, seis, cuatro, tres e infracciones que descuentan dos puntos. Solo a modo de ejemplo se puede indicar que:

1. Las infracciones vinculadas al alcohol y las drogas descontarían diez puntos.
2. Las infracciones que supongan el no respeto a la luz roja, la señal pare, y los límites de velocidad descontarían seis puntos.
3. Las infracciones que supongan el no respeto al ceda el paso o la utilización de una licencia de conducir distinta a la autorizada, descontarían cuatro puntos.
4. Las infracciones vinculadas al uso del teléfono celular mientras se conduce o la no utilización del cinturón de seguridad descontarían tres puntos.
5. Las infracciones por el no uso de luces en carretera y la detención de un vehículo en lugares no autorizados para ello descontarían dos puntos.

## Propuesta

Por lo expuesto y considerando que el presente trabajo busca mejorar las condiciones de seguridad vial de los trabajadores del transporte y especialmente de los conductores de buses interurbanos y de camiones, se propone:

- a) Establecer un sistema de licencias de conducir con puntajes que genere incentivos para aquellos conductores que por largos periodos de tiempo no incurrir en infracciones en el tránsito.
- b) Considerando la garantía constitucional del derecho al trabajo, se propone distinguir en el sistema de licencia de conducir con puntaje entre los conductores no profesionales y los conductores profesionales (que desarrollan labores remuneradas de conducción). Esta distinción se traducirá tanto en el número de puntos asignados a la licencia de conducir a uno y otro, debiéndose asignar una mayor cantidad de puntos a aquellos conductores profesionales. Del mismo modo, se deberá distinguir entre los periodos de suspensión derivados de la pérdida de puntos por las infracciones cometidas, es decir, cuando se llega por primera vez a cero punto la suspensión para el conductor no profesional será de seis meses, mientras que para el conductor profesional este período deberá ser inferior, por ejemplo, de tres o cuatro meses, como ocurre en la reglamentación española.

## Bibliografía

Basili, M. & Nicita, A. (2006). *Deterrence and copliance in a demeriti point system*. Siena, Italia: Università degli Studi de Siena, Dipartimento de Economia Politica.

Bermúdez, J. (2008). "Lesionología del trauma por hechos del tránsito". *Vías Humanas*, 112-142. Perú: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

Bos, J. M. J. & Wouters P. I. J. (2000). "Traffic accident reduction by monitoring driver behavior with in-car data recorders". *Accident Analysis & Prevention*, Volumen 32, 643-650.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2010). Edición número 285 – número 05/2010 sobre la seguridad vial y su relación con el transporte de carga por carretera. *Documento de la división de recursos naturales e infraestructura*, CEPAL.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2003). *Traffic Fatalities and Economic Growth*. Kopits and Cropper, World Bank and Latin America and the Caribbean: Population ageing 1950-2050. Washington, United States.

Comisión Europea (2002). *Libro blanco. La política europea de transportes de cara al 2010*. Luxemburgo: oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas.

Dirección General de Tráfico de España [DGT] (2009). Presentación. *VIII Encuentro Iberoamericano de Responsables de Tránsito*. Santiago de Chile: DGT.

Elder R., Shults R., Sleet D., Nichols J., Thompson R. & Rajab W. (2004). Task Force on Community Preventive Services. Effectiveness of Mass Media Campaign for Reducing Drinking and Driving and Alcohol-Involved Crashes. A Systematic Review. *American Journal of Preventive Medicine*, 27.

Elliot B. (1993). *Road Safety Mass Media Campaigns. A Meta Analysis Federal Office of Road Safety*, Canberra.

Elvik R., Mysen, A. B. & Vaa T. (1997). *Norwegian handbook of road safety*. Tercera Edición. Oslo: Institute of Transport Economics.

European Transport Safety Council (2001). *The role of driver fatigue in commercial road transport crashes*. Bruselas: European Transport Safety Council. Recuperada el 9.12.2011 en <http://www.etsc.eu/oldsite/drivfatigue.pdf>

Grosmann, D. & García, C. (1999). "Effectiveness of health promotion programs to increase motor vehicle occupant restraint use among young children". *American Journal of Preventive Medicine*, 16.

Haque, M. O. (1990). "Evaluation of the demerit points system in deterring traffic offenses". *Evaluation Review* 14, 22-41.

Hatakka, M., Keskinen, E., Gregersen, N. P., Glad, A. & Hernetkoski, K. (2002). "From control of the vehicle to personal self-control: broadening the perspectives to driver education". *Transportation Research Part F Traffic Psychology and Behaviour*, Volumen 5, 201-215.  
Istituto nazionale di statistica (2005). *Statistiche degli incidenti stradali. Anni 2003-2004*. Rome.

Lenehan B., Street, J., Barry, K. & Mullan G. (2005). "Immediate impact of penalty points legislation on acute hospital trauma service", *Injury*, 36, 912-916.

Montoro, L., Roca, J. & Tortosa, F. (2008). "Influencia del permiso de conducción por puntos en el comportamiento del volante. Percepción de los conductores". *Psicothema*, Vol. 20, Nr. 4, 652-658.

Organización Mundial de la Salud (2004). *Informe Mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el Tránsito*. Genova: OMS.

Organización Mundial de la Salud (1976). *Road Traffic Accidents. Epidemiology, control and prevention*. Genova: OMS.

Tabasso, C. (1995). *Fundamentos del Tránsito. Jurídicos, técnicos, accidentológicos*. Tomo I. Buenos Aires: Julio César Faira.

Zaal, D. (1994). *Traffic law enforcement: A review of the literature*. Report 53. Clayton, Victoria, Australia: Monash University Accident Research Center.

Zambon, F., Fedeli, U., Milan, G., Brocco, S., Marchesan, M., Cinquetti S. & Spolaore, P. (2008). "Sustainability of the effects of the demerit points system on seat belt use: a region-wide before-and-after observational study in Italy". *Accident Analysis & Prevention*, 40, 231-237.



# La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés

Autor

**Vincent Thomas**

Jurista

Doctor en Derecho

Maitre de conférences

Université de Bourgogne

Traducción de

**Carlos Hecker Padilla**

Abogado

Magister

Doctor (c) en Derecho, ATER

Université de Bourgogne

Lusitania Villablanca

Abogado

Magister, Doctor (c) en Derecho

Université Paris 2 Panthéon-Assas

**Resumen:** Para acceder legalmente a un estadio es necesario procurarse una entrada. Su compra se traduce en un contrato en que, si bien las reglas del derecho común de los contratos son aplicables, dada su especial naturaleza, son necesarias también numerosas normas de otras ramas del derecho. La interacción de disposiciones tan diversas como aquellas relativas al derecho civil, al derecho penal, al derecho del consumidor e incluso al derecho administrativo, han dado lugar a un rico debate doctrinario que justifica un estudio científico a su respecto.

\*\*\*

## Introducción

Un espectador puede acceder libremente a un espectáculo deportivo, sea porque la competencia deportiva se desarrolla al aire libre<sup>1</sup>, vale decir, en un recinto abierto al público, sea porque ninguna boletería ha sido establecida para acceder al recinto deportivo, o con el fin de despertar la curiosidad del

<sup>1</sup> En virtud del principio del libre acceso a los sitios destinados a actividades deportivas al aire libre; v. F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA & F. RIZZO, *Droit du Sport*, LGDJ, 2006, N° 694 y ss.

público. La entrada se encuentra presente en las hipótesis opuestas, es decir, cuando la competencia se desarrolla en un recinto cerrado –un estadio en sentido amplio– y en aquellos casos en que la competencia genere tal interés en el espectador que éste decidirá pagar un precio determinado para asistir. La entrada formaliza de este modo el contrato celebrado entre el organizador del espectáculo deportivo y el espectador, "por el cual un organizador se obliga, contra el pago de un precio, a asegurar una "representación" a un espectador"<sup>2</sup>.

Esta definición no pone en todo caso de manifiesto las particularidades de este tipo de entrada. El contrato que da acceso al estadio es bastante más complejo que aquel que permite ingresar a ver una obra teatral o cinematográfica. Las menciones contenidas en la parte trasera de una entrada válida para un partido de fútbol de *Ligue2*<sup>3</sup> así lo demuestran. Se recuerda la prohibición de la reventa de la entrada<sup>4</sup>, así como el introducir al estadio objetos susceptibles de ser utilizados como un arma<sup>5</sup>. Informan también al espectador que el estadio se encuentra equipado con un sistema de cámaras de vigilancia a cargo de la policía<sup>6</sup> y que la ley autoriza las medidas de cateo por razones de seguridad<sup>7</sup>. La entrada se encuentra, de este modo, dotada de una reglamentación propia con fines de seguridad, justificada por el comportamiento reprochable de ciertos espectadores<sup>8</sup>.

Por otra parte, el esfuerzo reglamentario de las autoridades normativas no se ha extendido más allá del dominio de la seguridad pública. Nada en el Código del deporte ni en la ley le confiere al contrato de espectáculo deportivo un régimen jurídico específico. Debe naturalmente deducirse que dicho contrato se rige por el derecho común de los contratos, y con mayor precisión por el derecho común de los contratos de espectáculos públicos, tales como el teatro, el cine o el circo. Como todo contrato, la entrada debe tener un objeto y una causa y éstos a su vez deben ser lícitos; las partes deben además haber intercambiado sus voluntades en forma libre y exenta de vicios; la reglamentación de las cláusulas abusivas también encuentra su aplicación aquí, y finalmente, desde el punto de vista tributario, el derecho de acceso al estadio está sujeto al impuesto a los espectáculos<sup>9</sup>.

Sin embargo, la ausencia de disposiciones legales y reglamentarias no es suficiente para rechazar el carácter particular de la entrada. Su régimen jurídico escapa,

<sup>2</sup> F. BUY, "Contrats conclu avec les spectateurs", *Lamy Droit du sport*, N° 366-15. D. VEAUX, "Contrats en matière de sport", J.-Cl. *Contrats-Distribution*, fasc. 798, N° 170.

<sup>3</sup> Segunda división de fútbol francesa.

<sup>4</sup> Impuesta por la ley de 27 de junio de 1919 que prohíbe la reventa a un valor más elevado de entradas de espectáculos subvencionados. V. J.-Cl. *Administratif*, fasc. 211, N° 90.

<sup>5</sup> Código del deporte, art. L.332-1 y ss.

<sup>6</sup> L. 1995-73 de 21 de enero de 1995, art. 10 modificado por L. N° 2006-64, de 23 de enero de 2006, art. 1.

<sup>7</sup> D. N° 2005-307 de 24 de marzo de 2005, arts. 1-9.

<sup>8</sup> Comportamiento que daña el deporte en general y su economía en particular (V. Ch. LAGOUTTE, "Le déferlement de la violence finira par nuire à l'économie du football", *Le Figaro* 9 de febrero de 2007).

<sup>9</sup> Código General de los Impuestos, arts. 1559 y ss.

en cierta medida, al derecho común de los contratos de espectáculos públicos, por cuanto la relación contractual que se establece entre el organizador de la competencia y el espectador nace en el contexto singular de la organización de competencias oficiales por las federaciones deportivas y de los objetivos de seguridad ya evocados. El resultado es un contrato, cuyo régimen no ha sido dictado en exclusiva consideración del espectáculo deportivo, sino que por el conjunto de obligaciones que pesan sobre las partes y que se agregan a la obligación principal del contrato de espectáculo, realizar una representación.

La entrada es llamada aquí contrato de acceso al estadio, por cuanto esta calificación pretende dar cuenta de la complejidad de su régimen, complejidad que aparece no sólo en la formación del contrato de acceso al estadio (I), sino que también en la etapa de su ejecución (II).

## **I. La formación del contrato de acceso al estadio**

El contexto en el cual se forma el contrato de acceso al estadio plantea dos interrogantes principales. La primera proviene de la organización de las competencias oficiales en Francia y recae sobre la determinación de las partes del contrato de entrada (A). La segunda, relativa a la seguridad pública, trata de la posibilidad de impedir la entrada de un espectador indeseable: ¿El organizador de un espectáculo deportivo puede utilizar la boletería como un instrumento de policía del estadio, y así negarse a celebrar el contrato de acceso al estadio con un espectador determinado? (B)

### **A. La determinación de las partes del contrato de acceso al estadio**

El problema de la determinación de las partes del contrato puede parecer ridículo; ya que parece evidente que el espectador y el organizador de la competencia son las partes del contrato de acceso al estadio. Pero esta evidencia disimula una dificultad en cuanto a la determinación precisa de una de las partes, el organizador del espectáculo deportivo. ¿Se trata del club que hace las veces de local o la federación deportiva, o incluso la liga profesional?

El problema se plantea debido a los términos de la ley que atribuyen el monopolio de la organización de las competencias oficiales a dos tipos de organizadores:

- Las federaciones deportivas que "organizan las competencias deportivas a través de las cuales se entregan los títulos internacionales, nacionales, regionales o departamentales"<sup>10</sup>;

<sup>10</sup> Código del deporte, art. L.131-15.

- Y las "empresas autorizadas", es decir, las personas naturales o morales "de derecho privado, distintas de las federaciones deportivas, que organizan una manifestación abierta a los practicantes de una disciplina que forma parte de una delegación de poder en conformidad al artículo L.131-14 del Código del deporte" y que tienen la obligación de solicitar a la federación deportiva la autorización anticipada para organizar dicho evento<sup>11</sup>; dentro de estas últimas no se encuentran comprendidos los clubes afiliados a las federaciones que participan en una competencia oficial, sino que empresas que organizan eventos deportivos.

*Al contrario*, los clubes deportivos constituidos bajo la forma de una asociación o de una sociedad deportiva, no han sido expresamente considerados por el legislador como organizadores de espectáculos deportivos que puedan dar lugar a la celebración de un contrato de acceso al estadio. Nuestro análisis se ve apoyado por las disposiciones del Código del Deporte, que otorgan los derechos de explotación de la competencia exclusivamente a los organizadores designados por la ley, es decir, las federaciones deportivas y las empresas autorizadas por aquéllas<sup>12</sup>. El problema se plantea por el hecho de que son los clubes que hacen las veces de local, en el marco de un campeonato oficial, quienes venden las entradas y quienes cobran los ingresos: parecen actuar sin ningún título, a menos que se trate de los organizadores legales de la competencia.

La doctrina se ha preocupado de la justificación jurídica de tal práctica<sup>13</sup>. Los autores están de acuerdo en la existencia de una política federal que consiste en delegar en los clubes la comercialización y la recaudación de las boleterías en función de las competencias que organizan<sup>14</sup>. Algunos de ellos estiman incluso que la práctica y la *opinio juris* consideran que el monopolio de las federaciones y de las ligas se limita exclusivamente a los derechos de retransmisión, dejando las otras formas de explotación comercial a los clubes organizadores<sup>15</sup>. Consideran que esta práctica debería responder a la definición de uso del derecho, único capaz de combatir la ley escrita.

Pero el resultado de recurrir a la teoría de los usos es incierto, y ello por dos razones: en primer lugar, ni la definición de los usos ni la terminología a em-

<sup>11</sup> Código del deporte, art. L.331-5.

<sup>12</sup> Código del deporte, art. L.333-1. v. Cass. Com. 17 de marzo de 2004, N° 02-12771, Bull. civ. IV, N° 58, p. 60; JCP E 2004.760; D. 2004.997 en relación a los derechos pertenecientes a las empresas que organizan competiciones deportivas, distintas de las federaciones deportivas previstas en el artículo L.331-5 del Código del deporte.

<sup>13</sup> F. KLEIN & B. SOLITUDE, "Accès du public à la compétition", *Lamy Droit du sport*, N° 448-15 y ss; F. RIZZO, "Les droits d'exploitation audiovisuelle des manifestations ou compétitions sportives", *Dr. et patr.* N° 139.2005.69; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA & F. RIZZO, op. cit. N°1, 1015.

<sup>14</sup> F. KLEIN & B. SOLITUDE, *ibid.*, N° 448-25.

<sup>15</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA & F. RIZZO, op. cit. N°1, 1016; F. RIZZO, *ibid.*, p. 70.

plear se encuentran realmente fijadas<sup>16</sup>; por otra parte, el reconocimiento de un uso depende del amplio poder de apreciación del juez, bastante parsimonioso en esta materia. En efecto, el uso es simplemente una "fuente secundaria y accesoria" del derecho "con respecto a la ley, la cual sigue siendo en nuestro sistema jurídico la fuente principal de la regla de derecho"<sup>17</sup>.

Podemos añadir un nuevo argumento para apoyar estas proposiciones, el cual se origina en el derecho positivo que reconoce implícitamente a los clubes la calidad de organizadores, por cuanto les hace cargar con las obligaciones.

De este modo, el artículo L.332-1 del Código del deporte impone a los "organizadores de eventos deportivos con fines de lucro, [la obligación de] asegurar un servicio de orden". Los decretos de 31 de mayo de 1997<sup>18</sup> y de 24 de marzo de 2005<sup>19</sup> disponen que los asistentes del organizador de un evento deportivo deben encontrarse certificados para proceder a cateos de seguridad. Dichos asistentes pertenecen al club organizador o a la empresa de vigilancia a la cual el club subcontrata la vigilancia del estadio; pero no a la federación misma. Asimismo, el artículo L.332-1 del Código del deporte exige que quien explote el estadio y el organizador del evento deportivo aseguren con anterioridad al desarrollo de dicho evento el buen funcionamiento del sistema de video vigilancia. Nadie duda en este caso tampoco que el organizador al que se refiere el texto legal es el club deportivo que hace las veces de local. Por su parte, la jurisprudencia considera civilmente responsable al club cuando un espectador o un atleta sufre un perjuicio como consecuencia del mal funcionamiento del club en cuanto a su organización<sup>20</sup>. Finalmente, la doctrina concuerda con el derecho positivo y considera que el club que hace las veces de local tiene una obligación de organización<sup>21</sup>.

Atribuyendo un monopolio a las federaciones deportivas y confiscando correlativamente a los clubes, los derechos de explotación de las competencias

<sup>16</sup> Comparar la terminología empleada por J. CARBONNIER, *Droit Civil*, Puf, Coll. "Quadrige", 2004, Nº 135 y J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, Armand Colin, 2006, Nº 115 y ss., y P. MALAURIE & P. MORVAN, *Introduction pénale*, 2nda ed., Defrénois, 2005, p. 256.

<sup>17</sup> J.-L. AUBERT, *Ibid*, Nº 121.

<sup>18</sup> D. Nº 97-646, art. 2.

<sup>19</sup> D. Nº 2005-307, arts. 1-9.

<sup>20</sup> En lo tocante a la responsabilidad del club organizador en cuanto a los espectadores, v. *infra* II, B. En lo que se refiere a la responsabilidad en cuanto a los deportistas, v. por ejemplo Cass. Civ. 1era, 16 de mayo de 2006, *Bull. civ.* I, Nº 249, p. 218, *Cah. dr. sport* 2006/4. 112, nota de M. BOUDOT y p. 119, nota de B. BRIGNON; y Lyon, 24 de marzo de 2005, *Cah. dr. sport* 2005/2. 153, obs. B. BRIGNON.

<sup>21</sup> V., P. COLLOMB, "Responsabilité des organisateurs", *Lamy Droit du sport*, Nº 664-5, para quien el organizador es "toda persona que inicia, prepara, enseña o coordina una actividad deportiva o de todo lo que ella genera o postula (recepción de los deportistas, del público, etc.)". V. asimismo, F. ALAPHILIPPE, obs. respecto de París, 1 de febrero de 2006, *RJES*, junio de 2006, Nº 79, p. 41, quien estima que "el control del acontecimiento susceptible de generar un riesgo (en especial en caso de accidente que produzca daños corporales, materiales o financieros)" es un elemento de la definición jurídica de organizador.

oficiales, los textos contradicen no sólo una situación de hecho (los clubes organizan materialmente las competencias deportivas que se desarrollan en sus estadios), sino que también una calificación jurídica (la de organizador) que el resto del derecho positivo consagra y que nadie puede poner en duda. De este modo, los textos parecen formar un derecho especial que requiere una interpretación restrictiva. Ahora bien, al leer dichos textos, podemos darnos cuenta que el monopolio que confieren a las federaciones tiene un contenido limitado: Se refiere a los reglamentos relativos a la organización de todas las competencias deportivas<sup>22</sup> y a los derechos de explotación relativos a dichas competencias<sup>23</sup>. Pero entre dichos derechos de explotación se encuentran expresamente mencionados tan sólo los derechos de retransmisión audiovisual, con exclusión de los otros derechos, en especial aquellos provenientes de la venta de entradas. Por lo demás, el artículo L.333-1 del Código del deporte, que confiere los derechos de explotación de las competencias deportivas a las federaciones, se encuentra inserto en el capítulo III, titulado "Retransmisión de competencias deportivas" y no "Explotación de las competencias".

En derecho positivo, en ausencia de alguna disposición expresa en contrario, nada podría privar a los clubes deportivos del derecho a comercializar el acceso al estadio, derecho que nace de la explotación del estadio y que no ha sido expresamente atribuido por ley a las federaciones ni a las ligas profesionales; esto por supuesto en la medida que dichos clubes puedan establecer su calidad de organizador.

De este modo, el club que hace las veces de local, organizador de la competencia deportiva, es quien contrata con el espectador. Llegaremos evidentemente a la misma conclusión cuando el partido sea organizado por una federación o una liga, quienes se transforman en titulares de los derechos derivados de la venta de entradas<sup>24</sup>. Sin embargo, fuera de los casos de estas últimas hipótesis, las federaciones y las ligas deben considerarse como terceros al contrato de acceso al estadio.

Podría objetarse lo anterior y alegar que la federación o la liga, según el caso, no es extraña a la organización de la competencia cuya boletería es explotada por el club que hace las veces de local. En efecto, esta competencia deportiva es generalmente sólo una "fecha" de un campeonato que se desarrolla durante

<sup>22</sup> Código del deporte, art. L.331-1.

<sup>23</sup> Código del deporte, art. L.331-1.

<sup>24</sup> Un caso en que las federaciones nacionales e internacionales de ciclismo fueron perseguidas como responsables –en vano, a falta de una prueba sólida sobre el hecho ilícito y el nexo causal– en su calidad de organizadoras de una competencia, puede estudiarse en Cass. Civ. 2e, 22 de septiembre de 2005, N° 04-16351, *Lamy Droit du sport Actualités* N° 29, 19 de diciembre de 2005, p. 5; *Juris-Data* N° 2005-029895. Para ver un caso más antiguo en que la liga de fútbol es perseguida como responsable (responsabilidad contractual) por un espectador lesionado por un fuego artificial lanzado por una persona no identificada, Cass. Civ. 1e, 18 de noviembre de 1975, N° 74-12999, *Bull. civ.* I, N° 336, p. 277

varios meses, y que ha sido organizado por la federación o por la liga. Desde este punto de vista, no existe razón alguna de excluir a estas últimas de la organización de la competencia que da lugar a la emisión de las entradas. Sea como fuere, a nuestro entender, ellas no pueden reclamar los derechos sobre la venta de entradas sin sobrepasar sus prerrogativas; ya que además disponen, en virtud de la ley, de una parte muy importante de los derechos de explotación derivados de la competencia: los derechos de retransmisión audiovisual. Si seguimos este razonamiento, reconocemos implícitamente la existencia de una repartición tácita legal de los derechos de explotación, entre las federaciones deportivas, en su calidad de *organizadores deportivos* de la competencia, y los clubes, *organizadores materiales* de los partidos; las primeras serían las propietarias de los derechos de retransmisión y los segundos tendrían los demás derechos de explotación, entre los cuales se encuentra la recaudación obtenida por la venta de entradas.

Nuestro análisis permite entonces determinar quiénes son las partes del contrato de acceso al estadio; al mismo tiempo, nos permitirá apreciar las condiciones en que puede negarse la venta de una entrada a algún espectador.

## B. La negativa a celebrar el contrato de acceso al estadio

La hipótesis es la siguiente: ¿Puede el club organizador valerse de la boletería como un instrumento de policía del estadio? Dicho de otro modo, ¿tiene el derecho de negarse a "vender"<sup>25</sup> una entrada a algún espectador indeseable?

La libertad contractual permite elegir libremente a la contraparte, justificando, por consiguiente, la posibilidad de negarse a contratar con una determinada persona<sup>26</sup>. El derecho de los contratos, sin embargo, exige que cuando un producto o un servicio sea ofrecido en forma permanente en el mercado, toda persona tenga el derecho de adquirirlo si tiene los medios de pagar el precio; para que el contrato se forme, basta con que la oferta permanente reciba su correlativa aceptación<sup>27</sup>. La negativa a ejecutar un contrato debidamente celebrado se sanciona, según el artículo 1147 del Código Civil, mediante la indemnización de daños y perjuicios destinada a reparar el perjuicio sufrido por el acreedor de la obligación que no fue ejecutada. En nuestro caso, el espectador a quien se le niegue la venta de una entrada no podría esperar más que una muy pequeña indemnización, ya que el perjuicio sufrido provendría exclusivamente de la privación del placer de asistir a una competencia deportiva;

<sup>25</sup> La expresión venta es inexacta, ya que en la compra de una entrada no tiene lugar ninguna transferencia de propiedad, que es la característica principal del contrato de venta en Francia. Se trata en realidad de un contrato de prestación de servicios por el cual el organizador de una competencia deportiva autoriza a su contraparte a asistir al partido, si paga un precio determinado.

<sup>26</sup> J. CARBONNIER, op. cit. N° 16, N° 948.

<sup>27</sup> J. CALAIS-AULOY & F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7ma ed., Dalloz, 2006, N° 199.

los montos son excesivamente bajos como para incitar a la víctima a dirigirse contra el organizador.

Como el derecho civil parece poco disuasivo, el legislador creó una nueva figura de delito penal. Según los términos del artículo L.122-1 del Código del consumo, "se prohíbe negar a un consumidor la venta de un producto o la prestación de un servicio, salvo [que un] motivo legítimo [...]" lo justifique. La infracción se sanciona con una multa<sup>28</sup>. Puesto que el espectador no celebra el contrato en función de su actividad profesional<sup>29</sup>, debe entonces ser considerado como un consumidor y el organizador como un comerciante<sup>30</sup>; el artículo L.122-1 podría entonces aplicarse perfectamente a la venta de entradas.

El organizador se encuentra entonces en la situación de todo comerciante que ofrece sus productos o servicios en el mercado: Tiene el derecho de negarse a contratar exclusivamente si un motivo legítimo lo justifica. El problema ante el cual nos encontramos es que la noción de motivo legítimo carece de definición general. Para Carbonnier, la expresión motivo legítimo nos lleva a pensar en la teoría del abuso del derecho: "negarse a contratar sin un verdadero interés de por medio, por simple maldad o animosidad hacia la otra parte", sería, según el autor, abusar del derecho de no contratar<sup>31</sup>. Lo que queremos recalcar es que la noción es lo suficientemente vaga como para dar un amplio poder discrecional, en cuanto a su interpretación, al juez penal<sup>32</sup>. Hasta el día de hoy, al menos, no hay noticias de que los tribunales hayan tenido que conocer algún caso relativo a la negativa de ventas de entradas para asistir a un estadio; sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que el comportamiento de un consumidor puede justificar la negativa del comerciante a prestar los servicios. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Versalles confirmó el carácter legítimo de la negativa a renovar un abono a un socio de un club deportivo que profirió en repetidas ocasiones insultos al personal de dicho club, a pesar de habersele solicitado en varias oportunidades el cese de dicha actitud<sup>33</sup>. Este precedente presenta un gran interés en una hipótesis de trabajo, donde los clubes de fútbol en especial, se ven enfrentados cotidianamente a un proble-

<sup>28</sup> Código del consumo, art. R.121-13, 2°.

<sup>29</sup> Lo que implica la posibilidad para el organizador de negarse a prestar sus servicios a un espectador comerciante, para el cual la compra de entradas tenga un nexo directo con su actividad profesional (TP Nantes, 16 de mayo de 2000, BID 3/2002. 14).

<sup>30</sup> Esta afirmación encuentra su fundamento en una decisión de la cámara criminal de la Corte de Casación, en la cual la Alta jurisdicción declaró admisible la acción civil presentada por la asociación de consumidores "UFC-Que choisir?" en conjunto con la acción penal ejercida contra los responsables de la catástrofe ocurrida en el estadio de Furiani. De este modo, la cámara criminal casó el fallo de la Corte de Apelaciones que estimaba que las infracciones no se habían "cometido en razón de consideraciones económicas en relación con el derecho del consumidor" (Cass. Crim., 24 de junio de 1997, *Bull. crim.*, N° 251, p. 841, *Gaz. Pal.*, 22 de septiembre de 1998, n) 265, p. 41, nota de S. PETIT; *Contrats Conc. consom.* 1997, N° 138, obs. RAYMOND).

<sup>31</sup> J. CARBONNIER, op. cit. N° 16, N° 948, en especial p. 1977.

<sup>32</sup> R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY & S. POILLOT-PERUZETTO, *Lamy Droit économique* 2007, N° 2386.

<sup>33</sup> Versalles, 7 de marzo de 2003, *Lettre d'itrib.* marzo de 2003.4; *INC-hebdo* 2003, N° 1263.

ma de seguridad que va mas allá de las simples muestras de mala educación de sus aficionados.

Por otra parte, nos podríamos preguntar si el arsenal represivo y administrativo previsto por los artículos L.332-1 a L.332-21 del Código del deporte no privan en los hechos al organizador de todo margen de apreciación del motivo legítimo.

En efecto, el espectador, que por su mal comportamiento en las competencias deportivas se transforma en una amenaza para el orden público, puede ser privado, por orden del prefecto, "de ingresar o de acercarse a los alrededores de los recintos deportivos donde dichas competencias se lleven a cabo o sean retransmitidas al público en general" por un lapso de tres meses como máximo<sup>34</sup>. Asimismo, el espectador que introduzca al estadio bebidas alcohólicas u objetos peligrosos, se expone a una persecución penal en su contra, que puede implicar una pena complementaria de prohibición de ingresar o de acercarse a un estadio hasta por cinco años<sup>35</sup>. La decisión del prefecto y la sentencia judicial<sup>36</sup> constituirán seguramente motivos que permitirán legítimamente la negativa a la conclusión del contrato, en especial considerando que el artículo L.122-4 del Código Penal reconoce la irresponsabilidad penal de quien "lleve a cabo un acto autorizado por disposiciones legislativas o reglamentarias".

Pero en caso de que el prefecto no estime que el espectador es una amenaza, éste podrá, en caso de negársele la venta de una entrada, invocar la decisión absolutoria del prefecto, autoridad administrativa encargada de la seguridad pública, para poner de manifiesto la ausencia de legitimidad del motivo esgrimido por el organizador. Del mismo modo, el organizador que se niegue a vender una entrada a un espectador sometido a proceso pero aún no condenado, arriesga que se le acuse de desconocer el principio de la presunción de inocencia. Y es más, la legitimidad de una negativa a vender una entrada a un espectador condenado por la justicia será muy difícil de probar, si la sentencia del tribunal no explicita una prohibición de acceso o de acercarse a los estadios.

Si bien es cierto que las decisiones prefectorales y judiciales tendrán una influencia nada despreciable en la apreciación de la legitimidad del motivo por parte del juez, no parece idóneo que lleguen a privar al organizador de su derecho de negarse a entregar una entrada a un espectador cuyo comportamiento es incompatible con la ejecución de sus propias obligaciones de organizador, en especial aquella de velar por la seguridad de los demás espectadores. Esto es lo que, a nuestro parecer, puede justificar que la posibilidad de invocar un

<sup>34</sup> Código del deporte, art. L.332-16.

<sup>35</sup> Código del deporte, art. L.332-11.

<sup>36</sup> Sentencia que se pondrá en conocimiento de los organizadores por el Procurador de la República a través del prefecto (D. N° 2004-1534, de 30 de diciembre de 2004, JO 01 de enero de 2005, p. 31).

motivo legítimo no se encuentre supeditada a las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales mencionadas.

## II. La ejecución del contrato de acceso al estadio

El contexto fiable y federal que rodea el contrato de acceso al estadio modela su régimen de formación, influyendo también su ejecución, ya que permite determinar con precisión las obligaciones que incumben a cada una de las partes (A) y considerar las consecuencias de su inejecución o de su incorrecta ejecución (B).

### A. Las obligaciones de las partes

Las obligaciones nacidas de la entrada son diferentes según la parte en cuestión. El espectador parece *a priori* tener un rol relativamente pasivo. Su primera obligación es pagar el precio de la entrada. La segunda es una obligación general de respeto de los terceros y de comportamiento compatible con el buen desarrollo de la manifestación deportiva. El espectador debe así vestirse correctamente y conforme a los usos o costumbres generales<sup>37</sup>, los usos siendo diferentes entre las manifestaciones deportivas; el espectador no debe molestar la partida, por ejemplo, silbando o haciendo funcionar el flash de su cámara de fotos cuando los deportistas necesitan concentración, como en el tenis o el ajedrez; su comportamiento no debe vulnerar la seguridad de los otros espectadores o del personal de la entidad organizadora<sup>38</sup>. El espectador tiene además la obligación de someterse a las revisiones de seguridad a que los dependientes de la entidad organizadora tienen el derecho de realizar bajo el control de un oficial de policía judicial<sup>39</sup>. Por último el espectador no puede ceder su contrato de acceso al estadio si una cláusula contenida en las condiciones generales, normalmente expuesta en el reverso de la entrada, se lo prohíbe<sup>40</sup>.

Por su parte el organizador garantiza al espectador el acceso al estadio y se obliga a presentar el espectáculo deportivo que es objeto del contrato. Estas dos obligaciones principales se acompañan de una serie de obligaciones cuya existencia, naturaleza y contenido dependen del tipo de competición y de la disciplina deportiva en cuestión. Así, el organizador se obliga a veces a atribuir un puesto numerado al espectador, a transportarlo entre el estacionamiento y el estadio, a guardar ciertos bienes proponiendo un servicio de guardarropía

<sup>37</sup> F. BUY, "Contrats conclu avec les spectateurs", *Lamy Droit du sport*, N°366-60.

<sup>38</sup> Introduciendo objetos peligrosos, por ejemplo. v. F. BUY, *Ibid.*, N°366-65.

<sup>39</sup> L. N°83-629, 12 de julio de 1983, art. 3-1 mod. L. N°2003-239, del 18 de marzo de 2003.

<sup>40</sup> En este sentido, Com. 24 de junio de 1997, *Defrenois* 1998, 345, obs. D. MAZEAUD; Civ. 1°, 6 junio de 2000, *Bull. civ. I*, N°173; Com. 29 de octubre de 2002, *Dr. et patr.*, abril 2003, 97, obs. D. PORAC-CHIA; Com. 13 de diciembre de 2005, *Bull. civ. IV*, N°255. *Adde.* F. BUY, *op. cit.* N° 37, N°366-75.

o a ofrecerle un servicio de comida en un puesto. En su caso, las obligaciones propias al transportista<sup>41</sup>, al depositario o a la persona que vende alimentos corresponderán en las condiciones del derecho común. En todo caso, el organizador tiene la obligación de asegurar la seguridad de los espectadores contra los riesgos engendrados por la competición deportiva, pero también contra los comportamientos peligrosos de otros espectadores, especialmente en el caso de enfrentamiento entre los fanáticos<sup>42</sup>.

La obligación de proporcionar un espectáculo deportivo necesita ciertas observaciones complementarias. El organizador debe garantizar la existencia de la manifestación deportiva<sup>43</sup>. Por el contrario, no podría garantizar la calidad, en la medida en que el alea deportivo lo prohíbe por hipótesis. Sobre todo, la apreciación de la calidad de un espectáculo, ya sea deportivo o cultural, depende de la sensibilidad y de la percepción propia a cada espectador. Los jueces han decidido que el sentimiento de insatisfacción del público no es suficiente para establecer la inejecución de las obligaciones contratadas. Sin embargo, han precisado, el organizador no podría resguardarse detrás de este argumento para justificar las fallas en la puesta en obra, la organización o el desarrollo del espectáculo<sup>44</sup>.

Esta jurisprudencia debe ser aprobada, ya que considera las consecuencias de la distinción que existe entre la calidad de organizador deportivo y aquella de organizador material de la competición. La calidad objetiva de toda competición, es decir, la incertidumbre del resultado, no puede ser garantizada por los reglamentos federales y su aplicación por parte de los competidores. Esta aplicación es, en principio, controlada por el delegado de la federación en el curso de las competencias y por la federación o la liga que dispone del poder disciplinario: el organizador material no tiene en principio ninguna influencia en cuanto a la calidad del espectáculo deportivo desde el momento en que cumpla sus obligaciones de organizador y que la buena ejecución permita el correcto desarrollo del encuentro. Así, en un partido de fútbol entre dos equipos, uno de los cuales (la visita) está compuesto por jugadores de ligas inferiores, para darle descanso a los jugadores titulares, no se le puede achacar al club anfitrión el hecho de haber vulnerado una de sus obligaciones de organizador material. No podría ser de otra manera, a menos que se demuestre que un defecto en la organización material del espectáculo ha influido el alea deportivo, lo que no es del caso en el ejemplo citado.

<sup>41</sup> Que está obligado a una obligación de resultado. Civ. 1°, 21 de octubre de 1997, *Bull. civ.* I, N°288, p. 194.

<sup>42</sup> V. F. RIZZO, "Réflexions relatives à la responsabilité civile des clubs sportifs à l'égard des spectateurs", *LPA*, N°135, 8 de julio de 2002, pp. 4 y ss.

<sup>43</sup> F. BUY, op. cit. N° 37, N° 366-80.

<sup>44</sup> TGI Limoges, 28 de marzo de 1991, D. 1992. Somm. 270, obs. E. FORTIS; en su sentencia el tribunal califica la obligación del organizador como una obligación de medios.

Pero es posible que la carencia deportiva provenga del club organizador que es también actor en la competencia. Organizando el espectáculo deportivo, el club que juega en domicilio se compromete frente al espectador a respetar la calidad objetiva del juego, es decir, a no atentar contra la incertidumbre del resultado. Esta obligación supone especialmente que los jugadores del club organizador adopten un comportamiento deportivo compatible con el alea deportivo. Esto conduce por ejemplo a que el club organizador se abstenga de participar, aun implícitamente, en la neutralización del encuentro por razones de clasificación. Obviamente, el respeto de esta obligación se enfrenta en la práctica a un problema práctico considerable, por no decir insuperable, de prueba. Sin embargo, no hay duda que esta obligación es parte del contrato de acceso al estadio.

Una vez delimitadas las obligaciones de las partes del contrato de acceso al estadio, es necesario plantearse los casos de inejecución o de mala ejecución.

## **B. La falta de las partes**

La falta de las partes conllevará la puesta en marcha de su responsabilidad contractual. El régimen de la responsabilidad engendra ciertas dudas en torno a, por una parte, la extensión en el tiempo de la ejecución de los servicios prometidos y, por otra parte, en torno a las causas de exoneración que las partes pueden invocar con el fin de eximirse de responsabilidad.

1. Siguiendo la lógica, el contrato se ejecuta al momento en que el espectador entra al estadio y llega a su fin cuando el espectador sale de éste. En efecto, es en esos respectivos momentos que las prestaciones de servicio previstas en el contrato serán ejecutadas y terminarán, según la previsión de las partes. La determinación de esos dos momentos permite delimitar la naturaleza de la responsabilidad del organizador y del espectador. Así, la obligación de seguridad que pesa sobre el organizador será contractual cuando el espectador sufra un perjuicio en los límites del estadio, y delictual si lo sufre fuera de éste. La distinción es importante, ya que si en ambos casos la obligación es de medios<sup>45</sup>, la jurisprudencia parece mucho más exigente respecto del organizador cuando el daño tiene lugar en el estadio, constituyendo a veces una verdadera obligación de resultado<sup>46</sup>.

Obviamente, la ejecución del contrato puede puntualmente comenzar antes de la entrada del espectador al estadio o después de su salida, cuando el or-

<sup>45</sup> Civ. 1°, 29 de noviembre de 1989, *Bull. civ.*, 1°, N°371, p. 249 (tauromaquia); 12 de junio de 1990, *Bull. civ. I*, N°167, p. 118, *JCP G* 1990, IV. 307.

<sup>46</sup> Lo que parece lógico, ya que el organizador se supone que debe manejar los mecanismos destinados a proporcionar seguridad en sus locales y que la seguridad en la vía pública corresponde al Estado y a las colectividades locales (L. N°95-73, 21 de enero de 1995, art. 1°).

ganizador se ha obligado a transportar a los espectadores entre el estadio y su propio vehículo.

Hay que señalar el caso particular del abono que liga contractualmente al club y al espectador durante una temporada o un torneo. Esta duración considerable, si se la compara con la de la entrada vendida una por una, no modifica el análisis jurídico. No es concebible que las obligaciones contractuales ligadas a los espectadores deportivos perduren más allá de la duración expuesta precedentemente: la relación contractual se forma y se termina al momento de cada encuentro prometido por el organizador al abonado. Simplemente, estas relaciones se suceden en la medida que el campeonato o torneo se desarrolla. Entre dos encuentros, el espectador está en la misma situación de aquel que ha comprado una entrada para el espectáculo que no ha tenido aún lugar. Un autor resume esta proposición calificando el abono como "simple modalidad de los contratos" que "transforma el contrato en el que se inserta, en contrato a tracto sucesivo". El autor continúa precisando que "estos contratos quedan sometidos a las reglas que derivan de su aplicación normal"<sup>47</sup>. Claramente, el contenido de la obligación del contrato de acceso al estadio no se ve afectado por la suscripción de un abono<sup>48</sup>, a menos que admitamos que el abono pueda conferir al abonado un derecho suplementario en torno a la calidad del espectáculo deportivo a lo largo de la duración del abono, lo que parece difícil de admitir<sup>49</sup>.

2. El derecho común es también aplicable a las causas de exoneración. Las partes podrán exonerarse de su responsabilidad a través de la prueba de la ausencia de culpa o de una causa extraña (extranjera), como el hecho del acreedor o la fuerza mayor. Si se trata de una obligación de medios por la prueba de una causa extranjera, o a través de la prueba de la sola causa extranjera si se trata de una obligación de resultado. Por ejemplo, el organizador puede ser liberado de su responsabilidad si prohíbe el acceso al estadio a un espectador que rehúsa someterse al examen de seguridad<sup>50</sup>, o depositar los objetos peligrosos en la guardería prevista a este efecto. Del mismo modo, el espectador no debería poder obtener el reembolso de su abono en los casos en que es objeto de una medida administrativa o judicial de prohibición de entrada al estadio, pues es su comportamiento el que origina la imposibilidad de poder beneficiarse de su abono. El razonamiento puede, a nuestro entender, ser extendido a la hipótesis en que el espectador, no sancionado por la autoridad pública, ha adoptado un comportamiento incompatible con el orden y la seguridad en

<sup>47</sup> B. GROSS, "Contratos por abono", *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc., 790, N° 7 y 8.

<sup>48</sup> En lo que respecta a las modalidades del abono (precio, número de encuentros, fecha de suscripción...) ellas pueden diferir de aquellas de la venta de entradas por unidad. Este tema depende, en principio, del acuerdo de las partes.

<sup>49</sup> En este sentido, F. RIZZO, *precitado*, N°s 9 y ss.

<sup>50</sup> F. BUY, *op. cit.* N° 37, N° 366-70.

el estadio que el organizador debe asegurar, bajo la condición de que la falta del abonado sea suficientemente grave; el juez admitirá la ruptura unilateral del contrato sin necesidad de solicitar su intervención previa, ni justificar una cláusula resolutoria<sup>51</sup>. Otra hipótesis: el espectador no podrá prevalerse de su ausencia para obtener la reparación del perjuicio de no haber podido asistir al encuentro<sup>52</sup>, salvo si la ausencia se debe a un evento que presenta las características de la fuerza mayor<sup>53</sup>.

El organizador se encuentra a veces en la imposibilidad de presentar el espectáculo previsto. Así sucede cuando las circunstancias meteorológicas impiden o interrumpen el encuentro o cuando el equipo visitante declara *Walkover* o cuando se encuentra en la imposibilidad de presentarse. Desde el momento en que estas circunstancias presentan los caracteres de imprevisibilidad y de irresistibles, el organizador quedará liberado de su responsabilidad principal. No forma parte de este caso, a nuestro parecer, la interrupción del partido por la invasión del terreno por parte del público o por un accidente grave en la tribunas, ya que no se trata de eventos impredecibles. De la misma manera, el abonado, privado de un partido jugado a puertas cerradas, no podrá obtener la reparación sino en los casos en que la sanción deportiva que justifica la clausura presente, respecto del equipo organizador, las características de fuerza mayor, lo que es poco probable.

Finalmente, las condiciones generales elaboradas por el organizador pueden contener cláusulas limitativas de responsabilidad. Estas cláusulas están sometidas al derecho común de los contratos y al derecho del consumidor: ellas son válidas salvo en caso de atentar contra una obligación esencial del contrato<sup>54</sup>, si el deudor no ha cometido una falta grave en la ejecución de su obligación y, según ciertos autores, si ellas no limitan la reparación del perjuicio corporal de la víctima<sup>55</sup>. Por otra parte, estas cláusulas no deben ser abusivas. En una hipótesis que se acerca a la que hemos planteado, la Corte de Apelaciones de Rennes ha estimado, a propósito de un contrato de abono con un club deportivo, que eran abusivas las cláusulas que prevén, entre otros, la ausencia de reembolso cuando las instalaciones no han sido utilizadas por el abonado, o la ausencia de reembolso de las cuotas pagadas y la exclusión de la responsabilidad del club

<sup>51</sup> A propósito de una persona suscrita a un servicio eléctrico, que no ha pagado las facturas, Civ. 1ª, 9 de julio de 2002, *Bull. civ.*, I, N°187; *JCP E* 2003, note de LACHÈZE. v. igualmente 13 de octubre de 1998, *Bull. civ.*, I, N° 300, D. 1999.197, note C. JAMIN, *JCP G* 1999, 1413, note de N. RZEPÉCKI; 28 de octubre de 2003, *Bull. civ.*, I, N°211, Défrenois 2004. 378, note de R. LIBCHABER y p. 281, obs. de AUBERT; Com. 4 de febrero de 2004, *JCP* 2004. I. 149, N° 15, obs. J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2004.371, obs. J. MESTRE y L. FAGES.

<sup>52</sup> F. RIZZO, precitado, N° 8.

<sup>53</sup> B. GROSS, "Contrats par abonnement", op. cit. N° 47, N° 116.

<sup>54</sup> A partir del caso *Chronopost*, com. 22 de octubre de 1996, *Bull. civ.*, I, N° 261.

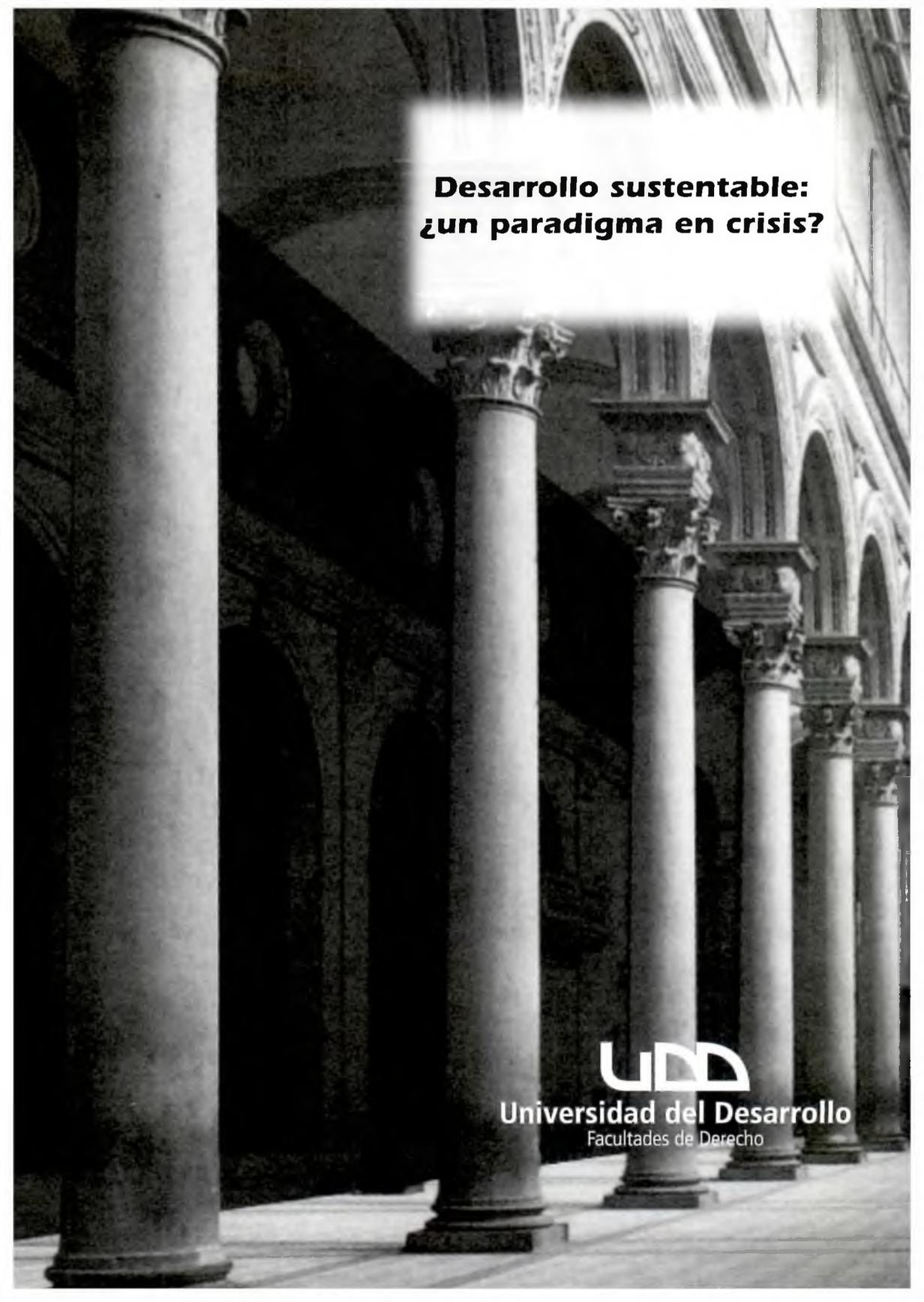
<sup>55</sup> Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10ª ed. Litec, 2007, N° 743, que destaca que este tipo de cláusulas son abusivas de acuerdo al derecho del consumo.

en caso de robo o de daño sufrido en la utilización de las guardarropías<sup>56</sup>. Las soluciones así planteadas parecen aplicables al contrato de acceso al estadio. Nos queda por analizar la indemnización que un espectador víctima de la mala ejecución del contrato de acceso al estadio puede esperar. El principio de la reparación integral se pondrá en marcha cada vez que la importancia del perjuicio justifica el recurso a los tribunales o a una transacción entre las empresas de seguros, en caso de perjuicio corporal por ejemplo. Si el perjuicio se limita al espectáculo deportivo no asegurado, esta indemnización será menos significativa; a lo más el espectador podrá ver restituido el monto del precio de la entrada. Si el club rechaza el reembolso, pocos espectadores, quizás con excepción de los abonados, podrán a iniciar una acción de reparación. Mientras el derecho francés no admita las acciones en grupo<sup>57</sup>, los clubes organizadores materiales de la competencia se verán poco expuestos en esta materia.

<sup>56</sup> Rennes, 30 de marzo de 2001, *RJDA* 2001. 818. 717.

<sup>57</sup> Sobre la cual v. rép. min. N° 1852, M. AURILLAC, *JOAN* Q 4 de septiembre de 2007.





**Desarrollo sustentable:  
¿un paradigma en crisis?**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis?

**Jorge Luis Varela del Solar**

Director Académico y Profesor  
Postítulo de Derecho Ambiental  
Escuela de Derecho  
Universidad del Desarrollo

## Prólogo

El valioso esfuerzo plasmado en las páginas siguientes, es el producto colectivo de todos los alumnos del postítulo de Derecho Ambiental de la Escuela de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en su versión del año 2011.

Los debates académicos, continuos y encendidos, mantenidos durante las clases del postítulo, sobre la vigencia y practicidad actuales de las políticas públicas integradas, cuyo norte es el desarrollo sustentable, han inspirado las líneas que a continuación siguen.

Ciertamente que es un error no colocarse en una trinchera de enjuiciamiento del desarrollo sustentable, más de veinte años después de que éste fuera sistematizado por las Naciones Unidas, a instancias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que fuera la que generó su noción, muchos años antes.

Esta función crítica es no solamente conveniente, sino que necesaria hoy, como ejercicio interno en nuestro país, atendido el hecho que el desarrollo sustentable ha sido elevado a un rango superior, en cuatro ámbitos paralelos, por y desde la reforma ambiental legislativa de 2010. Ellos son el institucional, el orgánico, el normativo y el de política pública.

La dimensión institucional está definida en los artículos 2 i bis y 7 bis de la Ley (reformada y consolidada) del Medio Ambiente, al incorporarse como nueva institución del sistema ambiental nacional la evaluación ambiental estratégica (EAE), que agrega las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable al proceso formulativo de las políticas y planes normativos que hayan de tener impacto en el ambiente. Se espera que la EAE sea el primer auténtico instrumento de regionalización y de ordenamiento territorial en el país y, por ello, es vital como herramienta de sustentabilidad.

Nuevamente emerge la función institucional de la sustentabilidad, al revisarse el artículo 71 actual de la Ley del Medio Ambiente, al crearse el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el que en su letra (b) dispone que el Consejo tiene como función institucional proponer al Presidente de la República criterios de sustentabilidad que deben ser ministerialmente incorporados, en la elaboración de las políticas de éstos.

También hay una nueva dimensión orgánica de la sustentabilidad y del desarrollo sustentable, en tanto se crea un órgano exclusivo para su aplicación (mencionado en el párrafo anterior, artículo 71) y se le otorga a otro órgano (también nuevo) como es el Ministerio del Medio Ambiente (artículo 69), la obligación funcionaria de promover el desarrollo sustentable, a través del diseño y la aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental.

La dimensión normativa está reflejada por el mismo artículo 69 y por el artículo 2 g, el que define el desarrollo sustentable y lo eleva a norma procesal y programática.

Finalmente, en lo que a la función de política pública se refiere, el desarrollo sustentable está expresado en tales términos en los ya citados artículos 2 i bis, 7 bis y 69. En este punto se vincula directamente con la evaluación ambiental estratégica, como la finalidad de ésta, especialmente en los ámbitos regional y sectorial.

En una jerarquía aun superior a la anterior y en lo que a sus dimensiones normativa e institucional se refiere, el desarrollo sustentable se encuentra implícita o indirectamente consagrado con rango de derecho constitucional, como este mismo ensayo lo sugiere más adelante.

Todo lo anterior significa que existe ahora (desde la dimensión del derecho ambiental) un instrumento de derecho duro (*hard law*) para hacer efectivas –en el ámbito interno del Estado chileno– las políticas del desarrollo sustentable, en la hipótesis de que éste sea un paradigma aplicable y practicable.

De allí que las críticas que a continuación se expresan, no obstante que atienden a un examen de la situación mundial del desarrollo sustentable, constituyen una postura colectiva y una lectura (de profesionales que ejercen en el área ambiental) que anticipa el destino que podría tener la aplicación de una política y normativa integradas del desarrollo sustentable en nuestro país.

Sin perjuicio de que la praxis ambiental, institucional y normativa de la legislación reformada y consolidada será la que empíricamente evidencie si se cumple, en el caso chileno, con el "modelo de desarrollo sustentable", como este texto lo denomina, los alumnos del Postítulo de Derecho Ambiental de la

Universidad del Desarrollo se adelantan a realizar una revisión, seguida de una aguda crítica, respondiendo interrogantes concretas, respecto de la legitimidad actual del paradigma "desarrollo sustentable".

Este valioso ejercicio, de naturaleza académico-práctica, nació de las clases del Postítulo nombrado y se desarrolló desde la motivación de sus alumnos en intentar dejar una huella o externalidad ambiental positiva a autoridades, instituciones, legisladores, jueces, académicos, y, ciertamente, a las nuevas generaciones de alumnos del Postítulo en Derecho Ambiental de la Universidad.

## Presentación

Cumplíendose 20 años desde la realización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la *Cumbre de Río de Janeiro* de 1992, y con la realización de la Nueva Cumbre de Río + 20, de junio de 2012, resulta interesante y propicio reflexionar sobre los avances y logros, así como las dificultades, estancamiento y frustraciones que soporta el modelo del *desarrollo sustentable* y analizar si éste está cumpliendo sus objetivos.

En la *Cumbre original de Río (1992)* se plantearon los principios esenciales del *desarrollo sustentable*, pero aquella fue solamente una primera etapa, dentro de un esquema o modelo global de implementación a muy largo plazo, tanto que aún en la actualidad pareciera que sigue estando en sus inicios. Por lo anterior, la Cumbre de Río 2012 y sus efectos podrían ser sólo una etapa más dentro de un proceso que involucrará la participación activa de docenas de generaciones futuras.

Probablemente los resultados (aún no maduros) de la Cumbre de Río 2012 no serán lo trascendentes que todos quisiéramos que sean –como ya ocurrió con las cumbres intermedias–, pero es innegable que serán igualmente importantes como instancia de participación y debate de los temarios relacionados y como mecanismo de mantención y acentuación de una necesaria conciencia mundial al respecto. Para ello, los diversos actores en el ámbito internacional (ONU/CEPAL, ONG, Universidades, comunidad científica y otros) realizaron relevantes aportes y propuestas, a través de estudios, seminarios, ponencias y publicaciones, como mecanismos de preparación para el encuentro que se llevara a efecto entre el 4 y 6 de junio de 2012 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil.

A manera de aporte a Río + 20, los alumnos del programa de Postítulo de Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo versión 2011 se reunieron el 22 de octubre de 2011 en un foro regular del curso mismo, donde se expuso el tema "**Desarrollo Sustentable: ¿Un Paradigma en Crisis?**", dando posteriormente pie a un interesante y fructífero debate.

El trabajo que se presenta a continuación comprende la ponencia elaborada por el alumno Enrique Pérez Silva y expuesta por éste, junto con los alumnos María José Jiménez Soto y Álvaro Moisés Cornejo Orellana; las actas del debate elaboradas por los alumnos María Soledad Peña y Lillo Rivera, Ximena Vargas Clarck, Víctor Manuel Bustos Gutiérrez, Christian Omar Vera Vicuña y Giuliana Mariella Cánepa Castillo; la transcripción de las diversas opiniones emitidas por la totalidad de los alumnos del curso; y las conclusiones y recomendaciones a que dio lugar el ejercicio. El debate fue moderado por el profesor Jorge Luis Varela.

## **I. Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis?<sup>1</sup>**

### **Introducción**

A partir de una consideración inicial sobre las variables centrales que definen el *desarrollo sustentable* y sus aptitudes conceptual y empírica para alcanzar los logros propuestos por la Conferencia de Río y las que le han sucedido, surgieron diversas interrogantes que en principio parecían no ser resueltas satisfactoriamente por el modelo. Esta falta de respuestas adecuadas contrastaba con la común creencia que impera en los círculos económicos, políticos, académicos, tanto internacionales como nacionales, de que la teoría de la sustentabilidad es la que mejor comprende y resuelve los problemas cada vez mayores que presenta el desarrollo económico y social del mundo.

El paradigma parecía funcionar razonablemente bien cuando el objeto del análisis se presentaba en una escala global –fuese internacional o nacional–, pero su capacidad para dar respuestas pertinentes disminuía considerablemente si el foco de observación se centraba en problemas específicos y de escala menor. Así, por ejemplo, el modelo podía describir muy bien cómo el desarrollo de nuevas capacidades tecnológicas contribuye a disminuir la explotación indiscriminada de ciertos recursos naturales. Pero no era capaz de explicar por qué los países menos desarrollados o las comunidades más primitivas no podían tener acceso a esas capacidades, incrementándose de esa forma el círculo vicioso de la pobreza.

<sup>1</sup> Esta presentación no tiene el carácter de artículo propiamente académico ni es el resultado de una investigación en forma. Se trata, simplemente, del resultado de un esfuerzo por sistematizar algunos de los conceptos expuestos y discutidos en las clases del Postítulo en Derecho Ambiental, llevándolos a un documento cuyo único objeto es servir de motivación para que los alumnos que participaron en su génesis continúen profundizando materias que son fundamentales para el desarrollo de la teoría jurídico-ambiental. El lector de este artículo no debe buscar en él grandes elaboraciones doctrinarias ni aportes originales a dicha teoría, pero sí podrá encontrar las líneas necesarias para seguir la huella de la sustentabilidad, que es en definitiva –con todas sus dudas e insuficiencias– la que determina el vínculo entre el desarrollo económico y el resguardo del patrimonio ambiental.

Un análisis más profundo y extenso de cómo funciona el modelo del *desarrollo sustentable*, sugirió que en la mayoría de sus aplicaciones se producían respuestas insatisfactorias, es decir, presentaba un conjunto de fallos o anomalías que hacía dudar de su capacidad para comprender y articular la realidad, lo que llevó a plantearse una reflexión mayor sobre el objeto del *desarrollo sustentable* y, por lo tanto, sobre la validez científica de este instrumento que preside las grandes decisiones de los gobiernos y que en el caso del sistema jurídico chileno se ha incorporado normativamente al principal texto legal que regula el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

Con tal propósito, se hará primero una revisión crítica de algunos paradigmas que han precedido al que parece hoy haberse impuesto sobre los demás paradigmas en competencia,<sup>2</sup> procurando extraer de ellos conclusiones que permitan calibrar las bases y evaluar la capacidad de respuesta del actualmente dominante concepto de *desarrollo sustentable*.

### Un paradigma teológico y antropocéntrico: el relato del Génesis

Una visión primitiva del medio ambiente puede encontrarse en el relato del Génesis,<sup>3</sup> cuando el Creador entrega al hombre originario la tarea de multiplicarse, llenar la tierra, someterla, dominar los peces del mar, las aves del cielos y todos los vivientes que se muevan, así como utilizar como alimento todas las plantas y árboles que produzcan semilla y den fruto con semilla.

Se ha vuelto un tópico afirmar que el relato del Génesis representa el polo opuesto a la sustentabilidad ambiental, toda vez que su orientación antropocéntrica justificaría al hombre servirse en forma indiscriminada de los recursos naturales, que quedarían *sometidos* a su jerarquía superior. Ello, sin embargo,

<sup>2</sup> T. Kuhn, en *La estructura de las revoluciones científicas* (1971), sostiene que el conocimiento científico progresa cíclicamente y no se desarrolla por medio de la acumulación de descubrimientos o inventos, sino que se forma como proceso de ruptura con lo anterior. Para Kuhn, "el descubrimiento comienza con la percepción de la anomalía, o sea, con el reconocimiento de que en cierto modo la naturaleza ha violado las expectativas inducidas por el paradigma, que rige a la ciencia normal". El proceso de una revolución científica se inicia cuando un paradigma aceptado por la comunidad que practica determinada ciencia entra en competencia con otros nuevos, producto de su incapacidad para dar respuestas consistentes a los problemas que trata de resolver. Si las discrepancias entre distintos paradigmas no son resueltas, se convierten en anomalías, y si éstas se acumulan se produce una crisis que determina la caída del antiguo paradigma, y el surgimiento de una revolución científica en la que el antiguo paradigma es reemplazado por uno nuevo incompatible con el anterior. De esta forma, con el establecimiento del nuevo paradigma se consigue cumplir tres importantes exigencias: ofrece una solución a la crisis científica; proporciona una nueva visión del mundo; y finalmente ofrece una agenda de investigación alternativa sobre la que los científicos trabajen.

<sup>3</sup> No se trata, desde luego, de un relato histórico, sino de un recurso pedagógico, en el que se han unido diversas tradiciones orales para explicar el origen del mundo y los recursos ambientales puestos a disposición del hombre.

no es así, como se desprende de los últimos versículos del relato, donde el sometimiento de la tierra y los seres vivientes que la pueblan tiene por objeto únicamente permitir que el hombre se sirva de ellos como alimento y donde, asimismo, el Creador da el pasto verde como alimento a todas las fieras de la tierra, a todos los pájaros del cielo y a todos los vivientes que se arrastran por el suelo.

Si bien en el Génesis no se plantea como cuestión la sustentabilidad ambiental, el relato es consistente con lo que se expresa en numerosos textos bíblicos, tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento, en que queda de manifiesto que los hombres son meros administradores del medio ambiente y que el uso de los recursos de la tierra está acotado a la satisfacción de sus necesidades básicas.

Es evidente que no hay en el relato bíblico un sustrato científico ni uno político, que permitan o justifiquen eventuales derivaciones de carácter ambiental, pero es muy probable que este paradigma primitivo haya debido competir con otros que, en la misma época en que adquirió forma,<sup>4</sup> intentaban explicar el origen y el destino del mundo, logrando imponerse como una cosmovisión que hasta el día de hoy sigue siendo sostenida por muchos que interpretan el Génesis como una historia real que da cuenta de un mandato divino de carácter universal.

### **Un paradigma cósmico: la hipótesis Gaia**

El Mensaje Presidencial con que se envió al Congreso Nacional el proyecto de ley de Bases Generales del Medio Ambiente señalaba que "en la década del sesenta, el hombre pudo apreciar por primera vez su planeta desde la inmensidad del espacio. Las fotografías de esa imagen recorrieron el mundo, proyectando un mensaje de humildad que golpeó la conciencia humana (...) ¿Cómo se ve la Tierra desde el espacio? Se aprecia una esfera envuelta en nubes, en donde sólo resalta la inmensidad del océano, la extensión de los desiertos y el verdor profundo de las zonas selváticas. Se ve, en definitiva, un planeta frágil y finito, casi insignificante en el escenario universal (...) Esta visión de la Tierra nos enfrenta a una realidad que en nuestra vida diaria parecemos desconocer y negar: la existencia de un planeta con límites. La percepción nítida de las fronteras del planeta viene a subrayar la necesidad de adecuar el comportamiento de la humanidad a esos límites, que no podemos seguir vulnerando sin arriesgar la propia viabilidad de la vida futura sobre la Tierra (...)

<sup>4</sup> El Génesis, junto con los libros Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio forman lo que los judíos llamaron la Toráh o Ley, y que en lenguaje bíblico se denomina Pentateuco. Se impuso como literatura canónica recién en el siglo II de la era cristiana, en circunstancias que su origen es considerablemente anterior, ya que al menos data de la época de Moisés (circa 1300 antes de la era cristiana), a quien la tradición judía atribuye la composición de la Toráh. Por lo tanto, su recepción por el cristianismo pretende darle el carácter universal que antes no podía tener, al quedar reducido a una serie de tradiciones vigentes solamente en una sociedad autosegregada del resto del mundo.

Pero no todas las visiones del planeta Tierra desde el espacio han resultado ser tan sombrías. En 1969 el bioquímico inglés James Lovelock presentó su *hipótesis Gaia* en unas jornadas celebradas en Princeton. No tuvo éxito alguno, aunque diez años más tarde la publicó bajo el título de *Una Nueva Visión de la Vida sobre la Tierra*. No obstante su rechazo por la comunidad científica, produjo en ella una gran perplejidad, porque a pesar de ser sus conclusiones del todo heterodoxas, ellas habían sido fundadas en observaciones y argumentos propios del método científico.

Según Lovelock, la biosfera del planeta tierra podía considerarse como un único y gran organismo a escala planetaria, en que todas y cada una de sus partes eran independientes, pero se encontraban íntimamente relacionadas. Lovelock llegó a tal conclusión mientras procuraba determinar qué signos de vida debían buscar en los planetas Marte y Venus las sondas espaciales que se estaban diseñando para su exploración. Imaginó Lovelock que, al revés que él, un supuesto astrónomo marciano podría ver desde su lugar de observación que la composición del aire de la Tierra es prueba de la existencia de vida en el planeta y que ésta se debe a que la atmósfera terrestre contiene gran cantidad de oxígeno. Ahora bien, si existe el oxígeno en tal cantidad, ello se debe a que se está reponiendo permanentemente, ya que de otra forma habría desaparecido, al igual que en Marte y Venus.

Para Lovelock, lo que mantiene el oxígeno es la vida misma, la cual también se nutre del oxígeno que es capaz de reponer. Por lo tanto, toda la vida de la tierra interacciona y es capaz de mantener un ambiente apto para la continuidad de su propia existencia mediante un sistema *homeostático*, es decir, autoconservativo, capaz de adaptarse a los cambios e, incluso, inducir sus propios cambios mediante la alteración del medio ambiente.<sup>5</sup>

Las conclusiones a que puede llegarse a partir de la *hipótesis Gaia* son variadas, pero es evidente que sus enunciados contradecían la mayor parte de los postulados científicos de la época, reversando los postulados de Darwin. Si

<sup>5</sup> Las pruebas que aporta Lovelock para justificar la hipótesis Gaia son variadas, siendo la historia del clima terrestre uno de los argumentos de mayor peso en su favor. A lo largo de la evolución de la Tierra, el clima ha cambiado, pero nunca ha sido desfavorable para la vida. La biosfera ha sido capaz de mantener el statu quo climatológico más adecuado para salvaguardar el bienestar del hombre y suministrarle un medio ambiente adecuado. El registro paleontográfico de la presencia ininterrumpida de seres sobre el planeta desde hace 3.500 millones de años así lo atestiguan, al tiempo que indica la imposibilidad de que los océanos llegaran a hervir o congelarse. Si la tierra no fuera más que un objeto sólido inanimado, la temperatura de su superficie hubiera seguido las oscilaciones de la radiación solar sin protección posible: el planeta se cuida a sí mismo. Otra prueba es la de la sal en los océanos, donde se muestra que la concentración actual de sal en los mares del planeta es justo la adecuada para las plantas y animales marinos que viven en ellos y que cualquier aumento significativo resultaría desastroso. A éstos les cuesta un gran esfuerzo evitar que la sal se acumule en sus tejidos y les envenene; si en el mar hubiera mucha más sal de la que hay, no podrían hacerlo y morirían. Y, sin embargo, según toda lógica científica normal, los mares deberían ser muchos más salados de lo que son: el planeta se autosustenta.

éste había observado que a lo largo de la evolución la vida se ha ido ajustando a las condiciones del entorno fisicoquímico, Lovelock afirmó exactamente lo contrario, es decir, la biosfera es la encargada de generar, mantener y regular sus propias condiciones ambientales.

Hoy, la *hipótesis Gaia* parece olvidada, aunque todavía resuena en algunos círculos científicos. Sin embargo, la idea de que el planeta está regido por la leyes de la homeostasis resulta difícilmente compatible con la actividad humana, cada vez más demandante de recursos energéticos que, a diferencia del Génesis, no toma de la tierra solamente lo necesario para alimentarse, sino que también, paradójicamente, aquello que puede servir para destruirla.

### ¿Un paradigma liberal o autoritario? La tragedia de los comunes

En 1968 Garrett Hardin publicó un artículo denominado *The Tragedy of Commons*, en el cual se preguntó si el mundo es finito y defendió el control de la población, afirmando que "la libertad de reproducción es intolerable". Sin embargo, lo que quedó de ese artículo es el dilema que plantea Hardin como "la tragedia de la libertad sobre los recursos comunes", cuya trama conduce inevitablemente a que en un mundo limitado cada granjero procura incrementar ilimitadamente la utilidad que puede extraer de los bienes que comparte con los demás. "Cada hombre –concluye Hardin– está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos".<sup>6</sup>

En el caso de la contaminación, la tragedia de los recursos comunes no consiste en sacar algo de los recursos comunes, sino de ponerles algo dentro, emisiones, residuos, elementos tóxicos, sustancias indeseables, pero el cálculo de los be-

<sup>6</sup> El desarrollo de la trama es el siguiente, en palabras de Hardin: Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia. Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo: El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a +1; el componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión particular tomada por un pastor es solamente una fracción de -1. Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia.

neficios es similar. "El hombre razonable, manifiesta Hardin, encuentra que su parte de los costos de los desperdicios que descarga en los recursos comunes es mucho menor que el costo de purificar sus desperdicios antes de deshacerse de ellos. Ya que esto es cierto para todos, estamos atrapados en un sistema de "ensuciar nuestro propio nido", y así seguirá mientras actuemos únicamente como libres empresarios, independientes y racionales". Según Hardin, "La tragedia de concebir a los recursos comunes como una canasta de alimentos se desvirtúa con la propiedad privada, o con algo formalmente parecido. Pero el aire y el agua que nos rodean no se pueden cercar fácilmente, por lo que la tragedia de los recursos comunes al ser tratados como un pozo sin fondo debe evitarse de diferentes maneras, ya sea por medio de leyes coercitivas o mecanismos fiscales que hagan más barato para el contaminador el tratar sus desechos antes de deshacerse de ellos sin tratarlos".

Hardin, quizás influido por las conclusiones a que llegó el Club de Roma por la misma época,<sup>7</sup> se muestra pesimista ante una eventual solución y no incorpora a su análisis el concepto de desarrollo sustentable, que veinte años más tarde vería la luz en el *Informe Brundtland*. Para el economista, el problema de la contaminación es básicamente un problema de sobrepoblación, que debe resolverse por la vía del control de la libertad de reproducción y de la redefinición de los derechos propietarios.<sup>8</sup>

## **Hacia un paradigma global: el desarrollo sustentable**

El modelo del desarrollo sustentable surgió de la observación de varias anomalías que afectaban al sistema de libre mercado como asignador y valorizador de recursos ambientales.

<sup>7</sup> En 1968, el Club de Roma pone de relieve los siguientes problemas que acucian el bienestar y desarrollo de la humanidad; deterioro del medio ambiente físico; crisis de las instituciones; burocratización; enajenación de la juventud; violencia; educación inadecuada; brecha creciente entre países pobres e industrializados; crecimiento urbano incontrolado; inseguridad en el empleo; satisfacción decreciente obtenida en el trabajo; impugnación de los valores de la sociedad; indiferencia ante la ley y el orden; inflación y disrupción monetaria; y brecha creciente en los países entre ricos y pobres.

<sup>8</sup> De hecho, nuestro particular concepto de la propiedad privada, que nos impide agotar los recursos positivos de la tierra, favorece la contaminación. El dueño de una fábrica a la orilla de un arroyo –cuya propiedad se extiende a la mitad del mismo– con frecuencia tiene problemas para ver por qué no es su derecho natural el ensuciar las aguas que fluyen frente a su puerta. La ley, siempre un paso atrás de los tiempos, requiere cambios y adecuaciones muy elaboradas para adaptarse a este aspecto recientemente reconocido de los recursos comunes.

El problema de la contaminación es una consecuencia de la población. No importaba mucho la forma en que un solitario pionero americano liberara sus desechos. "El agua corriente se purifica a sí misma cada diez millas", solía decir mi abuelo, y el mito estaba suficientemente cerca de la verdad cuando él era niño, porque no había mucha gente. Pero conforme la población se ha hecho más densa, los procesos naturales de reciclado, tanto biológicos como químicos, están ahora saturados y exigen una redefinición de los derechos de propiedad.

Desde una perspectiva económica, el medio ambiente cumple tres funciones básicas: en primer lugar, es la fuente fundamental de recursos; vale decir, es proveedor de los *inputs* necesarios para el proceso productivo; en segundo término, cumple una función estética, ofreciendo servicios relacionados con el disfrute del entorno natural; y en tercer lugar, actúa como depósito de los desechos y residuos generados en las actividades de producción y consumo.

Hasta los años sesenta, la actividad económica se consideraba como un sistema cerrado en sí mismo, donde los agentes económicos se comportan de forma racional, buscando maximizar su bienestar o su beneficio, respectivamente, pero sin tener en cuenta las repercusiones que sus acciones tienen en el medio social y físico que les rodea. Por consiguiente, las formas de producción y de consumo no figuran vinculadas al medio natural, el cual carece de significado económico. Se consideró que no era necesario incorporar a la teoría económica los posibles deterioros ambientales, ya que la propia naturaleza era capaz de resolver por sí misma la mayoría de los problemas de contaminación derivados de los procesos productivos, a través de su reciclaje por procedimientos naturales. No se consideró en este análisis que el medio ambiente cuenta con una capacidad limitada de absorción o asimilación de los residuos, en términos que si debido a su volumen o calidad ellos presionan más allá del límite tolerable, terminan por disminuir la capacidad del medio ambiente para cumplir las otras dos funciones.

Dentro de esta concepción, se consideraba que el gran asignador de valor económico era el mercado, pero como consecuencia de la desvinculación del medio ambiente del sistema de transacciones, no se incorporó al sistema de asignaciones la hipótesis del eventual agotamiento de un determinado recurso ambiental, salvo que en la medida en que el agotamiento de algunos recursos hace más compleja y, por consiguiente, costosa su obtención, ello simplemente se trasladaría a los precios del mismo, pero no establecería premisas firmes para evitar su extinción o degradación.

Existía, por tanto, una disociación estructural entre la actividad económica y la naturaleza, por lo que las funciones que desempeña el medio ambiente y su deterioro no estaban incorporados al sistema económico. La premisa era que en el sistema de libre mercado las personas obtienen aquello que desean y tienen capacidad de pagar, de forma que los mercados se ajustan para acomodarse a los cambios de deseos.

No obstante lo que enseñaba la teoría económica, a partir de la década del sesenta pudo observarse que el sistema de libre mercado adolecía de ciertos fallos o anomalías que limitaban su eficiencia como asignador de recursos. En primer lugar, se determinó que no era capaz de reflejar el verdadero valor de los recursos al no incorporar el valor del medio ambiente, a lo que se deno-

minó *externalidades*; y en segundo lugar, se concluyó que las reglas del libre mercado desalientan la producción de bienes y servicios ambientales, debido en gran medida a que éstos no son de dominio privado y no obligan a pagar por su uso, ya que existe libre acceso a ellos.

La evidencia de la degradación ambiental causada o tolerada por la concepción libremercadista hizo surgir voces de alarma en cuanto a la posibilidad de un crecimiento económico acumulativo y al agotamiento paulatino de los recursos naturales, llegándose incluso a formular la hipótesis de *crecimiento cero*.<sup>9</sup>

Sin embargo, estos supuestos negativos fueron dando paso a nuevas ideas y respuestas al problema de la incorporación de las consideraciones ambientales a las bases de la economía de mercado, alcanzando su máxima expresión en el concepto paradigmático de *desarrollo sostenible* o *desarrollo sustentable*, definido por la Comisión Mundial del Medioambiente y Desarrollo de Naciones Unidas (*Comisión Brundtland*)<sup>10</sup> como "el que satisface las necesidades del presente sin dañar la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades".

### Algunos elementos formativos del desarrollo sustentable

El paradigma del *desarrollo sustentable* se afirma en tres postulados principales.

Primero, no existe antagonismo entre crecimiento económico y protección del medio ambiente, sino que es posible conjugar ambos conceptos. Se reconocen las interdependencias a nivel local, regional, nacional y global entre el medio

<sup>9</sup> Aunque no es rigurosamente ésta la postura del Club de Roma, en su informe sobre Los Límites del Crecimiento Económico (Informe Meadows, 1972) plantea que si el actual incremento de la población mundial, la industrialización, la contaminación, la producción de alimentos y la explotación de los recursos naturales se mantiene sin variación, alcanzará los límites absolutos de crecimiento en la tierra durante los próximos cien años. La misma postura ha sostenido en las sucesivas versiones actualizadas del informe, aunque ampliando los plazos en que se llegaría a una situación de crecimiento cero.

<sup>10</sup> *Nuestro Futuro Común* (1987). Pueden citarse como antecedentes complementarios para ilustrar mejor el proceso de cambio al paradigma del desarrollo sustentable los siguientes: En 1968 se publicó el informe conocido como Los Límites del Crecimiento, donde un conjunto de investigadores del MIT, a petición del Club de Roma, establecieron la verdadera importancia del medio ambiente para el bienestar humano y el consiguiente deber de los gobiernos de propender a su protección y recuperación. Su objetivo fue investigar y alentar métodos de estudio e interesar a funcionarios y grupos influyentes de los principales países sobre las perspectivas de la crisis en progreso que está afectando el medio ambiente. La problemática ambiental analizada por este organismo contempla la interdependencia entre distintos aspectos políticos con aspectos energéticos, alimentarios y demográficos, entre otros, proyectada hacia escenarios futuros. El año 1982 se publicó la Carta Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Naturaleza, en la cual se plantea la necesidad de respetar toda forma de vida y entender la dependencia humana en torno a la explotación de los recursos y su control. En 1983, la Asamblea General de la ONU crea la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual se reúne en el año siguiente con el propósito de establecer una agenda mundial para el cambio. De la labor desplegada por esta institución, el año 1987 se dio a conocer el Informe Brundtland, en el que se formaliza por primera vez el concepto de desarrollo sostenible.

ambiente y el sistema económico, asumiendo, además, que las relaciones económicas constituyen un subsistema de un ecosistema global del cual depende.

Segundo, la dinámica del *desarrollo sostenible* no pretende la recuperación del estado del patrimonio ambiental a sus niveles originarios, sino la instauración de políticas de apoyo estructural que compatibilicen los objetivos de crecimiento económico, minimizando el deterioro y/o el consumo de los recursos naturales.

Tercero, en el marco de referencia en que se mueve la economía mundial, alcanzar tal estado de desarrollo no depende tanto del nivel de avance del conocimiento científico o de técnicas concretas, como de la voluntad política del gobierno y los demás actores sociales en sus respectivas esferas, los cuales deben internalizar la necesidad de promover un modelo de desarrollo económico que garantice su supervivencia para el futuro, manteniendo los parámetros ambientales básicos en su adecuado equilibrio.

Los elementos integradores del *desarrollo sustentable* son, por lo tanto, el crecimiento económico con equidad intergeneracional, fundado en el uso adecuado de los recursos ambientales. Se trata de un proceso de cambio, en el que la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y el cambio institucional están todos en armonía, y mejorar el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas.

### **Articulación del paradigma: los instrumentos internacionales**

El informe de la Comisión Brundtland fue precedido y seguido de diversos otros documentos que, bajo distintas formas y objetivos, daban cuenta de la preocupación por el deterioro ambiental y las perspectivas del crecimiento económico, contribuyendo de esta manera a la formación del paradigma.

Los instrumentos internacionales muestran una interesantísima evolución, ya que a partir de un concepto tan simple como el que se expresa en *Nuestro Futuro Común*, fueron desarrollando el paradigma en forma cada vez más compleja, introduciendo en él elementos que fueron ampliando considerablemente su ámbito de acción

#### **a) Conferencia sobre el Medio Humano**

Así, por ejemplo, la *Conferencia sobre el Medio Humano* (Estocolmo, 1972) definió el primer plan de acción para el medio ambiente y control de la contaminación provocada por los países más ricos, fundado en la satisfacción de necesidades básicas, la solidaridad con generaciones futuras, la participación de la población involucrada, la preservación de los recursos naturales y el medio

ambiente, la instauración del sistema social que garantice empleo, seguridad social y el respeto a otras culturas.

Afirmó la *Declaración de Estocolmo* que "El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente", y que "La defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas".

De ahí concluyó una serie de principios, siendo los más relevantes los siguientes:

"PRINCIPIO 1. El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras."

"PRINCIPIO 8. El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y de trabajo favorable y para crear en la tierra las condiciones necesarias de mejora de la calidad de vida."

"PRINCIPIO 13. A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente humano en beneficio de su población."<sup>11-12</sup>

<sup>11</sup> La Declaración de Estocolmo produjo diversas secuelas, tales como el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente), que busca el equilibrio entre el inmovilismo propugnado por el Club de Roma y el crecimiento salvaje o apropiación predatoria de la naturaleza (1973); la conferencia mundial sobre Patrones de Utilización de los Recursos, Medio Ambiente y Estrategias de Desarrollo, auspiciada por PNUMA (Cocoyac, México), que fijó las necesidades de desarrollo en la satisfacción de las necesidades básicas, en oposición al crecimiento puro (1974); la Conferencia Mundial sobre Población (Bucarest), que puso en contrapunto la posición natalista de los países pobres versus la posición antinatalista de los países ricos (1974); la Estrategia Mundial para la Conservación, proclamada en 1980 bajo el auspicio de la Unión Mundial para la Conservación (UICN), la Worldlife Foundation (WWF) y el PNUMA, donde se introdujo la noción de sustentabilidad como base del desarrollo; y la Comisión Mundial del Ambiente y Desarrollo (CMMAD), convocada en 1984 por la ONU.

<sup>12</sup> Con posterioridad al informe de la Comisión Brundtland, pueden anotarse algunos hitos interesantes, como: Declaración Nuestra propia Agenda (1990), suscrita por diversos países latinoamericanos en preparación para la Conferencia de Río, donde se define desarrollo sustentable como un proceso de cambio social en el cual la explotación de los recursos, el sentido de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y las reformas institucionales se deben realizar en forma armónica, ampliándose el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas; Plataforma de

### **b) Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo**

La *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo* data del 14 de junio de 1992, esto es, a diez años de Estocolmo. En ella se desarrollan diversos principios, pudiendo citarse los siguientes:

"PRINCIPIO 1. Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza."

"PRINCIPIO 3. El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las expectativas de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras."

"PRINCIPIO 4. A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada."

"PRINCIPIO 5. Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo."

### **c) Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible**

Diez años más tarde (4 de septiembre de 2002) se produce la *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, en la que las partes declaran:

"Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, reunidos en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica) del 2 al 4 de septiembre de 2002, reafirmamos nuestro compromiso en pro del desarrollo sostenible".

"2. Nos comprometemos a construir una sociedad mundial humanitaria y equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos."

---

Tlatelolco (1991), que detecta como áreas sensibles la protección atmosférica, el cambio climático, la biodiversidad y la biotecnología, la protección y ordenamiento de los recursos, la protección y suministro del agua, el tratamiento de los desechos, el desarrollo urbano y el ambiente, y la erradicación de la pobreza; Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992); 1995: Cumbre de Copenhague (1995); Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible (Río+5) (1997); 2001: Plataforma de Acción Río de Janeiro, elaborada por la Conferencia Regional de América Latina y el Caribe en preparación para la segunda Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible; Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible (Río+10), (Johannesburgo, 2002).

"11. Reconocemos que la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible."

"12. La profunda fisura que divide a la sociedad humana entre ricos y pobres, así como el abismo cada vez mayor que separa al mundo desarrollado del mundo en desarrollo, representan una grave amenaza a la prosperidad, seguridad y estabilidad mundiales."

"14. La globalización ha agregado una nueva dimensión a estos problemas. La rápida integración de los mercados, la movilidad del capital y los apreciables aumentos en las corrientes de inversión en todo el mundo han creado nuevos problemas, pero también nuevas oportunidades para la consecución del desarrollo sostenible. Pero los beneficios y costos de la globalización no se distribuyen de forma pareja y a los países en desarrollo les resulta especialmente difícil responder a este reto."

"5. Corremos el riesgo de que estas disparidades mundiales se vuelvan permanentes y, si no actuamos de manera que cambiemos radicalmente sus vidas, los pobres del mundo pueden perder la fe en sus representantes y en los sistemas democráticos que nos hemos comprometido a defender, y empezar a pensar que sus representantes no hacen más que promesas vanas."

"19. Reafirmamos nuestra promesa de asignar especial importancia a la lucha contra problemas mundiales que representan graves amenazas al desarrollo sostenible de nuestra población y darle prioridad. Entre ellos cabe mencionar el hambre crónica, la malnutrición, la ocupación extranjera, los conflictos armados, los problemas del tráfico ilícito de drogas, la delincuencia organizada, la corrupción, los desastres naturales, el tráfico ilícito de armas, la trata de personas, el terrorismo, la intolerancia y la incitación al odio racial, étnico, religioso y de otra índole, la xenofobia y las enfermedades endémicas, transmisibles y crónicas, en particular el VIH/SIDA, el paludismo y la tuberculosis."<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Como ya se ha dicho, la próxima Cumbre de Río + 20 se realizará entre el 4 y el 6 de junio de 2012. Los principales propósitos de esta Cumbre serán la acentuación de los compromisos ambientales ya adquiridos y su incorporación dentro de políticas internas de los Estados Miembros, compartir los logros relacionados al desarrollo sostenible, así como analizar los vacíos en su aplicación. Se han anunciado dos nuevos temas a tratar en esta próxima Conferencia: primero, la Economía Verde en el contexto del Desarrollo Sostenible y la erradicación de la Pobreza; y segundo, el Marco Institucional para el Desarrollo Sostenible (Fuente: CEPAL)

## La recepción del paradigma del desarrollo sustentable en Chile

Cinco años después de la publicación del *Informe Brundtland*, el 14 de septiembre de 1992, se presentó al Senado chileno el proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, precedido de un Mensaje Presidencial, en el que figuran las bases doctrinarias que inspiran el proyecto. Como era de esperar, se repiten en éste los conceptos fundamentales del nuevo paradigma que se había impuesto en el mundo.

El Mensaje arranca desde una observación empírica: los esfuerzos de los chilenos para lograr el bienestar económico han comprometido seriamente la capacidad de nuestras riquezas naturales y el resguardo del medio ambiente. Lo cual plantea un desafío: generar los medios necesarios para restablecer el equilibrio entre el hombre y su medio.

Considera el Mensaje que "la noción de desarrollo sustentable es de gran utilidad, pues afirma que no puede haber progreso sólido y estable si no existen simultáneamente equidad social y conservación ambiental. Un desarrollo sustentable debe conservar la tierra y el agua, los recursos genéticos, no degradar el medio ambiente, ser técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable". La protección ambiental, por consiguiente, no puede plantearse como un dilema frente al desarrollo, sino como uno de sus elementos. Cuando se habla de *desarrollo sustentable*, debe pensarse en crecimiento económico con equidad social y con preservación y cuidado de los recursos naturales.

El Mensaje trasunta varios elementos de otros paradigmas que han precedido al dominante en los tiempos actuales, desde el Génesis<sup>14</sup> hasta la *hipótesis Gaia*<sup>15</sup>, concluyendo que es "triste comprobar que en los últimos años del segundo milenio de la era cristiana nos encontramos con que nuestro mundo enfrenta agudos problemas de degradación ambiental, porque nuestra generación y las generaciones que nos antecedieron, no supimos cuidar adecuadamente a la naturaleza. Este olvido, traducido en uso descuidado y abuso irresponsable, cuando no francamente destructor de esos recursos, se ha traducido en creciente degradación y contaminación ambiental".

<sup>14</sup> Cumpliendo el mandato bíblico, los hombres nos hemos esforzado, a través de los siglos, en dominar al universo y aprovechar todas sus potencias naturales para conquistar mayor bienestar y más poder, pero lo hemos hecho olvidando que los recursos naturales no son ilimitados y han de servir no sólo a las generaciones presentes, sino también a quienes vengan después.

<sup>15</sup> ¿Cómo se ve la Tierra desde el espacio? Se aprecia una esfera envuelta en nubes, en donde sólo resaltan la inmensidad del océano, la extensión de los desiertos y el verdor profundo de las zonas selváticas. Se ve, en definitiva, un planeta frágil y finito, casi insignificante en el escenario universal.

Curiosamente, la versión original del proyecto de ley presentado junto al Mensaje no recoge el concepto de *desarrollo sustentable*, sino que define únicamente *desarrollo* como "el proceso de mejoramiento continuo, simultáneo y armónico de la calidad de vida de todos los miembros de la sociedad humana, basado en la conservación y mejoramiento de su patrimonio ambiental".<sup>16</sup>

### La expresión normativa del paradigma del desarrollo sustentable en Chile

El Mensaje Presidencial de 1992 dio inicio a la recepción normativa del concepto de *desarrollo sustentable* en Chile. La propia Ley de Bases Generales del Medio Ambiente transformó el concepto en un nuevo paradigma jurídico definiéndolo, para todos los efectos legales, como "el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras".

Esta definición, más desarrollada pero en cierto modo más restrictiva que la de la *Comisión Brundtland*<sup>17</sup>, ha dejado su huella y se ha constituido en el verbo rector de toda la legislación ambiental chilena a partir de la Ley N° 19.300. Su ámbito de acción, por lo tanto, va mucho más allá de la mera función administrativa que corresponde desempeñar a la autoridad ambiental<sup>18</sup>, desempeñando un papel transversal que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico chileno, y en aquellos elementos sustantivos donde radica el verdadero y sustantivo derecho ambiental autónomo y no a la estricta función administrativa, a la que se ha reducido, en gran medida, el derecho ambiental chileno.

Hacia la vía amplia, es precisamente la propia Ley N° 19.300, modificada por la Ley N° 20.473, la que ha ampliado en alguna medida el concepto de *desarrollo sustentable* al de *sustentabilidad*, incorporándolo como elemento fundamental de la Evaluación Ambiental Estratégica (artículo 2°, letra i) bis) y creando el

<sup>16</sup> El primer informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado consignó que "se produjo un arduo debate entre los miembros de vuestra Comisión, en orden a determinar si procedía mantener la proposición del Mensaje, que define desarrollo, o bien conceptualizar desarrollo sustentable. Una tesis se basó en que el concepto no admitiría adjetivación alguna, por cuanto todo desarrollo para ser tal requiere ser entendido en un sentido integral y positivo, en el que no cabe el deterioro de los recursos ni un crecimiento inarmónico de los distintos elementos que lo componen. Por otra parte se sostuvo que la definición debe justificarse en cuanto tenga trascendencia jurídica para los efectos de la aplicación e interpretación de la ley. Teniendo en cuenta que el concepto de 'desarrollo sustentable' sí tiene una significación importante en la temática ambiental, se optó por definir este último.

<sup>17</sup> En efecto, el concepto del Informe Brundtland es genérico, señalando que el desarrollo sustentable es el que satisface las necesidades del presente sin dañar la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. La ley chilena, en cambio, funda el mejoramiento de la calidad de vida de las personas (necesidades del presente y del futuro) en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, es decir, específicas.

<sup>18</sup> Artículo 69 de la Ley N° 19.300, modificada por la Ley N° 20.473

Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, una de cuyas principales funciones consiste en proponer al Presidente de la República las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables (letra a) del artículo 71).

En otros ámbitos normativos también resulta plenamente aplicable el paradigma legal del *desarrollo sustentable*. Así, por ejemplo, el artículo 1° de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, establece que ella tiene como objetivos la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, "con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental". Y, dándole contenido al concepto, señala el artículo 2° numeral 18 que es plan de manejo de preservación aquél que tiene como objetivo fundamental "resguardar la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área objeto de su acción".

Pueden destacarse también las disposiciones de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente que amparan el adecuado uso de los recursos naturales, con el objeto de preservar su integridad. Así, por ejemplo, el artículo 32 se refiere a las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, previamente definidas en el artículo 2° letras n) y ñ), respectivamente<sup>19</sup>. El artículo 33 confiere al Ministerio del Medio Ambiente la potestad y obligación de administrar la información de los programas de medición y control de la calidad ambiental del aire, agua y suelo para los efectos de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En fin, el artículo 39 consagra el principio de que La ley velará porque el uso del suelo se haga en forma racional, a fin de evitar su pérdida y degradación.

Resulta difícil, en este brevísimo trabajo, repasar las diversas normas y mecanismos legales destinados a poner en ejecución el paradigma del *desarrollo sustentable*, con sus componentes –de crecimiento económico con equidad intergeneracional– fundado en el uso adecuado de los recursos ambientales.<sup>20</sup> Puede que no figure en ellas de manera explícita, pero están todas impregnadas de los mismos enunciados del paradigma, incluso en aquellos casos en que la

<sup>19</sup> La letra n) define la norma primaria de calidad ambiental como aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población. Por su parte, la letra ñ) define la norma secundaria como aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza.

<sup>20</sup> Ellos se encuentran dispersos en la legislación pesquera, minera, de aguas, sanitaria, urbanística, energética, eléctrica, turística e incluso laboral, por mencionar algunas.

legislación es anterior a la formulación del concepto de *desarrollo sustentable*.<sup>21</sup> Lo que ocurre es que, como todo paradigma, es capaz de proporcionar una nueva visión del mundo, aunque éste no haya cambiado, y en tal medida es capaz de dar un sentido distinto a lo que antes se conocía de otra forma.

### **¿Qué puede inferirse de lo expuesto?**

Sin ninguna intención de agotar una temática tan vasta, la forma como los instrumentos internacionales y nacionales –así como la normativa chilena y los principios doctrinarios que la informan–, han diseñado y articulado el paradigma del desarrollo sustentable, lleva a algunas conclusiones iniciales.

1. El paradigma del desarrollo sustentable no se agota con el medio ambiente, ni con la economía, ni con la cultura, ni con la política;
2. El desarrollo sustentable es, en esencia, un proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas (artículo 2º letra g) de la Ley N° 19.300);
3. El desarrollo sustentable se afirma en la premisa de que no puede haber progreso sólido y estable si no existen simultáneamente equidad social y conservación ambiental (Mensaje presidencial);
4. El objeto del desarrollo sustentable es la persona humana en su integridad, tanto en su dimensión intelectual, moral, social y espiritual (Johannesburgo), como en cuanto a su necesidad de alcanzar la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas (Estocolmo);
5. El centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible es el hombre, quien tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (Río);
6. El desarrollo sustentable, junto con ser un modelo explicativo de la realidad, pretende también ser una respuesta a la finalidad de construir una sociedad mundial humanitaria y equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos (Johannesburgo);

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, la Ley de Bosques, que ya en el año 1925 prohibía la corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga su origen hasta aquel en que llegue al plano; la corta o destrucción del arbolado situado a menos de 200 metros de radio de los manantiales que nazcan en terrenos planos no regados; la corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores a 45%. ¿No son éstas normas de protección de los recursos naturales para asegurar su adecuada preservación y futuro uso?

7. Son objetivos primordiales y requisitos del desarrollo sustentable la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico (Johannesburgo);

8. El desarrollo sustentable no se concilia con la profunda fisura que divide a la sociedad humana entre ricos y pobres, así como el abismo cada vez mayor que separa al mundo desarrollado del mundo en desarrollo (Johannesburgo); y

9. El desarrollo sustentable corre el riesgo de que las disparidades mundiales se vuelvan permanentes y, si no actuamos de manera que cambiemos radicalmente sus vidas, los pobres del mundo pueden perder la fe en sus representantes y en los sistemas democráticos que nos hemos comprometido a defender, y empezar a pensar que sus representantes no hacen más que promesas vanas (Johannesburgo).

### **¿Respuestas pertinentes o anomalías?**

Las respuestas que ha proporcionado la teoría del *desarrollo sustentable* han sido hasta ahora relativamente pertinentes o, al menos, más pertinentes que las explicaciones que ofrecen otros paradigmas. Sin embargo, ya se advierten en ella algunas *anomalías* que pueden provocar el surgimiento de otros paradigmas en competencia, o bien inducir algunos cambios en el paradigma dominante que mejoren su capacidad de respuesta a situaciones o fenómenos que aún no ha considerado.

1. La primera y más evidente anomalía deriva de su sustrato teórico, que no parece compatible con la realidad empírica que trata de explicar. En efecto, el paradigma supone la existencia de un crecimiento sostenido, continuo y equitativo. Este postulado, si bien altamente deseable como ideal de desarrollo, se aparta de las enseñanzas de la historia. Así como el conocimiento no es lineal, como lo demostró Kuhn, la historia y el crecimiento de los pueblos y sociedades tampoco lo son. Las revoluciones científicas no son más que un reflejo de las revoluciones sociales, en que la visión del mundo puede cambiar radicalmente producto de un cambio de orientación en las prioridades. El crecimiento y decadencia de las naciones que se suceden una a otras es una muestra clara que el crecimiento no es un proceso continuo, sino sustitutivo. Pensar lo contrario es contrariar la historia y convertir el paradigma en dogma, restándole validez científica.

2. Una segunda anomalía proviene del excesivo énfasis que el paradigma pone en las generaciones venideras, como una suerte de proteccionismo o paternalismo que muchas veces tiende a sacrificar los derechos de la sociedad actual en beneficio de las meras expectativas de la sociedad de reemplazo.

3. De la anterior deriva una tercera anomalía, vinculada a pretensión de universalidad del paradigma. Si el *desarrollo sustentable* es un proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de todas las personas, ¿cómo se explica que la brecha entre ricos y pobres no sólo no haya disminuido, sino que haya aumentado en las últimas décadas? ¿Cómo se explica que la brecha entre los países industrializados y los países menos desarrollados también haya ido en aumento? ¿Cómo se explica que los países del hemisferio sur sigan siendo la periferia trófica que alimenta las crecientes necesidades energéticas de los estados del hemisferio norte, y que éstos sigan utilizando a los primeros como depósito de residuos?

Pareciera, a juzgar por la falta de respuesta a estas elementales preguntas, que el paradigma del *desarrollo sustentable* carecería en sí mismo de sustentabilidad universal y que sólo sirve a los propósitos del mundo desarrollado, no alcanzando sus posibles beneficios al resto de la humanidad.

4. Una cuarta anomalía se presenta en el nivel interno de los países, marcada también por las desigualdades económicas, sociales y culturales, donde el alto grado de concentración de los poderes de decisión aleja a la mayoría de las personas de los réditos del desarrollo sustentable. ¿De qué sirve exhibir índices de desarrollo industrial que muestran a Chile, por ejemplo, como una país pujante y en continuo crecimiento, si éste no es equitativo? Pareciera que la concreción de los principios del desarrollo sustentable termina por asemejarse a la pirámide social, en que el bienestar de una minoría requiere sustentarse en el esfuerzo de la mayoría.

5. Una quinta anomalía radica en la inseguridad que algunos fenómenos externos al orden económico han introducido en el comportamiento del paradigma, cuya estructura parece no ser suficiente para explicarlos. Así ocurre, por ejemplo, con la producción de gases de efecto invernadero, cuyo origen y futura evolución la ciencia no ha podido determinar ni predecir con certeza, aunque sí puede observarse en ellos un desplazamiento norte-sur, es decir, con origen en los países industrializados y destino en los países más pobres. El paradigma del *desarrollo sustentable*, ideado principalmente por los Estados del hemisferio norte, pareciera dejar de lado al otro lado del mundo y concentrar sus efectos benéficos únicamente en sus ideólogos.

Hay numerosos otros indicios de que el paradigma adolece de severas anomalías y no esté respondiendo a las expectativas que generó su formulación. El mundo actual es demasiado distinto al mundo de la *Comisión Brundtland*; el ritmo de los cambios se ha acelerado notablemente y tiende a ser exponencial; el número de sociedades y de personas que postulan la economía libre versus el dirigismo estatal ha disminuido también en gran proporción. El hambre, las enfermedades, las guerras, todo ello cada vez más masificado, han cambiado

radicalmente la faz del mundo en estos últimos cuarenta años. Pero el paradigma sigue ahí, como si nada hubiera cambiado, mientras el Papa nos recuerda que los pobres no pueden esperar.

### **Algunas preguntas para la discusión**

- ¿Es posible que las sociedades y sus economías puedan crecer en forma sostenida, continua y equitativa, como postula el modelo? ¿Qué nos dice la historia al respecto?
- Si el desarrollo sustentable es un proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de todas las personas, ¿cómo se explica que la brecha entre ricos y pobres no sólo no haya disminuido, sino que haya aumentado en las últimas décadas? ¿Cómo se explica que la brecha entre los países industrializados y los países menos desarrollados también haya ido en aumento?
- ¿Es legítimo sacrificar los derechos de los que hoy son más pobres, más débiles y más desprotegidos, para favorecer a una futura generación cuyas características o condiciones desconocemos? ¿Qué es más válido y legítimo, la equidad intergeneracional o la equidad intrageneracional?
- En el nivel interno de los países, ¿existe equidad económica, social y cultural, o el grado de concentración de los poderes de decisión aleja a la mayoría de las personas de los réditos del desarrollo sustentable? ¿Son válidos los índices que muestran una gran expansión industrial y un crecimiento acelerado, si éste no es equitativo?
- ¿Es propio del desarrollo sustentable que los países más pobres aún deban subsidiar a los países más ricos, haciéndose cargo de las externalidades ambientales de estos últimos (CC, GEI)?
- ¿Ha generado el desarrollo sustentable un cambio radical en las vidas de las personas?
- Ha conferido el desarrollo sustentable mayor legitimidad política y social a las instituciones y a los gobiernos?
- Y, por último, ¿habrá llegado el momento de sustituir el paradigma del desarrollo sustentable por otro que responda con más pertinencia las preguntas anteriores?

## Opiniones y replanteamientos

El debate del curso del postítulo, que siguió a la exposición de la tesis, más las opiniones que se transcriben más abajo y que corresponden a la totalidad de los alumnos del curso, profundizó muchos aspectos contenidos en el planteamiento inicial, al tiempo que extendió sus focos de atención a nuevas áreas temáticas, como podrá observarse a continuación.

1. "...el concepto de desarrollo sostenible viene a ser el reflejo cognitivo de la debida correspondencia y coherencia entre el crecimiento económico y la plena realización del ser humano..."

Si bien no existe verificación histórica que algún sistema de organización haya perdurado en forma constante, desde el inicio de la humanidad hasta el momento actual, sí podemos percibir que efectivamente en muchas personas e instituciones existe el deseo de que ello así suceda. Sin dejar de reconocer que repetidamente han existido nefastas consecuencias de actos equívocos, transitorios o egoístas, y que ello probablemente será reiterado en el futuro, resulta tranquilizador que gran parte de los seres humanos tiendan constantemente a conducirse en dirección de construir un mundo con mejores posibilidades para el conjunto, en el que la entropía pretende ser eliminada, o, al menos, postergada. Fruto de la madurez espiritual e intelectual, que se presenta por la enseñanza de consecuencias de malas decisiones en el pasado y el avance de los acuerdos, al amparo de la ciencia y la información, se ha podido contemplar una idea que vislumbra al medio ambiente como un sistema general integrado por la acción interna y la interacción de los subsistemas culturales y naturales, los cuales están íntima e íntegramente conectados, cuya subsistencia requiere de la intervención de medios racionales y necesarios a objeto de aliviar la tensión entre las fuerzas que interactúan en la construcción de la sociedad. Es así que el concepto de desarrollo sostenible viene a ser el reflejo cognitivo de la debida correspondencia y coherencia entre el crecimiento económico y la plena realización del ser humano, lo que necesariamente requiere un medio natural equilibrado, pues éste es el soporte donde la población crece y obtiene sus recursos. Sin embargo, dicha sencilla fórmula debe ser constantemente ejercitada y reproducida a objeto que no se pierda nuestro "punto de fuga" hacia un futuro más provechoso. Para dicho afán, no se debe olvidar la necesidad de educar, integrar, incluir y mantener en las conciencias de todas y cada una de las personas, que necesaria y obligatoriamente se encuentran adscritas a este proyecto derivado del bien común las bases y herramientas con las cuales se produzca el "empoderamiento y la gobernanza" necesarios para continuar luchando por la postergación de la entropía: en este contexto, la educación y la enseñanza para un aprendizaje activo del desarrollo sustentable se vuelven herramientas primordiales, con

el propósito de negar la inoperancia de este gran paradigma y mantener el enfoque sistémico del concepto y realidad de medio ambiente.

Víctor Manuel Bustos Gutiérrez  
(Abogado y estudiante de arqueología)

2. "...se deben generar políticas, tomar medidas y adoptar decisiones tendientes a proteger el medio ambiente y a permitir y exigir que el desarrollo sea sustentable...".

Cuando se refiere al desarrollo sustentable se cree estar frente a un modelo de fácil aplicación, pero no es así; es un paradigma que requiere, primero, ser bien conocido, integrado e incorporado a nuestro estándar de vida. Se debe mejorar, día a día, en el desarrollo de una actividad de cualquier índole, extractiva, industrial, de servicios, educativa, recreativa, financiera y otras. En nuestro ordenamiento jurídico, la materia ambiental es muy joven. Una primera consagración fue en la Constitución de 1980, en su artículo 19 N° 8, cuando se establece que la Constitución asegura a todas las personas: *"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente"*. De esta norma de carácter constitucional podemos hacer la siguiente reflexión. En primer término, tenemos el derecho, como personas, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; para eso cualquier actividad que se desarrolle, en virtud de la libertad consagrada en el mismo artículo 19 N° 21, debe cumplir con una normativa ambiental, tomando como eje central un desarrollo sustentable e incorporando instrumentos de gestión ambiental. Se debe incorporar una responsabilidad social, tanto particular como empresarial, que comprometa a cada integrante de la sociedad. En segundo lugar, el Estado debe preocuparse para que esto sea así; ello es un imperativo constitucional, en que se deben generar políticas, tomar medidas y adoptar decisiones tendientes a proteger el medio ambiente y a permitir y exigir que el desarrollo sea sustentable. Esto es, sin embargo, una responsabilidad de todos quienes nos sentimos con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en el evento de que tal premisa sea realista.

María Soledad Callejas Rodríguez  
(Abogada)

3. "...el desarrollo sustentable es un patrón "ideal", digno de seguir, y su implementación, un enorme y complejo desafío... debería ser visto como

un proceso global, de muy largo plazo, que apenas se está iniciando, y que demandará un cambio profundo, pero paulatino, del pensamiento humano, a lo largo de varias generaciones..."

Para cualquiera es fácilmente perceptible el desequilibrio global, originado en siglos de depredación del planeta por el hombre, que ha ido privilegiando su crecimiento, como especie, sin preocuparse del entorno. Protestas, paros nacionales, marchas, huelgas, violencia son el pan de cada día, en todo el mundo, y la evidencia clara del inconformismo creciente de los pueblos y el clamor por mejor calidad de vida e igualdad. Personalmente considero estas manifestaciones como el preludio de un necesario nuevo orden, donde el *desarrollo sustentable* es un patrón "ideal", digno de seguir, y su implementación, un enorme y complejo desafío. No podemos pretender que la puesta en marcha y los resultados de este modelo –o de cualquiera otro– sea tarea de un gobierno, de la promulgación de leyes o de la aplicación de obsoletas políticas divisorias de "derecha" o "izquierda". Más bien, debería ser visto como un proceso global, de muy largo plazo, que apenas se está iniciando, y que demandará un cambio profundo, pero paulatino, del pensamiento humano, a lo largo de varias generaciones, cada cual más educada y comprometida que la generación anterior, con los principios de la sustentabilidad, en transformar las estructuras políticas sociales y económicas, los patrones de vida, de producción, de consumo, y, en especial, la forma cómo los seres humanos nos relacionamos, comunicamos y apreciamos, unos a otros, y a la naturaleza. En ello ha de ser una pieza fundamental para esta transformación la educación, desde los niveles más básicos hasta los más especializados. Nosotros mismos, alumnos del PDA 2011, somos ejemplo de esta transformación. La institucionalidad ambiental chilena actual, si bien imperfecta y poco eficaz, se inspira en esta senda y eso ya es un valioso inicio.

Giuliana Mariella Cánepa Castillo  
(Abogada)

4. "...Nuestra generación está viviendo actualmente en un medio ambiente que no es el óptimo, desde un punto de vista social y económico, y todo parece indicar que tampoco lo será para las generaciones futuras. Sin duda, el paradigma del desarrollo sustentable necesita ser revisado para adecuarse a las problemáticas que actualmente presenta el medio ambiente..."

Se ha señalado que, esencialmente, el desarrollo sustentable busca el mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, pero cuidando proteger y mejorar el medio ambiente, para las generaciones presentes y futuras. La observación de nuestra realidad nos lleva a

preguntarnos si este objetivo del desarrollo sustentable, el mejoramiento de la calidad de vida, se ha cumplido. Observamos a nuestro alrededor y vemos que, a pesar de un inmenso desarrollo científico y tecnológico, que la humanidad ha experimentado en las últimas décadas –avances que sin duda han ayudado a mejorar en muchos aspectos nuestra calidad de vida–, la inequidad social es cada vez más grande y cientos de personas mueren diariamente, en el mundo, por no tener qué comer o no tienen acceso a los avances tecnológicos que podrían contribuir a mejorar su realidad. Además, nos enfrentamos a la paradoja que muchos de los avances científicos y tecnológicos, antes señalados, han traído como consecuencia la depredación del hábitat natural de innumerables especies vegetales y animales, que hoy se encuentran en peligro de extinción. Teniendo esto en consideración, creo que el paradigma del desarrollo sustentable no ha logrado cumplir con los objetivos planteados inicialmente. Nuestra generación está viviendo actualmente en un medio ambiente que no es el óptimo, desde un punto de vista social y económico, y todo parece indicar que tampoco lo será para las generaciones futuras. Sin duda, el paradigma del desarrollo sustentable necesita ser revisado para adecuarse a las problemáticas que actualmente presenta el medio ambiente y de esta forma buscar una solución a ellas, de manera de mejorarlo para las generaciones presentes y preservarlo para las futuras.

Heleny Sofía Caratazos Yametti  
(Abogada)

5. "... El cambio es de la esencia del medio ambiente, por lo que igualmente el desarrollo humano requiere de una progresiva adaptación conservativa...".

El desarrollo sustentable como modelo no puede pretender entenderse como perfecto y completo en sí mismo; tampoco lo es ni será cualquier otro en el futuro. No debe ni puede pretenderse que un modelo de desarrollo vaya a dar respuesta y solución efectiva, eficiente y permanente a la forma como el ser humano debe "vivir en el planeta". Lo importante es comprender que tanto el actual modelo de desarrollo sustentable como cada uno de los modelos que ha existido o que existirán nos darán respuestas parciales y nos indicarán procesos que serán siempre incompletos y mejorables, acerca de los adecuados desarrollos económico, social, cultural, ambiental y planetario. Cada modelo nos entregará herramientas y formas de entender que requerirán una complementación progresiva y cada vez más acelerada. El medio ambiente es dinámico, siempre estará en permanente cambio y evolución, sea por causas naturales y/o antrópicas. Por ello, deberemos tomar conciencia y adquirir la capacidad de adaptarnos, desarrollándonos a través de principios, técnicas y procedimientos ambientalmente cada vez

más eficientes y eficaces. El cambio es de la esencia del medio ambiente, por lo que igualmente el desarrollo humano requiere de una progresiva adaptación conservativa.

Álvaro Moisés Cornejo Orellana  
(Abogado)

6. "...El paradigma del desarrollo sustentable requiere ser superado, por cuanto no ha resuelto los problemas ni ha dado las respuestas esperadas..."

El desarrollo sustentable fue un concepto, teórico, que pretendía recoger los distintos intereses que en una sociedad moderna se presentan (triple dimensión), pero que en su base tuvo como finalidad solamente el desarrollo (crecimiento), por lo que ha fracasado en el logro del equilibrio y aunque se ha incorporado la variable ambiental (e incluso social) en algunas políticas públicas, y en el sector privado, a través de la RSE, claramente frente a las situaciones adversas, no se conjugan, sino que prima el que se considera el factor más importante: el económico. Se puede observar por ejemplo que en situación de crisis económicas mundiales, escasez de gas, opción de desarrollo de nuevas grandes potencias (China e India), la opción sigue siendo privilegiar la dimensión económica, argumentando que sin ella no es posible el resto de las variables. Lo mismo se aprecia frente a las opciones energéticas, donde prima la rentabilidad (carbón más barato y contaminante) versus opciones más limpias, pero más caras (GNL, solar y otras). En definitiva, el paradigma del desarrollo sustentable requiere ser superado, por cuanto no ha resuelto los problemas ni ha dado las respuestas esperadas: sigue habiendo pobreza; desigualdad creciente entre los países del Norte y del Sur; ha aumentado la distancia entre ricos y pobres; hay un deterioro progresivo de los recursos naturales; aumento de los gases efecto invernadero y su consecuente impacto en el cambio climático; se ha acentuado el hambre extrema, en África, entre muchos otros. En todo caso, cualquier modelo que se proponga debería considerar, en su elaboración, a toda la población, cada vez más activa, y el cambio individual, a través de mayor educación y cultura y no sólo mediante instrumentos de mercado o herramientas técnicas.

Paola Giancaspero Farías  
(Abogada)

7. "...La brecha entre ricos y pobres se explica precisamente porque hemos actuado en contra de los postulados del desarrollo sustentable..."

La crisis del desarrollo sustentable no dice relación con el modelo en sí mismo, sino con nosotros como sus ejecutores. Hoy es posible y necesario que las sociedades crezcan en forma sostenida, continua y equitativa. Sin embargo, lo importante es crecer como hombres, evolucionar en cuanto hombres, con objetivos, buscando el desarrollo integral de la sociedad, conscientes, respetando a los otros, sean estos humanos, animales o la naturaleza en general. Los objetivos perseguidos por el crecimiento económico deben resolver los problemas de carencia y desesperanza y no generar conflictos aun mayores, como el hambre, la violencia, la guerra y la muerte. La brecha entre ricos y pobres se explica precisamente porque hemos actuado en contra de los postulados del desarrollo sustentable. Pretendemos crecer sin medida. La desigualdad es el resultado de nuestra indiferencia por los demás y codicia hacia lo que otros poseen. Crecer a costa de la degradación de los débiles obedece al comportamiento abusivo de países, empresas o personas que teniendo capacidad económica han lucrado con el negocio de contaminar al pobre a cambio de oferta laboral, fomento de la inversión y otros. Es ilegítimo sacrificar a los débiles hoy o mañana. Es igualmente egoísta y cruel sacrificar no solo a los humanos, sino a todo ser vivo, con la excusa de satisfacer nuestras necesidades. Si buscamos no solo crecer, sino realmente evolucionar, por añadidura debiéramos no sólo mejorar la calidad de vida de cada uno de nosotros, sino idealmente conseguir la paz y la felicidad. El desarrollo sustentable ha generado cambios, quizás pequeños e imperceptibles; sin embargo, perseverar en él es lo correcto, debemos adoptarlo como una forma de vida. El modelo de desarrollo sustentable nos legitima absolutamente, por ello debemos entenderlo como un valor tan fundamental como la solidaridad y la paz y, en consecuencia, su ejercicio nos hará mejores hombres.

Elisa Carolina González Céspedes  
(Abogada)

8. "...El desarrollo sustentable no está en crisis, sino que más bien los esfuerzos para producirlo no han sido serios, por lo que los resultados no han sido los esperados..."

Es difícil no considerar en crisis un concepto que ostenta fracasados intentos y malos resultados. Sin embargo, es preferible considerar el desarrollo sustentable como un objetivo permanente y no como una herramienta mal calibrada. Aunque los esfuerzos no han sido capaces de conseguir los cambios esperados, sin duda las ideas que lo conforman deben considerarse separadamente de la forma en que las distintas sociedades intenten llevarlo a cabo. El desarrollo sustentable no está en crisis, sino que más bien los esfuerzos para producirlo no han sido serios, por lo que los resultados no han sido los esperados. Tener como prioridad principal la equidad inter-

generacional no significa desconocer como prioridad también la equidad intrageneracional, sino que más bien generar los esfuerzos correctos, serios y comprometidos que compartan los actores.

Carmen Victoria Herrera Indo  
(Abogada)

9. "...el desarrollo sustentable, lejos de disminuir la brecha entre países ricos y pobres, al contrario, la ha acrecentado, imponiendo medidas más restrictivas para el desarrollo económico de los últimos, y, con ello, aprovechando los ricos una actividad casi "parasitaria" de los países más pobres...".

Estimo que el concepto de desarrollo sustentable se ha ido desviando en sus objetivos, desde su puesta en escena dentro del colectivo. El desarrollo de la sociedad y la irrupción de un rápido desarrollo tecnológico, las necesidades ambientales y la mayor utilización de los recursos naturales han hecho perder los parámetros en los cuales estaba basado el concepto en un comienzo. Así nos percatamos que el desarrollo sustentable, lejos de disminuir la brecha entre países ricos y pobres, al contrario, la ha acrecentado, imponiendo medidas más restrictivas para el desarrollo económico de los últimos, y, con ello, aprovechando los países ricos una actividad casi "parasitaria" de los países más pobres. Un ejemplo de ello es lo que actualmente sucede con el *mercado de carbono*, donde pequeños países, en vías de desarrollo, buscan disminuir su huella con el fin de emitir un crédito, el cual es ofrecido a un país desarrollado. Ahora la pregunta es: ¿Cuál es la razón final? En desmedro del país que busca la protección del medio ambiente o colaborar con ella, el país dominante aprovecha dicha situación para permitir o justificar su industrialización, resguardándose en que cumple el propósito de desarrollar su actividad, reduciendo sus emisiones de carbono. Ello lleva a concluir que el concepto que debería ser concebido y fundamentado por todos, en las mismas condiciones, son solo buenas intenciones para algunos.

María José Jiménez Soto  
(Abogada)

10. "Hay obligación de promover el desarrollo sustentable y constituye una garantía constitucional que puede ser exigida por las personas, a través de una adecuada institucionalidad...".

El desarrollo sustentable es y está plasmado como un derecho constitucional. Así, el artículo 1° de la Carta Fundamental establece el principio de

subsidiariedad, expresando que el Estado está al servicio de las personas y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir con las condiciones sociales que les permitan desarrollarse, de la mejor manera posible. Inspirado en y dentro de esas condiciones, podemos considerar en especial el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado (artículo. 19 N° 8) y el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (artículo 19 N° 21). Finalmente, el artículo 5° consagra la obligación de respetar y promover los derechos contemplados en la Constitución; es decir, hay obligación de promover el desarrollo sustentable y constituye una garantía constitucional que puede ser exigida por las personas, a través de una adecuada institucionalidad.

Consuelo Laiz Merino  
(Abogada)

11. "... es tiempo de formar a una población, orientándola hacia un consumo racional y respetuoso del ambiente, con una educación para el desarrollo sustentable, lo cual es precisamente la meta de la educación ambiental...".

Creo que el desarrollo sustentable es un paradigma en crisis. Me fundamento principalmente en los resultados desastrosos de que hemos sido testigos por la falta de una buena normativa y de la aplicación y la fiscalización de ésta. El caso más emblemático de la falta de desarrollo sustentable en nuestro país es la muerte masiva de cisnes de cuello negro en el Santuario de la Naturaleza "Carlos Anwandter", en Valdivia, que ha afectado económica y socialmente a toda la provincia. Ello, por causa de falta de legislación fuerte y que sea consistente con las grandes empresas contaminadoras, como pueden serlo las celulosas. Estimo que además de tener una mejor legislación, debemos colocar énfasis por la vía de la educación ambiental; es tiempo de formar a una población, orientándola hacia un consumo racional y respetuoso del ambiente, con una educación para el desarrollo sustentable, lo cual es precisamente la meta de la educación ambiental. Esto implica la necesidad de incluir a los programas en la planificación y en las políticas generales, elaboradas a través de la efectiva participación social y con el apoyo de los medios de comunicación. La educación ambiental, así entendida, puede y debe ser un factor estratégico que incida en el modelo de desarrollo establecido para reorientarlo hacia la sostenibilidad y la equidad.

Pamela Andrea Mansilla Aguilera  
(Ingeniera Ambiental)

12. "...Existe el discurso del desarrollo sostenible y el respeto por el ambiente, pero el real interés de los involucrados es, a final del día, un interés económico, el cual es importante, pero no debe ser nuestro fin último...".

El desarrollo sustentable está en crisis. Ello debido a problemas políticos, económicos y de conciencia ambiental. Políticos, porque la voluntad declarada de los Estados y sus representantes no se traduce en su voluntad verdadera y efectiva. Existe el discurso del desarrollo sostenible y el respeto por el ambiente, pero el real interés de los involucrados es, a final del día, un interés económico, el cual es importante, pero no debe ser nuestro fin último. No hay una voluntad real de cuidar el ambiente. Debe existir un cambio en la conciencia ambiental, de cada uno de nosotros. Debemos partir por casa, educar a la población, cuidar nuestro entorno, aplicar y mejorar la normativa vigente y aprobar aquellos proyectos que radican y, a veces, duermen en el Congreso. Hemos avanzado, pero debemos apurar el paso. Todos los días se adoptan decisiones, en el mundo, que afectan al ambiente, muchas de ellas irreversibles. Cuando en un futuro, es de esperar que no muy lejano, el progreso económico, la equidad social y el medio ambiente se identifiquen plenamente, estaremos cumpliendo con lo prometido al mundo, hace más de 20 años.

Darío Octavio Molina Benavente  
(Abogado)

13. "...La normativa vigente no se basta a sí misma, sino que ésta debe necesariamente ir acompañada de instrumentos de gestión ambiental idóneos que lleven a la práctica lo que de manera aspiracional se plantea...".

Habiendo total certeza de que el concepto de desarrollo sustentable se encuentra inserto en nuestro ordenamiento jurídico, a través de instrumentos nacionales e internacionales que lo acogen, no podemos dejar de reconocer que la normativa vigente no se basta a sí misma, sino que ésta debe necesariamente ir acompañada de instrumentos de gestión ambiental idóneos, que lleven a la práctica lo que de manera aspiracional se plantea. El reconocimiento jurídico de este concepto es un primer paso, pero depende de una segunda condición, consistente en las modificaciones legales, institucionales y manejo de políticas públicas adecuadas, que concreten y permitan un desarrollo económico, con equidad social y cuidado al medio ambiente, haciendo presente, asimismo, que la educación es una pieza clave, determinante y piso base de este o cualquier otro paradigma. La ausencia o el mal manejo de estas urgentes medidas, durante un periodo de tiempo que ya podemos calificar como extenso, nos lleva a plantearnos un posible fracaso de este paradigma o de cualquier otro, que no vaya avalado por

su concreción. Sin ir más lejos, ¿Cómo podemos explicarnos, por ejemplo, que el artículo 71 de la Ley Nº 19.300 no incluya al Ministerio de Educación como integrante del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad?

María Soledad Peña y Lillo Rivera  
(Abogada)

14. "...es también cierto que el cuidado del medio ambiente no es de responsabilidad exclusiva del Estado y que una parte importante para resolver los problemas de contaminación es la participación activa de la población y la educación ambiental, en el proceso formativo de los establecimientos...".

Resulta evidente la existencia de la crisis del desarrollo sustentable, sobre la base del modelo de evaluación ambiental, en el que estamos basados actualmente. Nos enfrentamos a la problemática de la ocupación de suelos y el crecimiento de las ciudades, en pos del desarrollo económico, sin considerar aún una evaluación ambiental estratégica para la ejecución de los proyectos, considerando como base la equidad de los recursos. Seguramente en el nuevo sistema chileno deberá corregir los problemas ambientales planteados, a través de los nuevos instrumentos de gestión ambiental (EAE) y desincentivos de contaminación (daños ambientales – creación Superintendencia del Medio Ambiente y tribunales ambientales). El ordenamiento territorial sustentable supone establecer criterios e instrumentos de planificación, que permitan un crecimiento socioeconómico equilibrado e integrador de las comunas; una mejor calidad de vida para sus habitantes; la gestión responsable de los recursos naturales; la protección del medio ambiente y la utilización racional de los espacios. Sin embargo, es también cierto que el cuidado del medio ambiente no es de responsabilidad exclusiva del Estado y que una parte importante para resolver los problemas de contaminación es la participación activa de la población y la educación ambiental, en el proceso formativo de los establecimientos.

Cristian Rivera Salinas  
(Ingeniero Ambiental)

15. "...Debe generarse una "conciencia verde", que promueva con conductas activas una real protección de los recursos naturales que cada vez son más escasos, como ocurre con los recursos hídricos...".

Estimo que los postulados del desarrollo sustentable no han logrado cumplir con los objetivos buscados. Si bien hoy hay una mayor conciencia de

los Estados y las personas, en orden a robustecer y fomentar el desarrollo cultural y social de los pueblos, junto a la conservación y protección del patrimonio ambiental, aún se percibe un claro desequilibrio entre dichos aspectos y el desarrollo económico, que sigue siendo el principal objetivo de los Estados, entre ellos el nuestro. El problema no se soluciona con meras reformas legislativas o nuevos principios, sino que debe existir un cambio en la mentalidad de las personas y particularmente de los países más desarrollados, en orden a preocuparse realmente de las desigualdades sociales y culturales existentes en el mundo y principalmente en los países más pobres, situación que está lejos de ser superada. Unido a ello, debe generarse una "conciencia verde", que promueva con conductas activas una real protección de los recursos naturales, que cada vez son más escasos, como ocurre con los recursos hídricos. Por otra parte y de manera preventiva, deben adoptarse las medidas efectivas que busquen evitar una degradación de los componentes del medio ambiente.

Jorge Antonio Rojas Fouchard  
(Abogado)

16. "...El Estado debe manifestar su voluntad de compeler a todos los entes del país a cumplir estándares de cuidado medio ambiental, a la hora de cualquier actividad productiva...".

¿Qué es primero, el huevo o la gallina?, pregunta la sabiduría popular. Si existe consenso en torno al hecho que es muy necesario para nuestro país lograr el desarrollo económico, y asimismo existe consenso en que este debe ser sustentable y no depredador del medio ambiente, ¿podemos esperar a que se logre la conciencia colectiva de producir sin depredar como un principio de acción internalizado en todas las personas? ¿O debe el Estado contribuir a crear esta conciencia, dictando ahora leyes y normativas que compelan a la población a cumplir ciertos estándares, a la hora de producir? Compartiendo el criterio que está a la base, que es educación como base creadora de internalización de conductas, mi postura es que además de educación, en estas materias, el Estado debe manifestar su voluntad de compeler a todos los entes del país a cumplir estándares de cuidado ambiental, a la hora de cualquier actividad productiva. De otra forma, estimo que cuando lleguen las nuevas generaciones, que vendrán "formadas" y "educadas" en la conciencia de que el desarrollo debe ser sustentable, ya no les va a quedar mucho que cuidar ni proteger, pues la gran mayoría de los recursos habrán sido sobreexplotados; en cambio si se dicta normativa ahora, y además se educa, tendremos conciencia de desarrollo sustentable internalizado, en las personas, en una mucho más elevada proporción. Creo firmemente que el desarrollo sustentable es posible, con educación para

formar conciencia en torno a él, y con normativa exigente que lo haga efectivo y practicable.

Jorge Saavedra Prieto  
(Abogado)

17. "...el gran ausente en estos esfuerzos nacionales e internacionales sigue siendo la premisa de alcanzar una mayor equidad social y una más justa asignación de los beneficios del desarrollo económico..."

Uno de los elementos consustanciales del concepto de desarrollo sustentable es la equidad social. El proceso de desarrollo continuo y sostenido carece de sentido si el modelo de generación de riqueza y crecimiento perpetúa una condición de desigualdad social y cultural, aun cuando este modelo sea capaz de proteger el ambiente, mediante una adecuada y eficiente ordenación de la base de recursos naturales. El desarrollo sustentable no puede estar dissociado del progreso intelectual, moral, social y espiritual de los individuos, a través de un acceso cada vez más igualitario y justo a los medios que permitan mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto. La paradoja es la eventual validación de esquemas y patrones de producción y consumo que, en la letra más que en el espíritu, cumplan con ciertos estándares, más o menos exigentes, de conservación y protección del ambiente, pero que al mediano o largo plazo terminen consolidando un sistema intrínsecamente desigual y que aumente la brecha entre los más ricos y los más pobres. Si bien existen grandes y urgentes desafíos, en materia de protección ambiental, no puede negarse que desde la Declaración de Estocolmo (1972) hasta la actualidad se han logrado importantes y evidentes progresos. En primer lugar, en la generación de una conciencia mundial sobre la materia y la preocupación ambientales y, en segundo lugar, en la creación de mecanismos de cooperación intergubernamentales e instrumentos de gestión ambiental. Sin embargo, el gran ausente en estos esfuerzos nacionales e internacionales sigue siendo la premisa de alcanzar una mayor equidad social y una más justa asignación de los beneficios del desarrollo económico. En el largo plazo es inviable lograr un sustentabilidad en el desarrollo si junto con la preservación del ambiente no va aparejada la exigencia de lograr progreso material y espiritual, que sea cada vez más equitativo.

Eduardo Antonio Silva Besa  
(Abogado)

18. "...El desarrollo sustentable es un concepto difuso, de difícil delimitación y definición absoluta; por ende las diversas interpretaciones que se realizan

de él se determinan por los contextos socioeconómico, político, científico e ideológico, que rodean a quienes exponen su posición...".

Mi posición adscribe a la hipótesis de trabajo de este artículo, en atención a la realidad empírica que podemos observar actualmente, tanto en nuestro país como en el ámbito internacional. A continuación y para efectos de legitimar mi actitud crítica frente al paradigma, me apoyaré en los siguientes argumentos: 1) En relación al origen histórico del concepto. Pues algunas de las fuentes teóricas más elaboradas del desarrollo sustentable las componen, entre otras, el informe Brundtland, la propuesta económica de la CEPAL y el llamado de la Internacional Socialista, con el objeto de detener la depredación ecológica. Estas elaboraciones programáticas carecen de una credibilidad liminar, pues los grupos que las han sustentado eran en su momento los más fervientes partidarios del progreso material a ultranza, y de la industrialización acelerada, exhibiendo incluso hasta hace pocos lustros un menosprecio total en relación a las temáticas ambientales. 2) No es un concepto unívoco. El desarrollo sustentable es un concepto difuso, de difícil delimitación y definición absoluta; por ende las diversas interpretaciones que se realizan de él se determinan por los contextos socioeconómico, político, científico e ideológico que rodean a quienes exponen su posición. A pesar de la rápida aceptación y divulgación del desarrollo sustentable, como expresión de un desarrollo más humano y equitativo, se destaca el carácter ambiguo de esta tesis, lo que ha condicionado la aparición de diferentes concepciones en torno al desarrollo sustentable, atendiendo a los intereses de los actores y de las circunstancias concretas de cada uno. 3) No es compatible la estrategia del desarrollo sustentable con la globalización económica. El modelo neoliberal atenta directamente contra la concepción utópica del desarrollo sustentable; pues como bien sabemos en materia comercial, por ejemplo, las ventajas competitivas se logran en buena medida, todavía, a través de la externalización de costos, de algunos recursos naturales; es decir, el libre comercio impulsado por el modelo económico actual es nocivo para el medio ambiente, en virtud de que produce su degradación, por no existir en la mayoría de los países las regulaciones y reglamentaciones consideradas como necesarias para tales efectos.

Jair Torrente Poblete  
(Abogado)

19. "...La mayoría tiende a pensar sólo en dos de los tres ámbitos de la sustentabilidad, el social y el ambiental, olvidando que sin economía no hay crecimiento sustentable ni duradero...".

El desarrollo sustentable es la forma de crecimiento a la que todos aspiramos o al menos a la que todos deberíamos aspirar. Importantes han sido los esfuerzos destinados a la consecución de este objetivo, y es evidente que los avances han sido enormes en comparación a la situación existente hace treinta años. Un claro ejemplo de lo señalado se da en el rubro de la minería, donde las energías se han concentrado en generar las condiciones necesarias para desarrollar una minería sustentable en el tiempo y viable en los distintos ámbitos. Se han asumido así desafíos significativos en torno a la materia, como por ejemplo la elaboración, promulgación y publicación de la ley de cierre de faenas mineras, que entrará en vigencia el año 2012. Entonces, ¿crisis? No, pero, y a pesar de que nuestros esfuerzos son inmensamente mayores que antaño y que hemos avanzado en la materia, estamos lejos de alcanzar la meta, siendo uno de los principales obstáculos la errónea concepción que se tiene de lo que se debe entender por desarrollo sustentable. La mayoría tiende a pensar sólo en dos de los tres ámbitos de la sustentabilidad, el social y el ambiental, olvidando que sin economía no hay crecimiento sustentable ni duradero.

Ximena Vargas Clark  
(Abogada)

20. "...El desarrollo sustentable es una muy buena idea e intención, sin embargo no ha tenido los beneficios esperados por la falta de aplicación y de decisión inequívocas de los mismos actores involucrados..."

Estimo que el desarrollo sustentable, al igual que el derecho ambiental, es un conjunto de situaciones que concatenan todas las áreas y que incluye no sólo la producción, sino que, incluso, los sistemas político, económico, social, jurídico. Por un lado, existen reuniones multilaterales, los acuerdos internacionales y las convenciones entre Estados, y, por el otro, la realidad: la irrupción de un nuevo tipo de capitalismo, del productivo al especulativo, por parte de ciertos actores internacionales que actúan en función de estos intereses, y, por consiguiente, el debilitamiento de los organismos internacionales (ONU); contradictorio es el aumento de los gases de efecto invernadero, en sus procesos de producción, por parte de las nuevas potencias como China o India y la falta de aplicación de los Protocolos de Kyoto y Copenhagen, por parte de los mayores productores de contaminantes. Todo lo descrito hace que las múltiples declaraciones y convenciones internacionales tengan tanta o menos utilidad como las conclusiones de las Comisiones Investigadoras de la Cámara de Diputados chilena. Por eso sostengo que el desarrollo sustentable es una muy buena idea e intención, sin embargo no ha tenido los beneficios esperados por

la falta de aplicación y de decisión inequívocas de los mismos actores involucrados.

Christian Omar Vera Vicuña  
(Abogado)

21. "...el principal objetivo de los Estados y las empresas es el crecimiento económico, si bien cumpliendo el marco regulatorio impuesto, pero sin una clara valoración de las consecuencias que a futuro puede traer el crecimiento sin sustentabilidad...".

El desarrollo sustentable actualmente puede ser considerado o tratado como un bello paradigma o una moda, ya que no se observa un interés concreto y real por parte de los gobiernos y las empresas en su implementación. En su mayoría la institucionalidad y normas vigentes responden al desarrollo de tratados y de requisitos impuestos por los países para el desarrollo del comercio internacional. Estimo que esto ocurre porque el principal objetivo de los Estados y las empresas es el crecimiento económico, si bien cumpliendo el marco regulatorio impuesto, pero sin una clara valoración de las consecuencias que a futuro puede traer el crecimiento sin sustentabilidad. Para generar un cambio, es necesario tomar conciencia de las consecuencias catastróficas que nos puede traer la explotación desmesurada del medio ambiente en pos del desarrollo económico y adoptar acciones concretas para prevenir su ocurrencia.

Claudia Andrea Vergara Adamides  
(Ingeniera Civil Químico)

## Conclusiones

La riqueza de la discusión que provocó la tesis inicial llevó inevitablemente a replantearse las bases sobre las cuales se había formulado la pregunta "¿Se encuentra en crisis el paradigma del desarrollo sustentable?"

Desde luego, se hace preciso distinguir entre los conceptos teóricos que estructuran y articulan el paradigma –que asume en este caso una categoría arquetípica o "ejemplar", en la nomenclatura de Kuhn–, y las soluciones concretas por las que las sociedades han optado para orientar sus procesos de desarrollo bajo el signo de la sustentabilidad.

Respecto del desarrollo sustentable como modelo, no se puede pretender que éste sea perfecto y completo en sí mismo; tampoco lo es ni será cualquier otro

modelo en el futuro. Lo importante, cuando se habla de un paradigma como "ejemplar", es comprender que siempre nos dará respuestas parciales y nos sugerirá procesos que también serán incompletos y mejorables. Cada modelo puede entregarnos herramientas y formas de entender que requerirán una complementación progresiva, hasta que entre en crisis y deba ser reemplazado. En el caso del paradigma del desarrollo sustentable, debe considerarse que el medio ambiente es dinámico, siempre estará en permanente cambio y evolución, sea por causas naturales y/o antrópicas. Por ello, el paradigma que trate de explicarlo debe tener una gran capacidad de adaptación, considerando múltiples variables. El cambio es de la esencia del medio ambiente, por lo que igualmente cualquier modelo que pretenda ser comprensivo del mismo requiere de una progresiva adaptación conservativa.

De otro lado, las crisis que han podido observarse en la aplicación de los principios del desarrollo sustentable parecen no tener relación directa con el modelo en sí mismo, sino con las formas concretas como las sociedades han pretendido solucionar sus problemas de desarrollo. Hoy es posible y necesario que las sociedades crezcan en forma sostenida, continua y equitativa. Sin embargo, lo importante es buscar el desarrollo integral de la sociedad, resolver los problemas de carencia y desesperanza y no generar conflictos aún mayores, como el hambre, la violencia, la guerra y la muerte. La brecha entre ricos y pobres se explica, precisamente, porque en general las sociedades no han seguido los postulados del desarrollo sustentable.

En efecto, uno de los elementos consustanciales del concepto de desarrollo sustentable es la equidad social. El proceso de desarrollo continuo y sostenido carece de sentido si el modelo de generación de riqueza y crecimiento perpetúa una condición de desigualdad social y cultural, aun cuando este modelo sea capaz de proteger el ambiente, mediante una adecuada y eficiente ordenación de la base de recursos naturales. El desarrollo sustentable no puede estar dissociado del progreso intelectual, moral, social y espiritual de los individuos, a través de un acceso cada vez más igualitario y justo a los medios que permitan mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto. La paradoja es la eventual validación de esquemas y patrones de producción y consumo que, en la letra más que en el espíritu, cumplan con ciertos estándares, más o menos exigentes, de conservación y protección del ambiente, pero que al mediano o largo plazo terminen consolidando un sistema intrínsecamente desigual y que aumente la brecha entre los más ricos y los más pobres.

Observamos a nuestro alrededor y vemos que, a pesar del inmenso desarrollo científico y tecnológico que la humanidad ha experimentado en las últimas décadas –avances que sin duda han ayudado a mejorar en muchos aspectos nuestra calidad de vida–, la inequidad social es cada vez más grande y cientos de personas mueren diariamente de inanición en el mundo, o no tienen ac-

ceso a los avances tecnológicos que podrían contribuir a mejorar su realidad. Además, nos enfrentamos a la paradoja que muchos de los avances científicos y tecnológicos, antes señalados, han traído como consecuencia la depredación del hábitat natural de innumerables especies vegetales y animales, que hoy se encuentran en peligro de extinción. Teniendo esto en consideración, pareciera que el paradigma del desarrollo sustentable no ha logrado cumplir con los objetivos planteados inicialmente, y necesita ser revisado para adecuarse a las problemáticas que actualmente presenta el medio ambiente y de esta forma buscar una solución a ellas, de manera de mejorarlo para las generaciones presentes y preservarlo para las futuras.

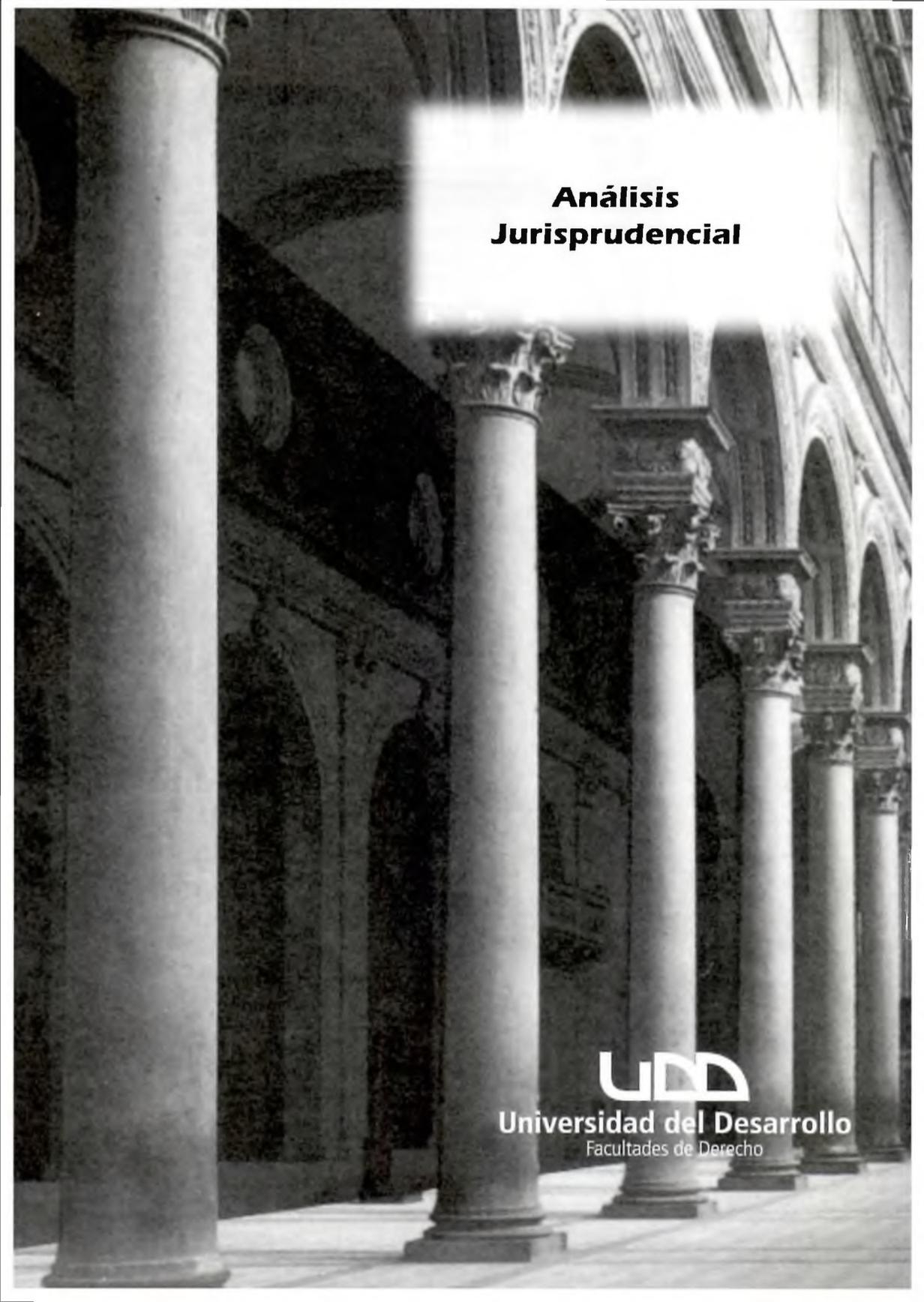
El medio ambiente es un sistema general integrado por la acción interna y la interacción de los subsistemas culturales y naturales, los cuales están íntima e íntegramente conectados, cuya subsistencia requiere de la intervención de medios racionales y necesarios a objeto de aliviar la tensión entre las fuerzas que interactúan en la construcción de la sociedad. El concepto de desarrollo sostenible, como ya se señaló, viene a ser el reflejo cognitivo de la debida correspondencia y coherencia entre el crecimiento económico y la plena realización del ser humano, lo que necesariamente requiere un medio natural equilibrado, pues éste es el soporte donde la población crece y obtiene sus recursos. Sin embargo, dicha sencilla fórmula debe ser constantemente ejercitada y reproducida a objeto que no se pierda nuestro "punto de fuga" hacia un futuro más provechoso. Para dicho afán, no se debe olvidar la necesidad de educar, integrar, incluir y mantener en las conciencias de todas y cada una de las personas, que necesaria y obligatoriamente se encuentran adscritas a este proyecto derivado del bien común.

Si bien existen grandes y urgentes desafíos en materia de protección ambiental, no puede negarse que desde la Declaración de Estocolmo hasta la actualidad se han logrado importantes y evidentes progresos. En primer lugar, en la generación de una conciencia mundial sobre la materia y la preocupación ambientales y, en segundo lugar, en la creación de mecanismos de cooperación intergubernamentales e instrumentos de gestión ambiental. Sin embargo, el gran ausente en estos esfuerzos nacionales e internacionales sigue siendo la premisa de alcanzar una mayor equidad social y una más justa asignación de los beneficios del desarrollo económico. En el largo plazo es inviable lograr una sustentabilidad en el desarrollo si junto con la preservación del ambiente no va aparejada la exigencia de lograr progreso material y espiritual, que sea cada vez más equitativo.

El concepto de desarrollo sustentable se encuentra inserto en nuestro ordenamiento jurídico, a través de instrumentos nacionales e internacionales que lo acogen; no obstante, no podemos dejar de reconocer que la normativa vigente no se basta a sí misma, sino que ésta debe necesariamente ir acompañada de

instrumentos de gestión ambiental idóneos, que lleven a la práctica lo que se plantea como una aspiración, de manera de conformar la verdadera esencia del derecho ambiental: la preventiva. El reconocimiento jurídico de este concepto es un primer paso, pero depende de una segunda condición, consistente en las modificaciones legales, institucionales y manejo de políticas públicas adecuadas, que concreten y permitan un desarrollo económico, con equidad social y cuidado al medio ambiente, siendo la educación una pieza clave, determinante y piso base de éste o cualquier otro paradigma.

Entonces, ¿crisis del paradigma? No, pero, y a pesar de que nuestros esfuerzos son inmensamente mayores que antaño y que hemos avanzado mucho en la materia, estamos aún lejos de alcanzar la meta de generar las pautas concretas de desarrollo a partir de los postulador arquetípicos del modelo de desarrollo sustentable.



**Análisis  
Jurisprudencial**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## La extraviada juridicidad en materia tributaria

COMENTARIO DE:

**Jaime García Escobar**

Abogado

Pontificia Universidad Católica

Profesor de Derecho Tributario

Magíster en Economía y Gestión para Abogados

Profesor de Pre Grado de Derecho Tributario

Universidad del Desarrollo

Universidad Andrés Bello

Profesor de Magister en Derecho Tributario

Escuela de Ciencias Empresariales

Universidad de Chile

Universidad Finis Terrae

Profesor de MBA en Políticas Públicas

Universidad Mayor de Temuco<sup>1</sup>

**Resumen:** Este artículo tiene por objeto comentar una sentencia dictada por un Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, y en que la Excma. Corte Suprema desechó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la contribuyente, a través de la cual, el ente fiscalizador determina diferencias de impuestos por intermedio de liquidaciones que adolecen de un vicio de nulidad, toda vez que no observan la exigencia de encontrarse suscritas por el Director Regional correspondiente, sin cumplir una Resolución de su Jefe Superior, esto es, del Director del Servicio de Impuestos Internos

\*\*\*

Desde hace unas décadas, el principio que guía el actuar administrativo es la juridicidad, entendida como "la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar"<sup>2</sup>: la Administración debe actualizar

<sup>1</sup> Autor de los siguientes libros: *Reformas Tributarias Ley N° 19.738; Infracciones Tributarias no Constitutivas de Delito; Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias; Elusión, Planificación y Evasión Tributaria; Prescripción en Materia Tributaria; y Tribunales Tributarios y Aduaneros*. Publicación de artículos en diversas revistas especializadas.

Ex Director del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Miembro de las comisiones tributarias de la Cámara Nacional de Comercio y del Colegio de Abogados.

<sup>2</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo, bases fundamentales*, Tomo II: el principio de juridicidad. Stgo. 1996, p. 24.

sus competencias no sólo conforme a la ley sino a todo al ordenamiento, la Constitución a la cabeza y todas las normas dictadas conforme a ella, incluyendo las derivadas de la potestad reglamentaria. El resultado es un estado de derecho sustancial que supera la simple legalidad formal. Desgraciadamente (y no pocas veces) esa idea se olvida, con serias repercusiones para los derechos individuales. Tal es el caso de la sentencia que comentamos.

En el año 1996<sup>3</sup>, el Servicio de Impuestos Internos emite liquidaciones a una contribuyente por un monto superior a 400 unidades tributarias anuales, no siendo éstas suscritas por el Director Regional correspondiente, requisito esencial para la validez del acto administrativo. Éstas fueron objeto de un reclamo tributario ante el mismo Director Regional, que lo rechaza. La resolución es confirmada en segunda instancia por la I. Corte de Apelaciones de Santiago; y, posteriormente, la Excm. Corte Suprema desecha el recurso de casación interpuesto al efecto.

## I. Fundamentos de la contribuyente

Las liquidaciones en cuestión fueron practicadas por el Servicio de Impuestos Internos el 29 de agosto de 1996, y cuya cuantía ascendía a 1.424,25 unidades tributarias anuales. Éstas adolecen de nulidad de derecho público, toda vez que fueron practicadas por un funcionario incompetente (la Jefa (S) del Departamento de Fiscalización de la Dirección XV Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente del Servicio de Impuestos Internos), actuando "por orden" del Director Regional. La juridicidad exige que el acto administrativo en cuestión sea dictado personalmente por el Director Regional (el "competente funcionario") por tratarse de liquidaciones practicadas después del 22 de julio de 1996,

<sup>3</sup> Parece que, parafraseando a Hamlet, "algo huele mal" en los procesos tributarios: Estamos en presencia de una causa que fue reclamada en el año 1996 y que tiene sentencia ejecutoriada en el año DOS MIL DOCE, vale decir, DIECISÉIS AÑOS después que el Servicio de Impuestos Internos determinó las presuntas diferencias de impuesto (emitiendo las liquidaciones de rigor) que le dieron origen. Pareciera, sin ser un eminente jurista, que esta situación infringe lo dispuesto en el artículo 8° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica), norma que establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Como podemos apreciar, en primer lugar se infringe la referida disposición toda vez que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos no es un juez independiente e imparcial, que en sus sentencias deben aplicar las interpretaciones administrativas de la ley tributaria que hace su Jefe Superior, esto es, el Director del Servicio de Impuestos Internos (cabe hacer presente que a través de la Ley de Tribunales Tributarios y Aduaneros, formalmente, se han derogado las normas que obligaban a los Directores Regionales a fallar en consonancia con las Circulares y Oficios que dicta el Director, pero en los hechos la situación no ha cambiado en las regiones en que aún no entran en vigencia los Tribunales Tributarios y Aduaneros). En segundo lugar, nos parece que evidentemente se infringe el Pacto de San José de Costa Rica, cuando estamos enfrentados a una causa que a ha durado DIECISÉIS AÑOS, plazo que sin lugar a dudas NO ES RAZONABLE, como reza la citada normativa internacional.

fecha en que comenzó a regir la Res. N° 3.311, que exige que las liquidaciones cuyos impuestos (incluidos los reajustes) excedan de 400 unidades tributarias anuales y notificadas en un mismo acto a un contribuyente, sean practicadas (firmadas) por el Director Regional respectivo.

Cabe hacer presente que, como es obvio, la citada resolución posee un carácter imperativo, y a la sazón ordena: "...serán practicadas por el Director Regional respectivo". Se trata, insistimos, de una norma obligatoria, dictada conforme a la Constitución, que el Director del Servicio de Impuestos Internos imparte a todos sus funcionarios, en especial a los Directores Regionales. Esta norma debe ser cumplida a cabalidad, de lo contrario el Director Regional se está arrogando más facultades que las que le concede la ley, principio consagrado por la Carta Fundamental. Se trata por tanto de una actuación *ultra vires*, fuera de la juridicidad, consecuentemente sin valor alguno.

## II. Sentencia del Director Regional

Con fecha 25 de agosto de 2004, el Director Regional correspondiente dicta sentencia de autos. Los considerandos que se refieren a la problemática que nos convoca son los siguientes:

"5. Que, en efecto el artículo 6° letra B N° 7 del Código Tributario faculta a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos para autorizar a otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia o para hacer uso de las facultades que le confiere el estatuto Orgánico del Servicio, actuando "por orden del Director Regional", y consta a fs. 129, de las mismas liquidaciones impugnadas, que ellas fueron suscritas por personas que actuaron 'POR ORDEN DEL DIRECTOR REGIONAL'.

6. Que, además, y esto constituye un principio fundamental del derecho, no se avizora, en la especie, la existencia de un perjuicio para la reclamante reparable sólo por la vía de la declaración de nulidad, tal como lo exige el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, pues SANTA VICTORIA S.A. presentó oportunamente su reclamo contra el cobro civil de los impuestos, originando la causa que ahora se falla, y presentó en su momento, la correspondiente respuesta a la citación efectuada por el Servicio de Impuestos Internos.

7. Que, por último, para estos efectos carece de relevancia la alusión que efectúa la reclamante a la Resolución Ex N° 3.311, de 16 de julio de 1996, publicada en el Diario Oficial de 22 de Julio de 1996, toda vez que este acto administrativo interno del Servicio de Impuestos Internos no prima sobre

lo dispuesto en la norma legal que confiere a los Directores Regionales del Servicio la facultad de delegar determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, en funcionarios de su dependencia, como aconteció en la especie, siendo las eventuales responsabilidades administrativas, si es que pudiere estimarse que existieron, un asunto de gestión interna del Servicio de Impuestos Internos, que no altera, como se reitera una vez más, el ejercicio del derecho de defensa del contribuyente."

### **III. Análisis de la sentencia del Servicio de Impuestos Internos**

A continuación, reproducimos parte de un informe en derecho acompañado a la causa que comentamos, emitido por el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales, don Matías Guiloff Titium. Sus aspectos fundamentales son los siguientes:

"... (2) Incompetencia del funcionario que emitió la liquidación. Habiéndose analizado el deber de fundamentación de los actos administrativos y sus implicancias en materia de liquidaciones tributarias, cabe aludir ahora al vicio de incompetencia que se ha denunciado. Para esos propósitos, resulta necesario referirse previamente al argumento que esboza la sentencia recurrida para estimar que este vicio no se ha producido: la eventual contradicción entre el artículo 7 letra j) de la LOC del SII y el párrafo sexto de la Resolución 3311. En primer lugar, debe señalarse que la necesidad de indagar si acaso existe contradicción entre las aludidas disposiciones viene dada por el hecho que, al pronunciarse sobre la alegación de incompetencia en el reclamo de ilegalidad, el Director Regional resuelve: 'Que por ultimo para estos efectos carece de relevancia la alusión que efectúa la reclamante a la Resolución Ex. 3311 de 16/07/1996, toda vez que este acto administrativo interno del SII no prima sobre lo dispuesto en la norma legal que confiere a los Directores Regionales del Servicio la facultad de delegar determinadas materias, aun las de exclusiva competencia, en funcionarios de su dependencia, como aconteció en la especie, siendo las eventuales responsabilidades administrativas (...) un asunto interno del SII (...)'".

"La interpretación contenida en el citado informe es errónea, ante todo, porque atribuye un contenido sustantivo específico –que en el evento que exista delegación, el delegado no queda sujeto a limitación alguna– a una norma cuyo carácter, por el contrario, es de atribución de competencias. En términos sencillos, el artículo 7, letra j), no establece por sí mismo qué materias específicas son las que en definitiva se delegan y con qué limitaciones; tan solo establece la posibilidad de delegar, a través de una atribución de competencia para ese propósito. Las materias específicas objeto de

delegación, así como sus limitaciones, dentro de los márgenes establecidos por este literal, quedan entregadas a la potestad normativa que la ley le reconoce al SII. Así, no resulta atendible el planteamiento del aludido considerando, en el sentido que un acto administrativo –la resolución delegatoria– no puede primar sobre una norma legal –el artículo 7 letra j) de la LOC del SII– en cuanto es justamente la ley la que, en vez de hacer ella misma la delegatoria ha optado por entregarle esa atribución al SII, para que la ejerza de acuerdo a sus necesidades de funcionamiento y gestión. Puesto en términos aun más sencillos, no existe contradicción normativa, tal como plantea la sentencia recurrida, entre la norma legal y el acto administrativo delegatorio; por el contrario, el segundo es el complemento de la primera. De esta forma, dictando la Resolución 3311 el Director del SII hace uso de la atribución que le entrega el art. 7 letra j) y es esa Resolución, y no la ley, la que establece la delegación y sus límites. (Para que las liquidaciones (el acto administrativo terminal) sean válidas, debe haber armonía entre las normas de diversa jerarquía: la delegación (como acto administrativo de efectos particulares), la resolución que regula estas delegaciones (un acto administrativo de efectos generales<sup>4</sup>), la ley (el Código Tributario) y la Carta Fundamental (la famosa pirámide Kelseniana). Obviamente esa armonía en este caso no existe y claramente perjudica al contribuyente)."

Esta interpretación ha sido apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos como éste, relativos a los contenidos específicos de las delegaciones, aun cuando las específicas delegaciones en cuestión recaían sobre *facultades jurisdiccionales*. En estos fallos, respecto al argumento del SII que es la ley y no el acto administrativo delegatorio el que delega la facultad, la Corte Suprema señaló: "No es entonces la ley la que practica la designación del funcionario que habrá de asumir como delegado la calidad de juez con las facultades jurisdiccionales inherentes, sino que dicho rol lo ocupa la resolución delegante, el Director Regional del Servicio, quien a través de ella designa el órgano jurisdiccional en la persona de uno de sus subordinados en la correspondiente escala jerárquica y le transfiere el ejercicio de las prerrogativas que le son propias, convirtiéndose este acto administrativo en el título jurídico que habilita la actuación del delegado". Como puede apreciarse, al igual como ocurre en el caso de las liquidaciones, no es la ley la que establece el título específico que habilita la actuación del delegado. Por el contrario, es el acto administrativo delegatorio el que por

<sup>4</sup> Sería un caso de inderogabilidad singular del reglamento: los actos administrativos de efectos singulares deben ajustarse a los actos administrativos de efectos generales que le sirven de marco. Al respecto, ver recurso de protección "Toro con Gerente general del Banco Central", RDJ T 81 N° 2/1984, sec. 5, pp. 138-142. Corte de Santiago (confirmado por la Corte Suprema) sostiene que si la autoridad (Banco Central) accediere a lo pedido por la recurrente, que no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento reglamentario, estaría realizando precisamente un acto discriminatorio en favor de una persona, al contrariar un acuerdo expreso y general, e infringiría por ello mismo lo dispuesto tanto por el N° 22 del art. 19 como por el art. 98 inc. final de la Carta Fundamental.

mandato expreso del legislador lo hace y, en conformidad a lo dispuesto en la normativa legal, este acto puede contemplar límites a la delegación."

"Adicionalmente, no puede dejar de mencionarse que una interpretación como la que efectúa la sentencia recurrida atenta contra de los principios que rigen a la institución de la delegación. En conformidad a ésta, el delegante transfiere una serie de competencias al delegado, sin perjuicio que con posterioridad pueda recuperar para sí dichas competencias, por cuanto la delegación se caracteriza por ser esencialmente revocable. Como se podrá advertir, el que puede revocar es el delegante, pero jamás el delegado, que carece obviamente de esa potestad. Teniendo en consideración estos elementos estructurales de la delegación, resulta una vez más curioso el razonamiento contenido el considerando 7, porque implica dejar sin efecto a la resolución delegatoria a través de un mecanismo distinto al jurídicamente previsto: la revocación. Peor aún, dicha interpretación crea un mecanismo que permite al SII validar cualquier actuación que no se ajuste a los límites de la respectiva delegación, tal como ocurre en este caso."

"De esta forma, habiendo dejado sentado, en primer término, que no se dio cumplimiento a las exigencias de fundamentación de la liquidación en tanto acto administrativo, y luego que no existe la contradicción en base a la cual el Director Regional funda su rechazo a acoger la alegación de incompetencia, es pertinente abordar a continuación un tercer aspecto. Éste se refiere a si los aludidos vicios de legalidad causan perjuicio que sólo puede ser reparado por la declaración de nulidad de dicho acto. La referencia a este punto es necesaria, desde el momento que la sentencia impugnada funda su rechazo a ambas alegaciones de legalidad en el argumento que éstas no causan un perjuicio a los afectados que sólo puede ser reparado a través de la declaración de nulidad de los respectivos actos administrativos."

"(3) En efecto, los vicios de legalidad analizados acarrear un perjuicio para el destinatario de ese acto administrativo, que sólo puede ser reparado a través de la declaración de nulidad del mismo. En relación a este fundamento, cabe hacer presente, en primer término, el error conceptual en el cual incurren los sentenciadores, desde el momento que, al rechazar ambas alegaciones de nulidad por considerar que no causan un perjuicio solamente reparable por la declaración de nulidad, asimilan el término perjuicio al derecho a la defensa, y más aún, a una concepción muy reducida del mismo. En efecto, bien entendida, la defensa no se reduce únicamente a la posibilidad de presentar recursos; por el contrario, ésta abarca otros y muy relevantes aspectos, como la posibilidad de obtener pronunciamientos imparciales e idóneos desde un punto de vista técnico."

"Respecto de la primera de las aludidas dimensiones adicionales de la defensa, es preciso señalar que ella, justamente, se encuentra reconocida en la propia Resolución 3311, específicamente en el propio párrafo sexto, al distinguir entre los funcionarios del servicio que pueden realizar los trámites previos a la emisión de la liquidación y aquel competente para realizar esta misma. No está de más recordar a estas alturas el tenor literal de ese párrafo, el cual, en lo pertinente, dispone: "Las facultades delegadas [...] serán ejercidas por los delegados sólo cuando el total de los impuestos liquidados, incluidos sus reajustes, determinados a un contribuyente y notificados en un solo acto, no excedan de 400 UTA, casos en los cuales, no obstante haberse verificado los trámites previos al ejercicio de dichas facultades por los delegados, la liquidación será practicada por el Director Regional respectivo."

"Algún sentido ha de tener que en el procedimiento administrativo de emisión de una liquidación se distinga entre quienes pueden efectuar los trámites previos a la liquidación y aquel que, en definitiva, la puede emitir. Éste no es otro que garantizar la imparcialidad en la importante decisión que pone término a ese procedimiento, lo cual solo es posible en la medida que todo lo previamente obrado por los delegados queda sujeto a la revisión por parte de un funcionario de un rango jerárquicamente superior, el cual, en el evento que ratifique lo realizado por éstos y firme la respectiva liquidación, asume la responsabilidad por esa decisión. Allí donde se encuentra en juego un bien jurídico tan relevante como el patrimonio, tiene sentido como mecanismo para garantizar la defensa de los eventuales afectados separar funciones de instrucción de aquella decisión. Así, como se puede apreciar, la posibilidad de presentar recursos no repara la indefensión y el consecuente perjuicio que deriva de la dictación de un acto administrativo de objeción, en el contexto de un procedimiento administrativo que no cumple con los estándares de imparcialidad establecidos por el propio Jefe Superior del respectivo Servicio." El procedimiento no consiste en una serie de trámites formales, es un instrumento al servicio de la justicia<sup>5</sup>; en este caso, la imparcialidad se vio comprometida con obvio perjuicio para el recurrente.

"La imparcialidad, como se ha esbozado, no es la única dimensión adicional de la defensa: esta también comprende la posibilidad de obtener pronunciamientos idóneos desde un punto de vista técnico. Es de la interpretación progresiva de una disposición constitucional de donde resulta posible derivar esta conclusión. En efecto, el artículo 38 inciso 1° de la Constitución Política

<sup>5</sup> Ver "Banco del Desarrollo con Schuster", RDJ T 92 N° 2/1995, sec. 2, pp. 109 ss. Corte de Stgo. Apelación juicio ejecutivo. Ver también "Banco de Chile con Arriagada", RDJ T 92 N° 3/1995, sec. 2, pp. 121 ss. Corte de Stgo. Apelación.

se refiere a la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado N° 18.575, para que estructure una carrera funcionaria sobre la base de principios de carácter técnico. Así, es posible afirmar que por expreso mandato constitucional, el rango que ocupa un funcionario en nuestra organización del Estado obedece a su *expertise* técnica. Esto no es menor, puesto que aquel que cuenta con un mayor bagaje técnico dictará decisiones más certeras que aquellas que adoptaría un funcionario que no cuente con el mismo perfil. Como ocurre en este caso, una decisión que puede tener importantísimas consecuencias sobre el patrimonio del administrado se somete a la competencia del funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo servicio, precisamente porque se estima que éste, por sus aptitudes técnicas, garantiza la adopción de una decisión, desde este punto de vista, idónea y justa".

"A mayor abundamiento, en abono de la tesis que la emisión de una liquidación por funcionario incompetente genera un perjuicio reparable únicamente por la declaración de nulidad de la misma, cabe señalar que ha sido el propio Director del Servicio de Impuestos Internos el que a través de reiteradas circulares (entre otras, la Circular N° 26 del 28 de abril del 2008 y la N° 45 de 30 de julio del 2010), ha ordenado que se corrijan de oficio los vicios de legalidad de los que puedan adolecer las liquidaciones, nombrando entre ellos el relativo a la suscripción de la liquidación por funcionario que no cuenta con competencia para ello. Resulta evidente que si el propio Jefe Superior del Servicio en cuestión ha ordenado de manera reiterada que se corrija de oficio un vicio de legalidad como el aludido, es porque justamente considera que genera un perjuicio que no puede ser subsanado a través de la presentación de un recurso por el particular afectado. Por el contrario, esta reiterada práctica demuestra que tan intenso es el perjuicio que provoca este vicio que a juicio del organismo competente se hace necesario que el ente administrativo vuelva sobre un acto administrativo que, en principio, revestía el carácter de un pronunciamiento definitivo".

"Analizado este segundo aspecto y habiendo demostrado que la suscripción de la liquidación por un funcionario incompetente constituye un vicio que solamente se puede reparar por la declaración de nulidad de la misma, resta para concluir cómo la errada interpretación que se ha hecho del derecho aplicable incide de manera sustancial en lo dispositivo del fallo objeto del presente recurso. Para estos propósitos, y en relación al incumplimiento de las normas legales que regulan la fundamentación de las liquidaciones, cabe señalar que es evidente que una correcta interpretación del derecho, en primer lugar, habría detectado que, como consecuencia del incumplimiento por parte del Director Regional de las instrucciones dictadas por el Director Nacional, las liquidaciones fueron emitidas sin cumplir con los requisitos legales. Esta correcta interpretación, luego, hubiese concluido

que ese incumplimiento de normas legales es de aquellos que causan un perjuicio solamente reparable por la nulidad del respectivo acto administrativo, por cuanto los requisitos de forma de las liquidaciones que fueron incumplidos estaban destinados a satisfacer la función de garantizar la defensa del contribuyente frente a la Administración".

#### **IV. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**

Con fecha 09 de julio de 2009, el Tribunal de Alzada confirmó sin declaración la sentencia de primera instancia.

##### V. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

Con fecha 2 de enero de 2003, en autos ingreso Excma. Corte Rol N° 7308-2009, el Excmo. Tribunal desecha el recurso de casación en el fondo interpuesto por la contribuyente.

Dicho fallo, que respetamos, pero no podemos compartir, se funda en dos considerandos, que pasamos a reproducir:

"Cuarto: Que, sin embargo, el planteamiento de la recurrente es equivocado, por cuanto la competencia para conocer las acciones de nulidad de derecho público se encuentra entregada a los tribunales ordinarios de justicia en razón de la materia, según se desprende de los artículos 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República y 3° del Código de Procedimiento Civil. En efecto, la nulidad de derecho público es materia de un juicio ordinario y no de una reclamación tributaria como la de autos. De esta manera, no es procedente alegar la nulidad de la sentencia recaída en juicio tributario que no hace tal declaración, porque la competencia de esos tribunales se encuentra acotada a conocer del reclamo de liquidaciones tributarias y tratándose de un tribunal de naturaleza especial, no ha podido emitir pronunciamiento en el sentido que se pretende;

Quinto: Que, a mayor abundamiento, en lo relativo al primer capítulo de impugnación, debe señalarse que la invocación de circulares del Servicio de Impuestos Internos como base del recurso de casación no resulta procedente, puesto que de conformidad con el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, éste sólo puede dirigirse contra las resoluciones de las que se mencionan en dicha norma pronunciadas con infracción de ley, calidad que las circulares que dicta el Director Nacional no tienen. Por consiguiente, aun en el evento de haberse transgredido alguna instrucción, tal vulneración no es constitutiva de infracción de ley;...".

El postulado de la Excma. Corte Suprema resulta ser, por decir lo menos, sorprendente: "... la nulidad de derecho público es materia de un juicio ordinario y no de una reclamación tributaria como la de autos". Vale decir, debemos entender que si en un procedimiento general de reclamo tributario se produce un vicio pasible de nulidad de derecho público, el contribuyente debería deducir una acción en juicio ordinario a fin que se declarase dicha nulidad de derecho público. Pero olvida la Excma. Corte, todas las sentencias dictadas por los denominados "Jueces Delegados" del Servicio de Impuestos Internos que fueron anuladas por las Iltmas. Cortes de Apelaciones del país, por adolecer de NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO, esto es, haber sido dictado el fallo por un juez que carecía de jurisdicción, toda vez que ésta se le había delegado a través de una resolución administrativa, creándose así un tribunal a través de un acto administrativo y no a través de la ley, como en derecho corresponde. De hecho, en muchos de estos procedimientos se interpusieron recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ante la Excma. Corte Suprema, recursos que fueron todos acogidos, salvo uno de ellos, aquel interpuesto por el contribuyente Matías Villada. En dichos recursos, el Supremo Tribunal nunca sostuvo la tesis sostenida en el fallo que se comenta, esto es, que la nulidad de derecho público debe ser alegada en juicio ordinario.

Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta procedente traer a colación lo expresado por el profesor de Derecho Procesal don Miguel Otero Lathrop<sup>6</sup>, quien manifiesta lo siguiente:

"En cuanto a la forma de ejercer la nulidad administrativa de derecho público, hay consenso en que ello da origen a un proceso jurisdiccional, respecto del cual operan las normas propias de la competencia y del procedimiento. A este respecto, el autor difiere de las opiniones que estiman que la nulidad debe tramitarse exclusivamente por las reglas del juicio ordinario...".

"Sin embargo, hay que distinguir si el acto administrativo cuya nulidad se reclama es objeto de una acción ya interpuesta ante la jurisdicción o si se trata de una acción totalmente nueva."

"Si la jurisdicción se encuentra conociendo una acción que involucre al acto administrativo que adolece de nulidad, ésta, por ser imprescriptible, insanable e irrenunciable, puede y debe ser declarada de oficio por el tribunal, aun cuando la parte afectada no la haya reclamado. En esta materia hay una clara similitud entre esta nulidad administrativa de derecho público y la nulidad absoluta civil. Es la propia Constitución la que establece esta nulidad

<sup>6</sup> Otero Lathrop, Miguel, *La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año 2011, página 290.

en razón de preservar el respeto a sus normas y a la ley, sin consideración alguna al interés de las partes".

"De otro lado, solicitar la nulidad es ejercer una acción que se puede deducir en el mismo procedimiento a que da origen el acto cuya nulidad se reclama o en juicio separado si es que el conflicto no ha llegado a la etapa jurisdiccional. Si existe proceso, la parte la puede invocar hasta tanto la sentencia definitiva no se encuentre presuntamente ejecutoriada. Ocurrida esta circunstancia, la nulidad debe impetrarse en juicio separado."

"En el evento que ante la Corte de Apelaciones o ante la Corte Suprema exista pendiente la vista de algún recurso y se escuchen alegatos, es posible invocarla en el alegato mismo, aun cuando no se haya interpuesto con anterioridad...".

Como podemos apreciar, el destacado profesor de Derecho Procesal, don Miguel Otero Lathrop, estima que la nulidad de derecho público no requiere ser tramitada únicamente a través de las normas del juicio ordinario. Expresa que, si la jurisdicción ya está conociendo una acción que involucre el acto administrativo que adolece de nulidad (cuyo es el caso que nos ocupa, había un Juez Tributario, que conocía del reclamo de liquidaciones, mismas en que no se cumplía con el requisito de validez, en cuanto a estar suscritas por el Director Regional), puede y debe ser declarada de oficio por el tribunal. En todo caso, se puede deducir la nulidad en el mismo procedimiento a que da origen el acto cuya nulidad se reclama o en juicio separado.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado en el considerando quinto del fallo, esto es, que el recurso de casación no procede en contra de circulares (la verdad es que en el caso propuesto era una resolución y no una circular), tampoco, en esta materia, compartimos la sentencia de casación. A nuestro juicio, el incumplimiento de la Resolución N° 3.311 infringía las siguientes normas legales, y que eran justamente los errores de derecho que a nuestro juicio hacían que el recurso de casación debiere ser acogido. Estas son:

- a) Artículo 6° A N° 1 del Código Tributario y artículo 7° letras b) y c) del DFL N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, que otorgan al Director del Servicio la facultad de interpretar la ley tributaria y de dictar las órdenes para la más expedita marcha del ente fiscalizador y supervigilar el estricto cumplimiento de las resoluciones que dicta éste;
- b) Artículo 19 letras a) y b) del DFL N° 7, vigente a la época, que obligaba al Director Regional a acatar las instrucciones y resoluciones de su jefe superior, debiendo dictar sentencia conforme a ellas;

- c) Artículo 61 letra f) del Estatuto Administrativo, que ordena a los funcionarios públicos obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.
- d) Artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República: Los órganos del Estado y sus integrantes para actuar válidamente en el ejercicio de sus facultades, deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.

## **VI. Conclusiones**

Estimamos que las sentencias que se han dictado en autos, especialmente las de la instancia, resultan ser realmente lamentables. En efecto, la sentencia del Director Regional del Servicio viola un principio básico del Derecho Administrativo: El delegante transfiere competencias al delegado, sin perjuicio que después pueda volver recuperarlas, porque la delegación es esencialmente revocable. Vale decir, el que puede revocar es el delegante y no el delegado. El considerando séptimo de la sentencia de primera instancia implica dejar sin efecto la resolución delegatoria a través de un mecanismo jurídicamente procedente, esto es, LA REVOCACIÓN. De esta forma, y que a juicio del suscrito aparece como lo más grave, la interpretación del fallo, confirmada por la Illtma. Corte de Apelaciones, crea un mecanismo que permite al Servicio de Impuestos Internos validar cualquier actuación que no se ajuste a los límites de la respectiva delegación. A este autor le encantaría conocer la opinión del Sr. Director del Servicio de Impuestos Internos, respecto de la situación acaecida en autos, esto es, el incumplimiento de funcionarios subalternos de su repartición de una resolución dictada por un Director de dicho Servicio.

Por otra parte, la sentencia de la Excma. Corte Suprema, que insistimos respetamos pero no compartimos, sostiene una tesis que se opone a muchos fallos dictados por las Illtmas. Cortes de Apelaciones, cuando invalidaban las sentencias dictadas por los "Jueces Delegados" del Servicio de Impuestos Internos por adolecer de una nulidad de derecho público.

## **Ausencia de notificación del auto de prueba**

COMENTARIO DE:

**Héctor Oberg Yáñez**

Profesor Titular  
Derecho Procesal

### **Fallo:**

Concepción, uno de diciembre de dos mil once.

VISTO:

Se ha dictado la sentencia de fojas 77, por el juez titular del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, que no hace lugar a la demanda de autos, sin costas.

Elevados los autos a esta Corte para conocer del recurso de apelación enderezado por el órgano municipal, en la vista de la causa a la cual concurrieron los abogados de las partes, se detectó la existencia de un vicio de casación formal que hace anulable la sentencia que se dicte en esas condiciones.

Oídos sobre el punto los letrados, ambos señalaron que no concurría el defecto formal antes indicado.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

1. Que la actora demandó de precario, en juicio sumario, a doña Eugenia Arroyo Lagos con el fin de que le restituyera el inmueble individualizado en la demanda. Para estos efectos fijó domicilio en la ciudad de Talcahuano, calle San Martín 260.

2. Que la demandada al contestar el libelo en el comparendo de estilo señaló como su domicilio calle Aníbal Pinto N° 311 de Talcahuano.

3. Que se recibió la causa a prueba a fojas 27, resolución que no fue notificada al actor, y no fue notificada válidamente a la demandada, ya que la notificación por cédula estampada a fojas 28 deja constancia de haberle notificado la resolución de fojas 27, que se trata de la presentación efectuada por la Municipalidad solicitando se recibiera la causa a prueba.

4. Que el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil dispone que la resolución que recibe la causa a prueba, junto a otras resoluciones que señala, se notificará por medio de cédula que contenga la copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia.

5. Que el término probatorio es común para todas las partes del juicio, y se inicia desde la última notificación a ellas de la resolución que recibe la causa a prueba o se pronuncia sobre la solicitud de reposición de la misma si la hubiere. El término probatorio es fatal para rendir la prueba testimonial.

6. Que el sistema probatorio civil tiende a asegurar la validez de las diligencias de prueba y evitar perjuicios a las partes.

Por ende, si no se notificare a las partes la resolución que recibe la causa a prueba en la forma dispuesta por la ley, es nula toda actuación realizada dentro del probatorio y debe retrotraerse el procedimiento hasta el momento de notificarse válidamente dicha resolución.

7. Que la circunstancia de que las partes hayan acompañado documentos, rendido prueba testimonial y provocado confesión judicial, no implica notificación tácita del auto de prueba, como lo sostuvieron en estrado.

No resulta aplicable la notificación tácita establecida en el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, porque ésta no afecta únicamente a la parte que efectuó la gestión que podría suponer conocimiento de la resolución, sino a todas las partes del juicio. La notificación tácita sólo tiene aplicación respecto de resoluciones que afectan a una parte determinada y en el evento de estar ante plazos individuales. (C.S. Fallos del Mes N° 438, página 386; C. Concepción, rol 21 32-2000; rol 4229-2005).

8. Que así las cosas, se ha configurado la causal de casación formal contemplada en el artículo 768 N° 9 en relación con el artículo 795 N° 3, ambos del Código de Enjuiciamiento Civil, que permite hacer uso de la facultad oficiosa de invalidar la sentencia de primer grado, tal como lo dispone el artículo 775 del mismo texto legal, puesto que se ha omitido un trámite esencial, cual es el recibimiento de la causa a prueba con arreglo a la ley.

Por estos razonamientos y citas legales, se invalida de oficio la sentencia de veintiséis de agosto pasado, escrita a fojas 77, y todo lo obrado a contar de la diligencia de fojas 28 inclusive, reponiéndose la causa al estado de que el juez no inhabilitado que corresponda ordene notificar legalmente a las partes la resolución que recibe la causa a prueba y prosiga su tramitación por todas sus etapas procesales hasta la dictación de la sentencia definitiva.

En razón de lo resuelto, resulta inoficioso pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra del fallo de primera instancia.

Regístrese y devuélvase.

Redactó la ministra María Leonor Sanhueza Ojeda.

1530-2011

Pronunciada por los Ministros sra. María Leonor Sanhueza Ojeda, don Jaime Solís Pino, abogado integrante don Jorge Caro Ruiz.

### **Comentario:**

Como cuestión previa vale la pena tener en cuenta lo que se manifestó en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Bogotá en junio de 1970, y que pese al tiempo transcurrido mantiene su actualidad. En la parte que interesa señala lo siguiente: "La declaratoria de nulidad es un remedio imprescindible, porque responde al principio constitucional del debido proceso, incluyéndose en éste la efectiva oportunidad del derecho de defensa; pero su carácter drástico exige que se recurra a él sólo en casos extremos, en que la gravedad del vicio procesal justifique la invalidación de lo actuado y por consiguiente la pérdida del tiempo, el trabajo y el dinero invertido por el Estado y por las partes. Los demás defectos en la tramitación del proceso deben ser saneados mediante remedios que respeten la economía procesal...".

"Generalizar el concepto de nulidad atenta contra la economía del proceso, y lo mismo sucede si no se establecen límites para la oportunidad de reclamarla. El olvido de estos dos conceptos elementales ha convertido a este instituto en una de las principales causas de la prolongación excesiva de los procesos en mucho de los códigos vigentes. Se abusa del concepto de nulidad, de la exagerada ampliación de sus efectos y de la ilimitada oportunidad para alegarla, y por tal camino, de medida saneadora y protectora del derecho, se ha convertido en instrumento apropiado para el ilícito ejercicio de la deslealtad y la mala fe procesales, con la ineludible consecuencia de una exagerada duración del proceso".

"Es indispensable, por lo tanto, ...exigir su alegación inmediata desde que se tenga por la parte afectada la oportunidad procesal de conocer el vicio, so pena de considerarse saneado implícitamente; negar su procedencia cuando, a pesar del vicio, se obtuvo el fin procesal que la ley persigue con la

respectiva actuación, es decir, si no resultó lesionado el derecho de defensa y el debido proceso que la Constitución ampara".

Volviendo a lo nuestro, es preciso tener en claro que el apartamiento de la ley debe dar lugar a una injusticia, causar agravios reparables con la nulidad del acto viciado. Los tribunales no pueden declarar la nulidad por la nulidad. Aun más, existe el principio en esta materia que es de la esencia, cual es que no hay nulidad sin daño, sin perjuicio para las partes, y que se recoge por el C.P. Civil en algunas de sus disposiciones (v.g. arts. 46, 50).

La sentencia en examen deja constancia de las siguientes circunstancias atinentes a la materia en cuestión:

1. La actora, I. Municipalidad de Talcahuano, demandó de precario en juicio sumario a doña Eugenia Arroyo L.;
2. El fallo de primera instancia, escrito a fs. 77, se dictó con fecha 26 de agosto de 2011, que desestimó la demanda;
3. Se deja constancia que se recibió la causa a prueba, como se registra a fs. 27, resolución que no fue notificada al actor, y no fue notificada válidamente a la demandada;
4. Se indica en el c. 6 "que el sistema probatorio civil tiende a asegurar la validez de las diligencias de prueba y evitar perjuicios a las partes";
5. A juicio de los sentenciadores se configura la causal de casación en la forma comprendida en el art. 768 N° 9 en relación con el art. 795 N° 3, ambos del C.P. Civil, esto es, en haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley, y que tendría tal carácter "el recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley".

Ahora bien, observando esta sentencia, ella deja establecido en forma expresa "que se recibió la causa a prueba a fs. 27", razón por la cual no se infringe el art. 769 N° 9 ni tampoco el art. 795 N° 3 del C.P. Civil. La sanción es para el evento de no recibirse a prueba la causa siendo procedente este trámite. La referencia que se hace con la frase "cuando proceda con arreglo a la ley" está aludiendo a la circunstancia de existir hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los que se extraen, como se sabe, de los escritos que conforman la etapa de discusión de todo litigio, y que pese a ello no se recepciona a prueba la causa.

La omisión o defecto que se cita por los falladores no puede entenderse que queda inserta en el N° 3 del art. 795 C.P. Civil, toda vez que la notificación de la resolución de fs. 27 es posterior a su dictación y la presupone. De ahí,

entonces, que tal notificación no forma parte de dicha resolución. Son dos trámites distintos, y por eso la irregularidad afecta únicamente a la notificación y no a la resolución que la origina.

De esta suerte, ha sido erróneo recurrir a la casación oficiosa por parte del tribunal. Y si acaso se estimare que a la postre sí hay una irregularidad que permitiese anular lo obrado, el camino a seguir procesalmente sería utilizar la facultad, también oficiosa, contenida en el art. 84 inciso final, con lo cual se logra el mismo resultado. Situación que también puede cuestionarse, considerando que la facultad oficiosa que se menciona solamente tiene aplicación cuando se trata de los denominados actos esenciales del proceso, como lo ha estimado la jurisprudencia; ¿y acaso la falta de notificación de esta mentada resolución tiene tal carácter?

La norma general que impera en nuestro sistema procesal civil es la justicia rogada, que permite al órgano jurisdiccional ejercer su actividad que le es propia, haciendo desaparecer su pasividad. Esta actividad procesal de las partes no sólo se limita al inicio del litigio, sino que va más allá, pues "deja en manos de los litigantes la aportación de los hechos de la causa y su prueba, quedando el magistrado exclusivamente sometido a ellos...".<sup>1</sup> Aun más, "compete también a los litigantes instar a la tramitación del proceso, realizando los actos o actuaciones que la ley señala...".<sup>2</sup> Así también lo manifiesta Couture cuando sostiene que queda librada a la voluntad de las partes la disponibilidad del proceso.<sup>3</sup>

A lo expuesto agreguemos el pensar del procesalista español Leonardo Prieto Castro<sup>4</sup> sobre el tema, para quien "si las partes están en situación de disponer de sus intereses materiales, también deben estarlo para resolver sobre la suerte de los mismos en juicio, adoptando la postura que estimen conveniente", y agregamos "sin que el Estado pueda inmiscuirse en sus decisiones ni suplir su inercia o negligencia en la tramitación de la controversia"<sup>5</sup>.

Lo mencionado precedentemente nos lleva a concluir que la notificación del auto de prueba no tiene el carácter de esencial, es una actuación ajena al juzgador, quien ni siquiera está en situación de ordenarla, pues ella está dispuesta por la propia ley, que es conocida por los contendientes, y si llegase a omitirse, la parte agraviada deberá promover el respectivo incidente de nulidad, y en caso de no obrar así, precluye su oportunidad para formularlo. Es lo sucedido en estos autos.

<sup>1</sup> Julio Salas Vivaldi. *Revista de Derecho* N° 110, octubre-diciembre 1959, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 3ª edición, 1958, pág. 185.

<sup>4</sup> *Cuestiones de Derecho Procesal*. Instituto Editorial Reus. Madrid, pág. 81.

<sup>5</sup> Julio Salas Vivaldi. *Revista de Derecho* N° 110, citada.

El vicio de que se hace caudal en el fallo en referencia, si es que existe, afecta a los intereses individuales de los litigantes, de modo tal que si la actuación cuestionada no se ejecutó en la forma debida, los efectos que se deriven de tal irregularidad menoscabarán sus derechos particulares sin comprometer el orden social, y su ineficacia queda fuera de la órbita oficiosa del tribunal, el cual no puede erigirse como guardián del uso o no uso correcto de cada trámite legal que realicen las partes.

Cabe observar, asimismo, que la resolución receptora de la causa a prueba, corriente a fs. 27, fue notificada por cédula a la demandada, según aparece a fs. 28. En efecto, los sentenciadores señalan textualmente "...que la notificación por cédula estampada a fs. 28 deja constancia de haberle notificado la resolución de fs. 27..." a la demandada. Entonces, para ésta no existe vicio alguno que pudiera servir de base a la nulidad declarada.

Recorre también el fallo en examen al carácter común que tiene el término probatorio para las partes, lo que el comentarista no ignora. Con todo, tal afirmación actualmente hay que entenderla considerando lo que la Ley N° 20.192, de 26 de junio de 2007, al modificar el art. 320 inc. 1° del C.P. Civil, introdujo, respecto del término probatorio, cierta alteración. Y ésta consiste en el hecho de ser dicho término en su inicio un plazo individual, y sólo en su extinción un plazo común. Lo anotado fluye del citado artículo al señalar que "desde la primera notificación..." habilita a los contendientes para presentar su lista de testigos y minuta de puntos de prueba, quedando la comunidad del término para producir los medios de prueba que se consideren atinentes a las pretensiones invocadas.

De esta forma, aquella parte del fallo examinado que estima que sólo es aplicable la notificación tácita "respecto de resoluciones que afectan a una parte determinada y en el evento de estar ante plazos individuales" no es útil para seguir opinando que en ciertos casos –como éste– carecería de aplicación la notificación tácita. Luego, encontrándonos frente a un plazo individual en su inicio es perfectamente lícito hacer aplicación de la notificación tácita.

Como se ha anotado precedentemente, los juzgadores dejan asentado que el sistema probatorio que nos rige persigue asegurar la validez de las diligencias probatorias "y evitar perjuicios a las partes". Pues bien, de los antecedentes que menciona este fallo aparece que las partes acompañaron documentos, que se rindió prueba testimonial y se provocó confesión judicial. Toda esta actividad probatoria se realizó sin que los contendores en ningún momento reclamaran del vicio que sirve de fundamento a la nulidad declarada por el tribunal de alzada. Por el contrario, sostuvieron en estrado la validez de las mismas, al ser llamados a alegar sobre el posible vicio de casación formal denunciado por el tribunal, asilándose para ello en la notificación tácita de la resolución pertinente,

que a la luz de lo que se ha venido manifestando es totalmente factible. Por lo demás al no reclamar en su oportunidad de tal vicio, su sola comparecencia en actuaciones o trámites posteriores convalidó lo obrado, saneando así cualquier defecto procesal que pudo haberse dado en el desarrollo del procedimiento probatorio.

Asimismo, al comparecer a la instancia secundaria en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora, presentándose ambos litigantes a alegar sobre sus respectivas peticiones concretas, queda en evidencia que hasta ese instante no han sufrido perjuicio de ninguna índole, que pudiere ser subsanado por la declaración de nulidad. Muy por el contrario, el perjuicio proviene precisamente de la decisión del tribunal de alzada con la consiguiente pérdida del tiempo, de trabajo y económico, infringiéndose con esta actitud claramente el principio de economía procesal. No ha habido en el caso de autos un daño, un perjuicio para las partes litigantes, que justifique una decisión como la comentada. Se ha procedido a declarar la nulidad por la nulidad, dando satisfacción de esta manera a los juzgadores, pero no a los justiciables. No se consideró aquella limitación que tiene un tribunal que le impide anular actos ya saneados o que han cumplido, pese a ser defectuosos, la finalidad que la ley les asigna. No se tuvo presente que este tipo de nulidad solamente tiene lugar en "todos aquellos (casos) en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad" (art. 83). Acá si se cree que existió el vicio, él era irrelevante para hacer la declaración que se formuló. Esta idea se reafirma con lo dispuesto en el art. 768 inciso penúltimo, que permite al tribunal desechar un recurso de casación en la forma "si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo".

En el caso que motiva estas líneas se da lo que doctrinariamente se conoce con el nombre de convalidación por conformidad, que inviste el carácter de expresa en esta causa, pues la parte afectada por la irregularidad realiza actuaciones en el proceso, "demostrando pleno y manifiesto conocimiento de ella, contribuyen a que el acto en que inciden cumpla a su respecto los fines previstos para uno correcto". Al efecto se cita como ejemplo típico por don Julio Salas Vivaldi<sup>6</sup> el siguiente: "Es el caso de quien, sin haber sido notificado de la resolución que recibe la causa a prueba, presenta la lista de sus testigos y la nómina de los puntos sobre los que dispondrán, coincidiendo con los hechos a probar consignados en la indicada resolución".

Fue la Ley N° 18.705 la que recogió estas ideas en el art. 83, que permiten al afectado con el vicio que éste no perturbe el ejercicio de los derechos que

<sup>6</sup> *Revista de Derecho*. Facultad de Derecho. Universidad Central. Santiago. Chile. Enero-junio. Año IV, 1990.

puede hacer valer en el proceso. Es lo que ocurrió en esta causa, vicio que no causó ningún daño o perjuicio a los litigantes.

## **La otra mirada de la ley**

### Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo

COMENTARIO DE:

#### **Hugo Fábrega Vega**

Abogado.  
Profesor de Teoría del Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo  
Miembro de la Sociedad Chilena de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Miembro del Centro Chileno de  
Estudios de Derecho del Trabajo A.G.

#### **I. Texto íntegro del fallo**

"Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 10 de noviembre de 2010, don Gerardo Mena Edwards, juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitó de esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, a fin de que se emita un pronunciamiento acerca de si dicho precepto resulta lesivo a las garantías constitucionales de los trabajadores.

El precepto impugnado dispone:

"Art. 26 bis. El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su

retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas. Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones."

La gestión judicial a propósito de la cual se promueve el requerimiento es el proceso laboral de tutela de derechos fundamentales RIT 103-10-T.L., caratulado "SINDICATO INTEREMPRESAS DE CONDUCTORES N°4 FLOTA TALAGANTE con BRAVO MIRANDA, DOMINGO, Y OTROS EMPRESARIOS", en el cual la organización sindical demandante acciona por 14 choferes en contra de los empresarios del transporte dueños de los buses que conducen y solidariamente en contra de la asociación gremial y de la cooperativa que los agrupa, que en este caso serían sus reales empleadores, invocando la doctrina del "levantamiento del velo" y el régimen legal de la subcontratación de trabajo.

En el libelo de tutela se señalan como infringidas las garantías del derecho a la integridad física y síquica de los choferes, contenidas en el N° 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Los demandantes de la gestión hacen notar que dicha vulneración es posible por el aprovechamiento que sus empleadores hacen de la ineficiencia de los medios de control de asistencia y de los problemas derivados de su fiscalización.

Agregan que en la medida que los intermedios, esperas y descansos no son imputables a la jornada, en la práctica trabajan entre 15 y 16 horas diarias, que debieran descomponerse en 7,5 horas de conducción y el resto de descanso, que en realidad no existe o es mínimo, por lo cual en la práctica se ven sometidos al denominado "dos por uno", es decir, que un chofer desempeña en realidad el doble de una jornada, a causa de lo cual se ve afectado física y psicológicamente, dañando con ello a su familia y su entorno.

En la demanda de tutela solicitan el cese de la vulneración a sus derechos fundamentales y que se ordene establecer un sistema de control de asistencia y jornada, lícito y fidedigno, además de una indemnización de \$5.400.000 anuales por demandante, desde la fecha de inicio de la relación laboral, atendido que sus sueldos son de aproximadamente \$450.000 mensuales y que han sido víctimas del llamado "dos por uno".

Los demandados señalan que los hechos no son efectivos, que los sistemas de control de asistencia fueron visados por la Inspección del Trabajo, que cumplen la normativa laboral sobre jornada y que no hay "dos por uno". Señalan además que la asociación gremial demandada no es una empresa ni menos el empleador de los demandantes.

Con fecha 24 de noviembre de 2010, la Primera Sala de este Tribunal Constitucional ordenó al juez requirente que, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, se diera cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la ley orgánica de esta Magistratura.

Cumpliendo lo ordenado, el juez requirente invoca como infringida la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que el precepto impugnado establece un trato especial y distinto del general, que menoscaba derechos laborales que el ordenamiento jurídico nacional considera irrenunciables. De la misma forma, considera infringida la garantía constitucional de la libertad de trabajo, contenida en el numeral 16° del mismo artículo 19 de la Constitución Política, al vulnerarse los principios generales de protección del derecho laboral, la irrenunciabilidad de los derechos y la presunción de no gratuidad de los servicios, en función de los cuales se establecen limitaciones de jornada, sueldo mínimo y otros institutos en favor del trabajador, que es la parte más débil de la relación laboral.

En específico, sostiene el tribunal requirente que, según las normas generales contenidas en el artículo 21 del Código del Trabajo, todo el tiempo que el trabajador se encuentre a disposición del empleador sin desempeñar funciones, por causa no imputable al dependiente, constituye jornada y debe ser remunerado, por lo cual, en la medida que el precepto impugnado establece lo contrario, dispone un trato diferenciado que vulnera el derecho a una jornada establecida según las normas comunes, por lo que introduce un factor de incertidumbre acerca de la duración de la jornada.

Por otro lado, al dejar la retribución del tiempo de espera entre turnos al acuerdo de las partes, se desconoce por el legislador la existencia e irrenunciabilidad del sueldo mínimo como base de cálculo supletoria de la remuneración, por lo cual se retorna al criterio civilista de autonomía de la voluntad, haciendo ilusorio el pago por los tiempos de espera entre turnos y aumentando de manera gratuita e ilegal el horario de trabajo.

Señala finalmente que también se viola el derecho de propiedad del trabajador sobre su tiempo fuera de la jornada trabajo, ya que por este régimen es el empleador quien dispone de los tiempos del dependiente, sin contraprestación pecuniaria, perturbando así la vida familiar y el derecho al esparcimiento y al descanso.

Sostiene asimismo que no existe asidero alguno que justifique esta diferencia de trato, que por tanto resulta inconstitucional.

Con fecha 15 de diciembre de 2010 el requerimiento fue acogido a trámite, confiriéndose traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

A fojas 99, el sindicato demandante de tutela señala que la conducta de los demandados se ampara en lo dispuesto por la norma impugnada, que vulnera la Constitución, y agrega que se cumplen los presupuestos de admisibilidad, ya que basta la posibilidad previsible de que la norma sea aplicada para dar curso al proceso de inaplicabilidad.

A fojas 102 y siguientes, comparecen las demandadas solidarias Asociación Gremial Flota Talagante y Cooperativa de Servicios de Transporte Talagante Santiago, solicitando la declaración de inadmisibilidad del requerimiento. Argumentan que al ser formulado el libelo como una consulta o solicitud de informe, incluso complementado no cumpliría los presupuestos exigidos por la ley al no señalar la forma en que se produciría la infracción a la Constitución. Por otro lado, agregan que la acción carecería de fundamento plausible al fundarse en derechos irrenunciables contenidos en otras normas generales del Código del Trabajo, que no tienen rango constitucional y frente a las cuales prima la norma especial que se impugna. Afirman que la sola existencia de normas especiales no es sinónimo de una inconstitucionalidad y que la situación de los demandantes es en los hechos distinta a la habitual, omitiéndose por el juez requirente la alusión a la historia fidedigna del precepto impugnado.

A fojas 106, comparecen los empresarios del transporte que obran como demandados principales en la gestión invocada, solicitando la declaración de inadmisibilidad de la acción formulada. Exponen que la aplicación del precepto impugnado no resulta decisiva en el proceso de tutela y que se les acusa de haber utilizado de manera abusiva la norma, burlando así su sentido y espíritu. Agregan que el 9 de diciembre de 2010 se realizó la audiencia de juicio, pues el juez consideró que la decisión de esta controversia constitucional no obstaba a ello, ya que "no incide en la resolución del asunto controvertido", según se señala a fojas 107. Reiteran lo argumentado por las otras demandadas, en orden a que el requerimiento es inadmisibile al haber sido formulado como un oficio o una solicitud de informe y agregan que en el proceso de tutela se promovió un incidente de recusación en contra del juez, por haber emitido opinión acerca del fondo del asunto al requerir de inaplicabilidad.

Con fecha 5 de enero de 2011 fue declarado admisible el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y con posterioridad se confirió traslado sobre el fondo del mismo a las partes de la gestión invocada. A fojas 160, el juez requirente presentó un escrito de "evacua traslado", en el cual, además de reiterar sus argumentos, profundiza acerca de la

irrenunciabilidad de los derechos establecida por el artículo 5° del Código del Trabajo, que estima contradicha por el precepto impugnado en lo relativo a las remuneraciones y a la limitación de jornada. Agrega que la irrenunciabilidad de los derechos en materia laboral cumple la función de restablecer el equilibrio contractual, para proteger a la parte más débil de la relación jurídica, todo lo cual en este caso se ve vulnerado, sin que el trabajador pueda disponer de las 8 horas de descanso ni de las 8 horas para otras actividades.

Agrega que los propios demandados invocaron la norma impugnada para validar su actuación y profundiza algunos aspectos de la historia legislativa del precepto en cuestión, el cual tuvo por finalidad establecer para este tipo de trabajadores las mismas condiciones laborales de los servicios urbanos de transporte de pasajeros, en el que si bien los tiempos de espera no constituyen jornada, se remuneran con un mínimo de 1,5 ingresos mínimos mensuales como base de cálculo.

Añade que en la discusión legislativa se hizo ver la inconveniencia de pagar estos tiempos como horas extraordinarias, la inconveniencia de imputarlos a la jornada, además de la improcedencia de su gratuidad, pero que finalmente el objetivo de igualación no se cumplió, generándose la diferencia de trato existente hoy.

A fojas 273, el abogado Jorge Correa Sutil, en representación de la Asociación Gremial demandada, evacua el traslado acerca del fondo del asunto, solicitando el rechazo de la acción en los siguientes términos:

– En cuanto a los antecedentes de la gestión, señala que los tiempos en cuestión corresponden a lapsos de espera entre turnos de trabajadores del transporte rural, que pueden ser en tierra –como en este caso–, durante los cuales el trabajador no está a disposición del empleador. Sobre este punto, señala que el juez requirente ha entendido incorrectamente que sí se encuentran a disposición de su empleador, pero que eso no es efectivo, toda vez que no realizan labor alguna, lo cual debe ser así a causa de los tiempos de extensión de los viajes.

– En el caso de los demandantes, no están obligados a permanecer a disposición de su empleador, ni en el lugar de trabajo ni en los terminales durante dichos lapsos, siendo totalmente libres para trasladarse donde quieran y hacer lo que les plazca en su tiempo libre, en una verdadera interrupción de jornada que sólo los obliga a volver a la hora prefijada. Agrega que la norma impugnada no permite que en tiempo de descanso o espera de turno estén a disposición del empleador.

– Expone que, por lo anterior, es imposible conceptualmente que estos tiempos se imputen a la jornada, porque no lo son, ni menos que se remuneren, porque no hay trabajo ni sujeción al empleador.

– A fojas 266 señala que estos tiempos de espera son una molestia para el trabajador, pero que la ley permite compensarlos o retribuirlos. Serían una molestia por no ser jornada, no ser remunerables y por su carácter irregular, determinado por demoras de viajes y factores mecánicos imprevisibles. Expone que en este caso todos los demandantes de tutela son compensados en su contrato individual por este concepto, con un 2% de la venta bruta de boletos del mes, agregando que además reciben un incentivo variable de producción.

– A continuación señala que la norma impugnada no tiene la aptitud de producir el resultado contrario a la Constitución que se denuncia, cuestión que se debe a gruesos errores de apreciación del juez. Por lo anterior trae a colación la abundante jurisprudencia de este Tribunal en orden a que en materia de inaplicabilidad el efecto contrario a la Carta Fundamental debe producirse por causa del correcto entendimiento de la norma, en función de la gestión invocada, y no por una interpretación errada o abusiva, cuestión que a su juicio sí ocurre en el caso y que redundaría en el rechazo de la acción, ya que el precepto impugnado fue celebrado en su momento como una verdadera conquista laboral.

– Expresa que la interpretación errada del juez se funda en estimar que el trabajador está a disposición del empleador en los tiempos de descanso y espera, en entender que la aplicación del precepto conlleva a que los tiempos de espera no sean retribuidos, cuando en realidad ello depende del acuerdo de las partes. Agrega que otro de los errores que lleva a la interpretación equivocada del precepto consiste en creer que el mismo permite negociar libremente una remuneración, cuando en realidad el pago por tiempos de espera es una simple compensación por una situación gravosa y no podría ser una remuneración, para lo cual cita una intervención del senador Pablo Longueira, consignada en la historia de la ley, a fojas 282, en la cual se señala que de imputarse los descansos a la jornada del trabajador se generaría el problema de que a mediados de mes el trabajador se vería impedido de continuar conduciendo, por haber agotado su jornada, agregando que el tiempo extra se genera en la espera, lo que justifica un trato distinto al común.

– En otro orden aduce que la solicitud de inaplicabilidad se funda en principios generales del derecho laboral, no recogidos por la Constitución, por lo cual hay una cuestión de interpretación de ley general y de prevalencia de norma especial, mas no una cuestión de constitucionalidad.

– Por otra parte alega que el juez entiende que se cobran remuneraciones retroactivamente, en circunstancias que se demanda una indemnización de perjuicios.

– Por todo lo expuesto, señala que según la jurisprudencia de este Tribunal la acción de inaplicabilidad no persigue corregir errores ni resolver dudas derivadas de la mera interpretación de la ley, aun cuando ello genere inconstitucionalidades, agregando que los eventuales vicios denunciados desaparecen con una interpretación razonable de la norma impugnada en función del caso concreto.

– Posteriormente manifiesta que no hay inconstitucionalidad alguna al no infringirse la igualdad ante la ley, porque la diferencia de trato es fundada, en la medida que cualquier trabajador alejado de centros urbanos puede pactar jornadas por tiempos superiores a la semana, citando ejemplos y doctrina que sostiene la compatibilidad de esta circunstancia con el derecho internacional. Señala además que este régimen de descanso, interrupción de jornadas y espera se funda en las objetivas circunstancias del rubro del transporte y la protección de valores superiores, aludiendo a pasajes de la historia de la norma en los cuales se dejó expresa constancia de la intención de proteger al trabajador mediante este sistema.

– Agrega que toda interrupción de jornada diaria se funda en las mismas reglas, citando ejemplos al efecto, en el régimen general del Código del Trabajo y en otras jornadas especiales, por lo que la diferencia no es irracional.

– Argumenta asimismo que la imputación de la espera a la jornada en el rubro del transporte es una opción de cada país, amparada por la OIT, citando, además, las legislaciones venezolana, argentina y mexicana acerca de la materia.

– A fojas 301 expone que la normativa contenida en el precepto impugnado es similar a otra que regula una situación análoga, el artículo 25 del Código del Trabajo, referido a choferes o auxiliares de buses interurbanos y trenes, agregando que el requirente está equivocado en esta materia, ya que para ellos no hay piso de 1,5 sueldos mínimos como base de cálculo de la compensación, cosa que sí ocurre con el transporte de carga.

– Señala que de declararse inaplicable la norma, los trabajadores no tendrían derecho a compensación por la espera ni tampoco gozarían del derecho al descanso, quedando así a disposición de su empleador, ya que esta norma se estableció en su favor. En síntesis, argumenta que la declaración de inaplicabilidad sí produciría un efecto contrario a la Constitución, ya que además los tiempos de conducción disminuirían y la remuneración también.

– Por otro lado señala que no se infringe la libertad de trabajo, ni sus límites, ni el derecho a una justa remuneración, porque la norma impugnada no puede producir el resultado denunciado, argumentando que tampoco se vulnera de forma alguna el derecho de propiedad.

– Finalmente agrega que si se llegara a declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado, sus efectos subsistirán, porque en lugar de aplicarse la normativa general del artículo 21 del Código del Trabajo, se debieran aplicar los preceptos de su artículo 25, que dispone las mismas reglas para choferes o auxiliares de transporte interurbano, con la sola modificación de 2 horas menos de descanso, lo cual, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, inhibe la declaración de inaplicabilidad, al hacerla inconducente.

Por todo lo anterior solicita se rechace la solicitud de inaplicabilidad.

A fojas 317, y fuera de plazo, el sindicato demandante evacuó el traslado conferido, señalando que el Estado de Chile tiene deberes de derechos humanos que cumplir, los cuales han sido infringidos mediante el uso de la norma cuestionada, haciendo ver que no es efectivo que el trabajador pueda hacer lo que quiera con su tiempo en el marco de la relación laboral. A continuación expone un cuadro, a fojas 319, en el cual se explicita que un trabajador, en virtud de esta norma, puede llegar a estar las 24 horas del día a disposición del empleador.

Agrega que no es efectivo el supuesto efecto de mayor gravamen de la declaración de inaplicabilidad y que dicha tesis busca mantener un statu quo violatorio del derecho internacional, escudándose en una eventual baja de remuneraciones que está fuera de la materia litigiosa, reiterando que acoger la acción es restablecer el imperio del derecho y no un atentado a la seguridad jurídica.

Con fecha 31 de marzo de 2011 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 19 de abril siguiente tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Gerzo Gallardo, por el Sindicato Interempresas de Conductores N° 4 Flota Talagante, y Jorge Correa Sutil, por los empresarios demandados en la gestión pendiente y las dos entidades que en ella aparecen como demandados solidarios.

CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional *"resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución"*;

**SEGUNDO:** Que, tal y como se ha indicado en la parte expositiva de esta sentencia, el requerimiento materia de autos fue presentado por el juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitando a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, con el fin de esclarecer si lo dispuesto en dicho precepto legal vulnera las garantías establecidas en el artículo 19, N°s 2°, 16° y 24°, de la Constitución Política de la República, respecto de los trabajadores implicados en el proceso laboral de tutela de derechos fundamentales RIT 103-10-T.L., que se tramita ante el juez requirente y que constituye la gestión pendiente sobre la que incide el requerimiento;

**TERCERO:** El precepto impugnado dispone:

"Art. 26 bis: El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas.

Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones".

**CUARTO:** Que para resolver adecuadamente el requerimiento de que se trata debe precisarse, en primer término, que no todo lo dispuesto en el artículo 26 bis del Código del Trabajo fue cuestionado en autos, sino sólo la parte que alude a las esperas que les corresponda cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros entre turnos laborales sin realizar labor, lapsos que el precepto legal considera no imputables a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajustará libremente al acuerdo entre las partes. En consecuencia, la cuestión relevante a resolver en esta sentencia es si tales tiempos de espera deben o no formar parte de la jornada laboral que tienen que cumplir los respectivos trabajadores.

En efecto, dilucidar si la aplicación de este precepto legal vulnera garantías constitucionales de los trabajadores implicados en la respectiva gestión pendiente, exige precisar si los tiempos de espera sin realizar labor a que alude el artículo 26 bis del Código del Trabajo son de libre disponibilidad para los trabajadores, ya que de ello depende la procedencia de incluirlos o no en la jornada laboral y si su empleador está o no obligado a remunerarlos;

**QUINTO:** Que el artículo 21 del Código Laboral establece la norma general respecto de las esperas que deban cumplir los trabajadores durante la jornada laboral, sin realizar labor por motivos que no les sean imputables. Conforme a lo dispuesto en este artículo, dichas esperas forman parte de la jornada de trabajo si durante ellas el dependiente se encuentra a disposición del empleador. Por tanto, si las esperas son decididas por el empleador y mientras duran los trabajadores no son libres para disponer de ese tiempo en la forma en que autónomamente decidan, tales lapsos, aun cuando durante su transcurso los trabajadores no realicen labor alguna, deben ser considerados tiempo de trabajo y por tanto ser remunerados;

**SEXTO:** Que la regulación legal de los tiempos de espera del artículo 21 del Código Laboral es concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección. Si la ocurrencia y duración de las esperas que deban cumplir los empleados durante la jornada diaria de trabajo dependen de la discrecionalidad de su empleador y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen, sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados.

En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público* N° 28, Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo, sino también el trabajo en sí: "Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor" (José Luis Cea: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427).

Por todo lo anterior, es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquél, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas, tal y como ocurre en el caso de autos, el precepto legal que excluye de la jornada de trabajo tales tiempos de espera liberando al empleador de la obligación de remunerarlos debe ser declarado contrario a la protección constitucional del trabajo;

**SÉPTIMO:** Que, por otra parte, sucesivas interrupciones de la jornada diaria de trabajo debido a esperas entre los turnos asignados por la empresa, como las que ocurren en el caso de autos, que responden a la organización del tiempo de trabajo que ha decidido el empleador para sacar un provecho más eficiente a su actividad, impiden a los trabajadores cumplir de forma continuada e ininterrumpida las horas diarias de trabajo comprometidas en el respectivo contrato laboral, lo que redundará en una prolongación del tiempo de dedicación al trabajo, limitando con ello las horas diarias de uso libre y privado que le queda al trabajador. Ello, por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo, todos los cuales están expresamente reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el artículo 19 N° 16° de nuestra Constitución.

En efecto, el artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo"; el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce "el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos", y el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana

de Derechos Humanos declara que "el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados partes garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:... g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales".

Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida.

#### **Y VISTO:**

Lo prescrito en el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como lo señalado en el artículo 31 N° 6 de la Ley 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

#### **SE RESUELVE:**

1) QUE HA LUGAR AL PRESENTE REQUERIMIENTO POR LAS RAZONES QUE SE HAN SEÑALADO Y QUE EN CONSECUENCIA SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE, LA PARTE DEL ARTÍCULO 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO QUE SEÑALA QUE LAS ESPERAS QUE CORRESPONDA CUMPLIR ENTRE TURNOS LABORALES SIN REALIZAR LABOR NO SERÁN IMPUTABLES A LA JORNADA LABORAL, POR CONTRAVENIR LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 N° 16° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

2) CORRESPONDERÁ AL JUEZ REQUIRENTE DETERMINAR LA NORMA APLICABLE AL CASO CONCRETO SOBRE EL QUE INCIDE ESTA SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD, TODA VEZ QUE ESTA DECISIÓN NO PREJUZGA ACERCA DE LA NORMA LEGAL QUE DEBE APLICARSE EN REEMPLAZO DEL PRECEPTO CUESTIONADO, CUESTIÓN QUE ES DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL A QUO Y NO DE ESTA MAGISTRATURA.

Adoptada con el voto en contra de los ministros señores Raúl Bertelsen Repetto e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que el precepto legal impugnado y cuya inaplicabilidad se solicita, esto es, el artículo 26 bis del Código del Trabajo, es una disposición especial aplicable sólo a los choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, que integra el párrafo 1° Jornada ordinaria de trabajo del capítulo IV "De la jornada de trabajo", del Libro Primero del Código del Trabajo, por lo cual no debe interpretarse en forma aislada, sino en relación con las otras disposiciones legales sobre la materia, de modo que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía;
2. Que el mencionado precepto legal no ha sido impugnado en su totalidad, sino únicamente en lo relativo a los tiempos de descanso a bordo o en tierra y a las esperas que les corresponde cumplir a los choferes o auxiliares entre turnos sin realizar labor, descansos y esperas que la ley declara que no son imputables a la jornada, debiendo, sin embargo, compensarse o retribuirse por acuerdo entre las partes, por lo cual el análisis de su conformidad o disconformidad con la Constitución debe limitarse a ese solo aspecto;
3. Que la no imputabilidad a la jornada laboral del tiempo de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, se aplica asimismo en virtud del artículo 25 del Código del Trabajo a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, a los que igualmente debe retribuirse o compensarse estos tiempos por acuerdo entre las partes, como también se extiende, según el artículo 25 bis del mismo Código que contiene una regla similar para los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana;
4. Que el artículo 26 bis del Código del Trabajo, al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no cabe considerarla una norma arbitraria, carente de justificación y que signifique una desprotección de los derechos del trabajador, sino que, al igual que los artículos 25 y 25 bis, tiene su justificación en la índole peculiar de las labores que efectúan los choferes, quienes, conforme a lo dispuesto en las normas citadas, no pueden conducir más de cinco horas continuas, contemplándose asimismo reglas especiales sobre el número de horas al mes que pueden trabajar, sobre su distribución diaria y descanso mínimo entre turnos;
5. Que todo ello demuestra que la norma impugnada no sólo no vulnera derechos de los choferes trabajadores, sino que los protege adecuadamente, puesto que de aplicárseles las normas generales del Código del Trabajo en virtud de las cuales la jornada de trabajo puede ser de ocho horas diarias de trabajo y sólo interrumpida por una media hora para la colación –tiempo

que no se considera trabajado para computar la jornada diaria-, tal solución sí que los colocaría en una situación de desprotección al obligarlos a conducir durante ocho horas casi continuas e incluso pondría en riesgo su vida e integridad física y psíquica, por lo que su aplicación resultaría inconstitucional a su respecto al infringir los números 1° y 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Redactó la disidencia el ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Redactó la sentencia el ministro señor Francisco Fernández Fredes y la disidencia el ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1852-10-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su presidente (s), ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, la ministra señora Marisol Peña Torres y los ministros señores Francisco Fernández Fredes, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín".

## II. Comentario

Sin entrar al "otro tema" que subyace a los elementos procesales que en materia laboral parecen favorecer y alentar la calidad de juez y parte que mella el ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional contenida de manera incólume en el artículo 76 de la Constitución, y que valdría un comentario aparte, me refiero en específico a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de 26 de julio de 2011 en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 26 bis del Código del Trabajo, en los autos laborales RIT 103-10-TL, sustanciados ante el 2° Juzgado de Letras de Talagante.

En definitiva, el pleno del Tribunal Constitucional, en votación dividida, declara inaplicable en la gestión pendiente la parte del artículo 26 bis del Código del Trabajo que señala que las esperas o descansos de los choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros que corresponda cumplir entre turnos sin realizar labor no serán imputables a la jornada laboral por contravenir la garantía constitucional del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política.

El Tribunal arriba a esta conclusión analizando, en primer término, *"si los tiempos de espera sin realizar labor a que alude el artículo 26 bis del Código del Trabajo son de libre disponibilidad para los trabajadores, ya que de ello depende la procedencia de incluirlos o no en la jornada laboral y si su empleador está o no obligado a remunerarlos"*<sup>1</sup>, a lo cual, con tal punto de partida, toma como referencia única el inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, que preceptúa primariamente: *"Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables"*. De esta única variante interpretativa el voto de mayoría se nutre de razones constitucionales e internacionales que pregonan la inconstitucionalidad del precepto impugnado al ser contrario a la dignidad de los trabajadores involucrados y, fundamentalmente, a la función social del trabajo remunerado, ya que el trabajador quedaría limitado de *"las horas diarias de uso libre y privado"*<sup>2</sup> que le quedarían, lo cual *"por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo"*<sup>3</sup>.

A nuestro juicio, la conclusión del fallo de mayoría es errada, básicamente por los siguientes aspectos de raigambre interpretativa:

- 1° El artículo 26 bis se basta asimismo para definirse en su identidad como parte de la solución al problema ventilado ante el 2° Juzgado de Letras de Talagante. En efecto, basta el tenor literal de las normas comprendidas en los actuales artículos 25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo para entender que las condiciones que se entienden lógicamente establecidas en aquellas normas poseen la suficiente claridad para bastarse a sí mismas orientando su aplicación;
- 2° Frente al grupo de normas antes descritas (25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo) existe toda una historia fidedigna en su establecimiento. Esta queda comprendida en la tramitación y posterior modificación del Código del Trabajo a través de la Ley 20.271 publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de julio de 2008, la cual se refiere de manera expresa y clara en varios pasajes de su discusión como proyecto<sup>4</sup> que el tiempo de espera del personal (choferes o auxiliares) de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros no será imputable a la jornada de trabajo y que su retribución quedaría entregada al acuerdo de las partes; y

<sup>1</sup> Considerando Cuarto.

<sup>2</sup> Considerando Séptimo.

<sup>3</sup> Considerando Séptimo.

<sup>4</sup> Tanto en comisión o en sala (incluyendo las indicaciones del gobierno de la época y de los variados intervinientes en la gestación de la norma –autoridades o asociaciones gremiales interesadas–), véanse en la Historia de la Ley N° 20.271, páginas 10, 14, 29, 30, 31, 35, 43, 48, 50, 51, 55, 56, 67, 68, 69, 70, 76, 77, 82, 83, 84, 90 y 91.

3° La simple explicación que detenta el establecimiento del artículo 26 bis del Código del Trabajo al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, se basa en la propia disposición contenida en las normas objeto de dicha modificación legal, vale decir, que no pueden conducir más de cinco horas continuas, contemplándose asimismo reglas especiales sobre el números de horas al mes que pueden trabajar, sobre su distribución diaria y descanso mínimo entre turnos, lo cual también fue objeto de la discusión que dio origen a la Ley 20.271.

Esa y no otra es la explicación de fondo, lo cual olvida completamente el análisis del voto de mayoría que da lugar a la inaplicabilidad de la gestión pendiente, algo que incluso la misma Dirección del Trabajo ya había interpretado correctamente al fijar el sentido y alcance de la Ley 20.271<sup>5</sup>.

Por otro lado, es loable la sintética manera de conciliar la dignidad de los trabajadores supuestamente afectados por la imposición de esta norma por parte del voto de minoría, al declarar textualmente que *"la norma impugnada no sólo no vulnera derechos de los choferes trabajadores, sino que los protege adecuadamente, puesto que de aplicárseles las normas generales del Código del Trabajo en virtud de las cuales la jornada de trabajo puede ser de ocho horas diarias de trabajo y sólo interrumpida por una media hora para la colación –tiempo que no se considera trabajado para computar la jornada diaria–, tal solución sí que los colocaría en una situación de desprotección al obligarlos a conducir durante ocho horas casi continuas e incluso pondría en riesgo su vida e integridad física y psíquica, por lo que su aplicación resultaría inconstitucional a su respecto al infringir los números 1° y 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental"* <sup>6</sup>.

Creemos firmemente que el intérprete debe guiarse por criterios que otorguen al derecho una medida axiológica, que, de manera sustancial y formal, promuevan los valores necesarios para calificar conductas sociales, puesto que de lo contrario, y encauzando este simple comentario en una realidad vociferante de cambios radicales en variados aspectos, tendremos una discusión que se alejará de estos fines axiológicos que busca el derecho, cuando se detone la misma discusión interpretativa, pero esta vez frente al servicio de transporte urbano colectivo de pasajeros.

<sup>5</sup> Véase ORD. 4409/079 de 23 de octubre de 2008, que en lo referente al artículo 26 bis dice "b) Descansos y esperas. La segunda parte del inciso 1° de la norma legal que nos ocupa señala, en relación a los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, sea que la jornada ordinaria de trabajo se haya pactado semanal o mensualmente, tales tiempos no son imputables a la jornada y su retribución o compensación se ajusta al acuerdo de las partes".

<sup>6</sup> Numeral 5. Voto de minoría.

¿Será necesario recordar, entonces, la importancia que posee el derecho en la paz social?



# **La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales**

Notas breves a la sentencia del  
24 de febrero del 2012

COMENTARIO DE:

**Julio Alvear Téllez**

Doctor en Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
Director del Departamento de Ciencias del Derecho  
Profesor investigador del Centro de Justicia Constitucional  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad del Desarrollo

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el caso Atala Riffo y Niñas v/s Chile del 24 de febrero del 2012 tiene muchas aristas que merecen ser examinadas con detención, más allá de las graves imputaciones a la irregularidad del procedimiento que hizo público el representante del padre de las niñas<sup>1</sup>.

En esta ocasión analizaremos un solo aspecto de la sentencia: el numeral cinco de la parte dispositiva en relación con los párrafos 271 y 272. Y lo haremos desde el ángulo de la igualdad y la no discriminación al que aluden los números uno y dos de la parte resolutive. Estos aspectos, que sepamos, no han sido examinados y plantean para las políticas públicas del Estado de Chile y la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país (especialmente la libertad de conciencia y de creencias, y la recta comprensión del derecho a la igualdad) problemas mayúsculos.

\*\*\*

## **1. El texto de la sentencia**

Damos por conocidos aquí los supuestos de hecho del caso y las imputaciones de irregularidad del procedimiento, especialmente las que han permitido a la

<sup>1</sup> "Dos miradas enfrentadas sobre el caso Atala", entrevista al profesor Álvaro Ferrer, "El Mercurio", edición del domingo 25 de marzo del 2012.

CIDH considerar como víctimas a las menores, con prescindencia y aun en contra de la voluntad de las mismas menores adultas.

En su parte resolutive (VIII), la sentencia establece por unanimidad:

"1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta Sentencia".

"2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 150 a 155 de esta Sentencia".

Junto a otras seis medidas, la sentencia dispone en su numeral cinco:

*5. El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en los párrafos 271 y 272 de la presente Sentencia.*

Los aludidos párrafos 271 y 272 se insertan en la parte VII de la sentencia, correspondiente a las medidas reparadoras que se exigen al Estado chileno<sup>2</sup>. Más específicamente, dichos párrafos integran el acápite "*capacitación a funcionarios públicos*" (C.3.a), que a su vez forma parte de las "*garantías de no repetición*" de las conductas que se consideran agraviantes (C.3).

*271. El Tribunal toma nota de los desarrollos llevados a cabo por el Estado en materia de programas y acciones de capacitación dirigidos a capacitar a funcionarios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los*

<sup>2</sup> VII, *Reparaciones (Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)*. Por su parte, el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: "1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertades protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

*cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.*

*272. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del corpus iuris de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención. Debe ponerse especial atención para este efecto en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales.*

Estas medidas se vuelven más explícitas y operativas si se las relaciona con el contexto indicado por dos de los párrafos precedentes:

*268. La Comisión destacó la importancia de llevar a cabo "capacitaciones a autoridades judiciales" y "la realización de campañas a fin de contribuir a un ambiente de tolerancia frente a una problemática que ha sido invisibilizada".*

*269. Los representantes instaron a la Corte a que dictamine que el Estado debe "[i]ncorporar cursos obligatorios sobre [D]erechos [H]umanos con especial énfasis en temas de [g]énero relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género". A consideración de los representantes estos cursos "deberán ser impartidos por la Corporación Administrativa del Poder Judicial a todos los escalafones" de la administración de justicia. Además, solicitaron la asignación de una partida presupuestaria para el Instituto Nacional de Derechos Humanos con la finalidad de que dicha institución lleve a cabo programas de prevención de "discriminación, diseminación y educación en derechos humanos, e investigaciones".*

## **2. Análisis de la sentencia**

Como se denota de la sola lectura, hay una notoria coherencia entre la parte considerativa del fallo (párrafos 271 y 272) y la parte dispositiva (numeral 5). A su vez, los párrafos 268 y 269 constituyen un acreditado antecedente para precisar mejor a qué se refieren los párrafos 271 y 272 y, en consecuencia, a qué hay que atenerse para los efectos de las medidas dispuestas en el numeral 5.

Al respecto, debemos entender que el Estado chileno queda obligado a:

- 1) Implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales), y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI.
- 2) Las materias indicadas en (i), (ii) y (iii) no deben ser tratadas con cualquier enfoque. Hay un prisma obligatorio que debe unificar su enseñanza: el enfoque de la "teoría de género", ideología radical, según veremos. Que tal sea la doctrina llamada a imponerse lo afirma el párrafo 268 cuando declara que "*el Estado debe "[i]ncorporar cursos obligatorios sobre [D]erechos [H]umanos con especial énfasis en temas de [g]énero relacionados con la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género*". Lo ratifica más crípticamente el párrafo 271 cuando advierte que en los cursos sobre no discriminación en la materia debe controlarse incluso el lenguaje de modo de superar todo estereotipo de género ("*iii. discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI*"). Es decir, en estricto rigor, los vocablos hombre-mujer, papá-mamá, marido-esposa, deben ser en lo posible excluidos por conllevar una discriminación hacia quienes no se identifican como tales, de acuerdo a lo que confirmaremos más adelante.
- 3) Estas materias deben ser transmitidas no de cualquier manera, sino a través de *programas, acciones y cursos*, como lo dispone el párrafo 271. Pero no de cualesquiera, sino de acciones, programas y cursos *permanentes*, de *capacitación y educación*, financiados y promovidos por el *Estado*. Es decir, se impone al Estado el deber de "re-educar" a sus ciudadanos, de modo permanente, en una teoría determinada sobre el ser humano y la sexualidad, que es la preferida por los miembros de la CIDH.
- 4) Asimismo, la "re-educación" debe incluir *campañas* de adoctrinamiento de la opinión pública todas las veces que sea necesario. El uso de palabras eufemísticas como "tolerancia" y "problemática invisibilizada" harán más soportables esta imposición del pensamiento único, según reza el párrafo 268, que refiere a la necesidad de "*realización de campañas a fin de contribuir a un ambiente de tolerancia frente a una problemática que ha sido invisibilizada*".
- 5) En especial, el Estado debe "educar" en la teoría de género a todos los funcionarios públicos y judiciales a fin de que no vuelvan a utilizar ideas, categorías o palabras que discuerden de dicha teoría para efectos de distinguir o diferenciar. El párrafo 211 es claro en cuanto a que los programas y cursos se han de dirigir a todos los "*funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial*".

- 6) En el ámbito judicial, se declara que los cursos "deberán ser impartidos por la Corporación Administrativa del Poder Judicial a todos los escalafones" de la administración de justicia, de acuerdo a lo que establece el párrafo 269.

En síntesis, lo que la sentencia en comento exige al Estado chileno es que promueva de manera obligatoria programas, acciones y cursos, en el marco de sus políticas públicas, para adoctrinar a la población, y más específicamente a los funcionarios judiciales de todos los escalafones, en la teoría de género (también llamada identidad de género o ideología de género, según se convenga), utilizando para ello el expediente jurídico de la no discriminación y la retórica política de la diversidad.

### 3. ¿Qué es la teoría de género?

La teoría de género (identidad de género / perspectiva de género / ideología de género) es una doctrina sobre el ser humano y la sexualidad que, en confuso, reconoce orígenes dispares. En ella se encuentran influjos del existencialismo ateo y del feminismo de Simone de Beauvoir<sup>3</sup>, del freudomarxismo de Wilhelm Reich<sup>4</sup> y de Herbert Marcuse<sup>5</sup>, de la sexología y teorías de reingeniería sexual de

<sup>3</sup> Especialmente Beauvoir, Simone de, *Le Deuxième Sexe*, tome I, Gallimard, Paris, 1949, rééd. Folio essais, 1976 y tome II, Gallimard, Paris, 1949, rééd. Folio essais, 1976. Sobre esta temática son imprescindibles los estudios reunidos en Christine Delphy et Sylvie Chaperon (sous la direction de), *Cinquantenaire du Deuxième Sexe*, éd. Syllepses, coll. Nouvelles questions féministes, 2002 ; y en Glaster (sous la direction de), *Simone de Beauvoir : le Deuxième Sexe. Le livre fondateur du féminisme moderne en situation*, Champion, Paris, 2004.

<sup>4</sup> A efectos metodológicos, conveniente separar el "freudomarxismo" de Reich de su extravagante visión de mundo de la última etapa de su vida fundada en la «energía orgónica». El manifiesto del «freudomarxismo» se encuentra en Wilhelm Reich, *Dialectical Materialism and Psychoanalysis*, Socialist Reproduction, London, 1972 (*Dialektischer Materialismus und Psychoanalyse*, 1929), y su aplicación más relevante en Id., *The Sexual Revolution*, Farrar, Straus and Giroux Paperbacks, New York, 1986 (*Die Sexualität im Kulturkampf*, 1936). Complementariamente, Reich, Wilhelm, *The Invasion of Compulsory Sex-Morality*, Farrar, Straus and Giroux Paperbacks, New York, 1971 (*Der Einbruch der Sexualmoral*, 1932), e Id., *Reich Speaks of Freud* (Interview by Kurt R. Eissler, letters, documents), Farrar, Straus and Giroux Paperbacks, New York, 1967. Sobre el freudomarxismo de Reich, Palmier, Jean Michel, *Introducción a Wilhelm Reich. Ensayo sobre el nacimiento del Freudo-Marxismo*, Barcelona, Anagrama, 1970. Más ampliamente, Corrington, Robert, *Wilhelm Reich: Psychoanalyst and Radical Naturalist*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2003.

<sup>5</sup> Marcuse tiene, a nuestro juicio, interesantes análisis críticos de la sociedad industrial que es oportuno distinguir de su estrategia revolucionaria y de su teoría marxista sexualista, las que se encuentran principalmente en Marcuse, Herbert, *Eros and Civilization: A Philosophical Inquiry into Freud*, Beacon Press, Boston, 1955 e Id., *An Essay on Liberation*, Beacon Press, Boston, 1969. La estrategia de la izquierda sexualista es expuesta en Marcuse, Herbert, *Liberation from the Affluent Society*, en Cooper, David, (ed.), *The Dialectics of Liberation*, Penguin, Harmondsworth/Baltimore, 1968, 175-192. Se encuentra traducido al español con el título de *sociedad carnívora*, Ediciones Godot Argentina, Buenos Aires, 2011. Sobre el pensamiento de Marcuse en este ámbito, Palmier, Jean-Michel, *Marcuse et la nouvelle gauche*, Belfond, Paris, 1973; Martineau, Alain, *Herbert Marcuse's Utopia*, Harvest House, Montreal, 1986 ; Abromeit, John and Cobb, W. Mark (eds.), *Herbert Marcuse: A Critical Reader*, Routledge, New York, London, 2004. Referencias a los aspectos rescatables de Marcuse en la crítica a la deshumanización de la sociedad industrial, en Alvear Tellez, Julio, "La «nouvelle théologie politique» de J.-B. Metz", en *Revue Catholica* 105 (París, 2009), pp.23-34.

John Money<sup>6</sup> y del posestructuralismo que permea los llamados *Gender Studies* en ciertas universidades norteamericanas a partir de la década de los setenta<sup>7</sup>. La ideología de género fue adoptada –al igual que el aborto– como una especie de norma política mundial por la Conferencia de las Naciones Unidas de Pekín el año 1995, bajo la fórmula de *perspectiva del género o de igualdad de sexos*<sup>8</sup>.

La "identidad de género" como categoría de protección jurídica se encuentra explícitamente incorporada en el art.2.1 de la nueva ley antidiscriminación chilena<sup>9</sup> y como categoría privilegiada en los párrafos 269 y 271 de la sentencia CIDH en comento.

El libro de Judith Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, es considerado como fundador de esta teoría que, desde su propia lógica, pretende licuar la distinción heterosexual en la naturaleza humana. Precisamente Butler denomina "*lenguaje performativo*" a aquel que no designa la realidad, sino que la produce, intentando provocar la transformación en la sociedad de acuerdo a lo que han ideado los ingenieros del nuevo sexo<sup>10</sup>. En este sentido, el "género" no es permeable a la moralidad<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> La "sexofilosofía" de Money y su entorno es profusa y persistente: Money, John, and Green, Richard, *Transsexualism and sex reassignment*, Johns Hopkins Press, Baltimore 1969; Money, John, and Ehrhardt, Anke A, *Man and woman, boy and girl: the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1972; Money, John; Tucker, Patricia and Borst, Fred de, *Adam en Eva in de maak: over man of vrouw zijn*, Bakker, Amsterdam 1975; Money, John and Tucker, Patricia, *Sexual signatures: on being a man or a woman*, Little, Brown, Boston, 1975; Money, John, *Venuses penuses: sexology, sexosophy and exigency theory*, Prometheus Books, Buffalo, New York, 1986; Money, John, *Reinterpreting the unspeakable: human sexuality 2000, the complete interviewer and clinical biographer, exigency theory and sexology for the Third Millennium*, Continuum, New York, 1994; Money, John, *Sin, science, and the sex police: essays on sexology and sexosophy*, Prometheus Books, Amherst, New York, 1998; Money, John, *Au coeur de nos reveries erotiques: cartes affectives, fantasmata sexuales et perversions*, París, Payot, 2004. En español, Money, John, y Ehrhardt, Anke, *Desarrollo de la sexualidad humana, diferenciación y dimorfismo de la identidad de género desde de la concepción hasta la madurez*, Morata, Madrid, 1982; Money, John, *Errores sexuales del cuerpo y síndromes relacionados: una guía para el asesoramiento de niños, adolescentes y sus familias*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2002.

<sup>7</sup> Por todos, los libros "fundadores" de Judith Butler, fuertemente influidos, en la metodología de análisis, por el posestructuralismo europeo: Butler, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990 e Id., *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of "Sex"*, Routledge, New York, 1993. Los vínculos culturales e ideológicos con la izquierda marxista y posestructuralista en Butler, Judith, *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left* (with Ernesto Laclau and Slavoj Žižek), Verso, 2000. Un análisis de las leyes antidiscriminación y las exigencias radicales de discriminación afirmativa, Butler, Judith et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, 2001. La distinción entre teoría de género y feminismo, en donde se denota el extremo al que llega la primera, Butler, Judith et al., *The question of gender: Joan W. Scott's critical feminism*, Indiana University Press, 2011.

<sup>8</sup> Un análisis de las técnicas de difusión y del perfil ideológico de los "consensos" de las conferencias de Naciones Unidas en la materia, Peeters, Marguerite A., *Marion-Etica. Los "expertos" de la ONU imponen su ley*, versión al español de Rialp, Madrid, 2011 y Roccella, Eugenia; Scaraffia, Lucetta, *Contro il cristianesimo. L'ONU e l'Unione Europea come nuova ideología*, Piemme, Casale Monferrato, 2005.

<sup>9</sup> Al momento de redactar estas notas se encuentra en trámite en el Tribunal Constitucional.

<sup>10</sup> El tópico en Butler, Judith et al., *Women and Social Transformation*, Peter Lang, New York, 2004. Sobre el punto, el análisis de Peeters, Marguerite A., *La teoría de género: una norma política mundial*, en *Temas d'Avui* 41 (Barcelona, 2012), versión digital.

<sup>11</sup> Interview with Judith Butler: "*Gender is Extramoral*", Barcelona Metropolis, Summer, 2008: <http://www.barcelonametropolis.cat/en/page.asp?id=21&ui=7>

Los principios fundamentales de esta teoría se pueden resumir así:

- i) Inexistencia de un sexo natural, de un dato natural previo en cuanto a la sexualidad, que pueda vincular al ser humano.
- ii) Opresión de la heterosexualidad a lo largo de la historia.
- iii) La familia, el matrimonio y el oficio de madre son instituciones discriminatorias y represoras.
- iv) Necesidad de imponer la deconstrucción de las identidades de género (del sexo biológico, psicológico, y sociológico). Todas las diferencias asignadas a los "roles" bipolares deben desaparecer por discriminatorias (varón-mujer, niño-niña, madre-padre, marido-esposa, etc.). El proceso de educación es fundamental para alcanzar tales efectos, especialmente desde la infancia.

Todos estos puntos están esencialmente entrelazados. A este nivel, la teoría de género insiste en la deconstrucción de la familia no sólo porque esclaviza a la mujer, sino porque condiciona socialmente a los hijos para que acepten el matrimonio o la maternidad como algo natural.

Como toda ideología sexualista, la teoría del género es inherentemente paradójica. Para defender el derecho a la "diferencia", es decir, a la orientación sexual marginal (homosexual, transexual, intersexual, o más radicalmente, sexualidad imaginada sin vínculo con una pulsión específica) aboga por borrar la diferencia sexual hombre-mujer, la que considera despreciable. Al hacerlo, niega la alteridad y por tanto el complemento entre los sexos. Para enseguida defender la sexualidad asexual, con una nueva taxonomía para uso propio, con diferencias de sexo, en donde la bipolaridad hombre-mujer o desaparece o es considerada simplemente marginal<sup>12</sup>.

Por cierto que no todas las reclamaciones de la ideología de género son rechazables. Algunas accidentalmente tienen el mérito de llamar la atención sobre la imposibilidad de que la identidad humana sea reducida al cuerpo. El problema es que, aun en las reclamaciones que parecen justas, subyacen una antropología y una ética gravemente distorsionadas. Así, por ejemplo, cuando rechaza la consideración de la mujer como objeto, parece proyectar una buena causa, pero lo hace a costa de negar el oficio natural de madre.

<sup>12</sup> Duc, Sarah, *A propos de la théorie du genre (gender). Masculinité et féminité : Détermination naturelle ou construction culturelle?*, en *Nova et Vetera* 3/2009 (Villars-sur-Glâne, juillet-août-septembre 2009), versión digital.

No nos podemos detener aquí sobre esta antropología. Basta, como por el ojo de una cerradura, avistar algunas de sus reivindicaciones, tal como reproducimos a continuación:

*"Así como la meta final de la revolución socialista era no sólo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, nuestra meta definitiva es igualmente –a diferencia del primer movimiento feminista– no simplemente acabar con el privilegio masculino, sino acabar con la misma distinción de sexos: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarán culturalmente"*<sup>13</sup>.

*"El final de la familia biológica eliminará también la necesidad de la represión sexual. La homosexualidad masculina, el lesbianismo y las relaciones sexuales extramaritales ya no se verán desde el prisma liberal como opciones alternas, fuera del alcance de la regulación estatal; en vez de esto, hasta las categorías de homosexualidad y heterosexualidad serán abandonadas: la misma institución de las relaciones sexuales, en que hombre y mujer desempeñan un rol bien definido, desaparecerá. La humanidad podría revertir finalmente a su sexualidad polimórfica natural"*<sup>14</sup>.

En cuanto a las estrategias de esta ideología, dos son las favoritas: la imposición de mutación en el lenguaje y los cursos de "reeducación". La primera es la más inmediata para cambiar los "prejuicios" de la sociedad. Se postula que en las relaciones familiares o afectivas se sustituyan todos los términos "género-específicos" (padre, madre, marido, mujer) por otras "género-neutrales". En cuanto a la re-educación, es conocida la declaración de la ex Presidenta de Islandia en la conferencia de Pekín de las Naciones Unidas: *"para quitar el concepto "hombre" y "mujer" de la mente de los niños, la perspectiva de género debe integrarse en los programas escolares"* (Vigdís Finnbogadóttir). A este propósito, no está de más reiterar aquí lo que hemos expuesto en otro artículo<sup>15</sup>:

El Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero, antes de perder el poder, integró en los planes de educación la teoría de género. Entre otras iniciativas, Bibiana Aído, titular del Ministerio de Igualdad de dicho Gobierno, dio a conocer el 7 de abril del 2010, junto al Instituto de la Mujer y la Federación de Enseñanza UGT (socialista), la campaña educacional *"re-educando en la igualdad"*, que incluía la edición de 42.000 guías para que los profesores re-educan a los pequeños en la igualdad de género. Promovía la abolición de toda diferenciación sexual considerada peyorativamente como "estereotipo sexista" (hombre-mujer, esposa-marido, madre-padre).

<sup>13</sup> Firestone, Shulamith, *The Dialectic of Sex*, Bantam Books, New York, 1970, p. 12.

<sup>14</sup> Jagger, Alison, *Feminist Politics and Human Nature*, Rowman and Littlefield Publishers, Maryland, 1983. Ha prometido un nuevo libro sobre el tema para el 2013 titulado *Gender and Global Justice*.

<sup>15</sup> Alvear Téllez, Julio, y Covarrubias, Ignacio, "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación antidiscriminación", que se inserta en la presente edición de *Actualidad Jurídica*.

Aunque parezca fantasía, la iniciativa comportaba la prohibición en las escuelas de los cuentos infantiles clásicos como *Blancanieves*, *la Bella Durmiente*, *la Cenicienta* o *Caperucita Roja*, así como la imposición de la "asexualidad en los juguetes". Se consideraba violación grave a la igualdad la publicidad de una muñeca o de un coche dirigido exclusivamente a las niñas o a los niños. A partir de ahora, ya "no hay juegos o actividades para niñas y para niños". Prohibido diferenciar. Ya no se puede distinguir. El plan causó un rechazo mayoritario en los medios<sup>16</sup>. En Colombia, se ha propuesto cambiar el *día del padre* por el *día de la persona que te quiere*, pues el primero sería discriminatorio.

Como se ve, la teoría de género es una ideología radical. Observa Vicente Verdú, que hasta hace poco la humanidad hablaba de sexo masculino y de sexo femenino como polos de definición. Hoy bajo el reino de esta teoría pueden entrar todos los grados y mixturas hasta parecer de poco gusto caracterizar a alguien de hombre/hombre y mujer/mujer. El título se crea imaginativamente sin que exista una realidad anterior. Todos seríamos fusiones, creaciones culturales, construcciones permeables, propensas a la mixtura y a la transfiguración<sup>17</sup>.

#### **4. A modo de conclusión: incompetencia de la CIDH para imponer cursos obligatorios en ideologías determinadas.**

En la parte resolutoria citada, la CIDH se atribuye competencia para imponer al Estado de Chile programas y cursos de "re-educación" y adoctrinamiento en la teoría de género a todos los *funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente de los funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial* a fin de que en Chile no se vuelva a discriminar (por parte de nuestra Corte Suprema, se entiende) en razón de orientación sexual. En una interpretación laxa de la sentencia, se puede inducir que la CIDH también se atribuye una competencia eventual en orden a que sería deseable que el Estado chileno propicie campañas dirigidas a la opinión pública para inculcar tal adoctrinamiento, pues así se maximizaría el respeto por el derecho a la igualdad.

Hablamos de "re-educación" o "adoctrinamiento", porque es lo que realmente está exigiendo la CIDH con el eufemismo "*programas y cursos permanentes de educación y capacitación*".

¿Qué opinar sobre esto? Al respecto se hace necesario formular una distinción:

<sup>16</sup> Una buena síntesis en Bibiana Aído versus Walt Disney: Igualdad quiere vetar los cuentos clásicos, Forum Libertas digital, 9 de abril del 2010.

<sup>17</sup> Verdú, Vicente, *El capitalismo funeral*, Anagrama, Barcelona, 2011, p.33.

**a)** Desde el punto de vista *material*, la CIDH carece de competencia para exigir al Estado de Chile el adoctrinamiento en una sola visión de la sexualidad y del hombre de sus funcionarios públicos. Lo impide no solo el *núcleo esencial* de la libertad de conciencia y de creencias garantizado en el artículo 19 N° 6 de nuestra Constitución Política, sino también el reconocido en el artículo. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que delimita *ex ante* lo que puede y no puede hacer la CIDH en esta materia. El estatuto de la libertad de conciencia y de creencias se encuentra reconocido también por el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos; el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, y el art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros.

A lo más, la CIDH puede solicitarle al Estado chileno que imparta cursos alternativos a los funcionarios que libre y voluntariamente consientan en asistir, sin exponerlos a ningún tipo de coacción a fin de obligarlos en conciencia a aceptar la visión de ser humano y de la sexualidad implicada en la perspectiva de género.

A todo y cualquier evento, la CIDH carece de competencia para controlar el pensamiento de los ciudadanos chilenos en lo que respecta a la visión teológica, filosófica y política del hombre y de la sexualidad, que cada cual tiene derecho a formarse legítimamente, con pleno respeto en su fuero externo al bien común y a nuestras instituciones políticas y jurídicas.

Desde la perspectiva material, la sentencia de la CIDH también se coloca en la situación de ocasionar eventuales violaciones al derecho a la igualdad. El núcleo esencial de tal derecho en la Constitución chilena no está vinculado a lo que dictamine la concepción antropológica de la teoría de género en materia sexual. Salvado el respeto a la dignidad de toda persona por el hecho de ser tal, el derecho a la igualdad no puede ni debe quedar reducido a lo que imponga la filosofía que ahora ha elegido la CIDH como valor predominante. En la Convención Americana de Derechos Humanos tampoco el derecho a la igualdad puede quedar reducido, fuera de su núcleo esencial, a lo que sin fundamento razonable imponga la hermenéutica de la CIDH, que va más allá de la letra, de la finalidad y del espíritu de la Convención.

Insistimos. La teoría de género es una ideología radical. Proclama que las diferencias de naturaleza son apariencias. *Masculinidad* y *feminidad* son construcciones sociales. El ser humano nacería sexualmente neutral y luego sería socializado como hombre y mujer. Depurar la educación y los medios de comunicación de todo estereotipo y de toda imagen específica de género sería una exigencia jurídica del derecho a la igualdad.

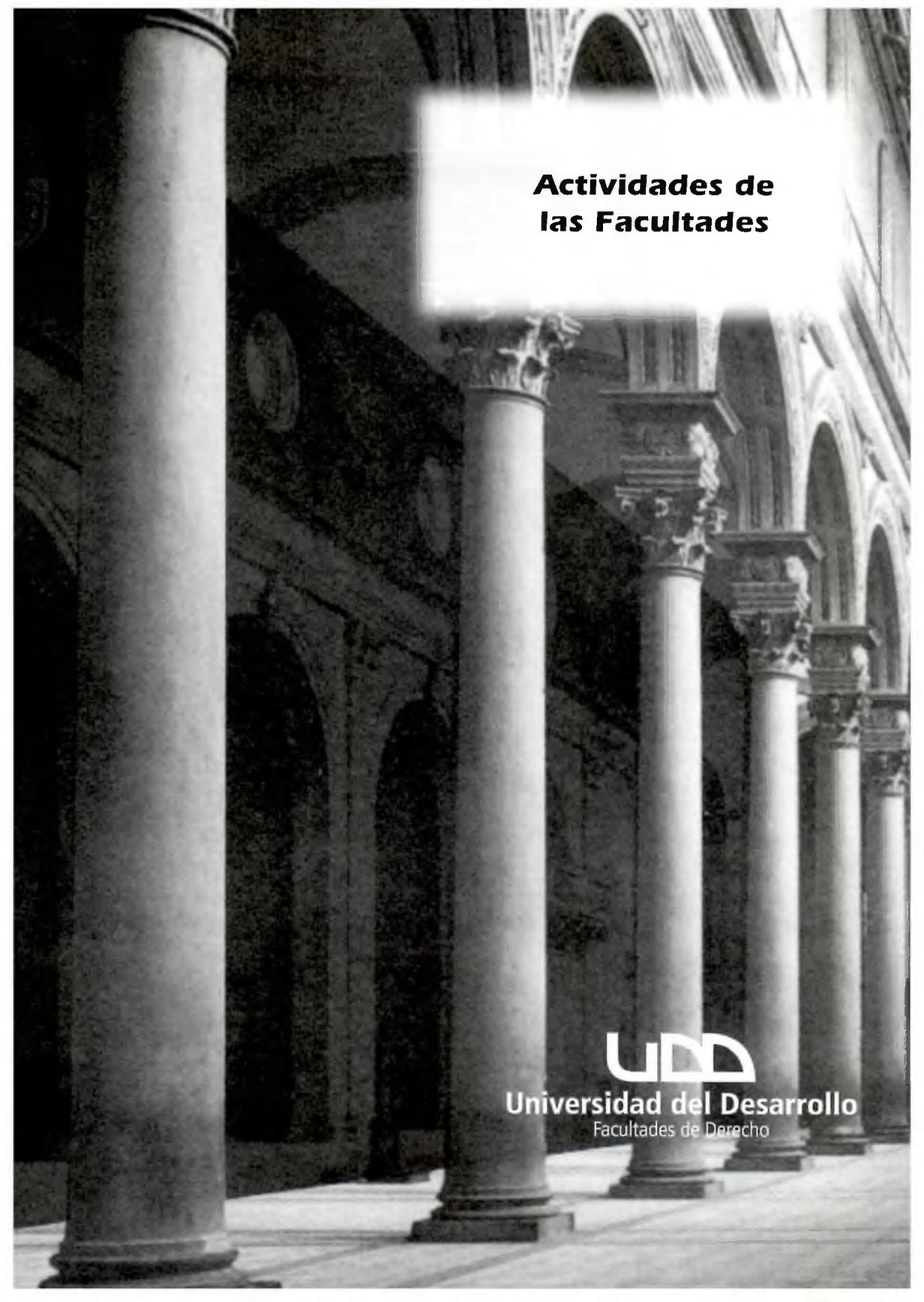
Como se comprende, la CIDH carece de atribuciones (¿dónde y a qué título podría encontrarlas?) para obligar a los funcionarios públicos a adherir a esta filosofía tan peculiar a través de programas y cursos, ni aun a pretexto del derecho a la igualdad.

**b)** Desde el punto de vista *formal*, el artículo 506 inc. 3° N° 4 del Código Orgánico de Tribunales establece que la "*organización de cursos y conferencias destinados al perfeccionamiento del personal judicial*" es competencia de la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Es por tanto a ella, y especialmente a su Consejo Superior que la dirige, a quien compete decidir la prioridad y el contenido de los cursos que imparte.

La sentencia en este campo parece invadir las competencias de la Corporación en cuanto de su lectura podría interpretarse que hace obligatorio directa o indirectamente determinados cursos en lo que atañe a su contenido y prioridad.

Solo una ley orgánica constitucional podría habilitar a la Corporación a someterse a los dictados de la CIDH en la medida en que el Código Orgánico de Tribunales le garantiza su autonomía e independencia.





## **Actividades de las Facultades**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Actividades de la Facultad de Derecho Sede Santiago**

## Primer Semestre 2012

**Trinidad Siles del Valle**

Coordinadora de Carrera  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo

### **I. Actividades de admisión**

#### **Primera jornada vocacional 2012 "Vive la universidad"**

1.600 alumnos de 3° y 4° Medio llenaron el campus Ernesto Silva B., en el inicio de las jornadas vocacionales que tiene preparadas la UDD en Santiago para este año.

El sábado 31 de marzo los alumnos interesados en la carrera de Derecho asistieron a la primera jornada vocacional 2012, realizada por la UDD. En esta oportunidad los participantes pudieron conocer acerca de las modificaciones a la Ley de Tránsito y presenciar la aplicación de un alcoholest.

Participaron en la actividad el profesor de la Facultad de Derecho Sr. Gonzalo de la Cerda O. y el Capitán de Carabineros Sr. Anwar Kharufeh J.

#### **Charla "El derecho frente a la orientación sexual de las personas"**

Esta instancia fue compartida por alumnos de primer año de Derecho y alumnos de enseñanza media, en la cual el profesor de Derecho Constitucional Sergio Verdugo los hizo debatir sobre distintos puntos de vista que presentan los casos de connotación social tales como UDD caso Jueza Atala, caso matrimonio homosexual entre otros.

#### **Vive la experiencia de ser alumno UDD**

Esta Invitación se hizo extensiva a los alumnos de terceros y cuartos medios, para asistir a una clase de segundo año de nuestra carrera, en el ramo de Derecho Internacional Público, el tema abordado fue el Derecho Nuclear, a cargo del Embajador Gabriel Zepeda Zepeda y Hellmut Lagos Koller, ambos funcionarios de la cancillería chilena.

## II. Actividades de la Facultad

### Inauguración del Año Académico 2012



#### *Autoridades*

El 26 de abril del 2012 el contralor Ramiro Mendoza Zúñiga en su discurso repasó diversos temas, entre ellos el funcionamiento de la Administración Pública, el modelo de concesiones y el Transantiago. Esto, en el marco de la ceremonia de inauguración del año académico 2012 de la Facultad de Derecho UDD, sede Santiago, que encabezaron el rector de la Universidad, Federico Valdés Lafontaine, el decano de la Facultad, Pablo Rodríguez Grez, y la vicedecana, Cecily Halpern Montecino.

Luego de la presentación del contralor, se realizó la ceremonia de premiación donde se otorgaron reconocimientos a los primeros lugares de los estudiantes, se distinguieron las prácticas sobresalientes, al mejor docente, mejor egresado y se otorgaron los diplomas a los alumnos egresados.

El decano de la facultad, Pablo Rodríguez Grez, también se dirigió a los recién egresados: "queremos decirles que les aguarda un mundo lleno de desafíos, en que triunfarán los más esforzados, disciplinados y, sobre todo, honestos. Créanme, la profesión de abogado está llena de perversas tentaciones. Son ellas las que imponen un sistema natural de selección que permite escoger a los mejores, que serán siempre aquellos capaces de superarlas y despreciarlas como falsas impostoras".

Para concluir el acto, se otorgó un premio especial al alumno que obtuvo mejor rendimiento académico durante toda su trayectoria estudiantil, denominado "Profesor Roberto Dávila Díaz", el que recayó en el alumno Nicolás Galli Burróni, quien realizó un discurso en representación de sus compañeros.

### Derecho UDD recibe a sus nuevos alumnos



### Alumnos compartiendo en el break



## Recreo



## Generación 2012



## Alumnos primer año

Con un llamado a aprovechar “los mejores años de sus vidas”, el rector de la UDD, Federico Valdés, en el Programa Puente dio la bienvenida a los alumnos que ingresan a primer año en las diferentes carreras de la Universidad del Desarrollo el 1° de marzo de 2012.

Los alumnos de Derecho tuvieron la oportunidad de conocer al decano de la Facultad, Sr. Pablo Rodríguez Grez, quien destacó la importancia de la autodisciplina para estudiar la carrera. También participaron en la actividad las coordinadoras, profesores, ex alumnos y egresados de la Facultad.

### Nombramiento de nuevos profesores

Derecho Romano	Andrés Von Teuber Corradi
Derecho Procesal I	Raúl Tavolari y Pía Tavolari
Derecho Constitucional	Sergio Verdugo Rramírez
Derecho Civil II	Manuel Suárez Navia
Derecho Procesal II	Hugo Álvarez Cárcamo
Derecho Tributario I	Miguel Zamora Rendic
Derecho Penal I	René García Cusacovich
Ética Profesional	Enrique López Bourasseau

### Nombramiento de nuevos ayudantes

Bases del Orden Jurídico	Solange Doyharcabal	Felipe Godoy Aliaga (2012)
Ética Sello	Ana Pía León	Nicolás Pizarro Juliá (2012)
Derecho Constitucional	Sergio Verdugo	Carlos Pereira Jadue (2012)
Derecho Civil I	Pedro Pablo Vergara	Fernanda Morales Barros (2012)
Derecho Civil II	Manuel Suárez	Claudio Salvatierra Garib (2012)
Clínica Jurídica	Paula Fuentealba	Fallons Mateluna Navarro (2012)
Derecho Administrativo II	Nicolás Enteiche	Natalia Fajardo Arellano (2012)
Derecho del Trabajo II	Héctor Humeres	Karl Sievers Jaschan (2012)
Derecho Tributario I	Miguel Zamora	Felipe Pavez Canessa (2012)
Derecho Tributario II	Jaime García	José Antonio Rodillo Stagnaro (2012)
Destrezas de Litigación Oral	Gonzalo de la Cerda	Ignacio Pinto Basaure (2012)

Seguridad Social	Héctor Humeres	Karl Sievers Jaschan (2012)
Derecho y Sociedad	Ricardo Acuña	Rodrigo Navarro Ferrada (2012)
Justicia Criminal	Alejandro Leiva	Andrés Figueroa Ramila (2012)
Derecho y Familia	Oswaldo García	Nicolás Pizarro Juliá (2012)

**Programa de Perfeccionamiento Docente para Ayudantes, correspondiente al año 2011**

**Entrega de diplomas**



### Entrega de diplomas



### Entrega de diplomas



## Nathalie Costa



## Entrega de diplomas



### Entrega de diplomas



### Entrega de diplomas



El 17 de mayo del año en curso las ayudantes de Derecho Romano, Nathalie Costa, y de Derecho Constitucional, Isabel Wigg, expusieron sobre su experiencia en la aplicación de metodologías activas de enseñanza y aprendizaje en sus respectivos cursos. Lo anterior generó un interesante intercambio de opiniones con los demás ayudantes y profesores presentes.

La actividad finalizó con la entrega de sus respectivos diplomas a todos los ayudantes que participaron en el Programa durante el año 2011.

## **Visitas**

### ***Facultad de Derecho recibe a los agentes de Chile ante la CIJ.***

El lunes 28 de mayo, los Agentes de Chile ante la Corte Internacional de Justicia, Embajadores Alberto van Klaveren y María Teresa Infante, se reunieron con los profesores y ayudantes del Departamento de Derecho Público para conversar sobre el diferendo marítimo con Perú. También participó la Directora de Ciencia Política Profesora Isabel Rodríguez. Los agentes presentaron la posición de Chile y respondieron las preguntas de los participantes. La reunión fue organizada por los profesores Sergio Verdugo y Raúl Campusano.

## **Derecho Laboral II**

El 11 de mayo, en la clase del profesor Héctor Humeres, se recibió al dirigente sindical Sr. Miguel Salinas. Los alumnos tuvieron la ocasión de apreciar "en vivo" la experiencia, tanto personal como laboral, de un dirigente sindical de base. El señor Salinas se desempeña como electromecánico en Elecmetal, y es presidente del Sindicato N° 2 de la misma; asimismo, es integrante del Consejo para la Seguridad y Salud en el Trabajo, instancia asesora del Presidente de la República, de reciente data.

## **Derecho Internacional Público**

En el curso de pregrado del profesor Raúl Campusano, el 11 de abril, los alumnos recibieron la visita del Embajador Gabriel Zepeda. En esa oportunidad, el diplomático expuso una conferencia acerca de la ocupación de los diplomáticos y el funcionamiento de la Cancillería en Chile.

## **Derecho Procesal I**

Un grupo de alumnos de los profesores Pía y Raúl Tavolari realizó el 10 de mayo una visita guiada a un Tribunal Penal y al Centro de Justicia.

## La nueva Ley de Alcoholes

### *Clase Otras Disciplinas: Justicia Criminal*



### *Alumnos de otras disciplinas Justicia Criminal*



En abril de este año, el profesor del curso de Otras Disciplinas: Justicia Criminal, Alejandro Leiva, invitó al capitán Anwar Kharufeh, y al cabo 2° Álvaro Aspee a realizar una explicación acerca de la nueva Ley de Alcoholes, conocida como "Tolerancia Cero", que restringe el consumo de alcohol en los conductores.

### **Prueba de alcohótest**



Esta misma actividad el profesor Leiva la repitió en el curso de Responsabilidad Pública de las carreras de Pedagogía Básica y Arquitectura.

### ***Capitán de Carabineros Sr. Anwar Kharufeh***



### *Aplicación del alcoholtest*



*Capitán de Carabineros Sr. Anwar Kharufeh*



*La clase*



*Los expositores*



### *La clase*



### *Aplicación del alcoholtest*



### *Aplicación del alcohótest*



Finalmente, y acorde a la labor educativa y preventiva de Carabineros, el capitán Kharufeh hizo un llamado a los jóvenes a consumir alcohol de manera responsable y crear conciencia entre sus pares de las perniciosas consecuencias que acarrea el consumo desmedido.

### **Actividad internacional**

Entre el 15 y 19 de mayo se realizó en Bolivia la trigésima edición de uno de los concursos más importantes del mundo, que es el Modelo de Estados Americanos, instancia en la cual se discutieron premisas que representan los grandes desafíos a superar de América, tales como el tráfico de armas, acceso a los recursos hídricos, endeudamiento internacional, derecho humano al agua, seguridad alimentaria, promoción del mercado de la agricultura típica americana, entre otros.

En esta versión del MOEA año 2012, nuestra Facultad de Derecho estuvo representada por 4 alumnos de nuestra carrera: Josefa Giesen, Jose Tomás Herrera, Luis Acevedo y José Astudillo, quienes estarán asesorados en todo momento por el profesor Carlos Pereira. Todos ellos representaron un papel destacable en esta pequeña cumbre.

## Distinciones

### ***Vicedecana de la Facultad de Derecho designada abogada integrante de la Corte Suprema***

El día 26 de enero se firmó el Decreto Presidencial N° 51, que designa como una de las abogadas integrantes de la Corte Suprema por el trienio 2012-2015 a Cecily Halpern Montecino.

El cargo de abogado integrante es otorgado a un reducido número de abogados destacados tanto en el ámbito académico como en la práctica judicial, que por sus méritos y después de un proceso de postulación, pasan a formar parte de las Cortes del país, en reemplazo de sus miembros titulares. Los abogados realizaron el juramento respectivo ante el Presidente de la Corte Suprema el 1 de marzo.

## Exposiciones de directivos

### ***Vicedecana de la Facultad de Derecho UDD, expositora en el Congreso Nacional de Decanos***

El 13 de enero, la profesora Cecily Halpern Montecino expuso acerca de las "Funciones y modalidades del examen de grado", en el segundo Congreso de Decanos de Derecho que efectúa la Universidad Austral de Chile.

En esta ocasión sesionaron 16 decanos y directores de las carreras de Derecho de todo el país, con el objeto de analizar aspectos relevantes de la formación de los futuros abogados, como la enseñanza de la ética profesional, modalidades del examen de grado y práctica profesional de los egresados de Derecho.

### ***Seminario "Reforma Procesal Civil" en El Mercurio***

El 3 de mayo del presente año, el Ministro de Justicia, Teodoro Ribera, inauguró el seminario "*Reforma Procesal Civil, debate sobre el nuevo Código*", organizado por el diario *El Mercurio*, en el centro Casa Piedra.

En la actividad se convocó a jueces, académicos, estudios y abogados litigantes. Participaron exponiendo en el seminario: José Pedro Silva, Cristián Maturana, Raúl Tavolari, Alejandro Romero S. y también nuestro decano, Sr. Pablo Rodríguez Grez.

En esa oportunidad él puso en tela de juicio algunos aspectos de la Reforma Procesal Civil. A su entender, la causa que explica el "fracaso anunciado" de la reforma es que los jueces van a estar "más abrumados" de lo que están en

la actualidad. El juez civil deberá resolver las excepciones previas opuestas a la demanda, decretar medidas cautelares, dictar una resolución y fijar una audiencia de juicio, entre otras. “Estas obligaciones lo van a abrumar más”, sostuvo.

### **Ciclo “Derecho a Conversar”**

El 22 de mayo se realizó el primer “Derecho a Conversar” de la temporada 2012. La Facultad de Derecho de la UDD inició el ciclo con la participación de María Teresa Cárdenas Maturana, periodista y subdirectora del cuerpo “Artes y Letras” y de la sección “Cultura” del diario *El Mercurio*.

María Teresa acaba de editar una selección de artículos y entrevistas realizadas durante 40 años de vida al poeta de la Antipoesía: Nicanor Parra Sandoval, y aprovechamos la instancia para invitarla a conversar con los alumnos de la UDD acerca de este compendio y otras particularidades del poeta y físico matemático.

### **El 5 de junio don Edmundo Pérez Yoma fue invitado a “Derecho a Conversar”**

Esta sesión de “Derecho a Conversar” estuvo guiada por el profesor de Derecho Internacional Público, Raúl Campusano Droguet, quien abordó temáticas relacionadas con la misión diplomática, en el vecino país, del cónsul general en Bolivia, don Edmundo Pérez Yoma, entre el 2001 y 2003, sobre su impresión acerca Bolivia y la historia de conversaciones diplomáticas en la que han participado los tres países del conflicto de la Guerra del Pacífico: Chile, Bolivia y Perú.

“En Bolivia hay una tradición y una herencia histórica muy encarnada entre sus habitantes de anhelar y exigir el mar, pero, en términos prácticos, esta propuesta siempre se presenta en forma errónea como un derecho y no como Chile espera: una aspiración”, aseguró el ex cónsul. No obstante ello, “los bolivianos son tremendamente acogedores con la gente chilena y, según mi experiencia, es un mito el que exista un ánimo de resentimiento en el pueblo boliviano”, confesó el invitado.

### **III. Actividades de la Dirección de Postgrado, 1º Semestre 2012 - Santiago**

Durante el primer semestre del año académico 2012, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho UDD comenzó a impartir los siguientes programas de postgrado:

Magíster en Derecho Tributario y Magíster en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente 2012

A contar del período 2012, se inició la 3ª versión de nuestro exitoso programa de Magíster en Derecho, el cual este año se ofreció bajo dos nuevas salidas, el Magíster en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente, y el Magíster en Derecho Tributario.

**El Magíster en Derecho** de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es un programa destinado a profundizar conocimientos y desarrollar competencias profesionales del abogado mediante la entrega de una formación académica de excelencia.

Buscamos entregar a los alumnos herramientas de perfeccionamiento a través de la actualización de sus conocimientos en algunas de las principales ramas del Derecho, y profundización de conocimientos en asignaturas de especialización, confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesorías a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales.

El programa se ha diseñado sobre la base de una estructura cuádruple: en primer lugar, un ciclo de cinco cursos comunes a ambos programas y de actualización en las principales ramas del Derecho. En segundo lugar, diez cursos de especialización en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente, o en Derecho Tributario. En tercer lugar, cuatro talleres de desarrollo de habilidades y competencias, y en cuarto lugar, una tesina de aplicación profesional.

Se ha reunido un cuerpo académico de excelencia, entre profesores y conferencistas, reconocidos entre sus pares como parte de la primera línea de la práctica y doctrina nacional en el ámbito jurídico.

El programa se ha iniciado con gran éxito durante el mes de abril de este año, contando con 39 profesionales abogados de las más distintas áreas, tanto del sector público como privado y de universidades públicas y privadas, todos los cuales permiten generar un enorme aporte a cada una de las clases del programa.

Durante el mes de julio, los alumnos comenzarán sus cursos de especialización, los cuales constituyen la columna vertebral del programa, y durante los cuales se les entregarán las herramientas necesarias para especializarse en un alto nivel en sus áreas respectivas.

A la fecha, importantes académicos han realizado sus clases, entre los cuales podemos destacar al ministro del Tribunal Constitucional Sr. Iván Aróstica Maldonado, al profesor y director de Postgrado de la Facultad de Derecho UDD, Sr. Raúl Campusano Droguett, a los doctores en derecho Sres. Ignacio Covarrubias Cuevas y Julio Alvear Téllez, entre otros.

### ***Postítulo en Derecho de la Empresa***

A partir del 3 de abril de 2012, se comenzó a impartir el programa de Postítulo en Derecho de la Empresa UDD, el cual está destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales de los abogados y otros profesionales que asesoran a la actividad empresarial.

El Postítulo ha sido diseñado con el objeto de perfeccionar a los alumnos, promoviendo la profundización de contenidos prácticos y el desarrollo de habilidades profesionales con una orientación al trabajo concreto que realiza el abogado corporativo.

El programa contempla los siguientes cursos de postgrado: Mercado de Capitales; Contabilidad y Finanzas Corporativas; Financiamiento de Proyectos; Nuevas Tendencias del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; y un Taller de Negociación.

Por cierto, el programa cuenta con profesores de excelencia en cada una de las áreas indicadas, entre los que podemos destacar al profesor Francisco Pfeffer Urquiaga, profesor y Director de Extensión de la Facultad de Derecho UDD; don Armando Massarente, Fiscal de la SVS; al profesor Javier Edwards, Director Legal, Auditoría y Compliance Finning Caterpillar Sudamérica, entre otros.

### ***Postítulo en Planificación Tributaria, 4ª Versión***

Por cuarta vez la Dirección de Postgrados de la Facultad de Derecho de la UDD, sede Santiago, imparte este programa de Postítulo en Planificación Tributaria, el cual está dirigido a profesionales que ya cuentan con una formación en tributación y tienen interés en profundizar su especialización en estas materias.

El Postítulo tiene como objetivo general que el alumno conozca y sepa utilizar las herramientas disponibles para desarrollar una adecuada Planificación Tributaria, tanto de negocios o inversiones de carácter nacional, como de aquellas inversiones de origen extranjero o desarrolladas por chilenos en el exterior.

Su enfoque eminentemente práctico, sin dejar de lado las cuestiones teóricas esenciales, hace de este programa un excelente medio para dominar las normas tributarias con un alto grado de sofisticación, permitiendo a sus egresados asesorar, a un alto nivel, la actividad empresarial de nuestro país.

### ***Actividades de la Dirección de Postgrado, 2º Semestre 2012 - Santiago***

A partir del mes de julio de 2012, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho UDD comenzará a impartir los siguientes programas de Postítulo:

### ***Postítulo en Derecho Ambiental, 3ª Versión 2012***

El Derecho del Medio Ambiente ha experimentado un significativo y acelerado desarrollo en los últimos años, tanto en el mundo como en nuestro país. Por una parte, desafíos globales como el del cambio climático, la pérdida de diversidad biológica, la contaminación de aguas, aire y suelo, la desertificación y la disminución significativa de recursos naturales han gatillado la proliferación de regulaciones internacionales y nacionales que deben ser cumplidas por gobiernos, empresas y personas.

Por otra parte, el crecimiento económico de Chile, su creciente participación en la comunidad internacional a través del comercio, la política y la cooperación, su ingreso a la OCDE, su nueva institucionalidad ambiental y la progresiva participación de la ciudadanía en la toma de decisiones con efectos en el medio ambiente, configuran un escenario inédito en que se hace cada vez más necesaria la labor de abogados y otros profesionales especialistas en Derecho del Medio Ambiente, que desde la empresa, el gobierno, las organizaciones o el ejercicio liberal aporten con conocimientos, ideas, valores, competencias y habilidades acordes con los desafíos y oportunidades del siglo XXI.

El Postítulo en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo, ya en su tercera versión, entrega las herramientas para que sus alumnos sean actores competentes en los escenarios descritos.

### ***Postítulo en Derecho Tributario, 6ª Versión 2012***

Postítulo que ya se ha consagrado dentro de nuestros programas de postgrado y que por sexta vez impartiremos este segundo semestre de 2012.

El programa está dirigido a profesionales que tengan interés en completar su formación a través de una especialización actual y práctica en el área tributaria. El Postítulo contempla el estudio de las siguientes materias: Tributación de la Empresa; Tributación de los Impuestos Finales; Fondo de Utilidades Tributables FUT y la Reorganización de Empresas; Imposición al Consumo; y Defensa Tributaria.

El objetivo general del programa es que el alumno conozca en detalle el sistema de tributos en Chile y sea capaz de enfrentar la cuestión tributaria con un alto grado de preparación.

### ***Postítulo en Derecho Económico 2012***

Programa que se impartirá a contar del 31 de Julio de 2012, destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales de los abogados y otros profesionales que asesoran a la actividad empresarial.

El Postítulo ha sido diseñado con el objeto de perfeccionar a los alumnos, promoviendo la profundización de contenidos prácticos y el desarrollo de habilidades profesionales con una orientación al trabajo concreto que realiza el abogado corporativo.

El programa contempla las siguientes materias de estudio: Taller de Negociación, a cargo del Prof. Raul F. Campusano; Mercados Regulados, a cargo del Prof. Rodrigo Castillo; Gobiernos Corporativos y Creación de Valor, a cargo de los Prof. Francisco Pfeffer y Felipe Larraín; el curso de Institucionalidad de Defensa de los Mercados, a cargo de los Prof. Francisco Pfeffer e Isabel Díaz; e Inversión Extranjera y Ordenamiento Cambiario, que será impartido por los profesores Joaquín Morales y Rodrigo Polanco.

#### **IV. Actividades de extensión**

##### **Seminarios**

*"El SERNAC Financiero: ¿un paso necesario en la defensa de los consumidores?"*

El día lunes 2 de abril a las 18:00 hrs. se realizó el seminario "El SERNAC Financiero: ¿un paso necesario en la defensa de los consumidores?"

En la actividad participaron como expositores:

- Juan Antonio Peribonio, Director del Servicio Nacional del Consumidor.
- Tomás Flores, Subsecretario de Economía.
- Alejandro Arriagada, Fiscal del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.
- Eduardo Escalona, Socio Estudio Phillipi, Yrarrazabal, Pulido & Brunner.

*"Ley antidiscriminación: panorama y perspectivas de la discriminación en Chile"*

El día jueves 24 de mayo a las 18:00 hrs. se realizó el seminario sobre la ley antidiscriminación.

El seminario contó con la participación de destacados expositores, como el Sr. Javier Couso, quien explicó los fundamentos de la ley antidiscriminación. Mientras que el profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho UDD, Julio Alvear, expuso acerca de las trampas de la legislación antidiscriminación.

Finalizaron la actividad el Sr. Álvaro Ferrer, quien explicó los vicios en el caso Atala vs. Estado de Chile, y el profesor de Derecho Internacional Público de nuestra Universidad, Sr. Raúl Campusano, quien comentó acerca de la sentencia de la CIDH en el caso Atala.

***“La Reforma Tributaria: ¿Es realmente necesario introducir ajustes a nuestro esquema impositivo?”***

El día jueves 4 de junio a las 18:00 hrs. se realizó el seminario sobre la reforma tributaria.

En la actividad participaron importantes expositores, como el diputado Sr. Ernesto Silva Méndez, quien comentó acerca de la estabilidad del sistema tributario y las demandas sociales. Mientras que el profesor de Derecho Tributario Sr. Christian Blanche expuso acerca del esquema tributario chileno.

Finalizaron la actividad el Sr. Miguel Zamora, quien explicó las modificaciones tributarias incluidas en el proyecto del Ejecutivo, y el profesor de Derecho Tributario Sr. Felipe Yáñez, quien dio una visión crítica del proyecto de reforma tributaria.

## **Cursos de educación continua**

### ***Curso Contratación Pública***

Entre el 23 y 11 de mayo se realizó el curso Contratación Pública, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la regulación de la contratación administrativa en Chile. El curso tuvo una duración de 21 horas y fue impartido por los profesores María Trinidad Inostroza y José Miguel Valdivia.

### ***Curso Instituciones Fundamentales del Derecho del Consumidor***

Entre el 14 y 31 de mayo se realizó el curso Instituciones Fundamentales del Derecho del Consumidor, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la normativa que se refiere al ámbito de la protección de los derechos de los consumidores. El curso tuvo una duración de 21 horas y fue impartido por los profesores Jaime Lorenzini, José Roa y Ambrosio Rodríguez.

## **V. Actividades de investigación**

### **1. Columnas electrónicas e impresas**

- “La Corte Interamericana: Legitimidad en Entredicho”. *El Mercurio*. I. Covarrubias, J. Alvear y S. Verdugo.
- “El Mercado de los Medicamentos en Chile: Problemas y Perspectivas”. *El Mercurio Legal*. Julio Alvear.
- “El Invierno de la Democracia”. *Diario Constitucional*. Julio Alvear.

### **2. Cartas al director**

- “Sistema Judicial”. *El Mercurio*. Sergio Verdugo.
- Varias cartas sobre la discusión del sistema interamericano y el fallo sobre el caso de la jueza Atala. *El Mercurio*. I. Covarrubias, J. Alvear y S. Verdugo.
- Intercambio de cartas en *El Mercurio* entre Julio Alvear y el embajador de Gran Bretaña, John Benjamin.

### **3. Ponencias en congresos y seminarios**

- “La no discriminación como talismán del progresismo jurídico: las trampas de la legislación antidiscriminación”. Seminario sobre “Ley Antidiscriminación”, en Derecho UDD. Julio Alvear.
- “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Enfrentado a sí Mismo”. Ponencia en el Congreso Anual de la *Latin American Studies Association*, San Francisco, EE.UU. Ignacio Covarrubias.
- “Envilecimiento del Bien Común”. Cuartas Jornadas Europeas de Derecho Natural, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España. Julio Alvear.
- “Del Aborto al Infanticidio”. Seminario sobre Aborto, Universidad Diego Portales. Sergio Verdugo.
- “Ley antidiscriminación: panorama y perspectivas de la discriminación en Chile”. Seminario sobre ley antidiscriminación, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Ponencia de Julio Alvear.

- “¿Necesitamos una Ley Antidiscriminación? Cuestiones y problemas de una nueva legislación”, Seminario sobre la ley antidiscriminación. Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. Ponencia de Ignacio Covarrubias.
- “Principio de Contribución Constitucional”. Seminario de Profesores, Facultad de Derecho U. Alberto Hurtado. Ponencia de Ignacio Covarrubias.

#### **4. Reuniones Departamento de Derecho Público**

- “Los Enigmas Constitucionales”. Invitado: Mario Fernández B.
- “El Conflicto Perú-Chile”. Invitados: Alberto Van Klaveren y María Teresa Infante.

#### **Otros**

- Participación en el Comité Técnico de las Comisiones Unidas de Medio Ambiente y Agricultura del Senado para Asesoría del Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Camila Boettiger.
- Clases Magíster en Derecho UDD. I. Covarrubias, J. Alvear, N. Enteiche y S. Verdugo.



# **Actividades de la Facultad de Derecho Sede Concepción**

## Primer Semestre 2012

**Soledad Arcas Acevedo**

Coordinadora de Titulación y Minor  
Abogado  
Universidad del Desarrollo

### **I. Actividades de la Facultad**

#### **Bienvenida a los nuevos alumnos**

Los días 01 y 02 de marzo se desarrolló el ya tradicional "Programa Puente", que tiene como finalidad que los alumnos que ingresan a primer año de Derecho conozcan las características propias de la carrera y compartan con sus compañeros, a través de talleres en los que se trabaja el sello de la Universidad y distintas actividades de inducción.

El inicio de la actividad estuvo a cargo de las autoridades de la Facultad, quienes dieron la bienvenida a los nuevos alumnos, instándolos a estudiar y a aprovechar su paso por la Universidad. Además se les informó de los aspectos reglamentarios más relevantes de la carrera y sobre los diversos servicios y actividades en la UDD.

Durante los dos días de duración del programa los estudiantes participaron en distintas dinámicas y talleres grupales, en torno a uno de los sellos característicos de la UDD, "Responsabilidad Pública", liderados por los docentes Renato Fuentealba Macaya y Claudia Castillo Franco. Además, compartieron con alumnos y egresados de la Facultad, quienes les dieron un testimonio sobre su experiencia de vida universitaria, y con el Centro de Alumnos de la Carrera.

#### **Fiscal Nacional Económico inauguró el año académico de la Facultad de Derecho**

Con el tema "Desafío del ejercicio profesional en temas de la libre competencia", dictado por el Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrázabal, se realizó la inauguración del año académico de la Facultad de Derecho, sede Concepción.

En la oportunidad, el máximo titular del organismo –quien posee 15 años de ejercicio profesional y es profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la U. de Chile– les dio a los jóvenes algunas pautas sobre sus desafíos profesionales.

En tanto, el Decano de Derecho Concepción, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, dio cuenta de la gestión académica del año 2011, además de plantear los desafíos para el presente año.

Luego se llevó a cabo la premiación de los alumnos que participaron en el Concurso de Ensayos Jurídicos. La distinción al Mejor Ensayo Jurídico recayó en el alumno de quinto año Rodrigo Campos Martínez, quien en el área de Derecho Civil y Comercial desarrolló el tema “Los daños en estacionamientos de supermercados y otros locales comerciales: comentarios y perspectivas”.

El acto finalizó con la entrega del premio “Decano Eduardo Fernández Flores”, que destaca a la mejor egresada de su promoción durante los cinco años de la carrera, que recayó en Daniela Verdugo Fuentes.

### **Reunión de profesores de la Facultad**

El 28 de marzo se llevó a cabo la primera reunión de profesores de la carrera, con motivo del inicio del año académico 2012. En la ocasión, el Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, informó sobre los resultados del nuevo proceso de admisión al que se incorporó la UDD el año pasado. Luego, el Vicedecano, Sr. Jorge Ogalde Muñoz, dio a conocer los excelentes resultados de dicho proceso para la carrera de Derecho, que se traducen en un aumento de los puntajes de corte manteniendo nuestros cupos de ingreso.

Posteriormente, se dirigió a los docentes la Directora de Carrera, Sra. Bárbara Ivanschitz, quien mostró un resumen del resultado académico de nuestros alumnos el año 2011, un cuadro de los resultados de la evaluación docente de nuestros profesores y recordó aspectos de gestión académica propios de la Facultad.

Para finalizar el encuentro, la Coordinadora de Extensión y Formación Continua, Sra. Gina Samith, informó sobre las numerosas actividades de extensión que se desarrollaron durante el año recién pasado para alumnos de derecho y cursos de formación continua para toda la comunidad.

### **Ceremonia de Premiación Año Académico 2011**

La premiación tuvo lugar el martes 3 de abril en el Centro de Eventos Suractivo y contó con la presencia de distintas autoridades de la UDD.

En esta oportunidad el premio a la Excelencia Académica lo recibieron los alumnos Aneta Weinfurtova, de la generación 2011, Alejandro Parra González, de la generación 2010, Martín Briceño Kannegiesser, de la generación 2009, Giovanni Péndola Belmar, de la generación 2008, y Diego Castillo Navarrete, de la generación 2007. Este reconocimiento destaca el esfuerzo y trabajo realizado por los estudiantes en el año 2011 y los estimula a seguir la línea de la excelencia académica.

Por su parte, la Directora de Carrera, Sra. Bárbara Ivanschitz Boudeguer, recibió el reconocimiento como mejor docente de la Facultad, por su excelente desempeño académico.

Por último, Matías Osses Muñoz, alumno de cuarto año y ayudante de la asignatura de Derecho Político, recibió el premio "Espíritu UDD", por su labor como jefe de la Pastoral de la Universidad durante el 2011. Este reconocimiento, otorgado por la Dirección de Asuntos Estudiantiles, destaca a alumnos que se distinguen por su alto sentido de responsabilidad pública, compromiso y espíritu solidario.

### **Cena de egresados**

Como ya es tradición, la Facultad de Derecho organizó una cena en el Club Concepción el jueves 10 de mayo, con motivo de conmemorar el importante logro de los 31 alumnos que finalizaron sus estudios de pregrado en el 2011. Al evento asistieron el Decano de la Facultad, Sr. Gonzalo Rioseco, la Directora de Carrera, Sra. Bárbara Ivanschitz, las profesoras María José Menchaca, Gina Samith, Soledad Arcas y los profesores Jaime Pacheco, Bruno Caprile y Javier Molina, quienes compartieron el grato momento con los egresados y los motivaron a seguir adelante en su proceso de licenciatura.

Los alumnos fueron despedidos por el profesor titular de la Cátedra de Derecho Penal, Sr. Jaime Pacheco Quezada, quien los felicitó por la etapa que han concluido exitosamente, les dio consejos para enfrentar la vida laboral, compartiendo experiencias personales, y los motivó a ser profesionales de excelencia y a trabajar con el corazón.

### **Trabajos de Verano Trehuaco 2012**

Entre el 5 y el 15 de enero se llevaron a cabo los XV Trabajos de Verano en Trehuaco, Provincia de Ñuble. Más de 120 alumnos de distintas carreras fueron a construir nueve casas para familias que viven en condiciones de extrema pobreza en la mencionada comuna, adquiriendo de esta manera una inolvidable experiencia.

En representación de la Facultad de Derecho participaron los alumnos Matías Osses, Felipe Lagos y Alejandro Lagos.

### **Alumna de Derecho participó en Seminario de Liderazgo en el Cajón del Maipo**

Alumnos de distintas carreras de las sedes de Concepción y Santiago participaron durante dos días en la Jornada de Liderazgo y Trabajo en Equipo, organizada por la Dirección de Asuntos Estudiantiles de la UDD. Representando a nuestra Facultad asistió Catherine Doyhamberry, alumna de primer año.

Durante el encuentro los estudiantes se internaron en los cerros del Cajón del Maipo, para participar de un seminario vivencial donde se conocieron, formaron equipos y se apoyaron para trabajar, con el objetivo de potenciar las capacidades de liderazgo a través del trabajo en equipo y promover el desarrollo personal de los participantes.

### **Visita al Juzgado de Garantía de Concepción**

Contribuyendo con la formación práctica de nuestros estudiantes, los alumnos de la cátedra de Derecho Procesal Penal, a cargo de los profesores Eduardo Carrasco Buvinic y David Arias Álvarez, visitaron las dependencias del Juzgado de Garantía de Concepción, con el objeto de conocer su organización y funcionamiento interno.

La visita se llevó a cabo el jueves 24 de mayo y estuvo guiada por la Administradora del Tribunal, Mónica Ramírez Muñoz, quien les explicó la distribución orgánica y funcional del Juzgado. Además, los estudiantes tuvieron la posibilidad de presenciar audiencias de control de la detención, formalización y solicitud de medidas cautelares.

## **II. Actividades de extensión y educación continua**

### **Seminario “Reforma a la Justicia Tributaria y Aduanera”**

El jueves 5 de enero se llevó a cabo el Seminario denominado “*Reforma a la Justicia Tributaria y Aduanera*”, organizado por la Facultad de Derecho en conjunto con la Dirección Regional de Aduanas de Talcahuano.

En la ocasión expuso el Sr. Rodrigo González Holmes, Subdirector Jurídico del Servicio Nacional de Aduanas, abogado y magíster en Dirección y Gestión Tributaria. El objetivo fue dar a conocer los cambios a la jurisdicción tributaria y aduanera, incorporados por la Ley N° 20.322, que comienzan en la Región del Bío Bío, el 1° de febrero de 2012, pasando de sus actuales sedes dentro del SII y Aduanas a tribunales independientes.

La actividad se llevó a cabo en el auditorio principal de nuestra casa de estudios y contó con la asistencia de un numeroso público, en el que cabe destacar autoridades de la Región, ministros de justicia, abogados, profesores y estudiantes, agentes de aduana, miembros de la Fuerzas Armadas y Carabineros y profesionales dedicados al comercio exterior.

### **Charla “Actualidad del Antiguo Egipto en Chile”**

Comenzando con las actividades de extensión que la Facultad de Derecho tiene contempladas para sus alumnos durante este año, el jueves 22 de marzo tuvo lugar una interesante charla a cargo del Sr. Eduardo Andrades Rivas, profesor de Evolución de las Instituciones Jurídicas, Derecho Constitucional y Metodología de la Investigación Jurídica de nuestra Facultad.

La exposición llevó por nombre “Actualidad del Antiguo Egipto en Chile” y tuvo por objeto analizar la influencia de la cultura egipcia en Chile, refiriéndose a distintos aspectos, tales como la fascinación de Occidente por Egipto y lo “egipcio”, los orígenes de este fenómeno, señalando casos concretos de esta influencia en nuestra cultura, como es el caso del Rey “TUT” y el fenómeno pop, también su gran influencia en la medicina y la industria cosmetológica

### **Presentación de la segunda edición del libro *Teoría General del Negocio Jurídico***

En la Facultad de Derecho, sede Concepción, se realizó el martes 24 de abril, la presentación de la segunda edición del libro *Teoría General del Negocio Jurídico*, cuyo autor es el Director Académico de los Programas de Postgrado y profesor de Derecho Civil de nuestra Facultad, Dr. Ramón Domínguez Águila.

La presentación estuvo a cargo del Sr. Hernán Corral Talciani, abogado, profesor de Derecho Civil del Doctorado en Derecho de la Universidad de Los Andes y Director del Departamento de Derecho Civil y Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

En la oportunidad, el Decano, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, aprovechó de agradecer al profesor Domínguez su permanente colaboración en las diversas actividades de la Facultad.

### **Seminario “Responsabilidad Civil: Causalidad y el hecho de la víctima en el régimen civil extracontractual y contractual”**

La Facultad de Derecho dictó el viernes 11 de mayo un seminario denominado “*Responsabilidad Civil: Causalidad, y el hecho de la víctima en el régimen civil extracontractual y contractual*” dirigido a abogados, egresados, licenciados,

postulantes, estudiantes y demás interesados en adquirir los conocimientos necesarios en aspectos teóricos y prácticos en materia de responsabilidad civil.

El seminario estuvo a cargo del Sr. Álvaro Vidal Olivares, Abogado de la Universidad Católica de Valparaíso, Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso y profesor de los Programas de Postgrado de nuestra Facultad.

### **Ciclo de Charlas de Derecho Civil**

El 3 de abril, se dio inicio al Ciclo de Charlas de Derecho Civil, programadas durante el primer semestre por nuestra Facultad y dirigidas a estudiantes de distintas Facultades de Derecho de la Región. En la primera charla el profesor Sr. Cristian Larraín Páez expuso sobre las "Actuales modificaciones en el Código Civil en materia de personas jurídicas".

La segunda charla tuvo lugar el 17 de abril, a cargo del profesor Sr. Andrés Kuncar Oneto, quien abordó el tema "Otra vez fraude en perjuicio de los acreedores, esta vez hipotecarios". El 8 de mayo se llevó a cabo la tercera charla, a cargo del profesor Sr. Cristian Fernández Lama, quien se refirió a "El derecho de uso inocuo".

Finalmente, el 22 de mayo expuso el profesor Sr. Bruno Caprile Biermann, quien trató el tema "¿Los *retailers* deben responder por los hurtos o robos de vehículos perpetrados en los estacionamientos de sus establecimientos?". Luego de cada exposición se dio inicio a una ronda de preguntas del público asistente a los expositores, lo que permitió aclarar dudas y profundizar algunas materias.

### **III. Programas de Postgrado de la Facultad**

El 13 de abril de 2012 se dio inicio al décimo sexto año académico de los Programas de Postgrado de la Facultad de Derecho de Concepción que culmina el 7 de diciembre del presente año.

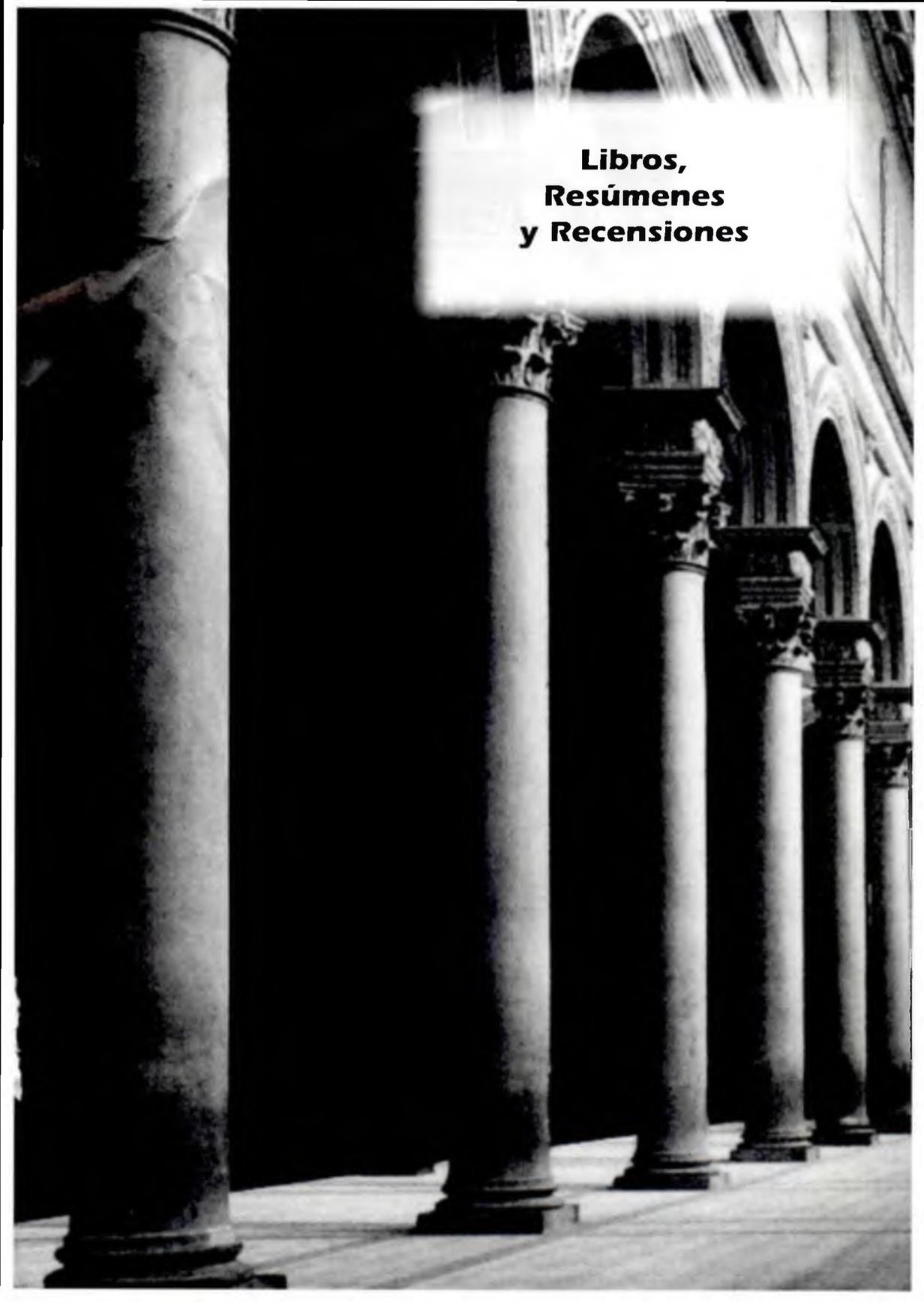
El Magíster en Derecho de la Empresa junto a su formato tradicional conserva la posibilidad de optar a alguna de las dos menciones impartidas a partir del 2011, es decir, en Derecho Laboral o Derecho Tributario, según sean las necesidades de cada postulante, reforzando así el carácter profesional de nuestro programa.

Conjuntamente comenzó el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, al que este año se suman el Postítulo en Legislación Laboral y Postítulo en Legislación

Tributaria. Asimismo se imparten Diplomados y cursos de perfeccionamiento jurídico en el área de Derecho de la Empresa.

En suma, durante este año 2012 hemos concretado el anhelo de ampliar nuestra oferta académica, con 24 cursos de perfeccionamiento jurídico, contribuyendo así a satisfacer la necesidad de los profesionales de la región y el sur de Chile, manteniéndonos a la vanguardia en materia de postgrados y reafirmando el prestigio de nuestros programas.





**Libros,  
Resúmenes  
y Recensiones**



# Teoría general del negocio jurídico

De **Ramón Domínguez Águila**

Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic. actualizada, Santiago, 2012.

**Hernán Corral Talciani**

Director Departamento de Derecho Civil y Romano  
Facultad de Derecho  
Universidad de los Andes

Sin duda hay que agradecer al autor y a la Editorial Jurídica de Chile, que se haya puesto al día la primera edición de esta obra, que, habiendo sido publicada por primera vez en 1975, se encontraba hace tiempo completamente agotada.

El eximio profesor de las Universidades de Concepción y del Desarrollo (sede Concepción) vuelve a reiterar que su propósito es que el libro sirva principalmente a los estudiantes de Derecho. Se trata, por tanto, de una obra que pertenece al género de la manualística. Diríamos, sin embargo, que no es posible calificar el libro, tanto en su primera edición y menos en la segunda, como un simple manual, que ordena las normas y presenta un panorama meramente descriptivo, simplificado y, por tanto, reductivo de la materia abordada.

En su sencillez, claridad de redacción y de conceptos, estructura sistemática y ordenada, el texto cumple con su misión didáctica y pedagógica, pero a la vez se eleva a la categoría de libro de consulta y reflexión profunda y aguda para el abogado, el juez y el investigador del Derecho.

Como aquellas películas animadas recientes creadas por Pixar y Disney que pueden ser disfrutadas a la vez por niños y adultos (inauguradas por el célebre largometraje *Toy Story*), el libro tiene como uno de sus méritos más destacables el hacer posible también una doble lectura: la del alumno, que lo aprovechará y lo comprenderá sin mayores problemas, y la del lector jurídico experimentado, que encontrará en él matices y sugerencias que le abrirán nuevos horizontes para pensar y comprender mejor todo el campo de actuación de la autonomía privada.

La *Teoría general del negocio jurídico* combina virtuosamente la originalidad y la innovación con la fidelidad a la tradición y los criterios ya asentados por la doctrina y la jurisprudencia. Su autor es un vanguardista del Derecho, pero al mismo tiempo, si se nos permite la expresión, un buen conservador de sus tradiciones. Hasta en su misma familia de ilustres civilistas se observa esta ne-

cesaria conexión entre generaciones, que van creando y buscando lo nuevo apoyándose en lo mejor de lo clásico.

Las innovaciones del libro son llamativas. De partida al utilizar la denominación “negocio jurídico” por sobre la de “acto jurídico”, que es la que ha prevalecido en nuestra doctrina y en las aulas de clases por influencia francesa. Se trata de una traducción más fiel de la expresión formulada por la dogmática alemana, que fue la autora de la teoría general, y que luego ha sido utilizada en ese mismo sentido por el resto de Europa, con la excepción de Francia. En realidad toda la construcción de esta teoría, que desea incluir a los contratos, los actos unilaterales, el testamento, el matrimonio, el reconocimiento de hijos, bajo reglas y principios comunes, es una elaboración, con materiales romanos, de la pandectística alemana y extraña a la codificación francesa. Pero la doctrina francesa a través de Aubry y Rau recepcionó la teoría, aunque sin traducir el nombre y utilizando en vez de “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*) la expresión “*acte juridique*”.

La teoría con la nomenclatura francesa llega a Chile al aprobarse los programas de estudio de la Universidad de Chile en 1902, inspirados en los programas de la Universidad de París.

No obstante, como señala el autor y ahora reafirma en la segunda edición, la expresión “negocio jurídico” va ganando terreno también en nuestro foro. Así se cita un fallo de la Corte Suprema de 1992 en que se califica a la tradición como negocio jurídico.

Más allá de la terminología, hay variados aspectos en los que el autor va introduciendo planteamientos innovadores.

De especial importancia es el nuevo párrafo, que no aparece en la primera edición, dedicado al período prenegocial, donde se trata de la formación sucesiva del negocio jurídico, con actos y negociaciones preliminares, la celebración del negocio por medio de subasta, licitación o concurso, las reglas especiales respecto de los negocios de consumo y la influencia de la publicidad. Cierran este capítulo interesantes consideraciones sobre los deberes de las partes en la etapa prenegocial, principalmente el de información, y la responsabilidad que genera su incumplimiento. El autor concluye que “si bien nadie está obligado a contratar y, por lo mismo, nadie está obligado a concluir las tratativas de un negocio definitivo, las exigencias de negociar de buena fe implican que si se entra en las tratativas ha de hacerse con el propósito de concluir el negocio, de forma que el retiro de ellas no puede ser abusivo, entendiéndose por tal el que no está legítimamente motivado” (p. 59). Ligado con lo anterior, la nueva edición dedica un tratamiento especial a la reticencia, es decir, al dolo cometido por omisión, donde se asevera que “hay dolo omisivo si existía obligación de

informar y ella se incumple a sabiendas para captar una voluntad negocial” (p. 90).

Otros puntos en que se aprecia una modernización de la teoría son la consideración de que debe considerarse negocio entre presentes, aunque haya distancia física, si las partes están comunicadas por Internet (p. 47); una menor tolerancia para el “dolo bueno” en el ámbito del consumo, por las estrictas normas sobre publicidad engañosa, si bien sigue siendo posible distinguir entre exageraciones y mentiras (en nota se cita una sentencia de la Corte de Casación francesa de 1999, que no consideró dolosas las inexactitudes o exageraciones contenidas en un curriculum vitae presentado en vistas a la obtención de un trabajo); y una interpretación más abierta del art. 1457 del Código Civil, que permitiría que el estado de necesidad pueda considerarse un vicio del consentimiento (p. 104). Cuando no es posible interpretar la ley, Domínguez no teme criticarla y propiciar su reforma: por ejemplo, respecto de la exigencia de que el dolo sea obra de una de las partes, sin que se admita el dolo del tercero como vicio del consentimiento (p. 95). También sugiere eliminar la regla del art. 1468, según la cual no se puede repetir lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Se argumenta que la finalidad laudable de sancionar la torpeza deviene en una desnaturalización de la nulidad, sobre todo en el caso en que ambos contratantes han actuado torpemente, ya que en dicho evento, al no producirse ningún efecto restitutorio, paradójicamente el resultado es el mismo que se daría de no haberse declarado la nulidad (p. 224).

El libro, aunque tiene muy en cuenta la jurisprudencia, no siempre concuerda con ella. Así sucede con los últimos fallos de 1996 y 2006, en los que la Corte Suprema vuelve a la doctrina de que el art. 1464 N° 3 (objeto ilícito por enajenación de cosas embargadas) debe aplicarse también a las enajenaciones forzosas, lo que el autor critica con buenas razones y siguiendo lo que ya sostenía Claro Solar. El argumento a contrario sacado del art. 106 inc. 2° de la Ley de Bancos se presenta como insuficiente para llegar a una conclusión que produce tantos problemas (p. 148).

En las formas de ineficacia, el profesor Domínguez estudia concienzudamente la nulidad, como es tradicional en la materia, reservando algunas páginas para otras formas de privación de efectos de los negocios. En la nulidad es especialmente original la posición sobre si los herederos quedan privados de la acción por el hecho de que su causante haya ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Señala que como herederos no pueden demandar la nulidad, pero sí como interesados, pero que en tal caso no pueden alegar como interés la disminución de su patrimonio hereditario, sino alguna otra circunstancia que los habilite por sí mismos para demandar la nulidad (p. 199).

No es posible mencionar todas las ideas sugerentes e incisivas que se contienen en este volumen actualizado. Por cierto, hay algunos puntos en que, con el respeto que nos merece la figura del profesor Domínguez, nos permitimos disentir. Tal vez, porque acabamos de publicar una monografía sobre la cláusula penal en que sostenemos lo contrario, no nos convence el concepto de la “nulidad consecuencial”, esto es, la que se produciría según el autor cuando se declara nulo el negocio principal, lo que trae como consecuencia la nulidad del accesorio (p. 185). Aunque tiene a su favor el tenor del Código Civil (art. 1536), esta idea no nos parece compatible con el criterio de que el vicio de nulidad debe concurrir a la época de otorgamiento del acto o celebración del contrato.

Tampoco compartimos el poco aprecio que muestra el autor, en esto siguiendo su primera edición, de la llamada teoría de la inexistencia, que, en nuestra opinión, no es más que otra forma de nulidad: la nulidad de pleno derecho. La admite sólo en casos excepcionalísimos. Lo cierto es que procede en casos de gran importancia práctica. Por ejemplo, hoy día un matrimonio religioso que no se ratifica ante el Oficial del Registro Civil es inexistente civilmente, y lo mismo sucede con el matrimonio celebrado en el extranjero, y conforme a la ley del país, entre personas del mismo sexo. Es más, pensamos que la “nulidad de derecho público” de la que habla la doctrina administrativa como supuesta categoría distinta de la nulidad civil, no es más que una nulidad de pleno derecho o inexistencia. No estamos de acuerdo en que sea lo mismo la constatación judicial de una nulidad *ipso iure*, que la declaración de una nulidad absoluta o relativa: estas son formas de anulabilidad más que nulidades propiamente tales.

No es menester advertir que estas discrepancias no menoscaban en nada la calidad y excelencia de la obra que comentamos y, más bien, la ponen de relieve, porque prueban que es un libro no meramente descriptivo, sino también propositivo y que invita a reflexionar y formarse una opinión propia.

Debemos felicitar a Ramón Domínguez por haberse tomado el trabajo de remozar y poner al día esta obra, que ya fue señera en su primera edición. Las felicitaciones se extienden al profesor Pedro Hidalgo, que, como consta en el prefacio, colaboró en esta ardua tarea.

Esta nueva edición es un ejemplo más de la labor desarrollada por Ramón Domínguez en su fecunda trayectoria académica y docente.

Como es conocido, el autor no se ha dedicado exclusivamente a la academia, sino que ha practicado el derecho como litigante y como juez (en su calidad de abogado integrante de la Corte de Concepción), y que ha sabido descollar singularmente en las dos áreas, siendo uno de los abogados más destacados

del país, y sin duda uno de los escritores jurídicos más prolíficos y perspicaces con que cuenta nuestra literatura jurídica.

Podría pensarse que la obra que comentamos: una *Teoría General del Negocio Jurídico*, es una materia demasiado abstracta para que llame la atención de un jurista que conoce bien al derecho vivo de los estrados judiciales. En el mismo libro se plantea esta crítica que algunos han dirigido a la doctrina del negocio, pero el autor observa, con razón, que ella sería certera si se exagera su carácter omnicompreensivo de toda manifestación de voluntad y se absolutiza su abstracción, "pero si se la limita, como todas las categorías jurídicas, a su rol explicativo y pedagógico, resulta de ella una utilidad innegable para agrupar conceptos y principios comunes a los actos voluntarios del hombre realizados con el propósito de obtener ciertos efectos y como modo de producir los intercambios de bienes y necesidades" (p. 14). A lo largo de sus páginas vamos viendo cómo los conceptos generales van siendo aplicados a numerosos casos prácticos, al hilo de lo que ocurre en la jurisprudencia, que el autor no cesa de citar para ilustrar cómo una teoría puede servir para encontrar soluciones a los problemas reales y prácticos. Se podría repetir con Kant que no hay nada más práctico que una buena teoría.

En especial, la necesidad de neutralizar las pretensiones excesivamente conceptualistas la manifiesta Ramón Domínguez en el tratamiento del requisito de la causa del negocio, terreno fértil para las más diversas teorías: entre causalistas, anticausalistas, neocausalistas, objetivistas, subjetivistas, y suma y sigue. El autor se decanta por una concepción práctica de la causa en un doble rol de protección de la voluntad y de la licitud de los motivos del negocio. En este sentido, observa cómo la causa ha servido en el último tiempo a los tribunales para rechazar cláusulas penales en los contratos de *leasing*, que en verdad encubren un pago de un precio por un bien que en definitiva no se vende.

La dedicación al ejercicio de la abogacía no ha inducido al autor a circunscribirse a la realidad del Derecho chileno. El libro, ya en su primera edición, y ahora con más fuerza en la segunda, presenta siempre un panorama de lo que está sucediendo en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas, a veces a título informativo y en otras como indicación de una posible solución que podría aplicarse para interpretar nuestros textos. Se comprueba una vez más que Domínguez es también uno de nuestros juristas de mayor vocación internacional, en el mejor sentido de la expresión.

El autor ha sido siempre una persona que no se centra en sus propias ideas y reflexiones, como si lo que pensarán los demás no fuera importante o pudiera ser perturbador para expresar una opinión personal. El libro continuamente cita a diferentes autores, extranjeros y nacionales, ya sea para confirmar la doctrina que se sigue en el texto o para informar que existen opiniones en contrario.

El lector encontrará en esta obra no sólo la visión del profesor Domínguez sobre el negocio jurídico, sino una completa panorámica del estado en que se encuentra la teoría en nuestro país, y también en otros sistemas jurídicos similares al nuestro. Sólo se pueden echar en falta las obras de Víctor Vial y Rodrigo Barcia sobre el acto jurídico, que no aparecen mencionadas ni incluidas en la abundante bibliografía utilizada.

Finalmente, hemos de destacar el espíritu innovador y renovador que caracteriza al profesor Domínguez, y que en este libro se pone una vez más de manifiesto. Nos consta, por experiencia personal, que es más sencillo y mucho más valorado en nuestro medio editar un nuevo libro, que reeditar uno anterior.

Tal vez ese erróneo prejuicio se ve alimentado por la mala costumbre de presentar como segundas o terceras ediciones lo que en verdad no son más que reimpresiones del mismo texto que se había publicado años antes.

La reedición incluye siempre una actualización, un volver la mirada a lo que ya se dijo, confrontarlo con las nuevas ideas surgidas en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación interna y externa, pero todo ello sin desarticular el esquema general y la finalidad de la obra original. Esto obliga a seleccionar, sintetizar, resumir, reelaborar, etc., esto es, asumir una labor bastante fatigosa, no siempre estimulante y a veces incluso frustrante. No es raro, pues, que sean pocas las obras que se reediten en el auténtico sentido de la expresión en nuestro país y que en cambio campeen las reimpresiones.

Y si esto es difícil para una obra en general, más lo es para un manual o libro dirigido a estudiantes. Con gran injusticia, en los ambientes académicos se mira en forma despectiva tanto la reedición, como la elaboración de un manual: "¡es sólo un manual!" se dice a veces, sin caer en la cuenta que elaborar un manual de calidad es mucho más difícil que escribir un tratado o una monografía especializada. Requiere verdadera sabiduría jurídica, claridad de conceptos, capacidad de selección entre lo fundamental y lo accesorio, y por sobre todo habilidad didáctica y espíritu de servicio. El libro que presentamos es un manual de excelencia en su género y que, además, como señalábamos al comienzo, tiene la virtud de admitir esa doble lectura que permitirá que sea un libro de gran utilidad para los estudiantes, y al mismo tiempo para abogados, jueces y académicos.

# Índice Revista Ius Publicum N°28/2012

## Escuela de Derecho

### Universidad Santo Tomás

#### ESTUDIOS

**Hernán Corral Talciani.** *El origen del adagio Qui tacet, consentire videtur.*

**Sergio Raúl Castaño.** *¿Es el bien común un conjunto de condiciones?*

**Carlos Gabriel Arnossi.** *Acerca de la "legítima sana laicidad".*

**Miguel Ayuso.** *Sobre la ética pública: una visión problemática.*

**Germán Masserdotti.** *Arturo Enrique Sampay y su interpretación del artículo 79 de la Constitución Nacional Argentina. El influjo de Tomás de Aquino en el derecho constitucional argentino.*

**Patricio Muñoz Díaz.** *Vidas paralelas del control de constitucionalidad de normas legales vigentes en Chile y Francia .*

**Gabriel Bocksang Hola.** *Las fuentes del derecho administrativo chileno antes del Código Civil.*

**Eduardo Soto Kloss.** *¿Es la "falta del servicio" el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de Seguel Cares, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea).*

**Fabián Huepe Artigas.** *¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2374 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico.*

**Sebastián Lewis.** *El solve et repete y el Tribunal Constitucional de Chile.*

**Mauro Ronco.** *La imputación del hecho ilícito pena*

**Eugenio Pérez De Francisco, Luis Armando García Segura.** *Estaba escrito: lectura de los hechos alrededor de la muerte de Muamar el Gadafi.*

#### IN MEMORIAM

**Marcelo Elissalde Martel.** *Manuel Fraga Iribarne (1922-2012).*

#### CRÓNICA

**Reflexiones éticas:** Héctor H. Hernández, Hernán Corral Talciani, John Ii Horvat, Jaime Arancibia M. **Reflexiones fuertes:** Joaquín García Huidobro, Rafael Caviedes.

## DOCUMENTOS

*S.S. BENEDICTO XVI: Discursos a los administradores del Lacio y del ayuntamiento y de la provincia de Roma – Visita Pastoral a Aquilea y Venecia. Encuentro con el mundo de la cultura y de la economía – Viaje Apostólico a Croacia (4–5 de junio de 2011). Encuentro con exponentes de la sociedad civil, del mundo político, académico, cultural y empresarial, con el cuerpo diplomático y con los líderes religiosos – Viaje Apostólico a Alemania. 22–25 de septiembre de 2011. Ceremonia de bienvenida – Celebración ecuménica – Encuentro con los representantes del Consejo de la “Iglesia Evangélica en Alemania” – En el Parlamento Federal – A seis nuevos embajadores ante la Santa Sede – Viaje Apostólico a Madrid con ocasión de la XXVI Jornada Mundial de la Juventud (18–21 de agosto de 2011. Encuentro con los jóvenes profesores universitarios – A los participantes en la Conferencia Internacional sobre células madre – Mensaje para la celebración de la XLV Jornada Mundial de la Paz. 1 de enero de 2012. MONS. HÉCTOR AGUER: La ideología de género.*

## JURISPRUDENCIA

*Corte Suprema. 7.11.2011. Díaz Guajardo con Fisco (Nulidad de Derecho Público / DL N° 2695, de 1979), comentario G. Bocksang*

## RECENSIONES

### RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

**ACTUALIDAD JURIDICA** pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

**UDD**

Universidad del Desarrollo  
SANTIAGO - CONCEPCIÓN

BIBLIOTECA UDD SCL



R013763