



Universidad de
los Andes

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2022 | Volumen 6
Núm. 1

Revista Jurídica Digital UANDES es una revista científica editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

Índice

Artículos

- La revolución digital de la economía Uber. Redefiniendo las relaciones laborales** 1-21
Josefina Riveaux, José Luis de Marchena
- Algunas críticas al procedimiento judicial de constitución de servidumbres mineras, en particular respecto de la servidumbre minera provisoria y los efectos procesales nocivos de una expresión de tutela jurisdiccional anticipada** 22-36
María Karina Guggiana Varela
- La reparación del daño moral y económico a las empresas derivado de un reportaje periodístico. Criterios jurisprudenciales** 37-64
Pedro Anguita Ramírez
- Investigación biomédica y determinación de la capacidad para consentir en el sistema jurídico chileno: el desafío interpretativo del artículo 28 de la ley 20.584** 65-80
Francisca Reyes-Arellano, Claudio Ereche Tuzzini
- Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico** 81-96
Francisco Alberto Ruay Sáez
- El delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar: un análisis del Párrafo 2° de la Ley N° 20.066** 97-114
Catalina de los Angeles Sierra Campos

Colaboraciones

- El embargo de derechos en sociedades de personas y la alienabilidad** 115-128
Luis Gonzalo Navarrete Villegas

**Josefina
Riveaux***

jriveaux@munitaabogados.cl

**José
Luis de
Marchena****

jldemarchena@munitaabogados.cl

Recibido: 19.08.22

Aceptado: 04.11.22

The digital revolution of the Uber Economy. Redefining employment relations

La revolución digital de la economía Uber. Redefiniendo las relaciones laborales

Abstract: The present study focuses on the figure of gig workers in digital platforms such as Uber or Deliveroo and the necessity for a specific regulation that adjusts to the particularities of these new work relations. The above to prevent the lack of certainty regarding their legal status. Following how courts and tribunals in the UK (common law) have sought to redefine and adequate the concept of subordination and dependence, this work seeks to analyse how those elements have been interpreted to apply or not the regulation of the traditional employment figure to the new work relations that digital platforms have created. These most recent decisions demonstrate that this is not a settled topic. The current tools available to judges are insufficient to provide either certainty or security to gig workers, as this new form of labour relations does not fully present the traditional characteristics of subordination and dependence. However, they also demonstrate the need for effective regulation that responds to the demands and interests of these new workers so as not to discourage the creation of new sources of employment by regulating essential aspects such as social and health security.

Keywords: “Gig Workers”; subordination and dependence; new employment relations; employee status; new digital employment regulation.

Resumen: El presente estudio se focaliza en la figura de los “Gig Workers” de plataformas digitales tales como Uber y Deliveroo, así como en la necesidad de una regulación específica que se ajuste a las particularidades de estas nuevas relaciones de trabajo. Lo anterior, para efectos de prevenir la falta de certeza en relación con el estatus legal de aquellos. Siguiendo como los tribunales en Reino Unido (*Common Law*) han buscado la manera de redefinir y adecuar el concepto de subordinación y dependencia, este trabajo busca analizar cómo aquellos elementos han sido interpretados para efectos de determinar si aplicar o no la regulación tradicional de las relaciones laborales a las nuevas formas de trabajo que las plataformas digitales han creado. Estos fallos recientes demuestran que no es un tema resuelto. Las herramientas actuales para los tribunales son insuficientes para proveer tanto de certeza como de seguridad a los “Gig Workers” toda vez que estas nuevas formas de trabajo no representan totalmente las características tradicionales de subordinación y dependencia. Sin embargo, aquellas también demuestran la necesidad de una regulación efectiva que responda a las demandas e intereses de este nuevo tipo de trabajadores en materias de seguridad social, pero de manera tal de no desincentivar la creación de nuevas formas de trabajo.

Palabras clave: “Gig Workers”; subordinación y dependencia; nuevas relaciones laborales; estatus del trabajador; nueva regulación para el trabajo digital.

* *Master of Science in Human Resources and Organisations*, London School of Economics and Politics Science. Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** *Master of Laws in International Law*, University of Edinburgh. Abogado, Universidad de los Andes, Chile.

“Before the Internet, it would be really difficult to find someone, sit them down for ten minutes and get them to work for you, and then fire them after those ten minutes. But with technology, you can actually find them, pay them a tiny amount of money, and then get rid of them when you don’t need them anymore”¹.

Thomas Biwald’s² phrase reflects the “ideal” way to manage on-demand work, which is tailored as closely as possible to the precise needs of the contractor, simple to contract, and easy to detach (Rodríguez-Piñero, 2019, p. 4). This has been the widespread phenomenon that new business models created by digital platforms have brought to the market and employment relations systems. Customers can enjoy the provision of fast and low-cost tasks or gigs; a “gig worker” can decide when to work, where to work, and what kind of gigs to accept; and the digital platform provides the technological means and system to connect the customer with the gig worker (Prassl, 2018).

In a broader sense, the “gig economy” has been defined as the pre-settled tasks carried out by independent contractors and mediated by online platforms, representing the trend of increasingly contingent work, labour market flexibility, and outsourcing of work to independent contractors and providers (Todolí-Signes, 2017). Within this new digital economy, there are different kinds of “gig work”. One is the business model exemplified by Uber, Pedidos Ya, and Deliveroo, where the digital platforms take a job – such as driving passengers – traditionally performed by an employee and outsource it to an undefined, large, group of individuals in the form of an open call under a tripartite structure. Within the latter, there is a “requester” or customer who needs a specific service to be provided, a “partner” who will physically undertake the job by performing the required service through direct contact with the customer, and a

“provider” in the shape of the digital platform that connects the requester with the gig worker (Prassl & Risak, 2016; Todolí-Signes, 2017). This work focuses on these new work relations which have been shown to be on the rise in most countries³.

Tribunals around the world have sought to accommodate the new structures of the gig economy in existing legal systems by considering gig workers as employees, workers,⁴ or self-employed workers, which translates into different forms of social protection, working conditions, worker representation, and the rights and obligations of these statutes (Koutsimpogiorgos et al., 2020). This kind of work is rapidly expanding, and full-time employment in the traditional manner may become the exception rather than the rule in the coming years (Aloisi, 2016, p. 663). These new employment relations have decentralised the power of the traditional employer through a triangular employment relationship structure and created a series of diffuse networks of connected individuals. The “Uber economy” has challenged the very existence of the contract of employment, leaving individuals without the protective employment legislation that traditional employees enjoy, resulting in a new working class with new characteristics, or even, as some authors have argued, provoking the disappearance of the classical figure of the worker (Aloisi, 2016; Collins, 1990; Todolí-Signes, 2017).

Thus, can we define gig workers as self-employed workers, workers, or employees under the classic criteria of subordination and dependence? Is the so-called vulnerability of the gig worker sufficient to justify the application of labour statutes? Or can we say they represent a new form of work that deserves a new legal status that matches their economic and labour interests?

Considering the varieties of positions in the literature

¹ As cited by Moshe Z. Marvit in The Nation. <https://www.thenation.com/article/archive/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>

² CEO of CrowdFlowers.

³ For more details see the Appendices.

⁴ The concepts of employee and worker should be considered the same, except in the case of the UK, where they are two different categories.

regarding the gig workers legal statute and the fact that it is a phenomenon arising in all employment relations systems, it appears relevant to research the way these have been defined in the common law (UK) system, as the subordination and dependence seem to crosscut to define the personal scope of gig workers. The aim, then, is to shed light on the way we understand the new working relations and the way we want to regulate them.

According to the latter, the study of UK Case law reveals that the Uber drivers cannot be classified as traditional employees, as they do not entirely fulfil the traditional elements that define the latter: subordination and dependence⁵ However, according to these recent rulings, those gig workers were defined within the concept of the “limb worker” according to the Employment Right Act of 1996 (ERA) section 230 (3) (b)⁶.

The fact that Uber drivers are under no obligation to provide services; rather, they decide if they work or not, and once they are working, they make the decision about when, how, and for how long they are going to do the work, reflects that they do not fulfil the traditional characteristics of employment relations. Nevertheless, as French Uber drivers claimed back 2016, “*Behind every low cost-benefit, there is a low-cost worker*” (Sánchez, 2018). It cannot be denied that there is some control on behalf of the platform, and that the gig economy’s result is *work*, meaning that gig workers are exposed to similar vulnerabilities to traditional workers (Prassl, 2018; Todolí-Signes, 2018); however, the latter does not justify forcing a concept that is neither suitable nor effective in protecting their interests and needs.

In this sense, it is not adequate to use the solution of judicial intervention for the reinterpretation of valid contracts through the principle of the *purposive approach* of the labour law system to qualify as employees or limb workers those who are not. The latter will suppose the expansion of the labour law to impose a uniform manner of organising work within new and complex organisational settings instead of effectively protect and satisfy the interest of those gig workers due to the nature of the services provided.

Thus, even though the traditional concept of employee and employer may not be suitable for the digital platforms of gig workers, it is necessary to re-establish the social balance in these relationships created by the evolution of production systems, and to regulate the new economy that digital platforms have installed (Escorsa, 2006; Todolí-Signes, 2017). Consequently, there must be a socio-political will to regulate a new legal protection for them, adequately adapted to the new forms of work. The solution does not lie in resorting to judicial interpretation to justify the forced application of the labour statute to relationships that do not fall within that regulation. Furthermore, it is necessary to provide certainty, because even within one country, the same tribunal may reach opposite conclusions in different but related cases (Zekic, 2019). The solution, then, to the categorisation of gig workers must come from a socio-political decision that generates certainty, uniformity, and an environment where everyone benefits (Plaza A. et al., 2018; Taylor Review, 2017).

⁵ Para. 85 Court of Appeal’s decision.

⁶ Limb workers are those defined under the ERA 1996 section 230 (3) (b): (3) In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under)— (a) a contract of employment, or (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or personally perform any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual.

1. Adapting subordination and dependency into gig work

1.1. Flexibilisation of the Concept of Subordination and Dependence on the Application of the Labour Statute to Gig Workers

Under its common law system, the UK has identified the subordination and dependence as the control exercised by the employer over the person's work through the control test; however, new elements such as the obligation of the employee to provide the work (mutuality of obligation), the personal obligation to carry out the work, and economic dependency draw a fundamental distinction between subordinates and independent workers (Mason, 2020; Prassl, 2015).

Therefore, traditionally in the literature, the external manifestations of subordination and dependence are identified, for example, in the employer's issuing of instructions as the owner of the means of production; the worker merely providing labour; the employee's fixed working hours; and most of the service being provided on the employer's premises (Aloisi, 2016; Todolí-Signes, 2018). Nevertheless, the digital platforms' business model presents characteristics that do not allow us to find these external manifestations of subordination and dependence as clearly as set out above. Thus, to make the concept of the employee or worker applicable to gig workers, most of the literature has sought new manifestations of subordination and dependence in the business model of digital platforms.

One of the arguments is that gig workers should be considered as employees because subordination relies on the extent of control that the platform exercises over them, even though, from a first glance, it may seem that workers have a significant amount of independence based on the flexibility that the nature of the business model provides to them (Aloisi, 2016). However, the control of the digital platform over the gig worker still

exists; the difference is that the technology has changed the way that the work is controlled (Todolí-Signes, 2018).

One expression of the latter is found in the employers' blurred figure due to the interruption of the customer as part of the employment relation, through the ranking system that digital platforms provide as a significant decentralised and scalable management technique (Van Doorn, 2017). These rankings place the disciplinary and organisational power of the employer with the customer, who through the star system chooses whether to reward a driver. The customer expresses disciplinary power in the sense that he/she directly controls whether the driver performs the work as it should be done. Organisational power is placed with the customer because the rankings technique outsources the quality control of the performed task, and because their performance review will determine the retention of the gig workers as part of the pool of drivers that the digital platforms offer to connect with the customers (Todolí-Signes, 2018; van Doorn, 2017).

Rankings allow digital platforms to enforce their business standards and control the quality of their services; for most of the literature, this is an essential element when assessing the nature of the relationship between a digital platform and its gig workers (Davidov, 2017; de Stefano, 2017; Sánchez, 2018). Ratings, then, are an expression of the subordination relationship – which is not dependent on continuous control or supervision – because they are an indirect manner of imposing discipline and control over the driver's behaviour, and a means to guarantee that their behaviour is aligned with what the rating requires (Cockayne, 2016; de Stefano, 2016; Sánchez, 2018). In the same vein, algorithmic control – like “surge prices” – has been identified as an expression of the gig workers' subordination because it generates a specific and desired behaviour in the drivers to provide the services offered by the platform, which is ultimately the main instrument

for exerting power over gig workers (Rosenblat & Stark, 2016).

Furthermore, control has also been constituted by the underlying control that the digital platform maintains over the gig worker, which emanates from: (i) the rights that the platform reserves for itself to act against the gig worker under some circumstances, i.e. platform owners reserve the right to modify the agreement at any time, and they also reserve their right to terminate workers' user accounts when they decide that the gig workers have breached the agreement (Aloisi, 2016; van Doorn, 2017); and (ii) the inconsistencies between the terms and conditions of the agreement and the classification of the independent contractor or worker referred to within it, because digital platforms impose exacerbated clauses of independence on gig workers yet simultaneously regulate the way the service will be provided to the customer. The digital platform is imposing and dictating the terms and conditions of employment between the gig worker and the customer, interfering significantly with the relationships between them, even though the gig economy business model professedly claims to remain external to such relationships because of the independent nature of the gig worker (de Stefano, 2016).

Regarding dependency, the literature has mostly analysed it as a concept relating to the economic dependence that gig workers develop regarding the digital platform as they should be available "around the clock" to earn enough money, and the way the latter is dependent on these workers as they are an essential part of the production means of the organisation. The promised flexibility does not entail greater freedom; it only reflects how economically dependent the workers are regarding the platform (Aloisi, 2016). This dependency is also reflected in the impossibility of transferring customer rankings from one digital platform to another, which indicates that platforms are not just merely service intermediators but also employers (de Stefano, 2016; Florisson & Mandl, 2018). The latter makes workers economically dependent on the specific digital platform by placing them in an endless probation period due to the

impossibility of transferring the ranking, which ties them down, increases their vulnerability and decreases their opportunities to provide services for other competitors (Aloisi, 2016).

Another relevant perspective regarding dependency is that gig workers are as vulnerable as any traditional employees due to the unequal power between them and the digital platform, and the lack of freedom and autonomy that they have when accepting the conditions under which they will perform the task. This imbalance is the cause of all the risks workers are subject to (Todolí-Signes, 2017). Digital platforms establish working conditions to their advantage, and the gig worker must accept them, or they cannot work. As a result, the contract is based primarily on mandatory rules that parties cannot change, and the power imbalance among the parties means there is no absolute contractual freedom for the gig worker; consequently, employment protection must be imposed (Todolí-Signes, 2017).

Finally, the majority of the literature agrees that digital platforms are businesses that run transport or food delivery services and not merely a digital space where the provision and demand of services are matched. Customers use these platforms because they need a specific service that the specific platform offers, and not because the platform offers a list of drivers who are available to provide them with the service (Todolí-Signes, 2017).

1.2. Inapplicability of Employee Status Due to Particularities of Gig Workers

Some arguments suggest that the classification of gig workers under the traditional concept of "employee" is unsuitable.

One of the arguments found in part of the literature and jurisprudence is that an essential part of an employment contract is that the provision of services is personal. In the case of gig workers, there is no such obligation, since, in some cases, the person providing the services can be

substituted. If the gig worker can work for other digital platforms due to having no obligation of exclusivity or non-competition, we cannot define them within the concept of a traditional worker (Mercader U., 2018). Mobility and occasionality are essential characteristics in digital platforms services, unlike for traditional workers. Since gig workers move from one assignment to another and from one platform to another, they create a transitional work system between different professional situations and employers, which is structural and characteristic of digital platforms. Gig workers do not generate stable or permanent relationships with a particular platform (Rodríguez-Piñero, 2019).

Furthermore, digital platforms' business model impedes defining gig workers as employees because there may be more than one single employer that exerts control. After all, in theory, the driver or the delivery person is allowed to work for more than one platform simultaneously. Thus, if the gig worker uses two different platforms, which is the employer that exerts control? It is unclear how to allocate worked hours between two or more companies if we consider that the driver is under the control of the digital platform, since they simply log into the app and advertise their availability to provide rides (Harris & Krueger, 2015).

Gig workers' economic dependency regarding these digital platforms has also been challenged. On the one hand, it is argued that they can turn the app on and wait for one task opportunity while carrying out another job for another platform or even while engaged in nonworking activities. Thus, the hours spent waiting for work cannot be allocated to a specific employer, and even if the gig worker is only providing services through one specific digital platform, they can spend their waiting time as they please; they are not expected to be exclusively available and at the disposition of the platform. In this sense, they are working for themselves and on their own time (Harris

& Krueger, 2015). On the other hand, the fact that it is the gig worker who owns the car, or the bike means that they have control over their assets and can choose how to use them. The ownership of the assets, to the extent that it can be used to spread risk, is a sign of independence, because the platform is allowing the driver to use a private asset to create an income that would otherwise not be possible to earn (Davidov, 2017).

Another sign of economic independence is that, while some drivers use digital platforms as their primary source of income and spend all their working hours logged into the app, others use them to complement their income and only spend part of their working time logged in. They are free to choose. There are some gig workers who have an exclusive relationship with the digital platform, and others who do not; the intensity of the subordination and dependence manifests in dissimilar manners, which impedes a general definition when determining whether an employment relationship is existent (Muñoz, 2018). The extent and intensity of the subordination and dependence between the gig worker and the digital platform depends on the will of the former. Thus, complete incorporation of gig workers into the definition of "traditional employee" may be neither effective nor efficient.

Furthermore, the intermittent nature of the activity is an obstacle in terms of applying labour statutes and employment rights for employees because gig workers do not have an indefinite relationship with any employer. Only by establishing an umbrella relationship through the connection of the different periods where the gig worker performs and completes jobs for a specific platform, which may allow the definition of an employment relationship with a clear start and end, could employment protection be applied (de Stefano, 2016). However, the lack of legal certainty due to the obstacles to defining when the relationship starts and ends for a specific platform puts a

⁷ Furthermore, the same Employment Tribunal in *Uber v Aslam* para 85 declared that Uber drivers are not obligated to switch on the app, and while it is switched off there can be no question of any contractual obligation to provide driving services. Consequently, there is no overarching "umbrella" contract.

question mark over this possibility.⁷ Furthermore, the gig worker is the only one who has the power to decide for whom, when, and where they will work. Thus, the legal protections available to employees, such as overtime and unemployment insurance, are not suitable for them (Harris & Krueger, 2015).

Some of the literature has argued that the existence of labour principles such as the principle of primacy of reality, which has been adopted by some judicial decisions to apply the labour statute to gig workers, is not enough to defend the employment status of any provision of services whose qualification is doubtful or controversial. The latter is because it implies an *ex-post* revaluation of the contractual will of the parties —based on factual elements through the behaviours of the parties— in the qualification of the contract as an employment contract, generating an expansive tendency of labour law and imposing a uniform and centralised form of the latter (Mercader, 2018). Besides, applying the expansive scope of labour law to satisfy the expectations of an excessively large and heterogeneous group can lead precisely to a reduction in its effectiveness. To apply the same level of protection to everyone would result in much less than what workers who are really in need of protection might require (Davidov, 2017).

1.3. A new perspective: The employer's functional approach

The novel approach regarding the figure of the employer in triangular relationships can be applied to the current discussion concerning how we interpret the new tripartite structure of the employment relationship that digital platforms created with the disintegration of the traditional vertical structure of control and the blurring of the employer figure⁸. Jeremías Prassl proposes that the

discussion of the applicability of the scope of employment protection in the UK should move from the different judicial tests —the control test— which is focused on the figure of the employee analysis of the functional figure of the employer.

According to this new literature, the unitary concept of the employer as the *locus of control* does not sit easily with the different distributional models of employer that in practice are developed, and where there can be multiple figures that have the potential to fulfil an employer function – like Uber- and others that exercise some of them – like the customer or even the same driver– and which in the end falls outside the narrow unitary paradigm of the employer, leaving individuals without access to the protective employment norms – like precisely the drivers (Prassl, 2015).

Prassl suggests there is nothing inherent in the judicial tests that work only with the unitary concept of the employer as a singular party in the contract of employment. Thus, it is necessary to create a functional concept⁹ of an employer capable of defining the party or parties performing the functions of an employer, being that concept is resistant to time and the rapid changes that the market brings about in labour relations. In Prassl's perspective, no one of the employer's functions is determinative in and of itself. Instead, it is the ensemble of them. Each of the functions covers the necessary facets to create, maintain and commercially exploit the employment relationships, and that coming together, they make the legal concept of employing workers or acting as an employer (Prassl, 2015, p. 32).

Even though the perspective of the functional figure of the employer was developed regarding employment relations in triangular structures in the UK, like agency

⁸ The author explains his approach of the multi-entity employer function in relation with temporary agency works and private equity where it becomes clear that in practice these functions are shared between different entities, which makes it clear that the challenge of applying the current concept of a single employer (Fenwick, 2016).

⁹ The author identifies five essential functions of the employer: (i) initiates and terminates the employment contract; (ii) is the depository of the work performed and its fruits; (iii) provides the tasks and the remuneration; (iv) coordinates and controls the factors of production; (v) manages the company's commercial activity.

workers, it could bring an overall new perspective to the current discussion of the employment status of the “Gig Workers.” The latter because the *locus of control* is precisely blurred in the employment relations with digital platforms as they relocate many traditional functions of the employer to the “Gig Worker” like managerial coordination and risk (Deakin & Wilkinson, 2005).

In that sense, the flexibilization of the rule of law in the application of the judicial test by switching to the functional approach of the employer may help to avoid the assumption of homogeneity where the employer must always be the same, substantively identical, singular entity across a unified body of employment law which is precisely the problem that nowadays digital platforms present (Prassl, 2015, p. 189). However, by applying this new approach digital platforms do not gather all the functions of the employer, which demonstrate precisely that this new employment relationships do not fall within the binary relation of the employer and employee, and that they are something different which need a special regulation.

The latter because on the one hand, an overly formalistic structure – like the unitary concept of employer- allows digital platforms to avoid applying norms that provide protection to “Gig Workers” by

creating employment relations that lack elements that the unitary concept seeks. On the other hand, the employer’s unitary and formalistic structure is being applied by the tribunals in an absolute manner in the classification of “Gig Workers”, without being present all the employer’s functions in the digital platform. Consequently, it imposes a homogeneity concept of the employment relationship to a specific economic, organizational model that does not match the reality of the market-driven structural changes in employment relations.

In that sense, coupled with a specific regulation for digital platform workers and using the functional approach, the real employer may be formally and substantially identified to protect the “Gig Worker effectively”. Formally, it will identify the employer via the exercise of one or a combination of the five functions that Prassls identify as proper of the employee, and substantially, as the socio-economic consequences of adopting that combination of entities as the one best placed to perform the risk/control trade-off in the employment relation. Thus, obligations will be imposed on the entity that takes the actions employment law seeks to regulate, bearing each entity the obligations attached to the exercise of relevant employer functions as required in that layer regardless the formal structure shaping the employment relationship (Prassl, 2015, pp. 213–220).

2. UK Court and Tribunal Case Law

The UK has adopted a flexible concept of subordination and dependence focused on the economic dependence and control of the gig worker, adapting the *purposive approach* of the statute to the new employment relations that digital platforms have created.

2.1. Uber B.V. v Aslam

The critical issue in this case was whether, for the

statutory definition, the drivers were to be regarded as working under contract with Uber London whereby they undertook to perform services for Uber London, or whether, as Uber contended, they were to be regarded as performing services solely for and under contracts made with passengers through the agency of Uber London. Firstly, the Employment Tribunals ruled that the drivers were not employees because the drivers were not under any obligation to switch on the app, there were

no prohibitions against “dormant” drivers, and while the app was switched off there could be no question of any contractual obligation to provide driving services. Therefore, the discussion focused on the figure of limb (b) workers under s.230 (3) (b) of the Employment Right Act of 1996.¹⁰

The Employment Tribunal (ET) decided that Uber did not sell software; instead, it sold rides,¹¹ and the drivers simply provided the skilled labour through which the organisation delivered its services and earned its profits; “Uber runs a transportation business. The drivers provide the skilled labour through which the organisation delivers its services and earns its profits”.¹²

It was considered unrealistic to treat Uber drivers as performing their services *for*, and *under*, a contract with the passengers rather than *for*, and *under* a contract with Uber. Henceforth, the ET identified a dependency from an economic perspective because Uber recruited and retained the drivers, who were an integral component of the organisation as they enabled it to operate its transportation business. Secondly, the economic perspective was also applied to identify the drivers’ dependence; the ET remarked that the drivers were economically dependent on Uber because they could not run and grow a business on their own, unless *grow* supposed spending more hours driving. Furthermore, drivers did not offer a range of products, sell transportation services, or subscribe to any agreement with the passengers.

Thirdly, in order to identify the subordination element, the ET highlighted that the worker status of the drivers also derived from the control rights that Uber retained and exerted regarding the way the work must be carried out, and that the agreement between Uber and the drivers was not just simply the conditions of the licence to use the app. Henceforth, the subordination of the drivers to

Uber can be seen in the different stages in the process of carrying passengers. Furthermore, the ET pointed out that although the drivers were expressly authorised to provide services to other digital platforms, the reality was that Uber held most of the market in London, making it impossible for the drivers to make themselves available to other operators. Consequently, they were at Uber’s disposal.

For the ET, drivers fell on the “limb workers” side of the line because they were economically dependent and an integral part of Uber’s business, and because of the control that the latter exerted. As such, when (i) the app was switched on, (ii) the driver was in the territory where they were licenced, and (iii) when the driver was ready and willing to accept trips, they should be considered as workers. To arrive at this conclusion, the ET recognised these subordination and dependency elements by use of the dominant purpose test; this allowed them to identify the essential nature of the contract according to the way the relationship had developed.

To achieve the above, the ET used the *purposive approach settled* by Lord Clarke in *Autoclenz v Belcher and Others [2011] ICR 1157 SC*. The latter set out that, when deciding whether the terms of any written agreement in truth represent what was agreed, it will often have to be gleaned from all the circumstances of the case, of which the written agreement is only a part, and that the parties’ relative bargaining power must be taken into account. Henceforth, the ET considered that the written documents had been established in order to deny any kind of employment relationship, and they did not correspond with the true reality of the relationship, and that an unequal bargaining power was present in this case, which was clearly demonstrated by Uber’s dense legal documents created by armies of lawyers¹³ and imposed on the drivers, misrepresenting the true

¹⁰ For the details in regard to this figure see the Appendices.

¹¹ The ET directly referred to the decision of the North Carolina District Court in the case of *O’Connor v Uber Technologies Inc.* at para 10.

¹² In para 92 of the ET’s decision.

¹³ Expression adopted by the ET accordingly with Elias J in the EAT in *Consistent Group Ltd V Kalwak [2017] IRLR 560*.

rights and obligations of both sides. Consequently, the ET considered that they were able to disregard them. The Employment Appeal Tribunal and the Court of Appeal dismissed Uber's appeal under very similar grounds to the ET.

In this sense, the Court of Appeal in the paragraph 96 of the decision confirms the thirteen considerations – below– that the ET's decision that led it to the conclusion that Uber drivers were limb (b) workers under the s. 230 (b) (3) of the ERA 1996:

(1) The contradiction in the Rider Terms between the fact that ULL purports to be the driver's agent and its assertion of "sole and absolute discretion" to accept or decline bookings.

(2) The fact that Uber interviews and recruits drivers

(3) The fact that Uber controls the key information (in particular the passenger's surname, contact details and intended destination) and excludes the driver from it.

(4) The fact that Uber requires drivers to accept trips and/or not to cancel trips, and enforces the requirement by logging off drivers who breach those requirements.

(5) The fact that Uber sets the (default) route and the driver departs from it at his peril.

(6) The fact that UBV fixes the fare and the driver cannot agree a higher sum with the passenger. (The supposed freedom to agree a lower fare is obviously nugatory)

(7) The fact that Uber imposes numerous conditions on drivers (such as the limited choice of acceptable vehicles) instructs drivers on how to do their work, and in numerous ways, controls them in the performance of their duties.

(8) The fact that Uber subjects drivers through the rating system to what amounts to a performance management/disciplinary procedure.

(9) The fact that Uber determines issues about rebates, sometimes without even involving the driver whose remuneration is liable to be affected.

(10) The guaranteed earning schemes (albeit now discontinued).

(11) The fact that Uber accepts the risk of loss which, if the drivers were genuinely in business on their own account, would fall upon them.

(12) The fact that Uber handles complaints by passengers, including complaints about the driver.

(13) The fact that Uber reserves the power to amend the driver's terms unilaterally.

However, Lord Justice Underhill in the Court of Appeal (CA) presented a dissenting judgment. He considered that the relationship argued by Uber, where the contract was between the driver and the passenger, was neither unrealistic nor fake. On the contrary, it was in accordance with the recognised model of the private hire car business. Uber did not impose false characterisation, and if the conditions were disadvantageous, protection against abuse of inequality of bargaining power was the role of legislation, and it did not permit the re-writing of agreements. Therefore, LJ Underhill disregarded the interpretation of the subordination and dependence mentioned above to change the nature of the agreement.

Regarding *Autoclenz's purposive approach*, LJ Underhill stated that there were no sham clauses, and that the Court's intervention in the interpretation of the contract should not have proceeded, as it did not have free rein to disregard the agreements. Drivers were bound by the terms of the agreement they signed even if they did not read them, because the written contractual terms were consistent with the way the parties worked in practice – albeit unfairly disadvantageous.

It is interesting that LJ Underhill disregarded the argument of the vulnerability of the drivers used by the CA when re-interpreting the contract. He highlighted

that even though the paperwork and the language of the agreement was complicated, it effectively reflected what the parties performed. He disregarded the interpretation of dependency from the economic perspective, where Uber's actual business was transportation services rather than just booking. LJ Underhill considered that the actual obligation of Uber was to provide transportation services through a booking service, and that the CA had not analysed this true nature of the obligation.

Regarding the control that Uber exerted and retained, LJ Underhill argued that it could not be regarded as an actual feature of the relationship between Uber, the drivers, and the passengers. On the contrary, the Uber system was no different from minicabs or taxi services, and their drivers were not regarded as workers. He argued mainly that Uber was an intermediary and had an interest in maintaining the quality of the product, and the fact that it provided guidance and required a minimum level of documentation before accepting drivers did not demonstrate that they were under a contract of employment with Uber. He recognised that there could be a contract between the passengers and the drivers, so the exception of the s.230 (b) (3) applied, and the only way that agreement could be disregarded was if it did not match the reality, which was not the case. The fact that passengers may have assumed that they were dealing directly with Uber rather than with the driver did not necessarily mean that this was true.¹⁴

As to the last point, LJ Underhill made a remarkable analysis where he recognised that drivers may have been economically dependent on Uber and ruling that they were not workers did not reject that fact. Henceforth, if the current legislation did not go far enough to provide protection, the solution was to amend it and not to lean on the limited tools that judges had for dealing with limited statutory definitions that did not fit with new business and employment relationships. The purposive approach set out in *Autoclenz*, he stated, could not be treated as a tool to rewrite any disadvantageous contractual provision that

resulted from the disparity of bargaining power between (putative) employer and (putative) worker. In these cases, the problem was not that the written terms covered the true relationship, but instead that the relationship created by them was one that the law did not protect. Abuse of superior bargaining power by the imposition of unreasonable contractual terms is, of course, a classic area for legislative intervention, and not only in the employment field.

Finally, the Supreme Court (SC) confirmed the decision of the CA, based on mostly similar arguments. However, they incorporated an interesting element as they applied the *Autoclenz purposive approach* but grounded on a different perspective from the CA. In this sense, the SC argued that the question was not contractual – what was really agreed between the parties – but instead statutory – the claimants were those whom the legislation was designed to protect irrespective of what had been contractually agreed. Consequently, the SC made a further step towards the reinterpretation of the elements of subordination and dependence, moving beyond them and the way parties developed them in practice or in agreement, and attributed the legal status of “worker” to the drivers based on their vulnerability, which meant that they deserved the statutory protection.

The SC included economic dependence in their analysis because drivers' inability to market themselves meant that they were dependent on the platform, which exerted control. The latter increased this dependency, which derived from the economic, social, and psychological vulnerability of the worker, making them the target for which the statute protection was created. The SC also highlighted the economic dependence that the digital platform had regarding the drivers, as they were an integral part of the business; this was a crucial feature in classifying the drivers under s. 230 (3) (b).

The SC then went further, emphasising the purpose of the statute as to protect the contracting party

¹⁴ For more details about the comparison between taxicabs and Uber drivers made by LJ Underhill, see the Appendices.

in relationships where it was more vulnerable and dependent due to unequal bargaining power. As the SC stated, “the primary question was one of statutory interpretation, not contractual interpretation”.¹⁵ Therefore, the agreements needed to be analysed not only as they had been put into practice but also considering the purpose of the legislation, which was precisely to protect workers in vulnerable situations. The SC determined that the elements that defined a worker’s vulnerability lay in the subordination and dependence regarding the work performed and the employer’s control over the work performed by the worker. The greater the extent of such control, the stronger the case for classifying an individual as a “worker” employed under a “worker’s contract”.

Faced with the absence of the classic elements of subordination and dependence within digital platforms,¹⁶ the SC made a move to distinguish between workers and independent workers. This was because it was the control exercised by digital platforms due to bargaining inequality that gave rise to worker vulnerability and thus generated subordination and dependence. Hence, control was not evidence of the structural existence of subordination and dependence but instead its source. Consequently, the source of vulnerability reflected a social structure in respect of which the legal status would be called upon to protect, and not because of the nature of the legal relationship between the parties. In seeking a “worker”, the SC was looking for someone vulnerable to the harms of unequal bargaining.

This new perspective of the SC on the source of subordination and dependency has left the door open to contradictions. Can it be the case that a person is financially dependent but not vulnerable?¹⁷ “[A] small business may be genuinely an independent business but be completely dependent upon and subordinate to

the demands of a key customer”,¹⁸ so according to the Supreme Court’s criteria, would it then be vulnerable? Which part of the statute should be applied? Would it cease to be an independent worker? This new flexible and expansive interpretation of the concept of subordination and dependence, while seeking to broaden the scope of protection of legal status, risks fragmenting the concept of “worker”.

The wording of the SC in *Bates van Winkelhof* reflects the present criticism of the flexible and expansive interpretation of the concept of subordination and dependence to suit the worker status to the drivers: “There can be no substitute for applying the words of the statute to the facts of the individual case. There will be cases where that is not easy to do. But in my view they are not solved by adding some mystery ingredient of ‘subordination’ to the concept of employee and worker”.

LJ Underhill and his dissenting opinion reflect this contradiction, which originated from extending the concept of subordination and dependence to the vulnerability arising from the bargaining inequality. At the same time, this has become the key that allows judges to reinterpret the contracts validly agreed between parties, which effectively reflect the reality of the way they are exercised in practice. The contracts correspond with reality but have created a relationship that is simply not contemplated in the legal statute. Henceforth, the effect is the homogenising of a system of employment that does not correspond to the reality of new legal relationships, leaving the Courts with tools that are not suitable for effective protection of drivers.

Continuing to attend to reinterpretations of labour law elements that were conceived for different counterfactual structures than those currently in question will simply

¹⁵ Para 69.

¹⁶ This is because drivers can choose how, when, for how long, and where to provide services.

¹⁷ For example, in *Bates*, where the appellant was a Senior Equity Partner, we could say that there was no difference in bargaining power, which would give rise to vulnerability, but at the same time she was economically dependent on the law firm by not being able to market herself as a solicitor to others and she was an integral part of their business.

¹⁸ *Jivraj v Haswani* [2011].

dilute the protective effect of labour law. As Lord Justice Underhill pointed out, if legal protection does not go far enough, the solution is to amend it.

2.2. Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v RooFoods Limited T/A Deliveroo

Part of the issue was whether the riders fell within the concept of “worker” under s.296 TURLCA // s. 230 (b) (3) of the ERA 1996. The Central Arbitration Committee (CAC) decided that they did not qualify as such. The central argument was that the riders were free to substitute for each other at will when providing food delivery services. Henceforth, it could not be said that the riders personally undertook the carrying out of any work or services for another party exactly as the definition of the statute required.

However, according to the criteria presented by the Supreme Court for Uber, to be classified as a worker, a person must be in a position of vulnerability – due to unequal bargaining power – which will result in economic dependence and therefore cause subordination and dependence. If we look at the Deliveroo case through these lenses, do its riders count as those who the statute is meant to protect?

The CAC ruling expressly acknowledged that the terms of all contracts with riders had been issued at a point in time by Deliveroo and were set by Deliveroo, and that there was no scope for individual negotiation. Riders were obliged to sign the contract if they wished to become a Deliveroo rider. In this sense, under the lens of the SC interpretation of subordination and dependence, we could say that the source of vulnerability – unequal bargaining power – and therefore dependence of riders should be expressed in a similar way as in the Uber case.¹⁹

However, since riders were expressly authorised to use substitutes and in practice some riders did make use of them – although only a very small proportion – this excluded them from the definition of “worker”, since they were not assuming an obligation to carry out the agreed work personally. Now, if we apply the purposive approach established in *Autoclenz*, the reality of the case was that only a minority of riders used substitutes, and if they did, they used the username and password of the incumbent rider, so can we say that it was really a substitute for these purposes? Where, then, lie the boundaries of a right to substitute consistent with personal performance?

The *Pimlico Plumbers*²⁰ case is the precedent for this question. In this case, it was decided that the plumbers fell under the concept of limb (b) workers, and the Court considered that the dominant feature of the plumbers' contracts with Pimlico was an obligation of personal performance. The extent to which there was a facility to appoint a substitute was the product of a contractual right, with the significant limitation that the substitute should be another Pimlico operative. As such, if Deliveroo riders were authorised to use substitutes, but they had to use the user details of the incumbent rider, could we not then draw a similarity with *Pimlico*? Deliveroo was surely limiting the use of substitutes by only authorising their use if they delivered through the original rider's app. On the other hand, according to the ruling itself, witnesses testified, and the CAC acknowledged that it was not commonly used, so if we apply the purposive approach, would the prevailing view not be that rider substitution did not occur in practice? Furthermore, applying the Supreme Court's purposive approach in Uber, riders remain vulnerable and under the control of Deliveroo, so are they not the object of protection of the statute? The latter demonstrates that the current legal tools are not enough to regulate and protect a legal – or employment- relationship that has not been considered within the traditional boundaries.

¹⁹ I.e., limited information available to the driver at the point of acceptance, lack of rider control over key terms, control of the route from digital platforms, payment arrangements, recruitment and training, and disciplinary actions such as logging the rider out if they do not make a journey within three months.

²⁰ *Pimlico Plumbers Ltd & Anor v Smith* [2017] EWCA Civ 51.

The ruling stated that riders were expressly authorised to provide services for other competing companies. However, this was not a common practice due to the practical difficulties involved. Nevertheless, the ruling of the CAC did not elaborate on this element, unlike in the Uber case. Both the ET and the CA in Uber stated that although Uber drivers were not prohibited from registering with other platforms, the drivers were still available to Uber because they could not make themselves available to any other PHV operator. Otherwise, if it was indeed the case that drivers could also remain at the disposal of other PHV operators when waiting for a ride, the same analysis would not apply because they would not have been under the disposal and thus the exclusive control of Uber.

However, if we follow *Autoclenz*'s interpretative line used by the CAC to determine that riders were free to use substitutes, even if there were only a few of them, why then could such a criterion not be used in the Uber case to determine that drivers were not under the disposition of Uber if they were entitled to be registered on other platforms simultaneously? The statement set out by LJ Smith, approved, and endorsed in *Autoclenz*, may

reflect the latter: "(...) But the mere fact that the parties conducted themselves in a particular way does not of itself mean that the conduct accurately reflects the legal rights and obligations. For example, there could well be a legal right to provide a substitute worker and the fact that that right was never exercised in practice does not mean that it was not a genuine right".

The latter may be debatable and vary from case to case. However, it illustrates the point of this paper: that gig workers do not have the traditional characteristics of subordination and dependence or even of workers, even if they are more subtle than employees. The flexible and broad interpretation that judges can make regarding the elements providing gig workers with statutory protection is insufficient. Digital platforms may create other contractual alternatives in such a way as to escape the previous criteria established by the Court on a case-by-case basis, and those who share the same basis of vulnerability will see their right to be protected by the statute diminished because of the absence of a legal figure that would effectively regulate the new relations created by digital platforms.

3. Conclusion

According to the analysis of the case law in the UK, as well as the literature in general regarding the category of digital platform workers, we find dissimilar positions, but they all fall under the same dilemma. What do we understand by subordination and dependence as the elements that identify traditional employees?

Traditionally, the control element and its expressions such as power of command, direction, and disciplinary power, has been one of the most important factors in terms of drawing a distinction between the subordination or independence of the employee. In addition to control,

other elements have been added to the distinction such as the mutuality of obligation, the worker's alienation from the results of the work, economic dependency, and the obligation to perform the work personally to adjust the traditional binary relationship to the emerging realities of work structures. However, many of these factors make the classification of gig workers' employee status problematic, as the inherent characteristics of their work such as the fragmentation of the figure of the employer, the casual nature of gigs, and the independence of the drivers are not coherent with the traditional contract of employment (Mason, 2020).

Nevertheless, the UK, through the purposive approach of the labour statute, have adopted a flexible concept of subordination and dependence based on the social category of vulnerability of the worker to declare gig workers as limb (b) workers. The latter coincides with the section of the literature concerning the argument that labour law exists to protect the economically weaker party and any worker with an objectively weak bargaining position regardless of the way the work is executed, whether under dependency or autonomy (Todolí-Signes, 2017). Consequently, employment contracts have been applied in the UK to “workers” working in a socio-economic context like that of “employees”, regardless of any subordination as presented by traditional employment relations.

It is striking that the UK, by having a third category of workers – limb (b) workers – rules out the notion that Uber’s gig workers could be employees. It is indirectly recognised that this new form of work cannot be considered in the same way as that existing between an employer and a traditional worker, as there is simply no obligation to remain at the disposal of the employer in the same way; it is the gig worker who decides whether, when, and for how long to provide services. It is interesting that the concept of subordination and dependence as an element that defines the employment relationship of a dependent worker or employee is similar, since it implies being at the complete disposal of the employer under the requirement of continuous employment to carry out work personally, and therefore the Uber drivers do not fall under that category.

However, while it is true that a gig worker can develop an economic dependence on a platform, this cannot define the overall concept of gig workers, as the way in which those relations have been created in the Uber economy is occasional and intermittent. This is precisely what attracts these workers, who prefer to trade the stability of a traditional employment relationship for the flexibility and independence that digital platforms offer.

The vulnerable situation of these workers and their need for protection cannot be denied. In this sense,

the UK Supreme Court’s position regarding vulnerability because of a social or class structure and thus the origin of dependence and subordination, and LJ Underhill’s dissenting opinion that subordination and dependence reflects the structure of the agreement made by the parties, can be reconciled. Drivers are in a position where they have less bargaining power with respect to the digital platform and this can put them in a vulnerable position, regardless of whether the contract they have entered is valid and in accordance with the way they have handled it in practice. As such, the call for regulate these relationships is justified, but it should be done in a nouvelle manner where the will of the parties to maintain the proper flexibility and independence of the digital platforms services is guaranteed, and provides legal protection in order to avoid the precarisation of this new employment system, especially in terms of social security and health and safety issues.

This confirms that the only way, currently, to consider gig workers as workers or employees is to reinterpret labour relations and redefine subordination and dependence to fit them into existing categories. However, this is not the best solution for effectively protecting gig workers’ rights, nor for encouraging the creation of new sources of work. The homogenisation of forms of work through the imposition of regulation relating to employees or limb (b) workers on gig workers could dilute the real effectiveness in the protection of those workers, remaining in practice a dead letter, as it would not efficiently adapt to the reality in which these workers provide services.

Resorting to the judicial reinterpretation of subordination and dependence to adjust these new forms of work to traditional canons implies maintaining an unclear status for gig workers. Contractual arrangements with other platforms may differ in significant respects to those considered in the cases that have already emerged; consequently, there is no certainty that they would be decided in the same way. In the Uber economy, those contractual arrangements are frequently transformed, so there is also the possibility that the case law that does emerge will be obsolete by the time it is decided, even if the same companies are involved (Mason, 2020, p. 335).

The above reasoning can be seen in the UK. Deliveroo riders would fall outside s.230(3)(b) because they can use replacements, but are they not equally vulnerable? Do they not have broadly the same job characteristics as Uber drivers? Are they not also in an unequal bargaining position with the platform? Are they not also economically dependent because of the way Deliveroo's business is structured?

The problem, then, is that there is indeed a situation of uncertainty that requires the intervention of the law, but current relation between the gig worker and the digital platform is causing a problem that neither the legal systems nor the courts have the tools to regulate, and this legal vacuum and uncertainty pose a risk to all forms of work that we know today. Most employment relationships, even those of a smaller economic dimension, can be restructured under the logic of "on-demand" digital markets, making them precarious. Digital platforms' business forms have created an economy unprepared to deal with these new forms of casual labour that are becoming legally relevant as they become visible through digital marketplaces (Rodríguez-Piñero, 2019).

Therefore, a form of regulation of the digital labour market that also considers a tax and social security

perspective is needed and must specifically target the new characteristics of these labour relations so that digital platforms can employ workers on decent yet flexible terms. It cannot be ignored that the independence and flexibility offered by these platforms are highly valued by gig workers and are the reason why they decide to adopt such a work structure despite the risks involved (Collins et al., 2019). The construction of a digital law to regulate these new forms of work is essential to deal with this new industrial revolution (Ermida Uriarte & Hernández, 2002)

On the other hand, part of the proposal of this paper is the creation of a new legal figure that would effectively guarantee the flexibility and independence that platforms offer but also ensure a level of legal protection adequate for these new forms of work, specifically in terms of social security and health and safety measures. However, creating a completely new labour category is politically risky and, if it is not properly developed according to the requirements of the new relations, there could be far-reaching and unintended consequences. If a third category is established, digital platforms may find a way to adapt and create different structures, and workers may lose rights if their employment status is downgraded to that category, as has happened in Italy with para subordinates (Cherry & Aloisi, 2018).

Appendices

Appendix 1: The rise of gig workers

In Germany, France, Spain, Sweden, the UK, and the US, around nine million people earn money by providing labour through platforms such as Deliveroo, TaskRabbit, or Uber (McKinsey & Company, 2016). Furthermore, the CIPD (2017) has stated that 4% of UK working adults aged between 18 and 70 are working in the gig economy, which means approximately 1.3 million people are

engaged in gig work (Willmot, 2017). In the US, according to a study by *Time* magazine, up to 2016 over 14 million people worked in the provision of services within the gig economy (Steinmetz, 2016). In Chile, according to the Boletín No. 13.496 de Comisión del Trabajo del Senado, in 2020 more than 300,000 people provided services through the system of digital platforms (Álvarez & Weidenslaufer, 2020).

Appendix 2: Data Collection UK

- a. Uber v Aslam case
Employment Tribunal
<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>
- b. Court of Appeal
<https://www.baillii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/2748.html>
Supreme Court
<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>
- c. RooFoods Limited T/A Deliveroo case
Central Arbitration Committee
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/663126/Acceptance_Decision.pdf
- d. Autoclenz Limited v Belcher and others case
https://moodle.lse.ac.uk/pluginfile.php/458583/mod_resource/content/2/Autoclenz%20v%20Belcher%20UKSC_2009_0198_Judgment%5B1%5D.pdf
- e. Pimlico Plumbers Ltd and others v Smith case
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0053-judgment.pdf>
- f. Bates Van Winkelhof v Clyde & Co LLP case
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0229-judgment.pdf>
- g. Good Work: The Taylor Review of Working Practices
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf
- h. Employment Right Act 1996
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>

Appendix 3: Current regulation of personal scope: Employment Right Act 1996 & Equality Act 2010

The UK employment law distinguishes between three types of subjects: those employed under a contract of employment; those self-employed people who are in business on their account and undertake work for their clients or customers; and an intermediate class of workers who are self-employed but who provide their services as part of a profession or business undertaking carried on by someone else. The latter is the one who has been defined as “worker” by section 230 (3)(b) of the Employment Rights Act 1996. Hence, the statutory definition of a “worker’s contract” – limb (b) worker – is focused on three elements: (i) a contract whereby an individual undertakes to perform work or services for the

other party; (ii) an undertaking to do the work or perform the services personally; and (iii) a requirement that the other party to the contract is not a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual. As Lady Hale in the Supreme Court explained in *Bates van Winkelhof v Clyde & Co LLP [2014]*, limb workers are self-employed people who provide their services as part of a profession or business undertaking carried by someone else.²¹

According with Mr. Recorder Underhill QC²² in the EAT case *Byrne Brothers LTD v Baird & Others [2002]* ICR 667²³ the reason behind the existence of the figure of the limb worker is the extension of benefits of protection to workers who substantively and economically are in the exact need of protection as employees. The latter,

²¹ Para 24-25.

²² As he then was.

²³ Judgment para 17.

because they cannot be regarded as carrying on a business, and because workers are in a dependent and subordinate relationship position in regard with the employer but failed to reach the mark necessary to qualify for the protection as employees.

Now, from the perspective of the development of employment rights in the “Uber Economy”, it can be said that the extension of the limb (b) worker into the

Appendix 4: LJ Underhill comparison between taxi cabs and Uber

The more detailed arguments are the following: (i) The limited information that the drivers have in regard with the passenger and the destination is not relevant neither different from the street taxis services or minicabs. The drivers business is to drive passengers whoever they are and wherever they wanted to go, without it being relevant to know the destination once they accept the journey, (ii) The driver's lack of control over the key terms like fares or the route is not inconsistent with the latter contracting directly with the passenger and cannot make any fundamental difference. Even more, taxis and minicabs services are currently using apps to set the route and the fares nonetheless they contract as principals, (iii) The fact that Uber collects that fare does not deny that the debt is owed to the driver even though the passenger pays to Uber directly, and this system is not unusual for minicabs operators and booking services for taxis, (iv) The fact that there are conditions to drivers like how to behave in front of passengers or even the ranking system is not

on-demand economy has been reinforced by the latest judicial decisions²⁴. In that sense, the fact that the work relations of those cases were considered under the limb (b) concept of worker of the ERA 1996 marks out limb (b) as unequivocally more extensive and therefore inclusive than limb (a)²⁵, seems to confirm that there is a less stringent requirement of mutual obligation for personal work contracts to be admitted under limb (b) than applies under limb (a) (Freedland & Prassl, 2017).

inconsistent with the drivers being independent from Uber and contracting with the passenger. (v) The fact that the passengers should provide with documentation is entirely neutral, (vi) Uber's essential relationship with the driver is to license them to use the App, so it is consistent with that to disincentive them to log in when in fact they are not available to take rides, (vii) The passenger is a customer of the driver so the exception of the s. 230 (3) (b) apply and they would never be responsible for any obligations of an employer under the legislation protecting workers. The contrary argument of the Court is wrong and there can be a contract between them, (viii) passengers contract with the driver and that only can be disregarded if it fails with the reality which is not case, and the fact that passengers may assume that they are dealing directly with Uber rather than with the driver does not necessarily mean that they are, (ix) The cases exposed by Uber confirm that there can be cases in which , on a proper legal analysis A can provide services to B's customers under contract with the latter notwithstanding that the services are integral to B's business.

²⁴ Uber v Aslam, Autoclenz v Belcher and Pimlico Plumbers Ltd v Smith.

²⁵ The employee.

Appendix 5: The Taylor Review's "Dependent Contractor"

All regulation in the UK directly refers to gig workers as a separate category or explicitly within the concept of "worker" under s. 230 (b) (3) ERA 1996. An independent report commissioned by the government entitled *Good Work: The Taylor Review of Working Practices* proposed more detailed legislation regarding the personal scope of employment protection to guide employers and tribunals in the classification of workers (Collins et al., 2019).

Regarding the atypical works that are being created, the Review proposed the creation of a new category of the worker as a "dependent contractor" where the focus should relay on the control exerted by the employer, with the legislation outlining what does it means in a modern labour market and not simply in terms of the supervision of day-to-day activities. It also proposed that to classify within the scope of those new "dependent contractors," the absence of a requirement to perform work personally should no longer be an automatic barrier to accessing basic employment rights.

Consequently, it proposed that within the new concept of dependent contractor, the Government should adapt the piece rates legislation to ensure to "Gig Workers"

enjoy maximum flexibility while also being able to earn the National Minimum Wage. If a change of this type were to result in a loss of the flexibility that so many platform workers desire, this would represent failure so it should be protected. As such, these changes must be accompanied by a new approach that supports genuine two-way flexibility enabled by digital platforms (Taylor Review, 2017, p. 36). Nevertheless, until this date no recommendations of the Review has been adopted in the legislation.

The Review reflects precisely that the figure of "Gig Workers" does not meet the requirements of subordination and dependence of a limb (b) worker in the case of the UK regulation, and that therefore it is the judicial interpretation of these concepts adapted to the new forms of work that is the only current tool that would allow them to be protected. However, the fact that the same current concept of subordination and dependence excludes the absence of personal services or the possibility of simultaneously providing services to more than one platform reflects the need for specific regulation for this type of employment relationship. The latter, since the current regulation is not in line with the reality of these relationships, although "Gig Workers" are indeed in a situation of vulnerability that labour law is called upon to protect.

References

- Aloisi, A. (2016). Commoditized workers: Case study research on labor law issues arising from set of on-demand/gig economy platforms. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37(3), 653–690.
- Álvarez, P. & Weidenslaufer, C. (2020). *Protección legal a trabajadores de plataformas digitales: Chile y derecho comparado*. https://Obtienearchivo.Bcn.Cl/Obtienearchivo?Id=repositorio/10221/29114/1/Plataformasdigitales._Chile_experiencia_comparada_2020.Pdf.
- Cherry, M. & Aloisi, A. (2018). A Critical Examination of a Third Employment Category for On-Demand Work. In Davidson, N., Finck, M. & Infranca, J. (Eds.). *Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy* (pp. 316–327). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108255882.024>
- Cockayne, D. G. (2016). Sharing and neoliberal discourse: The economic function of sharing in the digital on-demand economy. *Geoforum*, 77, 73–82. <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2016.10.005>

- Collins, H. (1990). Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10(3). Autumn. <https://www.jstor.org/stable/764346?seq=1&cid=pdf->
- Collins, H., Edwing, K. D. & McColgan, A. (2019). *Labour Law* (2.º ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Davidov, G. (2017). *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*. www.onlabor.org.
- de Stefano, V. (2016). The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37(3), 471–504.
- de Stefano, V. (2017). Labour is not a technology - Reasserting the declaration of Philadelphia in times of Platform-Work and Gig-Economy. *IUSLabor*, 2, 1–16.
- Deakin, S. & Wilkinson, F. (2005). *The Law of the Labour Market*. Oxford: Oxford University Press
- Duggan, J., Sherman, U., Carbery, R. & McDonnell, A. (2020). Algorithmic management and app-work in the gig economy: A research agenda for employment relations and HRM. *Human Resource Management Journal*, 30, 114–132. <https://doi.org/10.1111/1748-8583.12258>
- Ermida Uriarte, Ó. & Hernández, Ó. (2002). Critica a la subordinación, Parte I. *Revista Laboral Chilena*, 4.
- Escorsa, P. (2006). Las revoluciones tecnológicas vistas por Carlota Pérez. *El Ciervo: revista mensual de pensamiento y cultura*, (660), 19-21.
- Fenwick, C. (2016). The concept of the employer de Jeremias Prassl. *Revista Internacional del Trabajo*, 135(1), 175–178.
- Florisson, R. & Mandl, I. (2018). *Platform work: Types and implications for work and employment-Literature review Employment and working conditions of selected types of platform work*. www.eurofound.europa.eu
- Freedland, M. & Prassl, J. (2017). Employees, workers and the ‘sharing economy’ Changing practices and changing concepts in The United Kingdom. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, 6(1–2), 16. <https://doi.org/10.20318/sllerj.2017.3922>
- Harris, S. D. & Krueger, A. B. (2015, December). *Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”*. (Hamilton Project, Discussion Paper 2015-10). https://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf.
- Koutsimpogiorgos, N., van Slageren, J., Herrmann, A. M. & Frenken, K. (2020). Conceptualizing the Gig Economy and Its Regulatory Problems. *Policy and Internet*, 12(4), 525–545. <https://doi.org/10.1002/poi3.237>
- Lanata Fuenzalida, G. (2009). *Contrato Individual de Trabajo* (3.a Ed.). Santiago: Legal Publishing Chile.
- Mason, L. (2020). Locating unity in the fragmented platform economy: Labor law and the platform economy in the United Kingdom. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 41(2), 329–342.
- McKinsey & Company. (2016). *Independent Work: Choice, Necessity and the Gig Economy*. San Francisco, California: McKinsey Global Institute.
- Mercader U., J. (2018). La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. In Todolí Signes A. - Hernández-Bejarano, M. (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* (pp. 155–176). Cizur Menor: Aranzadi-Thompson Reuters.
- Muñoz, B. (2018). Uber, la subordinación y las fronteras del derecho del trabajo. Algunas ideas para delimitar. *Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*, 9(17), 13–40.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo* (3.º ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Plaza A., J. J., Patiño R., D. & Gómez-Álvarez D., R. (2018). Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico. In Todolí Signes A. - Hernández-Bejarano, M. (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: Innovación, Derecho y Mercado* (pp. 37–62). Cizur Menor: Aranzadi-Thompson Reuters.
- Prassl, J. (2015). *The concept of the employer*. Oxford: Oxford University Press.
- Prassl, J. (2018). *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*. Oxford: Oxford University Press.

- Prassl, J. & Risak, M. (2016). Uber, Taskrabbit, and co.: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37(3), 619–652.
- Rodríguez-Piñero, M. (2019). Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 28, 3–16.
- Rosenblat, A. & Stark, L. (2016). Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers. *International Journal of Communication*, 10. <http://ijoc.org>.
- Sánchez, J. M. (2018). La Uber economy y el fenómeno de la economía colaborativa: el mundo del trabajo en disputa. In Todolí Signes A. - Hernández-Bejarano, M. (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* (pp. 69–104). Cizur Menor: Aranzadi-Thompson Reuters.
- Steinmetz, K. (2016, January 6). Exclusive: See How Big the Gig Economy Really Is. <Http://Time.Com/4169532/Sharing-Economy-Poll/>.
- Taylor, M. (2017). *Good Work. The Taylor Review of Modern Working Practices*. <https://www.gov.uk/government/publications/good-work-the-taylor-review-of-modern-working-practices>
- Thayer Arteaga, W. & Novoa Fuenzalida, P. (2016). *Manual del Derecho del Trabajo*. Vol. 1 (6ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Todolí-Signes, A. (2017). *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*. <https://es.linkedin.com/in/>
- Todolí-Signes, A. (2018). Prólogo. In Aranzandi (Ed.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. In Todolí Signes A. - Hernández-Bejarano, M. (dirs.), (pp. 27–34). Cizur Menor: Aranzadi-Thompson Reuters.
- van Doorn, N. (2017). Platform labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income service work in the 'on-demand' economy. *Information Communication and Society*, 20(6), 898–914. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2017.1294194>
- Willmot, B. (2017, April 3). *The Growing Gig Economy*. <Https://Www.Cipd.Co.Uk/News-Views/Cipd-Voice/Issue-9/Growing-Gig-Economy>.
- Zekic, N. (2019, July). *Contradictory court rulings on the status of Deliveroo workers in the Netherlands*. Https://Www.Researchgate.Net/Publication/334304398_Contradictory_court_rulings_on_the_status_of_Deliveroo_workers_in_the_Netherlands.

**María
Karina
Guggiana
Varela***

mkguggiana@miuandes.cl

Recibido: 07.03.22

Aceptado: 09.11.22

Algunas críticas al procedimiento judicial de constitución de servidumbres mineras, en particular respecto de la servidumbre minera provisoria y los efectos procesales nocivos de una expresión de tutela jurisdiccional anticipada

Some criticisms of the judicial procedure for the constitution of mining easements, particularly regarding the provisional mining easement and the harmful procedural effects of an expression of anticipated jurisdictional protection

Resumen: Dentro del marco de la constitución en Chile de servidumbres legales mineras en sede judicial, se pueden verificar un sinnúmero de situaciones que podrían catalogarse como vulneradoras del principio contradictorio del proceso. Dicha cuestión reviste cierta complejidad al imponerse el gravamen pretendido por el titular del predio dominante, ya desde una etapa procesal temprana, sin la debida ponderación de los antecedentes que permitan determinar el *quantum respondeatur*, respecto del cual, el propietario de la finca sirviente tiene derecho a percibir por concepto de indemnización. Además, se pueden suscitar otras problemáticas durante la tramitación del juicio en cuestión, que pudieran también vincularse a una deficiente *praxis* procesal de lo que se ha denominado por la doctrina como tutela jurisdiccional anticipada.

Palabras clave: servidumbre legal minera; tutela jurisdiccional anticipada.

Abstract: Within the framework of the constitution in Chile of legal mining easements in court, a number of situations can be verified that could be classified as violating the contradictory principle of the process. Said question is some complexity since the lien intended by the owner of the dominant estate was imposed, from an early procedural stage, without due consideration of the background information that would allow determining the *quantum respondeatur*, in respect of which the owner of the servient estate is entitled to receive compensation. In addition to that indicated, other problems can arise can be verified during the processing of the trial in question, which could also be linked to a deficient procedural *praxis* of the judge who hears the litigation in the exercise of what has been called by the doctrine anticipated jurisdictional protection.

Keywords: legal mining easements; anticipated jurisdictional protection.

* Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas (Universidad de Atacama, Chile); Licenciada en Gestión Ambiental (Universidad Católica del Norte, Chile); Diplomado de especialización en implementación de proyectos de inversión minera en tierras y territorios indígenas (Universidad Central, Chile); Diplomado en Derecho Ambiental (Universidad de los Andes, Chile); Diplomado en Responsabilidad Civil (Universidad de los Andes, Chile); Máster en planes de cierre de faenas e instalaciones mineras (Escuela Europea de Negocios); Magíster en Derecho de Minería (Universidad de Atacama, Chile), Magíster en Investigación Jurídica (Universidad de los Andes, Chile); Candidata a Doctor en Derecho (Universidad de los Andes, Chile).

A través del presente ensayo se pretende graficar cómo el otorgamiento de una servidumbre minera provisoria, en el marco de la constitución de servidumbres legales mineras en sede judicial, pudiera resultar atentatorio a los intereses del titular del predio sirviente desde un punto de vista procesal y cómo ello influiría en el derecho al resarcimiento que le cabe en calidad de tal.

En lo sucesivo, se efectuará un repaso a la institución de la servidumbre minera provisoria, su naturaleza jurídica, abordando cuáles serían los injustos procesales asociados a la constitución de dicho gravamen conforme se consigna en el artículo 125 del Código de Minería

chileno (CM).

Para arribar a las conclusiones propuestas, se efectuará una investigación descriptiva del estado del arte actual, identificando los hallazgos problemáticos en que centraremos nuestra investigación. Si bien se trata de una investigación puramente teórica, más bien vinculada a lo abstracto de la materia en estudio, el trabajo propuesto buscará ser reforzado con la realización de un estudio empírico (a través de análisis de contenido), vinculado al estudio de fallos dictados por los tribunales ordinarios de justicia en orden a la materia¹.

1. Cuestiones preliminares

1.1. Acerca de la servidumbre minera provisoria

Para que un proyecto minero pueda ejecutarse se requiere la concesión minera de exploración o explotación, la resolución de calificación ambiental respectiva —si procediere—, la tramitación de los permisos sectoriales y ambientales sectoriales tramitados ante los órganos de la administración del Estado, como, además, la constitución de servidumbres legales mineras que gravarán los predios superficiales que facilitarán la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras².

Las servidumbres legales mineras pueden definirse como los gravámenes que se constituyen en virtud de ley sobre un predio superficial en utilidad de una concesión minera, de un establecimiento de beneficio o del ejercicio de la facultad de catar y cavar, o sobre una concesión minera en utilidad de otra o de un establecimiento de beneficio. En cualquier caso, el predio sirviente y dominante deben ser de distintos dueños (Ossa, 1989, p.191).

¹ Cabe precisar que las sentencias que se expondrán son solo de primera instancia, ya que por expresa disposición del artículo 235 del CM, las resoluciones que se dicten durante la consecución del proceso serán inapelables, siendo una de ellas la que otorga la servidumbre minera provisoria. Asimismo, los casos expuestos corresponden en gran parte a la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia de la Región de Atacama, lugar donde la autora ha centrado su investigación, con el afán de demostrar cómo dichos tribunales —concedores de la ley minera por la actividad económica prevalente del lugar en que se encuentran— poseen criterios equidistantes a la hora de otorgar la servidumbre minera provisoria.

² A este respecto, Vergara (2018, p. 297) sostiene que la servidumbre legal minera es un accesorio esencial para que el titular de una concesión minera, en su momento, pueda ingresar a un terreno ajeno a extraer los minerales o a realizar obras anexas a la explotación minera, y su regulación es una base esencial de la seguridad de la industria. La constitución del gravamen en cuestión no puede, por sí y ante sí, permitir actividad minera alguna sin antes haberse obtenido las autorizaciones ambientales y sectoriales pertinentes. Sin embargo, de no mediar la constitución de la servidumbre legal minera, resultará imposible tramitar las autorizaciones ambientales y sectoriales necesarias para la ejecución de un proyecto minero.

En el contexto de constitución de este gravamen en sede judicial es que aparece la denominada “servidumbre minera provisoria” o también llamada “desde luego”, la que sustenta sus bases en el artículo 125 del CM, el que señala que mientras se tramita el juicio de constitución de servidumbres legales mineras, el juez podrá autorizar al solicitante³ para hacer uso, *desde luego*⁴, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado.

La llamativa expresión “desde luego” que utiliza el artículo señalado deberá ser necesariamente interpretada en virtud de la intención o espíritu manifestado en la historia fidedigna del establecimiento del CM. Es así como en las Actas de la Comisión se señala que respecto al artículo 125:

La Comisión sugiere aprobarlo en los mismos términos del texto del Ejecutivo, dejando constancia de que entiende que la expresión ‘desde luego’ del artículo significa que el juez, con el mérito de los antecedentes, podría decretar de plano la autorización de que se trata, pero, exigiendo, en todo caso, caución, que podrá enterarse con posterioridad⁵.

Para el otorgamiento de la referida servidumbre minera anticipada, se exige *solo rendir una caución* por parte del demandante titular del predio dominante, cuyo monto es fijado por el tribunal, habitualmente, al proveerse la demanda y en cantidades nulas⁶ o irrisorias⁷, ya que la evaluación de dicha garantía, normalmente no se aviene con la indemnización que realmente —*ipsa res iusta*— debiera otorgarse en relación al efectivo daño que sufrirá el predio sirviente con la actividad minera pretendida por el actor en su acción.

⁴ El artículo en comento tiene su origen en el proyecto del CM de 1930, el que señalaba: “Mientras se tramite el juicio respectivo, el Juez podrá autorizar al minero para hacer uso, desde luego, de las servidumbres y derechos solicitados en su demanda, siempre que rinda caución suficiente para responder del resultado del juicio y de las indemnizaciones que pueda estar obligado a pagar”. Dicho artículo fue blanco de múltiples observaciones, entre las que destaca la del congresista Moreno Bruce, quien acertadamente manifestó que la sola exigencia de la caución no garantizaba suficientemente al dueño del suelo el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho, si no se especifica la clase de caución que debe rendir el propietario del predio dominante. A este respecto, Moreno Bruce sostuvo que la caución debía consistir en una fianza hipotecaria, depósito en dinero o valores equivalentes. Tal indicación fue rechazada y declarada como “innecesaria” y “perjudicial” para el adecuado desenvolvimiento de la industria minera por las siguientes razones: i) toda vez que el juez es quien debe mensurar la caución tanto en su calidad y cantidad; ii) la necesidad urgente e impostergable de la ejecución de la operación minera no puede estar sujeta a que el titular del predio dominante disponga de los valores o cuente con un tercero que lo avale en la hipoteca. Otra indicación en la línea de Moreno Bruce fue la del senador Silva Cortés que considera que la moción de Moreno Bruce es acertada, toda vez que resguarda los intereses del propietario del predio sirviente de posibles colusiones. Fue enfático en señalar que difícilmente pueda presentarse un caso en que se requiera una servidumbre de manera inmediata, y en el caso de que ello ocurra no le faltarán al concesionario minero los medios necesarios, si efectivamente se trata de un trabajo industrial y no de un simple propósito.

⁵ Historia de la ley 18.248, Código de Minería, Biblioteca del Congreso Nacional. Leychile.cl <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37075/1/HL18248CodigoMineria.pdf>

⁶ Al respecto, se sugiere ver los autos sobre constitución de servidumbres legales mineras en sede judicial, caratulados “Sociedad Punta del Cobre con Oviedo”, rol C-1457-2021, radicados en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, en donde el juez de la instancia al proveer la solicitud de servidumbre minera provisoria requerida por la actora Sociedad Punta del Cobre se limitó a señalar “como se pide”, sin establecer la caución que al respecto mandata el artículo 125 del CM y sin audiencia de la contraparte. En el mismo sentido, se sugiere revisar los autos rol C-2776-2012, sobre constitución de servidumbres legales mineras caratulados “Sondex con Fisco de Chile”, en donde al requerirse la servidumbre minera provisoria por parte del actor, el tribunal resolvió: “previo a resolver, propóngase por el solicitante el monto de la caución suficiente para responder de las indemnizaciones pertinentes a que se refiere el artículo 125 del Código de Minería”, por lo que deja a criterio del demandante el valor por concepto de caución.

⁷ Ejemplo de lo anterior lo constituyen los autos rol C-2775-2014 “Minera San Fierro Chile Limitada con Fisco de Chile”, radicados en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, en donde al concederse la servidumbre minera provisoria por concepto de ocupación de 60 hectáreas de terreno de dominio fiscal, estableció a título de caución la suma ascendente a 240 UF, valor en pesos de la fecha de la resolución equivalentes a no más de \$6.000.000: “Ha lugar, solo en cuanto previo a resolver la servidumbre provisoria solicitada en el primer otrosí de la demanda de fojas 1, ríndase por la demandante una caución de 240 Unidades de Fomento, las que deberán ser depositadas en la cuenta corriente del tribunal”.

Desde el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria, el demandante titular del predio dominante (concesionario minero de exploración o explotación, o en su defecto, titular de un establecimiento de beneficio) podrá hacer uso de inmediato del predio sirviente tal y como si tuviere a su haber una servidumbre legal minera concedida mediante sentencia definitiva. Esto es, el aprovechamiento del predio superficial, para los fines mineros pretendidos por el actor, *comenzará desde el establecimiento de la servidumbre minera anticipada*.

Por su parte, el monto de la caución se consignará en la cuenta corriente del tribunal hasta que se dicte sentencia definitiva que establezca o no la constitución de la servidumbre minera demandada. En este sentido, Baltra (2014, p. 108) sostiene que aun cuando se entreguen cauciones que permitirán responder por los daños mientras se tramita el juicio, si el tribunal llegare a denegar la servidumbre, es posible que la caución que haya sido entregada no sea suficiente para cubrir los daños que se hayan ocasionado al otorgar “desde luego” dicho gravamen.

A lo dicho precedentemente se suma otro inconveniente: aun cuando la constitución de servidumbres mineras constituye una situación de privilegio para los concesionarios, existiendo un juicio al respecto y no habiendo motivos suficientes para su otorgamiento, el juez no debiera constituir la servidumbre solicitada (Baltra, 2014, p. 108). Lo anterior debiera ser así ya que dicha resolución solo resultará más clara cuando se encuentre en estado de sentencia. El hecho de que se le otorga tal prerrogativa al juez, claramente lo pone en situación de entregar su juicio de modo apresurado, prematuro, ya que en la época de su otorgamiento, el juez indefectiblemente carece de los elementos fundantes para lograr convicción acerca de la entidad de los perjuicios a que tiene derecho a ser indemnizado el titular del predio sirviente.

Sin embargo, como veremos en lo sucesivo, el titular del predio dominante, demandante del gravamen,

tendrá pleno derecho a que la garantía le sea devuelta, desalentando aun la posición jurídica del propietario de la finca sirviente.

La constitución de la servidumbre minera en carácter de provisoria, además de permitir su ejercicio en forma inmediata, incluso con el auxilio de la fuerza pública, posibilita su inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces en donde se encuentre inscrito el inmueble, conjuntamente con la anotación al margen del referido gravamen en la inscripción dominical de la finca gravada. Respecto de dicho gravamen, en la práctica, será el demandado — titular del predio sirviente — el que deba instar a su costa para que sea alzado y consecuentemente canceladas las inscripciones o anotaciones efectuadas con ocasión de su otorgamiento.

1.2. Acerca de la cuantificación de las indemnizaciones asociadas al establecimiento del gravamen

La servidumbre legal minera es esencialmente transitoria. El indicado gravamen se encuentra delimitado en virtud del aprovechamiento que se efectúe del predio dominante, por lo que resulta necesario que al momento de su constitución se determine anticipadamente la vida útil de la operación minera proyectada por el concesionario minero, lo cual permitirá identificar la extensión temporal del gravamen que se busca imponer al predio sirviente, como también, cuantificar adecuadamente los perjuicios que el titular de este último tendrá derecho a percibir a título de indemnización, cuya naturaleza jurídica sería ajena a la responsabilidad civil, siendo en estricto rigor una compensación por sacrificio (Céspedes, 2020, pp. 255-267). Con la redacción que le otorga el CM de 1983 al artículo 125, se generan graves efectos jurídicos adversos a los intereses del propietario del predio sirviente, toda vez que, al no existir normas legales que permitan establecer el límite temporal al momento de constituirse este tipo de servidumbres, se desnaturaliza la transitoriedad que les es característica

mutando a una inefable prolongación indeterminada⁸ de estas, lo que redundará, además, en cierta inespecificidad de los perjuicios que se deban resarcir al dueño del predio (Guggiana, en prensa).

2. Injustos procesales relacionados con el otorgamiento de una servidumbre minera provisoria

2.1. Acerca de la naturaleza jurídica de la servidumbre minera provisoria

Dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la servidumbre minera provisoria u otorgada, desde luego, no ha resultado una tarea sencilla. La doctrina especializada, en gran parte, no se ha hecho cargo del tema, sin perjuicio de lo cual algunos tratadistas se han referido al asunto someramente señalando que la denominada servidumbre minera provisoria tiene su origen en el procedimiento judicial de constitución de una servidumbre minera forzosa, situación por la cual —concluyen— no es una servidumbre distinta a la servidumbre minera definitiva⁹.

Por otra parte, más que escueta ha sido la jurisprudencia en esta materia. De hecho, solo se conoce un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Copiapó en los autos rol C- 343- 2014, sobre constitución de servidumbres legales mineras, caratulado “Anglo American Norte S.A. con Fisco de Chile”, en donde consideró que la servidumbre minera provisoria constituía una medida cautelar.

El fallo en cuestión se dictó luego de que el concesionario minero —titular del predio dominante— interpusiera un recurso de apelación frente a la negativa

⁸ Al respecto, se sugiere ver autos rol C-3195-2012, sobre constitución de servidumbres legales mineras, caratulados “Minera Santo Domingo S.C.M. con Fisco”, radicado en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, y en cuyo considerando vigésimo noveno indica: “Que, en lo tocante al plazo de duración de la servidumbre, debe tenerse en cuenta que éstas son esencialmente transitorias y duran sólo en tanto se mantengan las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento. Que en esa senda, se debe recordar que ni en la demanda ni en la contestación se hace referencia acerca la duración en años de la misma, de manera que se impone al sentenciador la labor de fijar su extensión temporal, la que se determinará prudencialmente en 30 años, que es el lapso por el que usualmente se constituyen los servicios de esta especie, o el tiempo menor que dure el objeto que justifica su existencia. Es importante destacar que lo anterior no significa que el tribunal extienda su decisión a materias no discutidas, ya que, como se ha dicho, al establecer un determinado periodo de duración del servicio, lo hace por imperativo legal”.

⁹ Vergara Blanco, Informe en Derecho “Preferencia jurídica de una servidumbre minera inscrita para ocupar un terreno respecto del cual existe un título posterior. El caso de una servidumbre minera provisoria inscrita en relación a una servidumbre predial convencional”, requerido por Minera Santo Domingo Sociedad Contractual Minera, en el marco del juicio posesorio sobre denuncia de obra nueva, radicado en el Juzgado de Letras de Diego de Almagro, bajo los autos rol C-227-2014, enero, año 2015, y ubicado en los autos indicados en formato material, Libro custodia I. En este sentido, agrega: “la servidumbre minera es un derecho real accesorio al derecho real nacido de la concesión minera, por lo que la servidumbre minera se encontraría sujeta a una condición extintiva, la cual puede encontrarse en 3 estados: 1º Pendiente: Mientras se encuentra pendiente de ser constituida, nace el derecho del solicitante para pedir la anticipación de los efectos de la servidumbre definitiva, invocando al respecto el artículo 125 del Código de Minería.; 2º Cumplida: Cuando la servidumbre minera fue constituida, se consolidan los efectos provisorios de la servidumbre. 3º Fallida: En caso que la servidumbre minera demandada sea denegada, desaparecen de la servidumbre provisoria otorgada. Por lo tanto, la denominada servidumbre minera provisoria es la misma servidumbre minera que se pide en el juicio respectivo, pero sujeta a una condición extintiva. De este modo, debe entenderse que la servidumbre minera es una unidad jurídica y funcional que no admite clasificaciones, ya que la distinción entre servidumbre minera definitiva y transitoria es ajena al Código de Minería (...)”.

del juez *a quo* de otorgarle el auxilio de la fuerza pública para hacer ingreso al predio sirviente, respecto del cual se había concedido una servidumbre minera provisoria. En efecto, el predio superficial estaba siendo ocupado por pequeños mineros sin autorización del propietario de la finca sirviente, y se impedía al titular de la servidumbre minera provisoria el libre acceso a él.¹⁰

A nuestro juicio, resulta discutible que la servidumbre minera provisoria pueda tener el carácter de medida cautelar tradicional, toda vez que, en el caso de marras, el legitimado activo recibe en forma anticipada, pero provisional, la tutela del interés que legitima su pretensión. Es así como Morello (1996, p. 78) citado por Pozo (2013, p. 88) sostiene que ya desde su origen, pero con consecuencias que van más allá del marco cautelar, nos encontramos ante un adelantamiento de la decisión. Esta alternativa tiene como efecto que no estemos ante un complemento de la pretensión inicial, sino frente a situaciones con un definido sentido propio, lo que da lugar a una nueva y autónoma identidad funcional más próxima a lo declarativo y de condena que a lo cautelar.

La servidumbre minera provisoria corresponde al

goce de un gravamen sin necesidad de que se dicte la sentencia judicial que la reconozca¹¹. Es una expresión de una tutela jurisdiccional anticipada de naturaleza autónoma, que conforme a su finalidad se puede clasificar como innovativa, satisfactiva y anticipativa, y cuyo fundamento —en el caso en estudio— se sustenta en la necesidad de permitir la ejecución de obras mineras, mientras se discuten los términos en que se constituirá la servidumbre minera o entretanto se dilucide si procede su otorgamiento.

A este respecto, Pozo (2013, p. 63) sostiene que la tutela anticipada es aquella que —dejando a resguardo el debido proceso legal— permite brindar oportunamente la protección de los derechos subjetivos que busca el peticionante de la jurisdicción, adelantando el otorgamiento de la pretensión ejercida, en forma parcial o total, con antelación al dictado en la sentencia definitiva, para evitar que el transcurso del proceso la vulnere y haga difícil su posterior concesión¹².

Por lo tanto, la tutela jurisdiccional anticipativa sería el marco en que se circunscribiría la naturaleza jurídica de la servidumbre minera provisoria, en la que se requiere de

¹⁰ Al respecto, el citado fallo señala: “Que la servidumbre en tanto derecho real, genera una obligación general de respeto, no únicamente en relación a aquellos que tuvieron participación en el juicio, característica que es señalada en el artículo 577 del Código Civil. Así las cosas, la resolución que da origen a la servidumbre, tiene carácter constitutivo en cuanto crea una nueva situación jurídica. En este caso, la servidumbre minera se decretó en carácter de provisoria, según autoriza el artículo 125 del Código de Minería, encontrándonos, por tanto, ante una incidencia del juicio relativa a una medida cautelar, resultando necesaria para su cumplimiento la inscripción de la respectiva resolución en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces de Chañaral, la que en este caso aparece se efectuó con fecha 24 de junio de 2014 a fojas 27 bajo el número 18, del aludido registro, correspondiente al presente año. (...) Así las cosas, considerando el efecto *erga omnes* que ampara a la servidumbre en su condición de derecho real, corresponde disponer las medidas para el efectivo cumplimiento de la resolución que dio lugar a la medida cautelar de constitución de servidumbre provisoria, al Tribunal que resolvió en tal sentido”.

¹¹ En este sentido, el considerando Decimonono de los autos rol C-3195-2012, sobre constitución de servidumbres legales mineras, caratulados “Minera Santo Domingo S.C.M. con Fisco”, radicado en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, señala: “A mayor abundamiento, el legislador minero en el artículo 125 del estatuto del ramo señala que: ‘Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado’; y aunque la práctica judicial y jurídica de esa utilización ‘desde luego’ ha tomado el nombre de provisoria, es lo cierto que tal denominación no resulta relevante, porque la resolución que la concede en aquél carácter, en realidad, es una interlocutoria sujeta a la condición resolutoria de ser acogida la demanda en definitiva, caso en el cual no puede considerarse que la servidumbre haya nacido recién este último instante, ya que la sentencia definitiva en buenas cuentas viene a ratificar su concesión, que debe contarse desde el momento en que durante el pleito se le otorgó ese uso anticipado, ya que desde ahí en más y previa la obtención de los permisos y autorizaciones sectoriales de rigor, pudo legítimamente haber efectuado las labores mineras atinentes a su actividad”.

¹² Al respecto, el autor citado señala que el carácter distintivo de este tipo de tutela jurisdiccional es el otorgamiento del objeto de la pretensión en forma anticipada al pronunciamiento de la resolución definitiva, ya que en ninguna otra figura será posible encontrar este efecto.

la provisionalidad como fundamento de la medida, y que se trata de una herramienta procesal que tiene por objeto resguardar la efectividad del proceso, ya que se aplica en aquellos casos en que de no satisfacerse la pretensión invocada el proceso devendría inútil (Pozo, 2013, p. 102).

De entenderse que la servidumbre minera provisoria constituyera una medida cautelar tradicional, al titular del predio dominante le cabría la obligación de acreditar el *periculum in mora*, junto al humo de buen derecho, además de probar que, de no otorgarse la servidumbre minera provisoria, sobrevendría un perjuicio de tal entidad que se torne irreparable aquel para el actor (*periculum in damni*). Lo anterior pone de manifiesto que el demandante de servidumbre minera, a fin de resultar ganancioso de la servidumbre minera provisoria pretendida, debería acreditar la irreparabilidad del perjuicio que se cause en el caso de que no se le conceda la servidumbre minera anticipada, y probar, además, la grave e impostergable necesidad de dicha petición.

Ello, en la práctica y dentro del ámbito del negocio minero, revestiría cierto grado de complejidad, ya que al momento de tramitarse la constitución de derechos sobre el suelo sirviente, la operación minera proyectada por el demandante de servidumbre se encuentra normalmente en ciernes, por lo que el perjuicio que se causaría al actor de servidumbre podría no calificarse como grave, impostergable ni menos irreparable.

A su vez, en cuanto al *fumus bonis iuris*, esto es, que se acredite durante la incidencia la verosimilitud de la pretensión invocada por el actor, es necesario resaltar que, en lo que respecta a la servidumbre minera provisoria, es tan excesivamente anticipada su tramitación, que resulta a todas luces complejo valorar un adecuado *fumus* al momento de concederse aquella, ya que para tales fines debería darse por establecido el hecho de que el actor merezca indubitadamente el otorgamiento de la servidumbre

minera mediante sentencia definitiva.

2.2. Algunas problemáticas vinculadas al otorgamiento de la servidumbre minera anticipada

La constitución de la servidumbre minera provisoria apareja consigo un sinnúmero de problemáticas, entre las que destacan las que siguen: la desnaturalización de la garantía que condiciona el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada, la indeterminación del *quantum respondeatur* en el contexto del otorgamiento de una servidumbre minera anticipada, la excesiva discrecionalidad de los jueces de la instancia al momento de concederla y la carencia de recursos procesales que permitan impugnar el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria y la valorización de la caución,

2.2.1. Generalidades

La legislación minera no establece regulación alguna que prescriba el modo en que los jueces de la instancia puedan determinar adecuadamente la suficiencia de la caución para responder de las indemnizaciones a que tenga obligación el titular del predio dominante con ocasión del establecimiento de la servidumbre minera provisoria. Esta es la razón por la cual ha existido una deficiente *praxis* judicial sobre el particular, al ser dichos jueces los únicos que pueden decidir concederla previa tramitación incidental que permita a las partes discutir acerca de la garantía en cuestión.

Resulta habitual que los jueces otorguen la servidumbre minera provisoria sin audiencia¹³ del propietario del predio sirviente, estableciendo, además, de modo discrecional el valor de la garantía que condiciona el otorgamiento de la autorización provisoria en cuestión, con lo que la “suficiencia” de dicha caución solo descansa en el criterio del juez que conoce de la *litis* y —sin mediar en dicha etapa procesal— en un informe pericial que determine la entidad de los daños que se producirán a propósito de la imposición del gravamen.

¹³ V. gr. Autos rol C-1457-2021, Primer Juzgado de Letras de Copiapó, Sociedad Punta del Cobre con Oviedo, en donde el tribunal señaló en la primera providencia luego de la interposición de la demanda con un “como se pide” a la solicitud de servidumbre minera provisoria.

Por otra parte, cabe señalar que la doctrina ha estado conteste en reiterar que para el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada debe mediar tramitación incidental (Vergara, 2010, p. 477)¹⁴, con audiencia de las partes (Gómez, 2019, p. 146) y que, por lo tanto, dicha solicitud debe plantearse y tramitarse en el comparendo de estilo (Lira, p. 182).

Lo anterior se justifica, como señala Ossa Bulnes (2007, p. 469), porque el juez debe ser prudente en esta materia, ya que si autoriza una servidumbre con ligereza puede ocasionar al demandado un perjuicio que la caución exigida —también aceptada, muchas veces, con premura— no siempre cubrirá.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha sostenido que el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada debe ser sometida a tramitación incidental¹⁵, ya que es indudable que resulta ser una cuestión accesoria del juicio, requiriendo un pronunciamiento especial con audiencia de las partes¹⁶.

A nuestro juicio, al establecerse el monto de la caución dentro del marco del incidente de constitución de la servidumbre minera provisoria, se suscitan los siguientes problemas:

Primero: el juez de la instancia considera el otorgamiento de aquella, no como una posibilidad, sino más bien como un imperativo frente a lo cual siempre concederá la servidumbre minera anticipada, al ser ésta preámbulo de un gravamen de carácter legal, por lo que se provocaría una perturbación de la garantía de igualdad ante la ley y particularmente el derecho de defensa del demandado de servidumbre¹⁷;

Segundo: el monto de la caución será fijado prudencialmente por el juez, sin mediar una base probatoria que permita mensurar adecuadamente su valor. Al respecto, nada puede señalar el propietario del predio sirviente, tal como veremos a continuación;

Tercero: por último, los jueces resuelven la solicitud de servidumbre minera anticipada de forma favorable, solo condicionándola a la caución referida en el artículo 125 del CM. Constatado que fuere la consignación de la garantía en la cuenta corriente del tribunal, el juez, mediante resolución interlocutoria de segundo grado, la otorga *sin determinación de plazo*, ordenándola, consecuentemente, inscribir en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

¹⁴ En el mismo sentido, Gómez (2019) p. 146, Lira (2012) p. 182 y Ossa (2007), Tomo II, p. 469.

¹⁵ Fallo autos rol Corte Suprema, rol 20.735 de fecha 05 de junio de 1986, sobre Recurso de Protección: "(...) advirtiendo esta Corte Suprema que en la cuestión que ha originado el presente recurso de protección se ha incurrido en graves errores de orden procesal, que han colocado a la Sociedad Agrícola El Bosque Limitada en la indefensión, circunstancia que podría acarrearle ingentes perjuicios, los que el Tribunal está en la obligación de evitar, por juzgarlo conveniente a la buena administración de justicia, estima del caso corregir por si las faltas en que ha incurrido el Juez de Letras del Primer Juzgado de Ovalle (...), en la Causa número 36. (...) Tercero: Que el Título XIV del Código de Minería, que legisla sobre la Competencia en General y el Procedimiento, y que a través del inciso 2° del artículo 234 da la norma que ordena tramitar en procedimiento sumarísimo las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres reguladas por este Código, no contiene regla alguna que señale los trámites o las formalidades a que debe someterse la petición que contempla el artículo 125 de dicho Código referente al otorgamiento, desde luego, de las servidumbres mineras, esto es, de la cuestión materia de autos; Cuarto: Que en tales condiciones es obvio que la tramitación de este asunto debe quedar sometida a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1° de ese Estatuto Procesal; Quinto: Que al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del citado Código, toda cuestión accesoria de un juicio que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes, se tramitará como incidente y se sujetará a las reglas de este Título, si no tiene señalada por la ley una tramitación especial; Sexto: Que el juez de la instancia ha debido en consecuencia dar tramitación incidental a la aludida petición sobre concesión desde luego de las servidumbres de que se trata, para oír a la parte afectada y no dejarla en la indefensión, tanto más si se considera que según consta del Expediente Rol N° 33".

¹⁶ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en los autos rol 1284-2008, señaló: "en cuanto a la expresión 'desde luego' que han usado ambos Códigos, no implica una constitución sin bilateralidad".

¹⁷ Al respecto, ver Pozo (2013) pp. 175-188.....

2.2.2. *Desnaturalización de la garantía que condiciona el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada*

El otorgamiento de la servidumbre minera provisoria solo está sujeta a la condición de *garantizar* el pago de los perjuicios que el titular del predio dominante cause en el predio sirviente *durante la tramitación del pleito* en donde se discute la procedencia de la servidumbre demandada.

En este sentido, Pozo (2013, p. 124) sostiene que, en virtud de que la ley generalmente no determina el tipo y monto de la caución que se debe prestar, su determinación queda entregada al juez de la *litis*. Sin embargo, añade que dicha apreciación que el juez debe efectuar no es libre porque la exigencia para el otorgamiento de la tutela es que la garantía sea suficiente, y lo será cuando al momento de hacerla efectiva pueda satisfacer íntegramente los perjuicios causados al demandado, no debiendo ser superior ni inferior a dichos perjuicios.

Entonces, al concederse tal servidumbre minera provisoria, es inevitable mensurar por el tribunal el *quantum* de ese perjuicio que la caución debe asegurar, lo que habitualmente se hace en forma precaria *ante la inexistencia de un informe pericial u otro medio probatorio* que ilumine al juez sobre este aspecto de hecho.

Resulta que la servidumbre provisoria produce los mismos efectos jurídicos que la servidumbre definitiva, esto es, hacer uso inmediato de la superficie del predio sirviente, en tanto que puede ser intervenido con actividades de exploración y/o de explotación. Ello se suma a la *indeterminación del período en el cual perdurará tal gravamen*, por lo que el titular del predio dominante podría, como sucede comúnmente, aprovechar tal circunstancia para hacer uso de la servidumbre por períodos largos y sin contradicción que quepa sobre el particular por parte del titular del predio gravado.

Ahora bien, en la *praxis*, los tribunales de justicia ordenan la devolución de la caución al solicitante de servidumbre, desatendiéndose el real objetivo de la garantía constituida, pese a la eventual existencia de

perjuicios en el predio que se pretendía sirviente acaecidos durante la tramitación del pleito, con lo que el titular del predio sirviente se haya en una desequilibrada situación jurídica respecto del titular del predio dominante.

En efecto, el demandante de servidumbre que obtuvo una en carácter de provisoria o “desde luego” y que causó perjuicios en el predio pretendidamente sirviente puede verse en varias situaciones procesales, pero en todas ellas logra la devolución de la caución:

Primero: obtener en la sentencia definitiva firme o ejecutoriada la servidumbre definitiva, pero no constituirla por desinteresarse en ella, debiendo recordar que el ganancioso en estos casos no es obligado por el demandado con el cumplimiento de la sentencia, esto es, exigir el pago compulsivo del monto indemnizatorio;

Segundo: producirse un caso de abandono del procedimiento, con lo cual no se puede desembocar en una sentencia constitutiva de la servidumbre definitiva, al menos en ese pleito;

Tercero: desistimiento de la acción de servidumbre y aceptada por el tribunal con o sin costas;

Cuarto: denegación de la servidumbre minera, en la sentencia definitiva.

En todos estos casos, los jueces restituyen al demandante de servidumbre minera la caución de los perjuicios producidos durante la tramitación del pleito, por lo que se desvirtúa la naturaleza de dicha garantía y se deja al propietario del predio sirviente en total estado de indefensión.

2.2.3. *Indeterminación del quantum respondeatur en el contexto del otorgamiento de una servidumbre minera anticipada: excesiva discrecionalidad de los jueces de la instancia*

La obligación de dejar hacer al titular del predio dominante —ocupar y transitar— contra el pago de una indemnización implica que se requiera de

su cuantificación, sostenemos, incluida la etapa de cierre de las faenas e instalaciones que dan vida a la operación minera, cuestión estrechamente vinculada a la consideración de la vida útil del modo planteado en la Ley N° 20.551.

Tal evaluación es imposible efectuarla con ocasión del otorgamiento de una servidumbre minera provisoria, ya que no se conoce la real estimación de los daños futuros que se causarán al predio sirviente a propósito de la instalación de la operación minera. En efecto, en dicha oportunidad, *ni siquiera se ha logrado acreditar si el titular del predio dominante cumple con los requisitos mínimos para que se le conceda el gravamen demandado.*

Hic et nunc, el criterio de suficiencia de la caución¹⁸ se encuentra estrechamente vinculado con la imposibilidad fáctica de estimar los daños futuros e imprevistos en el contexto del otorgamiento de una servidumbre minera provisoria. Es así como el propietario del predio sirviente no se verá satisfecho por los daños futuros¹⁹ que se causarán a su predio con el uso de la servidumbre minera otorgada “desde luego” ya que, al momento de su otorgamiento, no existen los elementos objetivos que permitan mensurar, al menos meridianamente, los perjuicios que sufrirá la finca sirviente, por lo tanto, dichos daños serían “eventuales”, los que, como bien sabemos, no se indemnizan.

Resulta por lo demás indudable que el titular del predio sirviente tiene derecho a percibir una indemnización a

propósito de todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o de la concesión sirviente, en su caso, incluso a cualquiera otra persona²⁰.

Lo anterior se sostiene en consideración a que la constitución de las servidumbres mineras generará pérdida de atributos para la propiedad sirviente y provocará una reducción de la superficie útil o de libre disponibilidad (por los conceptos de uso y tránsito del área objeto del gravamen), y dependiendo de la naturaleza de la servidumbre, esta puede generar externalidades negativas (daño) en sectores aledaños o en áreas más extensas²¹.

Las discordias sobre cuáles perjuicios son indemnizables a propósito de la constitución de la servidumbre legal minera se han prolongado a lo largo de los años. Ellas se han levantado a causa de la redacción del artículo 14 de la Ley Orgánica de Concesiones Mineras (LOCCM) en confrontación con la redacción del artículo 122 del CM.

Es así como el primero de los artículos sostiene que el daño que se debe indemnizar es exclusivamente aquel que derivado o con ocasión de la ejecución de trabajos o labores mineras se cause al dueño del predio sirviente. Mientras el artículo 122 del CM se refiere a que será objeto de indemnización todo perjuicio que se cause al dueño del predio sirviente, sin limitarlos a los derivados de los trabajos mineros. Además, el *quid* de la discusión ha estado radicado en si los perjuicios indemnizables

¹⁸ En este sentido, Marín (2019, p. 338): “Esta situación coloca a la parte en contra de quien se ha concedido una medida cautelar en una posición sumamente frágil; puesto que si las medidas cautelares en Chile se conceden – según sostiene la jurisprudencia consolidada – sin intervención del demandado; y si además no se exige para otorgarle alguna garantía al demandante, se comprenderá que la balanza se inclina con facilidad del lado del sujeto activo de la relación procesal. Añádase a lo anterior que en el evento que el demandado obtenga el alzamiento de las medidas, aún debe atravesar un azaroso camino para lograr la indemnización de los daños sufridos”.

¹⁹ Al respecto, ver Pozo (2013) p.125

²⁰ Artículo 122 del CM en relación al artículo 14 de la LOCCM, el que señala: “El concesionario minero está obligado a indemnizar el daño que cause al propietario del terreno superficial o a otros concesionarios con ocasión de los trabajos que ejecute, con arreglo a los procedimientos y normas que establezca el Código de Minería. Podrá exigírsele que rinda caución previa para responder por el valor de las indemnizaciones, de conformidad a ese Código”.

²¹ Orden N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, imparte instrucciones con relación a criterios y procedimientos para constituir servidumbres sobre propiedad fiscal administrada por el Ministerio de Bienes Nacionales, Título VII, D.O. de 20 de septiembre de 2016.

involucran solo los daños directos o estos se extienden, además, a los indirectos²².

El Tribunal Constitucional, mediante fallo de fecha 24 de septiembre de 2009²³, consigna que el cobro de la indemnización por concepto de constitución de servidumbres legales mineras cubre “todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos”, incluyendo, por tanto, daño patrimonial y el daño moral no limitándose al valor del terreno ocupado.

Para la doctrina, la discusión acerca de la naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad asociada a la constitución de servidumbres mineras ha quedado zanjada con la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa, ya que solo interesa la existencia de un daño y la relación de causalidad (Vergara, 2010, p. 477). Sin embargo, consideramos que las indemnizaciones vinculadas a la constitución de este tipo de servidumbres escapan del régimen de la responsabilidad civil, situándose

en lo que Díez-Picazo (Díez Picazo, 1999, pp. 56-57) comprende como “indemnizaciones por sacrificio”.

En este sentido, el autor efectúa una distinción entre aquellas versus las “indemnizaciones” en sentido puro y simple, que son materia de responsabilidad civil. En efecto, sostiene que las primeras serían aquellas “compensaciones que las leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de los derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares” (Díez Picazo, 1999, pp. 56-57). Sin perjuicio de las discusiones expuestas, la determinación del valor ajustado a derecho de una garantía como la indicada carece —en la etapa procesal temprana— de elementos que permitan valorizarla ajustadamente.

Frente a ello, los jueces de la *litis* se permiten una excesiva discrecionalidad, la que estaría delimitada a lo que el juez “prudencialmente”²⁴ estime conforme al mérito

²² Al referirse el legislador a “todo perjuicio” podría inferirse que los daños que deberán indemnizarse corresponden a los directos, como a los indirectos. Sin embargo, en la historia fidedigna del CM actual, se sostiene que se habría eliminado *ex profeso* la locución “directa o indirectamente” empleada en el código del ramo del año 1932 a objeto de evitar que se pueda sostener que se deben cubrir, además, los perjuicios indirectos. En efecto, el CM de 1888 en el artículo 6 inciso tercero disponía que: “la servidumbre se constituirá previa indemnización no sólo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio, ya se cause éste a los dueños de los fundos superficiales, ya a cualquier otro”. Mientras que el CM de 1932 disponía que el gravamen estudiado “se constituirán previa indemnización de todo perjuicio que directa o indirectamente se causare a los dueños de los terrenos, o a cualquiera otra persona”.

²³ Autos Rol 1284-2009, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 124 y 125 del Código de Minería, interpuesta por Agrícola Bauzá S.A.

²⁴ Esa excesiva discrecionalidad se puede verificar incluso cuando se concede mediante sentencia definitiva la servidumbre minera demandada y en casos, en que el objeto del proceso en cuanto a la duración de la servidumbre se trate no hubiere sido delimitada por el actor ni discutida como un hecho sustancial, pertinente y controvertido en autos. Al respecto, ver considerando vigésimo noveno, autos sumarísimos sobre constitución de servidumbre legal minera, rol C-3195-2012, caratulados “Minera Santo Domingo S.C.M. con Fisco de Chile”, radicados en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó: “Que, en lo tocante al plazo de duración de la servidumbre, debe tenerse en cuenta que éstas son esencialmente transitorias y duran sólo en tanto se mantengan las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento. Que, en esa senda, se debe recordar que ni en la demanda ni en la contestación se hace referencia acerca la duración en años de la misma, de manera que se impone al sentenciador la labor de fijar su extensión temporal, la que se determinará prudencialmente en 30 años, que es el lapso por el que usualmente se constituyen los servicios de esta especie, o el tiempo menor que dure el objeto que justifica su existencia. Es importante destacar que lo anterior no significa que el tribunal extienda su decisión a materias no discutidas, ya que, como se ha dicho, al establecer un determinado período de duración del servicio, lo hace por imperativo legal”. En el mismo sentido, ver: autos sumarísimos, rol C-2277-2018, sobre constitución de servidumbre legal minera, caratulada “Minera San Fierro Chile Limitada con Fisco de Chile”, radicados en el Segundo Juzgado de Letras de Copiapó, considerando vigésimo primero: “Que, en cuanto a la vigencia que tendrá la servidumbre legal minera solicitada, si bien el actor en su demanda señaló que la solicita por todo el tiempo que dure la explotación de las pertenencias mineras que constituyen el predio dominante, en este sentido, se tendrá que estar al estatuto de las mismas, por cuanto, se hace necesario tener presente lo que disponen los artículos 124 del Código de Minería, y 8 de la Ley Orgánica Constitucional Sobre Concesiones Mineras. Ambas normas, reiteran que las servidumbres en favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; y que no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y que cesarán cuando termine su aprovechamiento. Ahora bien, como ya se dijo, si bien el actor no señala un plazo acotado para su vigencia, nada impide al Tribunal, con el mérito de la prueba rendida, y lo dispuesto en los artículos ya señalados, establecer prudencialmente un plazo de duración, por lo cual, esta sentenciadora estima prudente, atendido el mérito de autos, conceder la servidumbre por el término de 25 años, o en el plazo menor que dure la puesta en marcha y ejecución de la explotación de las pertenencias mineras que forman parte del Proyecto Minero de la actora, y que se alzan como predio dominante”.

del proceso, cuestión que no hace más que consolidar otra desmedida posición preeminente del titular del predio dominante respecto del propietario del predio sirviente.

En este sentido concordamos con Marín (2019, p. 343) quien sostiene que en este estadio procesal el juez no tiene ningún elemento objetivo para poder evaluar estos hipotéticos perjuicios, más allá de su experiencia y razonabilidad que, si bien son elementos importantes, no son suficientes.

2.2.4. Carencia de recursos procesales que permitan impugnar el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria y la valorización de la caución

A lo anterior se suma una cuestión de suma relevancia procesal y que importa, una vez más, una posición desmejorada por parte del propietario del predio sirviente, demandado en los autos sobre constitución de servidumbres legales mineras.

En efecto, el artículo 234 del CM señala que se tramitarán conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 235 del mismo cuerpo normativo todas las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres reguladas en el indicado cuerpo legal, a las indemnizaciones correspondientes y a las cauciones que procedan.

Es del caso que el artículo 235 número 5 del CM señala que, fuera de la sentencia definitiva, las demás resoluciones

judiciales que se dicten durante el proceso serán inapelables.

Se colige, entonces, que respecto de todas las resoluciones dictadas durante el proceso solo cabría lugar impugnar mediante reposición, pero sin apelación en subsidio, con lo que se ratifica la excesiva discrecionalidad por parte del juez al momento de fallar, lo que se acentúa con un insuficiente control por parte de los tribunales superiores de justicia.

Entonces, en circunstancias de que se conceda la servidumbre minera anticipada y se cuantifique la caución que deba consignar el titular del predio dominante, aparece absolutamente constreñida la facultad del demandado para recurrir de las resoluciones respectivas, con lo que se infringe el artículo 19 N° 3 de la carta fundamental en cuanto contempla la garantía del debido proceso, del derecho a la defensa, garantía propia del igualitario acceso a la justicia y de un procedimiento racional y justo, todo lo anterior junto con el hecho de infringirse el derecho al recurso.

Esta limitación excesiva de la facultad de impugnar resoluciones judiciales es, a nuestro juicio, evidentemente desproporcionada, ya que representa una desvalorización de la posición del titular del predio sirviente, el cual soportará un gravamen de tal envergadura sobre bienes de su propiedad sin la posibilidad de obtener algún tipo de control vertical respecto de la decisión dictada por el tribunal, máxime cuando ella se efectúa con escasos antecedentes.

3. Relevancia de la actividad de las partes para la delimitación del carácter temporal de la servidumbre y las indemnizaciones asociadas a su constitución

3.1. Son las partes al momento de trabarse la *litis* las que establecen los límites en que se suscribirá el proceso

En efecto, si el demandante de servidumbre no lo indica

en su libelo de demanda, será el propietario del predio sirviente el que deberá discutir los límites temporales de la servidumbre legal minera pretendida. En la actualidad, al no discutirse la extensión temporal del gravamen

demandado, se deja al simple arbitrio del juez de la causa la decisión del establecimiento de este, lo que en muchas ocasiones entra en pugna con la característica de la transitoriedad establecida en el artículo 124 del CM, como también en la práctica, muchas veces, se contradice con las resoluciones administrativas dictadas por el Servicio Nacional de Geología y Minería, y que aprueban *ex post* a la constitución del gravamen los proyectos de explotación de la operación minera y el plan de cierre de estas.

Por otro lado, al requerirse por el demandante la servidumbre minera provisoria u otorgada “desde luego”, el propietario del predio sirviente deberá contradecir la constitución de aquella aduciendo la falta de criterios suficientes, desde un punto de vista práctico y legal, y que importarán controvertir la necesidad y la urgencia de la constitución de dicho gravamen.

Es así como el impulso procesal del titular del predio sirviente es imprescindible para que el juez de la causa establezca entre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos la real ejecución de un proyecto minero, las características de este y la necesidad del otorgamiento del gravamen.

Lo mismo acontece con respecto al ejercicio limitado en el tiempo de la servidumbre minera provisoria, lo que implica que el demandado de servidumbre minera (propietario del predio sirviente) deberá reclamar que su establecimiento lo sea por un período acotado, conforme se ha indicado *supra*. Ello en contraposición a lo que acontece hoy, ya que las servidumbres se conceden por un periodo ilimitado, y se genera en innumerables ocasiones un ejercicio abusivo del derecho.

A su vez, en cuanto a la caución para el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria, consideramos que esta debiera ser discutida en al menos los siguientes aspectos: a) por una parte, su monto, instando para que se pruebe la entidad de los perjuicios que se causarán con la imposición del gravamen provisoria y b) su otorgamiento directamente en manos del titular del predio sirviente, ya que es este el que sufre los perjuicios del ejercicio del gravamen en cuestión.

Esto último permitirá que se valoricen adecuadamente los perjuicios que se producirán con la ejecución del proyecto minero en la etapa de servidumbre minera provisoria, lo que permitirá el ingreso a las arcas del propietario del predio sirviente del monto que debe percibir por concepto de caución para tales fines.

3.2. Innumerables procesos judiciales de constitución de servidumbres legales mineras que quedan con sentencia definitiva declaratoria de la imposición del gravamen, mas cuya ejecución no se reclama

En cuanto a la ejecución de las sentencias en que se han establecido servidumbres mineras, no se ven razones jurídicas para concluir que el propietario del predio sirviente no pueda demandar el cumplimiento forzado de la sentencia en donde se declara constituido el gravamen analizado.

En efecto, existe mucho desgaste en la defensa de los intereses del propietario del predio sirviente como para no reclamar lo que en derecho corresponde, esto es, el justo pago del valor establecido por concepto de indemnización. El que para todos los efectos legales puede pagarse en una cuota como en varias, sin perjuicio de lo cual asegura un monto en el tiempo por el ejercicio de la servidumbre, *so pena* de que ella se declare caduca por falta de aprovechamiento.

Indudablemente la ejecución de la sentencia traerá aparejada alguna de estas consecuencias:

- Que ingrese el valor establecido por concepto de indemnización en las arcas del propietario del predio sirviente, ello con el afán de que las servidumbres puedan permanecer vigentes.
- Que se logre reclamar la caducidad de la servidumbre por su no ejercicio o falta de aprovechamiento, conforme se indica en el artículo 124 del CM, permitiendo así que el propietario del predio sirviente vea liberado de dicho gravamen a su inmueble para el ejercicio llano de sus derechos de dominio.

4. Corolario

El estudio expuesto aquí se centra en criticar el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria, en una etapa procesal tan preliminar que impida una adecuada defensa de los derechos e intereses del titular de la finca sirviente, y ello asociado necesariamente a la disyuntiva vinculada con la determinación de la caución y la suficiencia de esta para cubrir los daños futuros, imprevistos, hipotéticos, que podrían producirse a propósito del otorgamiento y consecuente ejercicio de la servidumbre minera provisoria tratada en el artículo 125 del CM.

Consideramos que nos hallamos frente a una insuficiente regulación legal, que solo ha descansado en la intención del legislador de promover el empuje de la actividad económica minera, pero en un contexto de una abusiva y desproporcionada preeminencia procesal del

titular del predio dominante en evidente desmedro del propietario de la finca sirviente, lo que vulnera principios claves asociados al debido proceso, como el principio contradictorio, el acceso a un proceso racional y justo, la garantía de igualdad ante la ley y particularmente el derecho de defensa del demandado.

Sin duda, resulta indispensable una regulación más acabada de la institución de la servidumbre minera anticipada que permita al propietario del predio sirviente comprender que, no obstante su natural posición de desventaja procesal, contará con herramientas suficientes para controvertir la medida anticipada, tanto en la determinación de los elementos fundantes de su otorgamiento, como a su vez, la evaluación ajustada de la caución que el demandante deberá prestar por el período que perdure la medida.

Referencias

- Aguirrezabal, M. (2015). Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, (122), 35-66.
- Brieba, D. (2003). *Indemnizaciones provenientes de las servidumbres mineras. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Céspedes, C. (2020) Naturaleza y extensión de la indemnización debida por la constitución de servidumbres legales. En F. Elorriaga. *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar* (pp. 255 – 267). Santiago: Thomson Reuters.
- Diez – Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Gómez, S. (2019). *Manual de Derecho de Minería* (2.a ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guggiana, M.K. (en prensa). Determinación anticipada de la vida útil del proyecto minero como esencial para la fijación de los límites temporales de la servidumbre legal minera y la cuantificación de las indemnizaciones a que tendrá derecho el propietario del predio sirviente. *Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte*.
- Lira, S. (2012). *Curso de Derecho de Minería* (6.ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lira, S. (2000). Ejercicio de derechos mineros en terrenos gravados con servidumbres. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2(2), 385-391.

- Mardones, M. y Aylwin, P. (2017). *Contratos especiales de operación petrolera. Título habilitante para el aprovechamiento de sustancias no concesibles*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Marín, J. (2019). Tratado de las medidas cautelares. *Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mitidiero, D. (2011). Tendencias en materia de tutela sumaria. De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria. *Revista Jurídica del Perú*, 127, 261-287.
- Morello, A. (1996). *Anticipación de la tutela*. Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- Ossa, J.L. (2007) *Tratado de Derecho de Minería. Tomo I y II* (4.ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Peña y Lillo, C. (2014). *De las Servidumbres Mineras*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Piñera, J. (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Santiago: Editado por Economía y Sociedad Limitada.
- Pozo, F. (2013). *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ruiz, J. (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Santiago: Imprenta Nascimento.
- Ruiz, J. (1949). *Instituciones de Derecho Minero Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Saavedra, F. (1998). Las servidumbres mineras: su alcance. *Revista de Derecho de Minas*, Instituto de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, 9, 101-104.
- San Martín, D. (1998). *Las Servidumbres*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Limitada.
- Uribe, A. (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Vergara, A. (2010). *Instituciones del Derecho Minero*. Santiago: Editorial Legal Publishing – Thompson Reuters.
- Vergara, A. (2015). Preferencia jurídica de una servidumbre minera inscrita para ocupar un terreno respecto del cual existe un título posterior. El caso de una servidumbre minera provisoria inscrita en relación a una servidumbre predial convencional: Informe en Derecho requerido por Minera Santo Domingo Sociedad Contractual Minera, en el marco del juicio posesorio sobre denuncia de obra nueva, radicado en el Juzgado de Letras de Diego de Almagro, bajo los autos rol C-227-2014 y que se encuentra ubicado en el libro de custodia I del proceso referido y solo en formato material.

**Pedro
Anguita
Ramírez***

Universidad de los
Andes, Chile

panguita@uandes.cl

Recibido: 17.08.22

Aceptado: 21.11.22

La reparación del daño moral y económico a las empresas derivado de un reportaje periodístico. Criterios jurisprudenciales**

The compensation of moral and economic damages to companies derived from a journalistic report. Jurisprudential criteria

Resumen: La titularidad del derecho a la honra —más propiamente prestigio, reputación— de las personas jurídicas ha sido admitida por la doctrina civil y jurisprudencia chilenas como también el que puedan experimentar daño moral. Un ámbito de la protección civil no abordado por esta doctrina civil ha recaído en los pleitos en donde la afectación al derecho a la honra de los entes ficticios se ha originado por un reportaje periodístico difundido por un medio de comunicación. En este artículo abordaremos algunas singularidades que existen respecto a la aún escasa jurisprudencia recaída en acciones civiles en dicho ámbito, sobre el estatuto jurídico aplicable y también respecto a algunas cuestiones aún no pacíficas en el derecho de daños chileno como la reparación del daño moral de tales sujetos del derecho.

Palabras clave: reparación; daño moral y económico; empresas; reportajes periodísticos; jurisprudencia.

Abstract: The ownership of the right to honor -more properly speaking, prestige, reputation- of legal entities has been admitted by Chilean civil doctrine and jurisprudence, as well as the fact that they may experience moral damage. An area of civil protection not addressed by this civil doctrine has fallen on lawsuits where the affectation to the right to honor of fictitious entities has originated from a journalistic report broadcast by a media. In this article we will address some singularities that exist with respect to the still scarce jurisprudence on civil actions in this area, on the applicable legal status and also with respect to some issues not yet pacified in Chilean tort law, such as the compensation of moral damages of such subjects of law.

Keywords: compensation; moral economic damage; companies; journalist report; jurisprudence.

*Doctor en Derecho, Universidad Complutense, España. Máster en Derecho e Informática, Universidad Complutense, España. Abogado, Universidad Diego Portales, Chile.

** Colaboró en la búsqueda doctrinaria y de jurisprudencia Gino Palma, alumno de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a quien agradezco su valiosa colaboración.

En la bicentenaria tradición jurídica de Chile, el derecho a la honra se le ha conferido a las personas naturales y su protección a través del derecho penal con la tipificación de dos figuras delictivas llamadas injurias y calumnias vigentes hasta la actualidad¹. La víctima por tales clases de delitos solo pueden ser personas naturales, hasta nuestros días. No obstante, en el ámbito de lo que hoy se denomina el derecho a la información, las leyes reguladoras de los medios de comunicación desde el año 1925 reconocen tanto a personas naturales como jurídicas el derecho de rectificación o aclaración en caso de ofensa o alusión injusta efectuada por un medio de comunicación, acción que tiene como objeto la protección del derecho a la honra². De modo que existe un temprano reconocimiento legal de que las personas jurídicas pudiesen ser afectadas en su prestigio, reputación, fama o respeto, más que en su derecho a la honra que suele ser más atribuible a las personas naturales. Nuestra doctrina constitucional ha expresado que la titularidad de los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo III de la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante CPR) al sustituir la expresión “habitantes” que dispuso tanto la Carta Política de 1833 como la de 1925 por “personas” “...se refiere a

todas las personas naturales, pero también y en lo que sea lógicamente pertinente a la manifestación de la voluntad de ellas, a las personas jurídicas y a los entes morales o sociedades de hecho, ampliándose así el ámbito de su aplicación”. (Cea, 2012, pág. 50). De modo que en el ámbito constitucional dicha discusión hoy aparece resuelta en favor de la tutela de las personas jurídicas³⁻⁴.

En el ámbito civil, por su parte, desde fines de la década de los 90, los afectados —al principio solo personas naturales— por contenidos divulgados por un medio de comunicación comienzan a deducir acciones civiles de indemnización de perjuicios en contra de medios de comunicación requiriendo una reparación tanto del daño patrimonial como moral causado, fundados en la afectación a su derecho a la honra y, luego, a los demás llamados derechos o atributos de la personalidad, como el derecho a la vida privada y al derecho a la propia imagen⁵. Paralelamente a la búsqueda de mecanismos más eficientes de reparación, las entidades ficticias empiezan también a deducir demandas civiles con el objeto de que se les resarza el daño moral y patrimonial⁶. En una primera etapa las acciones civiles deducidas por entidades

¹ El Código Penal define los delitos de injurias y calumnias, pero por disposición del art. 137 “[l]os delitos relativos (...) a la libertad de emitir opiniones por la prensa, se clasifican y penan respectivamente por las leyes de elecciones y de imprenta”. La actual ley de prensa es la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo, que en el art. 29 efectúa un reenvío a los tipos penales contenidos en el Código Penal.

² El D.L. N° 425 fue la primera norma legal en consagrar el derecho de rectificación o respuesta el que podía ser ejercido por (art. 8) “cualquier funcionario, corporación o particular...”. La Ley N° 15.576 (1964) concedió el derecho en su art. 8 a las personas naturales y jurídicas que sustituyó el término “corporación”. La Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad (1967) y la actual vigente Ley N° 19.733 (2001) incluyeron un título que regulaba su ejercicio. La definición del derecho y el reenvío a la ley para su regulación se incorporó el año 1971 a la Constitución de 1925 con la Reforma Constitucional contenida en la Ley N° 17.398 conocida como el Estatuto de Garantías Constitucionales. La Constitución Política de 1980 conservó la consagración del derecho en el art. 19 N° 12.

³ Una buena síntesis de las líneas jurisprudenciales derivadas del recurso de protección se puede ver en Leguina (s.f.).

⁴ Un análisis más amplio desde la teoría del Estado y de la jurisprudencia constitucional estadounidense y alemana se puede ver en Pardo-Álvarez (2021).

⁵ La responsabilidad civil derivada del ejercicio del derecho a la Libertad de información es hoy reconocida como una de las llamadas responsabilidades especiales, aunque ha tenido en el derecho civil un reconocimiento paulatino. Alessandri Rodríguez en su clásica obra *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (1943), aunque no se refirió a los distintos tipos de las llamadas responsabilidades especiales, la aborda como un abuso a la libertad de opinión en el cap. IV Del abuso de los derechos. Barros Bourie, en su *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual* (2006), tampoco la aborda en uno de los regímenes especiales de responsabilidad civil, sino en un capítulo especialmente dedicado a los derechos a la privacidad y honra que son los que suelen generar responsabilidad a los informadores y a los medios de comunicación. En el derecho chileno fue el profesor Hernán Corral Talciani el primero en reconocer la responsabilidad civil especial derivada de la actividad periodística en su obra *Lecciones de responsabilidad Civil Extracontractual* (1996). Posteriormente amplió dicho tratamiento en el artículo Sobre la Responsabilidad Civil de los Periodistas y de los Medios de Comunicación Social (2006) por atentados a la honra, intimidad e imagen. Más recientemente sobre dicha responsabilidad especial, destacamos los trabajos de Rozas (2021), de Daniel (2020) y de Banfi del Río (2018).

⁶ En la tesis Sobre el daño moral a personas jurídicas de derecho privado por responsabilidad extracontractual: análisis jurisprudencial de los últimos 10 años, Serey Peña (2021) concluye, luego de evaluar catorce pleitos, que en once la jurisprudencia chilena acoge la procedencia de la acción de daño moral a una persona jurídica de derecho privado con fines de lucro.

empresariales se presentaron en contra de bancos o instituciones financieras, instituciones públicas como municipalidades y servicios estatales por actuaciones que afectaban sus actividades comerciales y su prestigio como decisiones o resoluciones de alguna autoridad o la remisión errónea de documentos mercantiles a boletines dedicados a comercializar antecedentes financieros de agentes económicos. Luego de más de 30 años de la primera sentencia que ordenó la reparación del daño patrimonial y moral en favor de una persona jurídica, existe un amplio consenso tanto en la doctrina civil como en la jurisprudencia chilena en tal reconocimiento⁷ (Tapia, 2014; Larraín 2010).

En este trabajo, abordaremos desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial un ámbito mucho más delimitado: la jurisprudencia derivada de juicios de indemnización de perjuicios en los que empresas han actuado como demandantes en contra de medios de comunicación. Ellos constituyen una categoría especial de sujetos que poseen una función y atribuciones especiales en una sociedad democrática. Lo anterior implica que en dichos juicios existe un conflicto entre derechos constitucionales a diferencia de pleitos en que no interviene una empresa periodística. Esto introduce un importante matiz en la decisión judicial en torno a la evaluación de la conducta del demandando pues una interpretación que no atienda a la especial forma cómo se ejerce el periodismo podría significar un incentivo negativo para los medios de comunicación para que elaboren y divulguen contenidos que denuncien malos servicios o defectuosos productos que comercializan y ofrecen las empresas al mercado. Por último, también abordaremos desde ese particular ámbito jurisprudencial el debate sobre la procedencia del daño moral de las personas jurídicas.

Los medios de comunicación efectúan su trabajo en virtud de la libertad de información consagrado tanto constitucional como legalmente. Así la CPR en el art. 19 N° 12 asegura la libertad de opinión e información. En

coherencia con el texto constitucional, el art. 1° de la Ley N° 19.733 reproduce dicho enunciado. En virtud de esa facultad, los medios de comunicación cumplen con su principal deber: ser un contrapoder frente al Gobierno y toda institución pública y privada, ejerciendo una función de control y denuncia para que sus conductas y decisiones se ajusten a los principios y normas constitucionales, legales y de ética pública. Tales deberes de fiscalización se extienden también al sector empresarial especialmente por los servicios y productos que comercializan. Es precisamente en virtud de dicha sobreprotegida libertad que los pleitos civiles de reparación por daño moral tienen una dimensión especial, pues a diferencia de los conflictos que pueden darse entre otra categoría de empresas, una amplia recepción de demandas en contra de medios de comunicación y con altos montos indemnizatorios podrían generar lo que se ha denominado un efecto silenciador lo que afecta el debate democrático, la deliberación pública sobre todo tipo de asuntos, incluido, por cierto, cómo las empresas cumplen con su papel en una economía de mercado.

Un campo que suelen abordar los medios de comunicación recae sobre la actividad empresarial en todos sus ámbitos, como servicios, turísticos, inmobiliario, manufacturero, alimenticios, extractivos, etc. Así, muchas veces en las secciones de economía se informan los cambios de propiedad, el alza o baja de su cotización bursátil, su estado de situación, los problemas financieros, sus posibles insolvencias, etc. También las empresas periodísticas invierten tiempo y recursos en el llamado “periodismo de investigación” en donde abordan asuntos que tienen la aptitud de afectar su negocio, por ejemplo, los defectos en los bienes o inadecuada calidad de los servicios que ofrecen a los consumidores, los que no cumplirían con los términos en que son publicitados. A diferencia del desprestigio que puede provocarle una empresa a otra, es indudable que cuando es un medio de comunicación el que difunde un reportaje crítico sobre algún producto o servicio, el efecto sobre la reputación de

⁷ La que es señalada como la primera sentencia en admitir la reparación tanto del daño patrimonial como moral separadamente se dictó el 2 de noviembre del año 1989 por la Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 697-89.

la empresa y sus marcas tiene consecuencias mucho mayores, las que dependerán de la audiencia del medio en casos como la radio y la televisión, si poseen cobertura local, regional o nacional; el número de ejemplares que

circulan tratándose de diarios y revistas, y desde hace ya algunos años, el número de visitas que tienen medios digitales.

1. El derecho a la honra y el daño moral

La concepción del daño moral asociado solo al *pretium doloris*, esto es, a experimentar el dolor o sufrimiento, no ha podido fundar la reparación de las personas jurídicas. De modo que la ampliación de la noción de daño moral a la lesión a todo interés extrapatrimonial —entre otros, los derechos o atributos de la personalidad como la honra, la vida privada y la propia imagen— ha permitido que las personas jurídicas, y específicamente entidades empresariales, puedan demandar su resarcimiento⁸. El derecho a la honra, por su origen e historia vinculado a la persona natural, parece no ser el atributo que mejor represente el derecho de los entes ficticios, pero sí algunos

como la reputación, prestigio, credibilidad, crédito, confianza que no solo las empresas requieren para poder existir en todos los campos de la actuación humana, como el educativo, científico, cultural, social filantrópico, etc.⁹. La doctrina y jurisprudencia suelen también emplear el término *imagen*, pero podría confundirse con el derecho a la propia imagen que es un derecho cuya titularidad solo pueden alegar personas naturales¹⁰. La imagen asociada a las personas jurídicas se emplea como sinónimo de reputación, cualidad esencial para cualquier giro o razón social que desarrollen¹¹.

2. Estatuto jurídico aplicable

La ausencia de un estatuto normativo especial que regule la responsabilidad civil extracontractual de los

medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de informar ha causado que en los juicios de reparación

⁸ En tal sentido, la profesora Carmen Domínguez sostiene que "... si las personas jurídicas son personas, sus atributos requieren de la especial protección que importa la procedencia del daño moral cuando concurren sus requisitos" (Domínguez Hidalgo 2006, p. 698). En la misma línea, Díaz Schwerter afirma que a su juicio las personas jurídicas pueden ser víctimas de daño moral, y aun cuando no pueden sentir dolor son titulares de ciertos intereses extrapatrimoniales que un hecho ilícito puede lesionar el que debe ser reparado por el derecho mediante una acción de indemnización (Diez, 2012). Comparte dicha posición Carlos Pizarro para quién el daño moral a las personas jurídicas "...no se refiere al *pretium doloris*, sino que, al prestigio, buen nombre o imagen comercial" (Pizarro, 2004). También el profesor Corral Talciani ya tempranamente constataba la tendencia que admitía a las personas jurídicas reclamar el resarcimiento de daño moral. (Corral, 2003).

⁹ Buen nombre o buena fama son otros nombres como se han denominado los atributos que pueden ostentar las personas jurídicas no así el derecho al honor. Véase Larraín (2011).

¹⁰ El derecho a la propia imagen nació como una creación de la jurisprudencia constitucional y luego civil pues no posee un reconocimiento en la carta fundamental y tampoco en la legislación civil. Sí posee una tutela penal desde el año 1995 en el art. 161-A del Código Penal. Anguita (2007).

¹¹ Goodwill, un término anglosajón definido como un activo intangible de la empresa que no suele utilizarse en el ámbito jurídico revela la importancia que posee en el campo de los negocios el prestigio dado que se considera uno de los elementos más influyentes en su configuración. A mayor prestigio, más clientes, proveedores, inversionistas y, por lo tanto, mayores beneficios.

civil extracontractual se discuta las reglas aplicables al caso¹². Las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual están contenidas en el tít. XXXV del Libro IV del Código Civil que solo posee el art. 2331 vinculado a la indemnización económica derivada de una afectación al honor y el crédito de una persona y también las dos disposiciones de la Ley N° 19.733 *sobre las Libertades de Información y Opinión y ejercicio del Periodismo* que se refieren a la reparación civil, se remiten a las reglas generales¹³.

Las empresas periodísticas en sus defensas suelen afirmar que existen dos estatutos aplicables a las acciones de indemnizaciones de perjuicios que alegan una afectación al honor, reputación o crédito de una persona, según si fueron cometidos o no a través de un medio de comunicación social.

En la primera hipótesis, según las empresas periodísticas se aplicaría el art. 40 la Ley N° 19.733 que solo conferiría acción indemnizatoria civil por daño patrimonial y moral en aquellos casos en que la conducta generadora del daño sea además constitutiva de delito penal, ya sea injuria o calumnia, y cuya determinación haya sido declarada en un juicio anterior y separado por un tribunal con competencia penal. De modo, que, para los medios de comunicación demandados, los afectados

a su derecho a la honra por algún contenido que hayan difundido carecerían de acción civil para perseguir el resarcimiento por los daños económicos y morales sufridos, los que solo tendrían un derecho especial regulado en el tít. IV de la Ley N° 19.733 denominado el derecho a aclaración o rectificación. De modo que para dicha tesis las demandas de empresas en contra de medios de comunicación deberían ser rechazadas pues las personas jurídicas al carecer de la calidad de persona natural no podrían perseguir la responsabilidad penal, pues los delitos de injurias y calumnias requieren que el querellante posea la calidad de persona natural.

En la segunda hipótesis, esto es, en aquellos casos en que la afectación a la honra no hubiese sido cometida por un medio de comunicación, se aplicarían las normas generales contenidas en el tít. XXXV del Libro IV del Código Civil, incluido el art. 2331, por lo que solo podrían demandar por daño patrimonial. Por su parte, los demandantes, sean personas naturales o jurídicas, se oponen a dicha interpretación sosteniendo que sus acciones se fundan en las reglas generales del Código Civil y no en la Ley N° 19.733; sostienen lo anterior junto con impugnar la aplicabilidad del art. 2331. Nuestra jurisprudencia, como expondremos, se ha inclinado por la segunda tesis.

¹² La ausencia de un estatuto normativo especial sobre el ejercicio del periodismo que defina y tipifique conductas ilícitas en el ejercicio de la libertad de información, que describa causales de justificación y medios probatorios especiales e hipótesis de presunciones de daño y, también, el largo procedimiento ordinario civil al que se sujeta su tramitación son algunos de los aspectos que han contribuido a la aún incipiente configuración de esta responsabilidad especial que ha tenido ya una antigua tradición en el derecho comparado, como España. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del país europeo fue a finales de la década de los 90 la fuente principal del único proyecto de ley que se ha presentado a trámite legislativo en Chile, pero que por falta de consenso político no tuvo mayor tramitación. Véase proyecto de Ley sobre Protección Civil del Honor y la Intimidad de las personas (Boletín 2.370-07) presentado a tramitación a la Cámara de Diputados el 20 de julio del año 1999.

¹³ Artículo 39.- "La responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos.- Se considerará también autor, tratándose de los medios de comunicación social, al director o a quien legalmente lo reemplaza al efectuarse la publicación o difusión, salvo que se acredite que no hubo negligencia de su parte".

Artículo 40.- "La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales.- La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral".

3. Los derechos en conflicto: la libertad de información de los medios de comunicación vs. el derecho a la honra de las empresas

Artículo 39. - La responsabilidad penal y civil por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de las libertades que consagra el inciso primero del número 12° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se determinará por las normas de esta ley y las de los Códigos respectivos.

Uno de aspectos más relevantes en el ámbito de los juicios que versan sobre la reparación del derecho a la honra de personas jurídicas deducidas en contra de medios de comunicación es que se está en presencia de un conflicto civil y también constitucional pues tal derecho aparece consagrado en el art. 19 N° 4 de la CPR. Frente al derecho a la honra se opone la libertad de información consagrada en el art. 19 N° 12 que ampara tanto a personas individuales, como a los medios de comunicación que son por antonomasia las entidades que se dedican organizada y profesionalmente a informar, entretener y educar a los ciudadanos.

Tal circunstancia constituye un rasgo relevante respecto a las demandas que plantean empresas por la afectación a su derecho a la honra en contra de otras entidades como bancos, instituciones públicas o bien otras sociales comerciales, puesto que estas últimas no ejercen el rol social que se atribuye a los medios de comunicación. Como se suele admitir, los medios de comunicación tienen una amplia protección jurídica tanto del derecho constitucional, como legal y penal.

Tal amplia sobreprotección deriva fundamentalmente de las funciones que se les ha ido reconociendo desde el s. XVII, dado que, junto con colaborar decisivamente con el progreso intelectual de los seres humanos, desempeñan una especial contribución como contrapoder frente a los poderes públicos, especialmente de los Gobiernos y también otros como el religioso y económico. De modo que la protección de la libertad de expresión —y más específicamente de la libertad de información— de los medios contribuye a la formación de la opinión pública, colabora con el proceso de la búsqueda de la verdad en los distintos campos del saber, es relevante para la búsqueda de la autorrealización de las personas y es esencial en la vida democrática de las sociedades¹⁴.

La protección normativa que poseen los medios de comunicación, sin embargo, no los exime de la responsabilidad jurídica en la que pueden incurrir en el ejercicio de la libertad de información. Sin embargo, desde la célebre decisión de la Suprema Corte de EE.UU. en el juicio *New York Times vs Sullivan*¹⁵ se ha venido sosteniendo que los medios de comunicación deberían responder civilmente solo en caso de que se pueda probar que ha actuado con desprecio temerario por la verdad, con real malicia, es decir en términos de nuestra tradición jurídica por culpa grave, la cual de acuerdo al art. 44 del Código Civil equivale al dolo.¹⁶

¹⁴ Entre todos los objetivos socialmente valiosos que produce la libertad de expresión, sobresale sin duda el descubrimiento de la verdad, que adquirió particular relevancia a mediados del s. XIX John Stuart Mill (2013).

¹⁵ Corte Suprema, EE.UU., caso 376 U.S.254. 1964.

¹⁶ En nuestra región ha sido en Argentina donde ha tenido mayor influencia la decisión el fallo del máximo tribunal de justicia de EE.UU. Siguiendo dicha decisión ya el año 1986, la Corte Suprema de la Nación Argentina distinguió el ejercicio entre la dimensión institucional e individual de la libertad de prensa. En la primera dimensión los medios de comunicación responderán solo en aquellos casos "... que la información aportada sea inexacta, y si el emisor obra con conocimiento de la inexactitud, o cuando se despreocupa temerariamente por indagar la veracidad, pese a que es fácilmente verificable y media una razonable presunción de falsedad" (...) la cual "solo es aplicable cuando la información versa sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares siempre que estén involucrados en hechos de interés institucional o de relevante interés público". En el ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión individual, la Corte Suprema argentina a partir del caso *Campillay, Julio C. con La Razón y otros* sostuvo que quién la ejerce "...está exento de responsabilidad por los daños que ocasione si aporta la información de manera objetiva citando la fuente de información de manera objetiva citando la fuente de información y acreditando su existencia, o utilizando una forma de verbo potencial y no asertiva, o absteniéndose de individualizar a la persona que protagoniza la información." BADENI, Gregorio, La Calumnia e Injuria y la Real Malicia. La Libertad de prensa y la Despenalización de la Calumnia e Injuria, en Justicia y Libertad de Prensa, Colección Chapultepec, Sociedad Interamericana de la Prensa, 2003, Miami, EE.UU. pág. 36 y 37.

El periodismo, al igual que otras profesiones, en su ejercicio ha ido progresivamente elaborando un conjunto de reglas, la denominada *lex artis*. En el campo informativo esto se traduce en la necesidad de que frente a un hecho que revista características de noticia, debe efectuar una investigación recabando antecedentes con todas las partes interesadas, buscar fuentes confiables, contrastarlas, exponiendo las distintas versiones sobre un asunto controvertido.

En el ejercicio del periodismo suele haber distintos tipos de contenidos informativos, como la crónica, en donde se informa a la comunidad, por ejemplo, sobre una denuncia efectuada por un grupo de consumidores por el mal servicio o defectuoso producto o bien que comercializa una determinada empresa. Pero también ese mismo contenido puede ser objeto del llamado periodismo de investigación, donde el medio destina con cierta dedicación de tiempo a periodistas, invirtiendo recursos económicos en indagar sobre toda clase de hechos que sean ética o jurídicamente reprochables y cuyos responsables pueden ser todo tipo de personas o instituciones, en especial las que ejerzan o posean diversos poderes, ya sea político, económico, social o religioso¹⁷.

3.1. La especial defensa de los medios de comunicación: el ejercicio legítimo de un derecho

La primera defensa que esgrimen los medios de comunicación es sostener que el contenido informativo que los demandantes califican como ilícitos constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información, protegido tanto en el art. 19 N° 12 de la carta fundamental, como en tratados internacionales como el art. 13 de la

Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸.

Este argumento suele ser recogido por las decisiones judiciales, incluso antes de evaluar la concurrencia de todos los requisitos que dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual. Las partes invariablemente acompañan el contenido informativo como medio probatorio, por lo que los tribunales de justicia en su razonamiento suelen analizar su rigor, seriedad, si fue equilibrado, si les otorgó espacio a todas las partes involucradas, contrastó las fuentes, si no hubo prejuicios en la cobertura, etc. En función de tales elementos los juzgadores determinan si el medio actuó legítimamente en el ejercicio de su libertad de información o no.

3.2. La veracidad de la información difundida por el medio de comunicación social

La segunda defensa que esgrimen los medios de comunicación vinculada estrechamente al ejercicio legítimo de la libertad de información se asocia a que el contenido noticioso difundido es veraz. Tal defensa aparece consagrada en la legislación civil solo en el art. 2331 del Código Civil al exigir dos requisitos para la procedencia de la reparación por daño económico, tanto el daño emergente como el lucro cesante: que se pueda apreciar en dinero —lo que siempre es posible—, y uno negativo, es decir, que el demandado pruebe la verdad de lo que imputado¹⁹.

Sin embargo, dado que la norma no alude al daño moral, la defensa de los medios de comunicación suele invocar la llamada excepción de verdad contenida en el art. 30 de la Ley N° 19.733. Dicha defensa tiene un ámbito de aplicación limitado a los juicios por el delito de

¹⁷ Una de las cuatro funciones que habitualmente se les ha atribuido a los medios de comunicación ha sido el de perro guardián — *wachtdog*— llamado también rol de monitoreo, junto a otros como el de facilitador, de colaboración y radical (Clifford et al., 2009). Una evaluación de la función vigilante en los últimos años en Latinoamérica se puede ver en Tagle (2017).

¹⁸ Un análisis del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la libertad de expresión que ha hecho la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos que han resuelto se puede ver en Anguita (2015).

¹⁹ Art. 2331 del Código Civil: "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

calumnias debido a que ese tipo delictivo exige, además de la imputación de un delito determinado, también que sea falsa, pues la protección del derecho a la honra exige razonablemente que el querellante no haya cometido el delito que se le atribuyó. Tal defensa, siempre y sin excepción, puede alegarla el querellado por calumnia.

En cambio, tratándose del delito de injurias, en principio no se puede invocar la excepción de verdad, a menos que se reúnan copulativamente los siguientes requisitos: que se hayan difundido por un medio de comunicación, que se hayan imputado hechos determinados. A la vez, debe concurrir a lo menos una de las siguientes circunstancias: que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real o que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio. Lo anterior no ocurre con el querellado por injurias, solo procede excepcionalmente y sujeta a la imputación de ciertos hechos determinados²⁰.

También, en algunos de los juicios en contra de medios de comunicación, sucede que la defensa suele esgrimir que el contenido informativo difundido es veraz, es decir, se ajusta a una investigación efectuada con rigor, profesionalismo, con las reglas sobre el reportaje y que dicha tarea apunta a hechos de interés público que conciernen a todos o un grupo relevante de ciudadanos, al denunciarse, por ejemplo, la inadecuada prestación de los servicios o productos que ofrece una empresa o los defectos en la composición de los bienes materiales o comestibles que comercializa una entidad. Los medios de comunicación se inclinan mucho a recoger denuncias y reclamos colectivos de personas sea en sus calidades de ciudadanos o consumidores para luego difundirlo en forma de contenido noticioso.

Las demandas civiles que han deducido empresas en Chile en contra de medios de comunicación se han

generado por dos clases de coberturas periodísticas, primeramente, las que son objeto del llamado periodismo de investigación. También aquellas noticias que son difundidas diariamente por los medios, por ejemplo, la llamada crónica que aborda temas de actualidad que provienen de distintos frentes informativos. Dicha distinción es relevante pues en el llamado periodismo de investigación se suele tener mucho mayor tiempo y recursos por lo que las probabilidades de errores son menores que las que se suelen cometer en el tipo de contenidos que se reportean y difunden en reducidos periodos de tiempo.

Otro aspecto relevante en los conflictos entre empresas y medios de comunicación es la mayor repercusión o efectos que tiene un reportaje periodístico en la ciudadanía. Sin duda, mayor a la que puede tener, por ejemplo, el protesto de un instrumento mercantil o una decisión de un organismo público sobre una licitación. Un programa de investigación difundido en un medio de comunicación masivo, como un canal de televisión que transmite en señal abierta en un horario de alta sintonía —el llamado *prime time*— puede llegar a ser visto por millones de personas. Si las empresas que ofrecen sus servicios, bienes y productos al mercado les preocupa especialmente obtener y conservar prestigio y reputación, ciertamente la difusión de una noticia sobre sus negocios las afectará fuertemente.

Esta dimensión posee, además, una importancia relevante en el *quantum* indemnizatorio que deben fijar los tribunales en caso de acoger la demanda civil de las empresas afectadas, pues el monto para resarcir dice unánimemente la doctrina civil, depende de la magnitud del daño, y este como dijimos se relaciona con la audiencia o lectores que tuvo el medio de comunicación que elaboró y difundió el contenido informativo.

²⁰ La excepción de verdad también está recogida en el art. 420 del Código Penal, aunque su ámbito es mucho más limitado pues se puede invocar también solo excepcionalmente del delito de injuria siempre que esta haya sido dirigida singular en concordancia con injuria a empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

4. La reparación del daño moral de las personas jurídicas

Como vimos, existe un amplio consenso en la doctrina civil chilena sobre la titularidad del derecho a la honra de las personas jurídicas, acuerdo que se extiende a que dichos sujetos pueden ser resarcidos del daño moral. Un primer trabajo sintetiza la opinión mayoritaria de los civilistas del país sobre su postura favorable a la legitimación activa de las personas jurídicas para demandar la reparación del daño moral que hayan experimentado²¹. Una investigación más reciente coincide en la postura doctrinaria favorable y también recoge decisiones judiciales que han resuelto demandas de indemnización de daño moral en favor de

personas jurídicas²².

Si bien en todas las sentencias que recogen ambos trabajos los tribunales expresan una postura teórica favorable a la reparación del daño moral, no en todas se acogen las pretensiones de los sujetos demandantes, lo que se funda no en su improcedencia o ausencia de derecho, sino en que no se reunieron todos los requisitos exigidos para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de los demandados, o bien por la falta o ausencia de prueba suficiente para formar la convicción del tribunal.

5. Análisis de la jurisprudencia derivada de las demandas deducidas por empresas que alegan una lesión a su derecho a la honra requiriendo reparación por daño moral o patrimonial en contra de medios de comunicación por difusión de noticias

La jurisprudencia en los casos que se ha demandado una indemnización de perjuicios por daño patrimonial o moral en contra de medios de comunicación ha sido coincidente con aquellos casos que el demandado no ha sido una empresa informativa. De modo que en todos los pleitos se reconoce y admite la posibilidad de que empresas afectadas por la cobertura de un medio de comunicación puedan demandar una reparación tanto por el daño patrimonial

como moral, pero su admisibilidad dependerá, al igual que en los juicios donde los medios de comunicación no son los demandados, de que se acrediten los presupuestos configuradores de la responsabilidad civil extracontractual. Como se desprende de las tablas n.os 1 y 2 de los anexos, en tres de los 11 pleitos los demandantes obtuvieron finalmente una sentencia favorable por la falta de algunos de los requisitos, como expondremos a continuación²³⁻²⁴.

²¹ La investigación incluye una relevante síntesis jurisprudencial de 24 sentencias. Véase Tapia (2014).

²² El trabajo recoge y sistematiza 14 juicios cada uno con las sentencias dictadas tanto por los tribunales de grado como por la Corte Suprema. Véase Serey (2021).

²³ Incluimos en la tabla anexo N. ° 1 como sentencias favorables los juicios promovidos por Deoleo y Velarde Hnos. en contra de Canal 13, y el de Ideal S.A. contra el mismo medio de comunicación a pesar de haber terminado con sendas transacciones, pues en ambos pleitos el tribunal de grado y la Corte de Apelaciones habían acogido en parte las pretensiones de las empresas demandantes. Por otra lado, no consignamos como sentencias favorables los juicios deducidos por Cencosud y Danone contra Canal 13, pues la transacción ocurrió antes que se dictara sentencia definitiva en el tribunal de grado. Probablemente la decisión de negociar y acordar una salida extrajudicial por Canal 13 se haya motivado por las decisiones adversas en los dos juicios más avanzados y que como expusimos tuvo como conducta generadora del daño el mismo reportaje periodístico exhibido por el medio de comunicación.

²⁴ Si bien el ámbito jurisprudencial del artículo comprende los juicios promovidos por empresas en contra de medios de comunicación, incluimos el pleito Fuentealba con San Martín Ulises, Diario La Crónica y Diario El Sur, aunque la demandante fue una concesionaria pero que demandó daño económico y moral en calidad de persona natural.

5.1. Existencia del acto ilícito doloso o culposo

El razonamiento judicial en juicios civiles de indemnización de perjuicios suele enumerar los elementos configuradores de dicha responsabilidad principiando con la existencia de un hecho ilícito, luego, examinando la concurrencia del dolo o culpa, la certidumbre del daño, la relación causal entre ambos y la imputabilidad; y en ocasiones se agrega un elemento negativo que es la ausencia de una causal de justificación en los pleitos en que existe un medio de comunicación como demandado²⁵.

El fundamento más reiterado para desestimar las demandas civiles de indemnización en esta dimensión ha sido la falta de prueba del hecho ilícito efectuado con dolo o culpa, evaluación que suele efectuarse conjuntamente. Tal fue el motivo del rechazo de la demanda deducida por una empresa que importaba lentes de sol en contra del canal de televisión Chilevisión por un reportaje que advertía a la población de que tales bienes carecían del estándar necesario para evitar la filtración de rayos ultravioletas lo que podía producir daño a la vista. El tribunal civil sostuvo que el medio de comunicación informó exactamente lo indispensable para que la población pudiese cuidarse de la radiación solar, sin ningún interés de menoscabar ni difamar a la actora, sin incluir tampoco en el reportaje el nombre o dirección del demandante o de los locales en los que entraron los periodistas²⁶.

Por los mismos fundamentos se rechazó la demanda en contra de Canal 13 de Televisión, por un reportaje difundido en el programa matinal *En Boca de Todos* que informó que en Chile circulaban botellas falsificadas de vodka *Stolichnaya*. En el programa entrevistaron a un

representante de Importaciones Nor Sur, quién indicaba cómo distinguir una botella auténtica de *Stolichnaya* de una falsa, señalando que la empresa que importaba las no originales era la sociedad demandante, Panamá City.

El tribunal estimó excusable las posibles imprecisiones en la información difundida en el programa sobre el origen del vodka *Stolichnaya* que se vende y distribuye en Chile, por varios motivos: primeramente, por la complejidad del conflicto y luego por la dificultad en elaborar un relato jurídicamente preciso sobre la situación marcaría y comercial de dicho alcohol. Esto último, tampoco fue el objetivo principal del reportaje, sino alertar al público sobre el peligro de ser inducido a engaño. El tribunal concluyó no haberse configurado un ilícito civil pues el comportamiento de los demandados aparece desprovisto de dolo o culpa²⁷.

En el mismo sentido, se desestimó una demanda también contra Canal 13 por exhibir en el noticiero Teletrece en la sección Reporteros, una nota periodística que advertía sobre supuestos engaños telefónicos a través de la línea 700 a personas que buscaban empleo que ofrecía una empresa de registro laboral. El tribunal destacó que el demandante no acreditó el nexo causal entre la acción y el daño emergente y lucro cesante causado a la empresa Majojobo Ltda. derivada de la emisión de Reporteros de Teletrece, y concluyó que la obligación de reparar nacía del hecho ilícito invocado por la demandante, lo que el juzgador estimó que no ocurrió²⁸.

En otro pleito, también se rechazó la demanda por no configurarse un ilícito civil y no apreciarse la conducta del medio de comunicación provista de dolo o culpa

²⁵ Una práctica jurisprudencial habitual en nuestra jurisprudencia civil es que, si se determina que no existe un acto ilícito, no se siguen evaluando los elementos restantes que configuran dicha responsabilidad.

²⁶ *2737 Importadora y Exportadora Limitada contra Red de Televisión Chilevisión*, 29° Juzgado Civil de Santiago, rol C-3.941-2005. La Corte Apelaciones Santiago, rol N° 10.444-2006, rechazó los recursos de casación en la forma y apelación deducidos por la parte demandante.

²⁷ *Contreras Elizalde, Patricio con Corporación de Televisión de la PUC, Canal 13 y Otro*, 2° Juzgado Civil de Santiago, causa rol C-28.073-2007. Confirmada sin declaración por la Corte de Apelaciones, causa rol 1.815-2011.

²⁸ *Comunicaciones Majojobo Ltda. con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 21° Juzgado Civil de Santiago, causa rol C-12.917-2008.

en la emisión del programa Contacto de Canal 13 que exhibió un reportaje relacionado con la comercialización de inmuebles de tiempo compartido. El reportaje recogía testimonios de clientes que alegaban haber sido estafados por la empresa debido a que nunca se les habría prestado el servicio adquirido²⁹.

5.2. Existencia de daño

La jurisprudencia civil chilena ha rechazado también por falta de prueba demandas civiles de reparación de empresas contra medios de comunicación a pesar de calificar culposa su conducta. Tal fue la decisión en el pleito que promovió una empresa dedicada al rubro turístico contra el canal de televisión Chilevisión por exhibir en la sección “*Derecho a Pataleo*” del noticiero central emitido a las 21.00 hrs. que informaba que la sociedad se habría declarado en quiebra y dejado a sus clientes, huéspedes y consumidores en absoluta indefensión y sin posibilidad de acceder a la atención pactada y a los servicios que habían adquirido. El tribunal sostuvo que Chilevisión reconoció el error de haber correlacionado la empresa Frontera Holiday con imágenes, logos y sitios que correspondían a otro hotel, estimando que existió una notoria falta de verificación de los hechos, al asociar imágenes y nombres a un hecho delictivo, tanto civil como penal, pues utilizó la palabra estafa. El tribunal, citando un artículo del Código de Ética del Colegio de Periodistas, indicó que se asume que un periodista medio verifique la correspondencia de las imágenes que pretende emitir con los hechos que informará, por lo que a su juicio la demandada actuó bajo el estándar que le era exigible. Desestima por tanto el juzgador la demanda por falta de prueba de una conducta dolosa. En la evaluación del daño alegado por la sociedad turística, el tribunal civil desestimó por falta de soporte fáctico

el daño emergente que solo se fundó en supuestas cancelaciones de matrimonios, eventos y seminarios, que se habrían producido como consecuencia del reportaje televisivo. Por el mismo fundamento rechazó la reparación del lucro cesante al no existir corroboración fáctica que lo acreditara. Por último, respecto del daño moral, el tribunal rechazó su reparación debido a que la empresa demandante utilizó nombres como “angustia, temor, aflicción y agotamiento” por las decenas de clientes que concurrieron a sus dependencias a anular los compromisos adquiridos, a la posibilidad de perder a sus clientes, por la baja inmediata y continua en la venta de sus servicios, también, por el esfuerzo de búsqueda de soluciones para resolver los compromisos económicos y, por último, por el esfuerzo en recuperar financieramente a la empresa. Para el tribunal, las afectaciones descritas no se podían predicar a una persona jurídica por ser incapaz de experimentarlas, estimando que la demandante confundió el daño de los socios con el de la sociedad³⁰.

El mismo razonamiento efectuó el tribunal en la demanda planteada por una empresa inmobiliaria contra Televisión Nacional de Chile, al darse por acreditada la negligencia del medio de comunicación al transmitir un reportaje titulado “*Ventas inmobiliarias, promesas mal medidas*” en el programa *Esto no tiene nombre* y en otros dos espacios periodísticos. La información difundida por el canal decía que un departamento del edificio Arq. San Miguel tenía una superficie real en metros cuadrados menor de la que se ofrecía. Este dato se acreditó falso según los medios probatorios rendidos en el pleito. No obstante, el tribunal concluyó que no hubo daño patrimonial para los demandantes pues, según la prueba rendida, la transmisión del programa en varios horarios y días no afectó las ventas del edificio ni las ganancias de las demandantes presumiendo que si no hubo

²⁹ *Coustasse con Canal 13*, 30° Juzgado Civil de Santiago, C-794-2011, causa a la que se acumuló los procesos *Celedón con Canal 13 SPA*, rol C-5301-2011 del 29° Juzgado Civil de Santiago y *Coustasse con Pontificia Universidad Católica de Chile*, rol C-16314-2011 del 9° Juzgado Civil de Santiago. La Corte de Apelaciones, causa rol N° 13.912-2018 rechazó el recurso de casación en la forma y apelación deducido por el demandante.

³⁰ *Hotelería, Turismo e Inversiones Limitada con Red de Televisión Chilevisión S.A.*, 22° Juzgado Civil de Santiago, causa rol 1.737-2017. Confirmada sin declaración por la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 14.131-2018.

disminución de las ventas de departamentos que afectara su patrimonio, tampoco hubo daño en la imagen de los actores y, por tanto, tampoco perjuicio extrapatrimonial³¹. Respecto a los medios probatorios idóneos para probar la existencia del daño moral, Cuevas (2021) citando a Cárdenas Villarreal, H. y González Vergara, P. (2007) ha sostenido que debe centrarse en acreditar un daño al prestigio que provoque una interferencia no consentida, ilegal o arbitraria, en el plan de vida de una persona o en el desarrollo institucional de una persona jurídica, debiendo probarse por la persona jurídica qué aspectos de su proyecto o plan institucional han sido alterados a consecuencia de la afectación al prestigio.

5.3. El debate sobre la reparación del daño moral de las personas jurídicas

Si bien existe consenso en la doctrina civil sobre la procedencia de la indemnización por el daño económico y moral que pueden experimentar las personas jurídicas, no existe el mismo acuerdo en nuestra jurisprudencia. Así una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que las personas jurídicas al ser incapaces de sentir dolor no podían experimentar daño moral puro por lo que el debate debía centrarse en el daño moral con consecuencias patrimoniales al verse afectado su honor, el prestigio o la confianza comercial de que gozaban dentro del ámbito de sus actividades.³² Sin embargo, tal interpretación exige, que se pruebe el daño moral que ha afectado el patrimonio de la víctima. De modo que una opinión que compartimos es que la reparación civil del honor y prestigio de una persona jurídica no tiene necesariamente que ser reparada mediante una

indemnización por daño moral, sino que más bien, por un resarcimiento del lucro cesante. (Barrientos, 2007, pág. 137).

Otro aspecto interesante en este ámbito de la responsabilidad extracontractual posee especial interés en aquellos pleitos en que la acción de indemnización de perjuicios se deduce en contra de un medio de comunicación. Esto último es así debido al particular efecto expansivo de los contenidos que difunden o divulgan las empresas informativas a sus masivas audiencias o lectores, efecto que carece toda acción que puede efectuar una persona natural o jurídica en contra de una sociedad. Por lo anterior, la protección de la honra de las personas naturales tiene un tratamiento diferenciado según si el mensaje informativo que lesiona su prestigio fue realizado o no a través de un medio de comunicación.

La honra en su acepción objetiva, asociada a la reputación, tiene una directa dependencia del número de personas que accede al contenido negativo. Así, que una persona individual o colectiva denuncie falsamente ante un órgano fiscalizador o de persecución penal como el Ministerio Público alguna irregularidad o ilegalidad de una entidad empresarial ciertamente afecta su prestigio, pero es ostensiblemente mayor si la denuncia proviene de una investigación periodística que difunde un medio de comunicación, pues dependiendo del tipo de denuncia, la empresa probablemente podría no solo perder una cuota de mercado, sino que se vería en la necesidad de cambiar de nombre, de vender activos, de enajenar la propiedad e, incluso, de tener que poner término a sus actividades comerciales³³.

³¹ *Inmobiliaria Don Nicolás S.A., con Televisión Nacional de Chile*, 26° Juzgado Civil de Santiago, causa rol C-19.628-2014. La actora había demandado a TVN y a la periodista que condujo el programa impugnado que alegó la excepción de falta de legitimidad pasiva que el tribunal acogió en razón a que actuó como conductora o presentadora que debió seguir una pauta y libreto, y que no se acreditó que haya sido de su exclusiva responsabilidad, siendo en consecuencia una más del equipo del programa *Esto No Tiene Nombre*. La demandante dedujo recurso de casación en la forma y apelación que se encuentran pendiente de resolución en la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 6.190-2019.

³² *Importadora Exportadora JYC Ltda. con Comercial Cisandina Chile Ltda.* (2003). La Corte Suprema rechazó los recursos de nulidad, Rol N° 546-2004.

³³ El cierre del establecimiento fue lo que ocurrió en el caso del llamado Hijitus donde se denunció que uno de los hijos de la dueña del jardín infantil abusaba de los alumnos. Aunque la justicia absolvió penalmente de todo delito a los acusados, luego de haber sido formalizados y privados de libertad, difícilmente con lo sucedido podrían haber reabierto el establecimiento que gozaba de una historia de 40 años de antigüedad y de gran prestigio en la comuna.

6. Sentencias que han acogido las pretensiones de las empresas demandantes en contra de medios de comunicación

El debate en torno a la reparación del daño moral de las personas jurídicas conviene exponerlo a la luz de los pleitos que poseen un mayor interés al haber sido los únicos en que se ha acogido —al menos en parte— las pretensiones de las empresas demandantes y, además, porque en uno de ellos —Artesanos del Sur contra Megavisión— la Corte Suprema pronunció su razonamiento el que sintetizamos a continuación.

6.1. Artesanos del Sur Limitada con Red Televisiva Megavisión S.A.³⁴

La relevancia de este pleito radica en que la Corte Suprema razona fundadamente sobre la reparación del daño moral de una persona jurídica derivado de un reportaje televisivo emitido por un medio de comunicación, el que ha sido el único pronunciamiento del máximo tribunal de justicia en la dimensión jurisprudencial que analizamos.

El pleito comienza con la demanda deducida por la empresa elaboradora de alimentos *Artesanos del Sur Limitada* contra el canal de televisión Red Televisiva Megavisión S.A., que solicita la indemnización de perjuicios por el reportaje que exhibió en la sección Megatestigo del programa *Meganoticias* los días 8, 9, 10 y 11 de abril del año 2011. El reportaje denunciaba la presencia de heces de ratón en las instalaciones donde la empresa demandante elaboraba galletas y otros productos alimenticios. La actora sostuvo que las imágenes exhibidas no correspondían a sus dependencias y que la falsedad de los hechos denunciados fue corroborada por la SEREMI de Salud

de la Región Metropolitana, pues si bien luego de una fiscalización sancionó a la empresa, la multa aplicada se fundó por motivos muy distintos a los expuestos en la denuncia televisiva. La empresa destacó cómo aspecto más grave que las imágenes fueron aportadas por una extrabajadora que había sido despedida días antes, por lo que el medio debió haber corroborado la información antes de emitir el reportaje. Artesanos del Sur fundó sus pretensiones, además, en que durante la emisión de la nota periodística el conductor del programa efectuó graves imputaciones contra la empresa cuya difusión a nivel nacional le ocasionó grandes perjuicios tanto patrimonial, al causarle una disminución de las ventas, como en el ámbito extrapatrimonial, al dañar gravemente su imagen pues se le clausuraron sus dependencias y perdió un importante comprador como la JUNAEB. La empresa solicitó una indemnización de \$ 208.000.000 por la pérdida de ingresos y de \$ 150.000.000 a título de daño moral por el desprestigio a la imagen de la compañía.

La defensa de Megavisión sostuvo que una extrabajadora de Artesanos del Sur contactó a un periodista de la sección *Megatestigo* quien efectuó la denuncia y le proporcionó imágenes sobre el incumplimiento de normas de higiene en la elaboración de galletas que se distribuían en colegios a través de la JUNAEB. De modo que señaló haber circunscrito su actuación al ejercicio del derecho-deber de informar sobre hechos relevantes de interés general y público bajo la libertad de prensa. Añadió que los hechos se pusieron en conocimiento de la SEREMI de Salud, quien fiscalizó el lugar e impuso sanciones a la empresa

³⁴ 22° Juzgado Civil Santiago, causa rol C-1.006-2014. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago causa rol 11.198-2017 con declaración de que la suma ordenada para pagar se reduce a \$ 20.000.000, más reajustes e intereses en la forma que indica el fallo de primer grado. La Corte Suprema, causa rol 6.296-2019, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el canal de televisión demandado.

denunciada y clausuró las instalaciones por infracción a dos reglamentos sanitarios. Además, Megavisión señaló que concurrió al lugar para obtener la versión de la empresa y corroborar la veracidad de la denuncia, lo que no fue posible por la negativa de la entidad y que el reportaje tuvo la única finalidad de informar la denuncia de la extrabajadora sobre el incumplimiento de medidas sanitarias al interior de la empresa que elabora alimentos que consumen preferentemente niños.

En dicha línea, el canal de televisión expresó que la denuncia fue tratada con imparcialidad, sin presumir la veracidad de los hechos ni realizar imputaciones, limitándose a entregar cobertura periodística a una denuncia y un hecho de interés público que ya era investigado por la autoridad sanitaria, cumpliendo con todos los cánones éticos y profesionales razonablemente exigibles a un reportaje noticioso, como son la recepción de la denuncia, captación de imágenes reales, investigación seria e informada y consulta a los involucrados, todo dentro del legítimo ejercicio de la libertad prensa. Por último, la defensa del medio expresó que no concurrían los elementos de procedencia de la responsabilidad civil, ya que la denuncia fue presentada por un tercero y que la intervención de Mega se justifica en la libertad de informar consagrada en la Ley N° 19.733 y diversos Tratados Internacionales y que en el pleito regía una excepción al principio general de reparación pues el art. 2331 del Código Civil excluye expresamente el daño moral por imputaciones injuriosas contra el honor y el crédito de una persona.

El tribunal de grado acogió la demanda por daño extrapatrimonial y fijó su monto en 80 millones de pesos, desestimando la reparación por daño patrimonial. Sostuvo el juzgador que respecto a este último ítem la actora no especificó si demandó por daño emergente o lucro cesante o por ambos, puesto que alegó haber perdido a título de ingresos no percibidos la suma de \$ 41.600.000 en el año 2011, que calculada por los cinco

años siguientes sumaba \$ 208.000.000. Respecto al daño emergente, el tribunal concluyó que la actora no produjo prueba de haber incurrido en gastos o experimentado disminuciones patrimoniales por la acción imputada a la demandada, como realizar acciones patrimoniales para sanear o revertir el daño a su imagen, lo que no se infiere del informe pericial acompañado como tampoco el lucro cesante demandado. Por lo anterior, el tribunal tuvo por acreditado solo la disminución de ventas de parte de la actora con posterioridad al mes de la emisión del reportaje, disminución que no permite arribar al monto demandado.

En cuanto al daño extrapatrimonial demandado por la empresa de alimentos calculado en \$ 150.000.000, el tribunal señaló que se estaba ante daño moral propiamente tal, debido a que los entes ficticios evidentemente no tienen sentimientos, ni angustias, padecimientos psicológicos, o en el ánimo, en tanto que el daño extrapatrimonial se reduce al daño de la imagen de la empresa o daño al prestigio comercial. Para el sentenciador, el derecho comparado y la jurisprudencia han reconocido que el daño extrapatrimonial de las personas jurídicas se vincula al menoscabo que proyectan sus consecuencias nocivas en el patrimonio, como lo que afecta o pone en duda la calidad de los productos reduciendo el número de clientes, siendo indemnizables los hechos dañinos que tienen consecuencias patrimoniales al verse afectado el prestigio o la confianza comercial del afectado³⁵. El tribunal de grado concluye que para que proceda la indemnización por daño a la imagen de una empresa, debe demostrarse que existió lesión a la imagen y además acreditar de manera cierta, las consecuencias económicas en que se tradujo el desprestigio.

La Corte de Apelaciones, aunque confirmó el fallo consideró excesivo el monto de la reparación otorgada a la empresa demandante, por lo que determinó reducirla prudencialmente. El tribunal de alzada sostuvo que, por no existir parámetros objetivos, se debían solo considerar

³⁵ Cita la sentencia dictada el 18 de octubre 2011 por la Corte de Apelaciones de Talca, causa rol 768-2011.

los criterios jurisprudenciales existentes -particularmente los relativos a la indemnización del daño moral- aunque no los expuso. El único criterio que señaló el tribunal de alzada fue considerar que el daño a la imagen no fue enteramente atribuible al canal de televisión debido a que la fiscalización sanitaria y la posterior clausura del establecimiento se sucedieron coetáneamente con el reportaje. Por dicho motivo, la Corte decidió rebajar la reparación por concepto de daño moral de \$ 80.000.000 a \$ 20.000.000.

La Corte Suprema y su decisión sobre el estatuto normativo aplicable y su interpretación del art. 2331 del Código Civil

La Corte Suprema conoció el pleito por el recurso de casación en el fondo deducido por el medio de comunicación. La recurrente atribuyó al fallo impugnado un error de derecho en el razonamiento que condujo a los juzgadores a acoger la demanda por daño moral, infringiendo los arts. 39 inc. 1° y 40 de la Ley N° 19.733, en relación con el art. 2331 del Código Civil³⁶. Para el recurrente, la contravención de ley se produjo al admitir equivocadamente la procedencia de la reparación del daño moral pues, según el art. 40 de la Ley N° 19.733, el daño moral solo es indemnizable cuando el ofensor ha sido previamente condenado en sede penal por el delito de injurias o calumnias siendo una norma especial que rompe con la regla general del art. 2331 del Código Civil, dado que el legislador condicionó la procedencia del daño moral a la existencia de un estándar más alto de antijuridicidad, como es la comisión de un delito penal declarado por sentencia firme.

En dicho sentido, para el recurrente, la Ley de Prensa introdujo un estatuto especial que permite al ofendido optar entre perseguir una condena penal por el delito de injurias o calumnias que luego le permita accionar tanto por el daño patrimonial como extrapatrimonial o bien eludir la persecución penal y accionar solo en sede civil,

pero en este caso con la limitación de que solo podrá demandar la reparación del daño patrimonial. La postura de la recurrente de casación sostuvo que la sujeción del daño moral a un estándar más exigente de antijuridicidad de un medio de comunicación social se justifica por estar en juego la libertad de expresión sin censura previa, siendo la protección de esta libertad el objetivo de dicha ley especial. Por lo que se concluye que, al no existir una sentencia penal condenatoria por delito de injurias o calumnias por la nota periodística difundida, los sentenciadores incurrieron en un error de derecho por conceder una indemnización por daño moral.

Para la Corte Suprema, la controversia jurídica sobre la cual debe decidir radica en resolver si resulta procedente o no la reparación del daño moral, según la normativa que se denuncia infringida, sin que el reproche se extienda a dar por establecida la afectación de la imagen ni al *quantum* de la indemnización que viene determinada en el fallo. Primeramente, el tribunal supremo de justicia de Chile afirma que en su ordenamiento jurídico no existe norma que exima de responsabilidad a los medios de prensa y comunicación, pues el art. 19 N° 12 de la CPR no excluye de la libertad de prensa la responsabilidad penal como civil, citando también el art. 13 del Pacto San José de Costa Rica y el art. 1° de la Ley N° 19.733 que tendría la misma orientación.

Dicho precepto, según cita la Corte Suprema un artículo del profesor Hernán Corral Talciani, distingue entre delitos y abusos referidos a la responsabilidad penal y civil, de manera que los abusos que no son delitos penales pero sí hechos ilícitos generan responsabilidad resarcitoria, y añade que aunque sea posible hacer valer conjuntamente la responsabilidad civil con la penal no excluye que pueda configurarse la responsabilidad al margen de la incriminación de la conducta por la ley penal, por lo que se podría perseguir la responsabilidad civil del periodista independientemente de la responsabilidad penal, caso en que deber acreditarse que la conducta es antijurídica

³⁶ Dos buenos análisis doctrinario y jurisprudencial del art. 2331, en Larraín (2011) y en Domínguez Hidalgo (2019).

por violación del principio general del *neminem laedere*, contenido en los arts. 2314 y 2319 del Código Civil (Corral Talciani, 2006).

La Corte Suprema concluyó que la tesis del recurrente carece de sustento debido a que la acción intentada no emanó de la Ley N° 19.733, sino que se demandó de responsabilidad civil extracontractual derivada de una conducta negligente de Megavisión consistente en difundir una denuncia presentada por un tercero sin corroborar la veracidad de las imputaciones, incluyendo en la nota expresiones descuidadas del personal periodístico que tienen la aptitud de incidir en la teleaudiencia como hechos probablemente efectivos. Para la Corte Suprema, los sentenciadores razonaron bien al considerar que el comportamiento atribuido no era constitutivo de injuria pues no apreció —ni se acreditó— la intención o ánimo de injuriar de la parte demandada, de modo que la conducta reprochada no se rige por la Ley de Prensa, sino que por el estatuto general de responsabilidad extracontractual³⁷.

La Corte Suprema examinó, luego, la alegación del recurrente al art. 2331 del Código Civil que limita la indemnización solo al daño emergente y lucro cesante, excluyendo el perjuicio extrapatrimonial cuando se trate de imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona. El máximo tribunal de justicia, al desestimar dicha tesis, expresa que su examen no puede desatender el principio de reparación integral del daño y desconocer el rol de la responsabilidad civil como herramienta de protección —entre otros— de los derechos de la personalidad, como el honor, la imagen y la intimidad, cuya afectación son aptas para provocar un daño de carácter extrapatrimonial en la persona. Sostiene la Corte Suprema que del tenor literal del art. 2331 podría

inferirse una regla que excluiría el daño moral en casos de imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, pero que una lectura más profunda no lo excluiría pues la redacción del Código Civil solo contemplaba el daño material o patrimonial, siendo el daño moral una creación jurisprudencial que surge primero en materia de responsabilidad civil extracontractual y luego se extiende incluso al estatuto contractual.³⁸ Añade que no puede desatenderse que el art. 2339 del Código Civil consagra el principio de reparación integral del daño por lo que la regla contenida en el art. 2331 debe necesariamente interpretarse de manera restrictiva, lo que ha sido la orientación jurisprudencial del daño moral tanto en sede extracontractual como contractual, sin que exista justificación alguna para establecer una excepción a la indemnización del daño moral por afectación a un derecho de la personalidad. Tampoco le parece razonable a la Corte Suprema excluir la reparación del daño extrapatrimonial por afectación a la honra, pues no solo importaría desconocer la obligación general de indemnizar todo daño, sino que, además, atentar contra una garantía personal que goza de tutela constitucional, como lo es el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de las personas y de su familia, consagrados en el número 1 y 4 del art. 19 de la Constitución Política³⁹.

Concluye la Corte Suprema que la “recta inteligencia” del art. 2331 no puede desconocer la procedencia de la indemnización del daño moral en el ordenamiento jurídico chileno, pues todos los daños son resarcibles, salvo disposición expresa en contrario. Citó además un fallo anterior que había señalado que no era explicable que la doctrina y jurisprudencia no admitiesen por el art.

³⁷ Es llamativa la referencia del fallo de la Corte Suprema, pues repite el error contenido en las sentencias dictadas por los jueces de grado los que descartaron la existencia de ánimo de injuriar del medio de comunicación, dado que tal conducta como se sabe solo puede perseguirse en un proceso penal seguido ante un tribunal de tal competencia.

³⁸ La Corte Suprema cita a Domínguez Hidalgo (2019).

³⁹ La reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050 (D.O. 26 agosto 2005) eliminó la expresión “pública”, por lo que en la actualidad la tutela es solo respecto a la vida privada y honra de las personas y su familia. Por reforma constitucional introducida por la Ley N° 21.096 (D.O. 16 agosto 2018) se incorporó el siguiente texto: “y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

2331 la reparación del daño moral por la vulneración del derecho a la honra siendo que era la afectación más propia y consustancial con un atentado a dicha garantía. A lo anterior, para nuestro máximo tribunal de justicia se añadía el reconocimiento legislativo del daño moral, como la Ley N° 19.496 de protección a los derechos de los consumidores y la Ley N° 19.628, sobre protección a la vida privada.

Otro argumento de la Corte Suprema, que también sigue al profesor Corral Talciani, fue considerar que el art. 2331 se refiere únicamente a imputaciones injuriosas y no a las violaciones a los derechos de intimidad o imagen, donde recupera vigencia el principio de reparación integral del daño, distinción que le pareció aplicable al caso *sublite* pues la conducta reprochada a la demandada no era por una imputación injuriosa, sino un actuar negligente al difundir una denuncia realizada por un tercero sin corroborar la veracidad de los hechos, lo que configura un caso donde el comportamiento indebido por parte del medio de comunicación deviene en una vulneración a la imagen de la denunciada al generar desconfianza en los productos que comercializa, aspecto que fue precisamente invocado como fundamento de la acción reparatoria.

La Corte Suprema resalta la plena vigencia del principio de la reparación integral del daño, y que sería procedente la indemnización del daño extrapatrimonial, según recta inteligencia del art. 2331 que no permite excluir *a priori* la reparación del daño extrapatrimonial. Esto se debe a que su procedencia emana del estatuto legal de responsabilidad civil y del reconocimiento de los derechos de la personalidad consagrados en la CPR sin que contravenga la libertad de emitir opinión y la informar, pues la normativa reconoce tales derechos, pero establece a su vez la obligación de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas

libertades. Por lo razonado, la Corte Suprema estimó que los sentenciadores aplicaron correctamente la ley al acoger la demanda y ordenar la reparación del daño extrapatrimonial.

6.2. Demandas deducidas por grandes empresas contra Canal 13: Ideal S.A., Deoleo S.A., Velarde Hnos., Danone Chile S.A. y Cencosud Retail S.A. contra Canal 13

Los juicios que han tenido mayor repercusión pública han sido sin duda los que se originaron por la exhibición del programa Contacto *Alimentos saludables ¿Gato por liebre?* emitido por Canal 13 el 9 de julio de 2013 en horario *prime time*. El impacto se debió al prestigio del espacio periodístico —creado el año 1991 y uno de los más antiguos en el país del formato denuncia ciudadana—, al tamaño de las empresas denunciadas y a que los productos objetados en el programa tenían un alto volumen de ventas en Chile y en otros países.

El reportaje se dividió en cuatro categorías de alimentos: yogurts, panes, aceites de oliva y verduras orgánicas. El programa informó que existirían marcas productoras que derechamente engañarían al público, pues sus productos no eran lo que se promocionaba y que incluso serían peligrosos para el consumo humano⁴⁰. Así, el aceite de oliva Carbonell al igual que el mismo tipo que vendía bajo marca propia Cencosud fueron objetados por promocionarse como aceite extra virgen y calificados, además, como aceites “lampante”, es decir, para uso combustible en lámparas y, por lo tanto, no apto para consumo humano y dañino para la salud. Según el análisis científico citado por el programa, los productos no cumplían con los estándares internacionales para su consumo. Contacto objetó también que una clase de panes con rótulo *light* que Ideal comercializaba en el país cumplieren con los estándares exigidos para dicha denominación. Respecto a ciertas marcas de yogures

⁴⁰ Así lo sostuvo el conductor del programa en la presentación del capítulo: “La investigación periodística de hoy está enfocada en aquellos alimentos que durante años la publicidad nos ha convencido que son productos saludables. Hablamos de productos de consumo diario. Expertos nos alertan que el contenido es dudoso y en algunos casos, hasta peligroso”.

que ofrecía Danone en Chile, el programa de investigación cuestionaba incluso que tuviesen la calidad de yogures por no alcanzar un porcentaje mínimos de fermentos.

Las demandas civiles de indemnización de perjuicios fueron entabladas por cinco empresas en cuatro juicios contra Canal 13, pues Deoleo —la razón social de la empresa andaluza Carbonell— dedujo su demanda junto Velarde Hnos. empresa importadora exclusiva de dicho producto al país. Los cuatro juicios terminaron con una transacción, pero en los promovidos por Danone Chile y Cencosud Retail S.A. el acuerdo se produjo ante el tribunal de grado sin que se haya dictado sentencia definitiva (ver Anexo N° 1). En cambio, en los dos restantes, promovidos por Ideal S.A. y Deoleo S.A. y Velarde Hnos., la transacción ocurrió en la Corte Suprema. Parece relevante conocer el razonamiento del tribunal de alzada de Santiago, aunque el máximo tribunal de justicia del país no se haya pronunciado en ninguno de los dos juicios que llegaron a su conocimiento.

Sintetizaremos a continuación los juicios promovidos por Ideal S.A. y luego Carbonell y Velarde Hnos. contra Canal 13.

6.2.1. *Ideal S.A. contra canal 13*

El pleito llegó a la Corte de Apelaciones de Santiago por el recurso de apelación deducido por ambas partes en contra del fallo que acogió parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual que ordenó a pagar a Canal 13 la suma de \$ 4.430.349.352 solo por lucro cesante.

El tribunal de alzada antes de pronunciarse sobre el fondo sintetizó los fundamentos de cada parte. Ideal en su demanda expresó que la edición de Contacto faltó al más elemental deber de cuidado periodístico, transmitiendo información falsa de sus productos sin la más básica comprobación de lo comunicado, con tintes escandalosos, creando alarma gratuita e injusta en los consumidores, perjuicios acrecentados por la profusa difusión del programa en otros espacios del medio televisivo. El programa cuestionó el nivel de calorías y grasa del pan envasado producido por Ideal, indicándose

múltiples veces que los rotulados eran falsos, y que los panes *light* contenían más calorías y grasa que lo informado en sus envases: respecto del pan de molde blanco *light* se afirmó que era de un 108 %, y se sostuvo el absurdo de que el pan regular tendría menos calorías que la versión *light*, por lo que se indicó que el consumo de marraqueta era la solución al problema.

En cuanto a los informes en que se basó el programa, Ideal sostuvo que adolecían de defectos graves como que las muestras analizadas estaban vencidas al momento del análisis o correspondían a productos obtenidos un año y medio antes de la emisión del programa. Afirmó también que los productos objetados estaban certificados como aptos para el consumo humano y de libre venta en Chile, autorizaciones que fueron fiscalizadas por el revuelo del programa, constando en el acta que los alimentos auditados cumplían con la normativa vigente. Agregó que se magnificaron los datos por cuanto a la emisión del programa se siguió difundiendo tal información en noticieros, matinales, entrevistas y programas de radio donde se comentaban reacciones de organizaciones de consumidores frente a la información presentada como irrefutable, incluso de actores políticos como el senador Girardi, quien junto a un médico de la sociedad chilena contra la obesidad se refirió al programa alertando a la población y botando en un basurero frente a las cámaras un envase de pan de molde Ideal.

Por la emisión de Contacto —indicó la actora— siguió una disminución drástica en el consumo, en especial del pan de molde *light*, con una fuerte caída de las ventas que antes crecían cada año a un 18%. La demandante solicitó los siguientes montos: por concepto de daño emergente: gastos de publicidad, reposicionamiento de marca, asesorías técnicas y legales, destrucción por obsolescencia, y compensación de vendedores, la suma de \$ 2.335.313.097. Por lucro cesante, la cantidad de \$ 36.496.866.362. Por último, a título daño moral: por el perjuicio que las actuaciones difamatorias de la demandada causaron a la marca, lesión del buen nombre, fama, imagen y reputación comercial, la cantidad de \$ 5.000.000.000.

La defensa de Canal 13 negó y contravirtió por inefectivos los hechos fundantes de la demanda, afirmando que no concurrió ninguno de los presupuestos exigidos por la ley para la responsabilidad extracontractual. Sostuvo que su conducta se enmarca en el art. 19 N° 12 de la CPR y la Ley N° 19.733, sobre el derecho a informar, y que se limitó a dar a conocer las conclusiones de un estudio científico realizado por la Dirección de Investigación Científica y Tecnológica (DICTUC) de la Pontificia Universidad Católica de Chile, de muestras de panes, con el más absoluto convencimiento de que era información veraz, por haber sido hecha por un laboratorio experto en la materia, conforme a parámetros y metodología científica. Indicó que no hubo dolo ni intención de dañar al demandante; tampoco culpa, pues no hubo un actuar negligente, afirmando que su obligación era cumplir con un estándar de cuidado de veracidad y no de verdad, por lo que discutió la existencia y monto de los daños y perjuicios demandados.

La Corte de Santiago procedió a evaluar separadamente cada ítem demandado:

Lucro cesante: Por dicho ítem, el tribunal compartió el contenido y conclusiones de la pericia. No obstante, el tribunal de alzada de Santiago estimó excesiva la cantidad que había sido fijada en \$ 4.430.349.352 por lo que la reduce a \$ 1.000.000.000.

Daño moral: La Corte de Apelaciones recordó que la doctrina mayoritaria nacional y comparada acepta la posibilidad de que la persona jurídica pueda sufrir atentados que le provoquen un daño moral y que el honor, entendido como la opinión que los sujetos tienen de un individuo, sería el que gozarían las personas jurídicas y que recibiría el nombre de fama o prestigio comercial, con lo que se alza el desprestigio comercial

como argumento válido para solicitar indemnización del daño moral de un ente moral ficticio como es la persona jurídica, que aparece reconocido en el ordenamiento jurídico constitucional en sus arts. 19 N° 4 y 19 N° 12 de la CPR; y que, además, cuenta con el respaldo de los civilistas Pascal Bidart, Fueyo, Domínguez Ávila, Domínguez Benavente, Domínguez Hidalgo, entre otros.

En lo resolutivo, la Corte de Apelaciones revirtió el rechazo a la reparación del daño moral por el tribunal de grado debido a que la actora efectivamente sufrió los efectos perniciosos por el hecho antijurídico acreditado del demandado, lo que le significó sufrir la desacreditación de la calidad de sus productos, de la información en los rótulos de los diversos productos sobre niveles de calorías y grasas, y que, además, el programa sugirió al público abstenerse de consumirlos y preferir el pan de marraqueta. El tribunal de alzada señaló como una agravante que las afirmaciones del programa Contacto se reiteraron y difundieron con posterioridad en varios otros espacios y programas del mismo Canal 13, lo que afectó la reputación empresarial de la demandante y su consiguiente posición en el mercado. Por lo expresado, la Corte de Apelaciones acogió la demanda por daño moral regulando su cuantía prudencialmente, por parecer excesiva —era de \$ 5.000.000.000—, en la suma de \$ 300.000.000 (trescientos millones de pesos).

6.2.2. *Deoleo S.A y Velarde Hnos. con Canal 13*

El pleito llegó a la Corte de Apelaciones de Santiago por recursos de apelación que dedujeron ambas partes y por el recurso de nulidad formal presentado solo por el demandado, Canal 13⁴¹. A diferencia de las demás demandas contra Canal 13 por la emisión de Contacto, en este juicio, dos empresas afectadas, vinculadas por una relación comercial productor-importador de aceite de oliva, decidieron accionar conjuntamente contra de

⁴¹ El recurso de nulidad formal se fundó por la incompetencia del tribunal al dictar sentencia debido que el actor había interpuesto previamente una medida prejudicial preparatoria ante otro juzgado civil. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones debido a que dicha circunstancia no fue alegada por la demandada en su oportunidad procesal con los recursos que la ley procesal establece en todos sus grados, operando una prórroga tácita según el art. 187 del COT.

Canal 13. El tribunal de grado condenó a Canal 13 a reparar una parte del lucro cesante solicitado por Deoleo S.A. con una suma de 80 millones de pesos y a Velarde Hnos. con 150 millones de pesos⁴². Desestimó, además, la reparación por daño moral y, finalmente, el tribunal civil ordenó una reparación *in natura* que habían solicitado los actores que fue

...cumplir una obligación de hacer, consistente en emitir una declaración en el programa “Contacto” u otro de igual sintonía, si este programa a la fecha no existiera, donde comunique que la información emitida en el programa “Contacto” de 9 de julio de 2013 respecto del aceite de oliva marca Carbonell era errada en la calificación de lampante y de producir daños a la salud incluso cáncer, señalándose expresamente que el aceite de oliva Carbonell no es lampante, no produce daños a la salud ni produce cáncer, y cumple con todos las normas nacionales que certifican su calidad de aceite de oliva.

El tribunal de grado fijó como punto central de la controversia de si Canal 13 al emitir el programa “Contacto” actuó o no negligentemente, como lo sostuvo el actor afirmar que lo hizo en forma negligente, descuidada e incluso con malicia, no cumpliendo con responsabilidad su labor periodística, al emitir el espacio periodístico no verificando las fuentes de información ni los datos obtenidos, desnaturalizando su carácter de medio de comunicación social al asumir a través de sus periodistas un rol de “fiscalizador” que escapa de sus atribuciones, realizado además en condiciones equivocadas, y que le corresponde a organismos autorizados como la SEREMI de Salud”. El juzgado civil sintetizó que Canal 13 defendió el reportaje expresando haber actuado en el ejercicio legítimo del derecho a informar, que se limitó a conocer las conclusiones de un estudio científico realizado por un centro químico a ciertas muestras de aceites de oliva,

información que se dio en el más absoluto convencimiento de que dicha información era veraz, ya que había sido establecida por un laboratorio experto en la materia, conforme a los parámetros y metodología científica que regulan estas materias. El tribunal concluyó de la prueba rendida que Canal 13 actuó a lo menos negligentemente por entregar información incorrecta y haber efectuado aseveraciones contrarias a la normativa legal vigente. Los argumentos para arribar a dicha decisión fueron, en primer lugar, que Canal 13 reconoció que los informes sobre el aceite de oliva los solicitó sólo a un laboratorio, sin confirmar con otro centro nacional o internacional la efectividad de los resultados. En segundo lugar, el sentenciador indicó que Canal 13 admitió no haber cotejado los antecedentes del informe con la autoridad pública competente, debiendo haber comunicado las muestras de los informes al Instituto de Salud Pública, o al menos solicitar los antecedentes que tenían sobre el producto. En tercer lugar, añadió el tribunal que el propio demandado reconoció su error publicando una inserción a página completa en el diario La Tercera, en que da por superado los inconvenientes generados por el programa “Contacto”, respecto de los productos marca Jumbo, emitiendo disculpas en vivo al mismo producto “aceite de oliva Jumbo” al que también el informe del laboratorio había calificado de lampante, por cumplir con la normativa nacional para tener la categoría de extra virgen y ser apto para el consumo. En cuarto término, el sentenciador indicó que el mismo Canal 13 reconoció que los productos “aceites de oliva extra virgen” se ajustaban a la normativa nacional para dicha nomenclatura. Por último, el tribunal expresó que Canal 13 reconoció que no era y tampoco el equipo de Contacto, científicos o expertos en aceites de oliva, por lo que necesariamente debieron recurrir a personas o instituciones calificadas que efectuasen los análisis según los parámetros de su ciencia o actividad y que además solo buscaron una sola institución, a pesar de saber que el producto se ajustaba

⁴² Deoleo S.A. solicitó la suma de 143 millones de pesos por lucro cesante desglosada en: 80 millones por concepto de disminución inmediata del volumen de ventas, 25 millones que tuvo que invertir en marketing luego de la emisión del programa y 38 millones por publicidad el año 2014. Velarde Hnos. demandó solo 150 millones por un solo ítem: la disminución del volumen de ventas luego de la emisión del programa.

a la legislación nacional para tener la nomenclatura de “extra virgen”.

Lucro cesante: El 28° Juzgado Civil de Santiago dividió en dos considerandos su razonamiento sobre el lucro cesante demandado por Deoleo y Velarde Hnos. En el 19° motivo acogió los perjuicios reclamados a ambas empresas por 80 y 150 millones de pesos respectivamente. En ambos casos “por la disminución del volumen de ventas producto de la emisión del programa “Contacto”, de 9 de Julio de 2013, monto que ha sido acreditado con la prueba documental y testimonial rendida...”. El tribunal incurrió en un evidente error al calificar como lucro cesante lo que debió ser considerado daño emergente.

El daño patrimonial fue posible calcularlo debido al tiempo que medió entre la emisión del programa (9 de julio de 2013) y el periodo probatorio que comenzó en octubre del año 2015. Es decir, pudo calcularse con cierta precisión el efecto del programa en las ventas del aceite objetado por el programa de Canal 13. Así lo fundó el tribunal que dio por acreditado una baja significativa y permanente en las ventas de los productos Carbonell, que difícilmente podía atribuirse a factores propios del mercado, pues se produjo la disminución anormal en las ventas de dicha marca desde el mes de julio de 2013 en las cinco principales cadenas de supermercados del país.

En cambio, el tribunal de grado decidió desestimar la reparación para ambos demandantes por la disminución de ventas futuras, el otro ítem solicitado —esta vez correctamente— por concepto de lucro cesante. Para el tribunal de grado, la acreditación de las utilidades anteriores a la emisión de “Contacto” hubiese permitido presumir un juicio de verosimilitud acerca de la pérdida

de ganancias directas e inmediatas que los demandantes pretendieron por lucro cesante. La Corte de Apelaciones compartió esta última decisión del tribunal de grado indicando que los reclamos por lucro cesante por ventas futuras no eran ciertos y efectivos pues estaban fundados en un estudio económico probabilístico de las ganancias que se obtendrían del aceite Carbonell y según la naturaleza y comportamiento incierto de los mercados en las ventas de este tipo de bienes de consumo en el futuro; más aún al proyectarse por la demandante hasta el año 2018. El tribunal de alzada concluyó indicando que los montos reclamados por lucro cesante exigían una explicación mediante peritaje para llegar eventualmente a conclusiones más certeras⁴³.

Daño moral: Respecto al daño moral, el tribunal de grado dio por acreditado el daño a la imagen lo que justificaba su reparación, aunque añadió que la indemnización de perjuicios tiene por objeto reparar el daño efectivamente sufrido, y no puede tener un fin de enriquecimiento. El sentenciador destacó que los actores demandaron una indemnización pecuniaria y una obligación de hacer, lo que implicaba un costo económico para Canal 13 y un beneficio de la misma entidad para las demandantes, por lo que a su juicio la indemnización pecuniaria era claramente lucrativa y no compensatoria. En dicha línea, el tribunal sostuvo que, al no existir norma legal que obligue solo a la reparación pecuniaria en la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual referido al daño a la imagen, nada impedía que el daño a la imagen sea reparado de la misma forma en que fue afectado. De modo que al tribunal le pareció más adecuada la reparación llamada por la doctrina civil *in natura*, pues el mismo Canal 13 emitió una declaración pública inserta en un diario de circulación nacional y, además, ofreció excusas públicas en programas de su canal a la empresa Cencosud por el reportaje del aceite de oliva

⁴³ La Corte de Apelaciones rechazó la reparación de perjuicios por lucro cesante estimando que la sentencia impugnada razonó correctamente al negar dicho ítem indemnizatorio en el considerando vigésimo, no advirtiendo que el tribunal de grado había dividido su razonamiento respecto al lucro cesante: en el vigésimo efectivamente lo desestimó por la pérdida de ventas futuras, pero en el decimonoveno concedió por dicho concepto 80 millones para Deoleo y 150 millones para Valverde Hnos. por la disminución del volumen de ventas producto de la emisión del programa “Contacto”, de 9 de Julio de 2013.

marca “Jumbo”, que también fue denunciado como lampante en el programa “Contacto”. El tribunal estimó que constituía la aplicación de la doctrina de los actos propios a la forma en que Canal 13 podía reparar la imagen, siendo procedente la petición del demandante, por lo que ordenó emitir una declaración de disculpas en Contacto o en otro programa del canal demandado de igual sintonía.

El tribunal de alzada expresó que efectiva y razonablemente la emisión del programa televisivo Contacto causó un daño al propalar que el producto tendría el estándar de un aceite “lampante”, que causaba daño a la salud de las personas, en circunstancias de que a la fecha del programa el producto cumplía con los estándares sanitarios para consumo humano en el mercado nacional, según acreditó en autos la autoridad sanitaria competente. El tribunal de alzada tuvo presente, además, que las afirmaciones del programa se replicaron en el ámbito de prensa escrita, radial y televisiva los días siguientes a su emisión, lo que causó un daño a la imagen y reputación empresarial corporativa, tanto del productor

Deoleo del aceite Carbonell como al importador Valverde Hnos., motivo por el cual han sido víctimas además de un daño o lesión a su imagen y reputación empresarial en el mercado, más si se considera la presencia de larga data en el mercado nacional que tiene Carbonell.

La Corte de Santiago sintetizó la doctrina nacional partidaria de que las personas jurídicas son sujetos activos que pueden demandar perjuicios de los que hayan sido víctima a causa de delitos o cuasi delitos civiles, sin distinguir la naturaleza del daño. Ello comprendería los daños patrimoniales y los extramatrimoniales causados a los demandantes. Cita en esta afirmación a Alessandri Rodríguez (1983, p. 475), a Domínguez Hidalgo (2002, p. 725) y a Lyon Puelma (2006, p. 61). Por lo razonado, decidió acoger la pretensión indemnizatoria por los daños causados por la demandada al prestigio o reputación, estimando que el *quantum* indemnizatorio es una cuestión entregada a los jueces de fondo, y la fijó prudencialmente en 80 millones de pesos para cada uno de los demandantes⁴⁴.

7. Conclusiones

La titularidad de la acción de responsabilidad civil extracontractual se ha ido extendiendo por vía jurisprudencial a las personas jurídicas, categoría en la que se ubican las sociedades y toda entidad empresarial, las que pueden experimentar tanto daño económico como daño moral, lo cual cuenta con un amplio consenso tanto de la doctrina civil como las decisiones de los tribunales de justicia chilenos.

Dicha postura favorable, según expusimos, también se

ha ido admitiendo en el ámbito donde el conflicto ocurre entre personas jurídicas demandantes, específicamente empresas, y medios de comunicación demandados por la difusión de contenido periodístico que afecta el derecho al honor de una persona ficticia que en su caso se ha denominado más propiamente prestigio, reputación o crédito.

La falta de regulación legal de la responsabilidad civil de medios de comunicación y periodistas en el ejercicio

⁴³ El fallo no se refirió a la obligación de hacer consistente en publicar disculpas en una inserción pagada en un medio de comunicación que había dispuesto el tribunal de la instancia, pero por cómo confirmó en lo demás la sentencia apelada, nos inclinamos a pensar que fue confirmada por la Corte de Apelaciones.

de la libertad de informar tiene algunos efectos en la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño al no existir baremos o parámetros orientativos al juzgador. La jurisprudencia chilena en el ámbito que hemos sintetizado sostiene genéricamente —como en otros ¿ámbitos?— que la determinación del daño moral queda entregado prudencialmente a la decisión de los jueces de fondo, sin que precisen ni entreguen argumentos detalladamente por los cuales llegan a la suma de dinero que determinan. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago fijó en 300 millones de pesos el daño moral en favor de Ideal S.A. y en 80 millones en un juicio distinto para cada uno de los demandantes Deoleo y Velarde Hnos., a pesar de que el hecho generador del daño fue el mismo programa de televisión exhibido por Canal 13. Nos parece que el *quantum* indemnizatorio debió tener cierta congruencia en ambos juicios.

La reparación del daño moral de entidades empresariales al fundarse no en el llamado *pretium doloris* sino en el prestigio o reputación como un interés sin contenido extrapatrimonial ha motivado incluso una falta de consenso en la doctrina sobre su existencia. Hay acuerdo en que las personas jurídicas tienen tanto derecho al honor como legitimidad para demandar daño moral, pero, como ha sugerido un autor, debería tratarse con mayor honestidad tales daños admitiendo que se trata en muchos casos de lucro cesante (Barrientos, 2007, p. 85). Una pregunta que hoy no tiene una sólida respuesta es: ¿cómo puede probarse el daño moral a una persona jurídica, a una empresa e incluso a una fundación o corporación sin fines de lucro sin exponer el efecto que ha tenido en su actividad? Nos parece que solo puede acreditarlo mediante números, que indiquen menos ventas, menos donantes, etc. Una entidad que no pueda respaldar con cifras a través de informes periciales el impacto que ha tenido una denuncia periodística en su reputación o prestigio difícilmente podrá demostrarlo por otros medios. Así, en Artesanos con Megavisión, la fundamentación de la Corte de Apelaciones del daño moral es reconducida al impacto negativo a la imagen, del prestigio de la actora que tuvo efecto en su situación económica. En la misma línea, el tribunal de alzada en

Ideal con Canal 13 sostuvo que el programa significó que la empresa sufriera la desacreditación de la calidad de sus productos, lo que afectó la reputación empresarial de la demandante y su consiguiente posición en el mercado. Por último, también la Corte de Apelaciones en Deoleo y Velarde Hnos. contra Canal 13, vinculó el efecto del reportaje televisivo con el daño a la imagen y reputación empresarial corporativa en el mercado.

Una empresa cuya actividad ha sido objeto de un reportaje sin rigor profesional y distanciado de la *lex artis* de la profesión periodística, exhibido en horario *prime* por un canal de televisión de cobertura nacional que lidera los *rankings* de audiencia, ciertamente tendrá que probar especialmente el daño y la ilicitud del contenido informativo y los demás elementos que dan lugar a la reparación civil extracontractual, a pesar de que la emisión del programa sea un hecho notorio y evidente del cual no hay controversia.

A partir del análisis de la jurisprudencia realizado, se puede advertir que existen dificultades respecto a la determinación de la reparación por daño económico, que es sin duda menos compleja que la que al daño moral se refiere. Así, por ejemplo, en Deoleo y Velarde Hnos. con Canal 13, la reparación se funda por lucro cesante cuando debió ser por daño emergente. La misma sentencia del tribunal de grado se refiere a la disminución inmediata del volumen de ventas, es decir, un daño ya producido lo cual no enmendó el tribunal de alzada. Lo anterior se debió a que los juicios de indemnización de perjuicios se tramitan según las normas de procedimiento ordinario y a que puede transcurrir a los menos un par de años entre el contenido informativo generador del daño y la rendición de prueba. En Ideal S.A. con Canal 13, la Corte de Apelaciones rebajó discrecionalmente el monto por lucro cesante de \$ 4.430.349.352 a \$ 1.000.000.000 solo por estimarla excesiva a pesar de compartir el análisis probatorio efectuado por el tribunal de grado.

Por último, la tendencia jurisprudencial en el ámbito observado se ha pronunciado sobre la reparación pecuniaria del daño moral, prescindiendo de la llamada

in natura, con la excepción del tribunal de grado en el caso Deoleo y Velarde Hnos. que ordenó a Canal 13 emitir una declaración que indique que la información dada en el programa Contacto era errada, exigencia que para el juzgador era suficiente para reparar el daño moral causado. Por el principio de reparación integral del daño, parece insuficiente que dicho efecto pueda lograrse con solo la emisión de un breve comunicado, en contraposición al largo espacio televisivo que divulgó

el contenido como hecho generador del daño. Es por esto mismo por lo que las empresas no suelen ejercer el mecanismo de reparación *in natura* por antonomasia en el campo del derecho a la información, llamado derecho de rectificación o aclaración, el que tiene como límite un máximo de dos minutos. Una actitud más receptiva de parte de los medios de comunicación para recoger la postura de las empresas podría ser una forma de desincentivar el ejercicio de la acción civil.

Anexo N. ° 1. Tabla juicios fallos favorables reparación daño patrimonial y/o daño moral causado por un reportaje noticioso

	Juicio	Tribunal	Daño patrimonial (Lucro cesante)	Daño moral
1.	Ideal S.A. con Canal 13	22° J.C. Stgo. Rol N° C-15.785-2014	\$4.430.349.352	No condena
		C.A Stgo. Rol N° 3.715-2017	\$1.000.000.000	\$300.000.000
		Corte Suprema rol N° 12.205-2018	Transacción	Transacción. No se informó los términos del acuerdo.
2.	Deoleo S.A y Velarde Hnos. con Canal 13	28° J.C. Rol N° C-3.069-2014	Deoleo \$80.000.000 Velarde \$150.000.000	Obligación de hacer: emitir una declaración que exprese que la información dada en el programa Contacto era errada.
		C.A. Stgo. 14.058-2016.	No condena	Deoleo S.A. \$ 80.000.000 Velarde Hnos. \$ 80.000.000
		Corte Suprema rol N° 12.633-2018	Transacción	Transacción. No se informó los términos del acuerdo.
3.	Danone Chile S.A con Canal 13	7° J.C. C-10.754-2013	Transacción. No se informó los términos del acuerdo.	Transacción

La reparación del daño moral y económico a las empresas derivado de un reportaje periodístico

4.	Cencosud Retail S.A. con Canal 13	16° J.C. C-11.140-2013	Transacción. No se informó los términos del acuerdo.	Transacción
5.	Artesanos del Sur Limitada con Red Televisiva Megavisión	22° J.C. C-1.006-2014	No condena	\$80.000.000
		C.A. Stgo. Rol N° 11.198-2017	No condena	\$20.000.000
		Corte Suprema Rol N° 6296-2019	No condena	\$20.000.000

Anexo N. ° 2. Tabla juicios fallos que rechazan la reparación daño patrimonial y/o daño moral causado por un reportaje noticioso

	Juicio	Tribunal	Sentencia
1.	2737 Importadora y Exportadora Limitada contra Red de Televisión Chilevisión	29° J. Civil (Stgo.) Rol C-3.941-2005	Rechazó demanda. No se acreditó el hecho doloso o culposo.
		C.A. (Stgo.), Rol N° 10.444-2006	Rechazó los recursos de casación en la forma y apelación, respecto a este último por compartir plenamente la Corte la sentencia en alzada.
2.	Contreras Elizalde, Patricio con Corporación de Televisión de la PUC, Canal 13 y otro	2° J. Civil (Stgo.) rol C-28.073-2007	Rechazó demanda. Se permite excluir toda existencia de malicia de parte de los codemandados inclusive, toda negligencia del demandado.
		C.A. (Stgo.), Rol 1.815-2011	Confirmada sin declaración

3.	Coustasse con Canal 13	30° J. Civil (Stgo.) Rol C-794-2011. Acumulada: Celedón con Canal 13 SPA, Rol C-5301-2011 29° J.C. (Stgo.) y Coustasse con P. Universidad Católica de Chile, Rol C-16314-2011 del 9° J.C. (Stgo.)	Rechazó demanda. No hubo ilícito civil en comportamiento de Canal 13 desprovisto de dolo o culpa y enmarcado en el legítimo ejercicio de las libertades de información y de opinión que garantiza el art. 19 N° 12 CPR.
		C.A. (Stgo.) Rol N° 13.912-2018	Rechazó recurso de casación forma y apelación deducido por la demandante.
4.	Hotelería, Turismo e Inversiones Limitada con Red de Televisión Chilevisión S.A.	22° J. Civil (Stgo.) Rol N° 1.737-2017	Rechazó demanda. No se probó el daño.
		C.A. (Stgo.), Rol N° 14.131-2018	Confirmada sin declaración
5.	Inmobiliaria Don Nicolás S.A., con Televisión Nacional de Chile	26° J. Civil (Stgo.) Rol N° C-19.628-2014	Rechazó demanda. No hubo daño patrimonial ni extrapatrimonial.
		C.A. (Stgo.) Rol N° 6.190-2019	La demandante dedujo recursos casación forma y apelación pendiente de resolución C.A.
6.	Fuentealba con San Martín Ulises Diario La Crónica y Diario El Sur	2° J.C. Talcahuano Rol N° C-2.647-2007	Rechazó demanda. La actora no acreditó gravedad de daños, tampoco la relación causal del daño sufrido.
		C.A. (Concepción) rol N° 746-2010	No concurrió ningún requisitos responsabilidad civil: no existe daño imputable a los demandados; tampoco relación causal entre hecho imputado y supuesto daño sufrido la actora. No hubo actuación dolosa ni culpable por los demandados. El reportaje solo reprodujo opiniones y antecedentes recogidos por el periodista.

Referencias

- Alessandri Rodríguez, A. (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.
- Alessandri Rodríguez, A. (1983). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Cono Sur.
- Anguita Ramírez, P. (2007). *La Protección de los datos personales y el derecho a la vida Privada*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Anguita Ramírez, P. (2015). El Derecho a la Información en el Ordenamiento Jurídico Interamericano en I. Bel y L. Corredora (dirs.), *Derecho de la información en El ejercicio del Derecho a la Información y su Jurisprudencia* (pp. 97-142). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Badeni, G. (2003) La Calumnia e Injuria y la Real Malicia. La Libertad de prensa y la Despenalización de la Calumnia e Injuria. En *Justicia y Libertad de Prensa. Colección Chapultepec*. Miami: Sociedad Interamericana de la Prensa.
- Banfi del Río, C. (2018). Por una responsabilidad civil de los Medios de comunicación coherente con el riesgo de divulgación de noticias falsas sobre personas públicas. *Ius et Praxis*, 24(3), 205-308.
- Barrientos Zamorano, M. (2007). Negación de daños morales a una persona jurídica en materia contractual. *Revista Chilena de Derecho*, 34 (1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100008>
- Barros Bourie, E., (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Cárdenas Villareal, H. & González Vergara, P. (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. *Revista de Derecho UNED*, (2), 355-378.
- Cea Egaña, J. (2012) *Derecho Constitucional Chileno* (Tomo II). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Corral Talciani, H. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Corral Talciani, H. (2006). Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen. *Revista Información Pública, Escuela de Periodismo Universidad Santo Tomás*, 4(2), 253-286.
- Cuevas Espinoza, A. (2021). Contenido y prueba del daño moral a la persona jurídica, [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Santiago de Chile: Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile.
- Christians, C. G., Glasser, T. L., Mc Quail, D., Nordenstreng, K., & White, R. A. (2009). *Normative theories of the media: Journalism in democratic societies*. Champaign: University of Illinois Press.
- Daniel Cruz, M. (2020). *Libertad de Prensa y daños*. Santiago de Chile: Thomson Reuters Chile.
- Diez Schwerter, J. L. (2012). *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Domínguez Hidalgo, C. (2002). *El daño moral*. Editorial Jurídica de Chile.
- Domínguez Hidalgo, C. (2006) El Daño Moral en el Derecho Chileno: Panorama General. En G. Pérez (coord.), *El daño moral en Iberoamérica* (pp. 60-88). Villahermosa: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Domínguez Hidalgo, C. (2019). El principio de reparación integral del daño y su proyección en materia de daño moral causado por afectación al honor de la persona en Chile, en C. Domínguez (ed.), *El Principio de reparación integral en sus contornos actuales*, (123-138). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Femenías Salas, J. (2011). Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. *Revista Derecho y Humanidades*, (Núm. 17), (pp. 31-46) <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16974>

- Larraín Páez, C. (2010). Daño Moral a Personas Jurídicas: Una aparente consolidación jurisprudencial. En *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*. (Tomo 5). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Larraín Páez, C. (2011) Algunas cuestiones relevantes sobre el Derecho al Honor y la responsabilidad civil en particular, sobre el daño moral, el artículo 2331 del Código Civil, y la legitimación activa. RChDP [online]. 2011, n.17, (pp.143-189). ISSN 0718-8072. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000200005>
- Leguina, I. (s.f.) Derecho a la honra, ¿pueden ser las personas jurídicas titulares de este derecho? *Diario Constitucional*. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/derecho-a-la-honra-pueden-ser-las-personas-juridicas-titulares-de-este-derecho/>
- Lyon Puelma, A. (2006). *Personas Jurídicas*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Pardo-Álvarez, D. (2021) La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en el sistema constitucional chile: prolegómeno para una dogmática. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 101-124.
- Pizarro Wilson, C. (2004). *La Responsabilidad Civil de las personas sin fines de lucro*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado n. ° 1, julio.
- Ríos Erazo, I., y Silva Goñi, R. (2013). Daño moral a las personas jurídicas: ¿Qué ha dicho nuestra jurisprudencia? *Revista de Estudios de la Justicia* (18), 111-133.
- Rosas Zambrano, M. (2021). Medios de Comunicación y su responsabilidad. En C. Lepin y N. Stitchkin (Dir.), *Estatutos Especiales de Responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Serey, C., (2021). Sobre el daño moral a personas jurídicas de derecho privado por responsabilidad extracontractual: análisis jurisprudencial de los últimos 10 años. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile.
- Stuart Mill, J. (2013). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Tagle Montt, F.J. (2017). Alcances y obstáculos de la Accountability mediática en América Latina tras la Tercera Ola de la democracia. *Anagramas -Rumbos sentidos de la comunicación común-*, 16 (31), 135-150.
- Tapia, M. (2014). Daño moral de las Personas Jurídicas en el Derecho Chileno. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (11), 1311-1336.

**Francisca
Reyes-
Arellano**

Universidad de los
Andes, Chile
fireyes@miuandes.cl

**Claudio
Ereche
Tuzzini**

Universidad de los
Andes, Chile
caereche@miuandes.cl

Recibido: 02.08.22
Aceptado: 04.11.22

Investigación biomédica y determinación de la capacidad para consentir en el sistema jurídico chileno: el desafío interpretativo del artículo 28 de la ley 20.584

Biomedical research and determination of the capacity to consent in the Chilean legal system: the interpretative challenge of article 28 of law 20.584

Resumen: La reciente situación de crisis sanitaria ha vuelto a poner sobre la palestra la relevancia que la investigación biomédica tiene, no solo para el mundo científico, sino para la sociedad en general. Comprender cabalmente los criterios que rigen el ejercicio de esta disciplina —especialmente en su dimensión ética y jurídica— puede contribuir al creciente desarrollo de este tipo de investigación. El presente artículo se propone ofrecer una aproximación al marco jurídico vigente en relación con aquellas disposiciones que regulan la participación de personas que no pueden manifestar su consentimiento, entre las cuales se cuentan principalmente aquellas que padecen discapacidades psíquicas e intelectuales. En este sentido, se busca ofrecer una interpretación armónica de los preceptos normativos que establecen criterios para la investigación en este grupo de población, en concreto de lo preceptuado por el artículo 28 de la ley 20.584, atendido que una exégesis literal de la norma podría conllevar la exclusión absoluta de personas adultas sin capacidad para consentir, que se encuentren cursando un cuadro de salud agudo y reversible.

Palabras clave: investigación biomédica; consentimiento; capacidad; ley 20.584

Abstract: The recent health crisis has once again brought to the forefront the relevance of biomedical research, not only for the scientific world, but also for society in general. A thorough understanding of the criteria governing the practice of this discipline —especially in its ethical and legal dimensions— can contribute to the growing development of this type of research. This article aims to offer an approach to the legal framework in force, in relation to those provisions that regulate the participation of persons who cannot express their consent, among which are mainly those who suffer from mental and intellectual disabilities. In this sense, we seek to offer a harmonic interpretation of the normative precepts that establish criteria for research in this population group, specifically of the provisions of article 28 of law 20.584, considering that a literal exegesis of the norm could lead to the absolute exclusion of adults without capacity to consent, who are suffering from an acute and reversible health condition.

Keywords: biomedical research; consent; capacity; law 20.584.

La investigación biomédica se encuentra en plena vigencia en gran parte del mundo, y Chile no se encuentra al margen de esta tónica. Durante el último lustro, este país se ha posicionado como un participante recurrente al momento de integrar estudios clínicos de gran magnitud e impacto científico. Dan cuenta de ello los más variados ensayos clínicos multicéntricos en los cuales Chile formó parte durante la pandemia por SARS-CoV-2^{1,2}.

No obstante encontrarse destinada a obtener conocimientos y proponer soluciones a problemas de salud global (Valdés *et al.*, 2012), la experimentación e investigación biomédicas con seres humanos no ha estado exenta de episodios complejos y ejemplos desalentadores, los que empañan el entusiasmo y esperanza generalizados que despiertan los avances de la ciencia (American Psychiatric Association's Task Force on Research Ethics, 2006)³.

Dado que la investigación con seres humanos es un "privilegio basado en la confianza" (American Psychiatric Association's Task Force on Research Ethics, 2006), la transgresión de los límites originalmente constituidos en dicha "alianza" terminaron por socavar los cimientos sobre los cuales se erigía originalmente el modelo de investigación —de inspiración paternalista— lo que afectó directamente la voluntad de ciertos grupos de personas para participar en experimentos de carácter biomédico (Katz *et al.*, 2008).

En este contexto, establecer salvaguardas para proteger la dignidad y el bienestar de los participantes se

constituye como una tarea de especial relevancia cuando la investigación considera a personas cuya autonomía o capacidad de otorgar un consentimiento informado pueden verse comprometida por la naturaleza de sus enfermedades o características particulares (American Psychiatric Association's Task Force on Research Ethics, 2006).

Dentro de este grupo, las personas que padecen alguna discapacidad psíquica o intelectual representan un caso de especial complejidad pues la determinación de la capacidad que ellas poseen para manifestar su voluntad está particular e ineludiblemente condicionada por un marco socio-jurídico que, muchas veces, dificulta dicha tarea, lo que favorece que en la práctica se incurra en situaciones de subestimación o sobrestimación de la capacidad de consentir, las que pueden adoptar la forma de discriminación o exclusión arbitraria.

A pesar del reto que supone el proceso de expresión de consentimiento en este grupo de población, es menester reconocer la relevancia que adopta la figura del consentimiento informado, cuya doctrina jurídica —no obstante contar con una historia bastante reciente— se constituye como una importante salvaguarda para proteger los intereses de los individuos, figura central en la gestión de la asimetría que habitualmente existe entre los investigadores y quienes participan en ella (Smyth & Williamson, 2004).

De esta forma, "el consentimiento informado —plasmado positivamente como derecho y como

¹ Un registro detallado de todos los estudios clínicos que se llevan a cabo en Chile puede encontrarse en la página: clinicaltrials.gov

² Durante la pandemia por SARS-CoV-2, Chile participó en más de cinco ensayos clínicos relacionados con la evaluación de eficacia, seguridad e inmunogenicidad de fármacos para combatir el coronavirus. Entre ellos, destaca la colaboración llevada a cabo entre el Ministerio de Salud de Chile y el laboratorio Sinovac para la prueba de la vacuna popularmente conocida como "Sinovac" (Ensayo Clínico CoronaVac3CL, identificador: NCT04651790, <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04651790?type=Intr&cntry=CL&city=Santiago&draw=6&rank=49>).

³ Si bien son varios los casos que servirían para ilustrar cómo la investigación científica en muchas ocasiones ha transgredido los límites de la dignidad humana, a modo de precedente véase Jones, J.H. (1981). "Bad blood: the Tuskegee syphilis experiment", *Free Press*, New York. El caso suscitado el año 1972 en Estados Unidos trata básicamente sobre la utilización de trabajadores aparceros de población afroamericana como grupos de control para evaluar la evolución de la sífilis. Estos fueron evaluados bajo la falsa premisa de "cura", no obstante solo se procuraba observar cómo la epidemia actuaba sobre la población, privándoles del uso de antibióticos, pese a ya existir el tratamiento, con lo que se disminuyó deliberadamente la expectativa de vida de quienes participaban en la investigación.

obligación— supuso un hito en materia de derechos humanos sanitarios, transformando de alguna manera el concepto más esencial de la relación asistencial” (Ramos Pozón, 2018, p. 63). Todavía más, teniendo en cuenta los particulares retos y desafíos que supone el desarrollo de la disciplina científica, enfrentados a la pregunta ¿qué hace que una investigación sea ética?, “el consentimiento informado es probablemente la primera respuesta” (Emanuel *et al.*, 2000, p. 2701), esto se debe al énfasis que, tanto el derecho como la ética, han puesto en la importancia de respetar y promover la autonomía individual. Sin embargo, el consentimiento informado no es el primero ni el único requisito que se presenta como condición ética para una investigación.

Así pues, con la publicación del artículo *What Makes Clinical Research Ethical?*, escrito por un grupo de investigadores del Departamento de Bioética Clínica del NIH Clinical Center el año 2000, siete requisitos se posicionaron como las condiciones básicas e inexcusables que todo proyecto debe cumplir para

considerarse como “ético”. En concreto, se trata del valor social, la validez científica, la selección equitativa de los sujetos, el balance riesgo-beneficio, la evaluación independiente, el consentimiento informado y, por último, el respeto por los participantes.

El problema que este trabajo se propone dilucidar dice relación precisamente con dos de estos tópicos: el consentimiento informado y la selección equitativa de los sujetos, pese a trascender de manera más o menos directa al resto de los requisitos propuestos por Emanuel *et. al.*

En suma, el objetivo del presente artículo es otorgar una caracterización del marco jurídico que rige la investigación biomédica en personas con discapacidad psíquica o intelectual en Chile, particularmente en relación con la reciente modificación efectuada al artículo 28 de la ley 20.584, la que dispone especiales consideraciones respecto de la participación de personas que no puedan consentir en investigaciones de carácter biomédico.

1. Instrumentos éticos y jurídicos que contienen disposiciones relativas a la protección de personas con discapacidad psíquica o intelectual que participen en investigaciones biomédicas

Tanto a nivel internacional como dentro del sistema jurídico chileno, existen instrumentos tendientes a la aplicación de un modelo social de protección de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Estos suelen ser invocados con frecuencia por los Comités Ético Científicos y organismos relacionados al momento de emitir resoluciones que pudiesen afectar a dicho grupo de personas.

Una parte importante de las disposiciones que conforman este entramado normativo destaca por poner el énfasis en el reconocimiento de la autonomía individual o el eventual

relevo de su ejercicio.

1.1. Pautas y estándares internacionales

El panorama de las declaraciones y tratados internacionales en relación con la materia puede resultar a primera vista ambiguo o difícil de articular. Algunas disposiciones pueden parecer incluso anfibológicas a la luz del resto de instrumentos que conforman este sistema de protección. Es por ello por lo que una adecuada armonización exige una revisión particular de cada instrumento en su debida dimensión social, temporal y cultural.

En una primera instancia, los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (Naciones Unidas, 1991) se instituyeron como orientación recurrente para las entidades encargadas de tomar decisiones en el campo de la atención sanitaria para este grupo de población. Concretamente, el principio 11, número 15 de dicho instrumento, prescribe expresamente que:

No se someterá a ensayos clínicos ni a tratamientos experimentales a ningún paciente sin su consentimiento informado, excepto cuando el paciente esté incapacitado para dar su consentimiento informado, en cuyo caso sólo podrá ser sometido a un ensayo clínico o a un tratamiento experimental con la aprobación de un órgano de revisión competente e independiente que haya sido establecido específicamente con este propósito (Naciones Unidas, 1991).

La Declaración de Montreal sobre discapacidad intelectual (Organización de los Estados Americanos, 2004) sostiene por su parte que: "... los estados tienen la obligación de proteger a las personas con discapacidades intelectuales contra la experimentación médica o científica sin su consentimiento libre e informado ..." (artículo 3.º).

En otra dirección apunta la Declaración universal de bioética y derechos humanos (Naciones Unidas, 2005), en cuyo artículo 7.º, titulado "Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento", se consagra que:

De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento:

a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de

consentimiento, así como al de su revocación;

b) se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento. Las actividades de investigación que no entrañen un posible beneficio directo para la salud se deberían llevar a cabo únicamente de modo excepcional, con las mayores restricciones, exponiendo a la persona únicamente a un riesgo y una coerción mínimos y, si se espera que la investigación redunde en provecho de la salud de otras personas de la misma categoría, a reserva de las condiciones prescritas por la ley y de forma compatible con la protección de los derechos humanos de la persona. Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación.

La citada disposición incorpora dos elementos adicionales que, como veremos más adelante, habrán de replicarse dentro del sistema jurídico del país. Estos dicen relación con la vinculación que debe procurarse entre la persona privada de consentir y el proceso de consentimiento, ya sea representada por ella misma — en atención a su capacidad para tomar decisiones— o por un tercero legalmente investido para representar de la manera más íntegra posible sus intereses.

Asimismo, se contempla, además, la necesidad de que exista un beneficio directo en provecho del individuo participante en la investigación, supuesta la inexistencia de otras alternativas igualmente eficaces que puedan ser implementadas en personas que sí tengan la capacidad de consentir.

Por último, se estipula que, excepcionalmente, podrá no existir dicho beneficio y, con todo, la investigación

ser legítimamente llevada a cabo: cuando exista una exposición de riesgo mínima⁴ y se espere un potencial provecho para la salud de otras personas que pudiesen ser enmarcadas dentro de la misma categoría que el sujeto participante.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2006) prescribe por su parte que: "... nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento" (artículo 15). Es más, este instrumento reconoce personalidad jurídica a las personas con discapacidad intelectual en todos los aspectos de su vida, instando a los Estados a promover los apoyos que se requieran para un efectivo ejercicio de su autonomía (Arenas, 2019).

Finalmente, en la última versión de la Declaración de Helsinki, adoptada por la 64.^a asamblea de la Asociación Médica Mundial, se consagra que:

28. Cuando el participante potencial sea incapaz de dar su consentimiento informado, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. Estas personas no deben ser incluidas en la investigación que no tenga posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud del grupo representado por el participante potencial y esta investigación no puede realizarse en personas capaces de dar su consentimiento informado y la investigación implica solo un riesgo y costo mínimos (Asociación Médica Mundial, 2013).

Esta estipulación parece seguir la misma lógica que la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos pues en ella aparentemente subyace la intención de promover el principio de beneficencia, el cual justificaría la incorporación de personas incapaces de consentir, bajo una suerte de "ficción de consentimiento". Esto,

siempre y cuando no sea posible obtener los mismos resultados aplicando la intervención en personas legal y clínicamente capaces.

En suma, el estándar internacional apunta hacia la no exclusión de quienes son incapaces de consentir, entre quienes se contarían las personas que padecen una discapacidad psíquica o intelectual, y hacia una participación que atienda a la situación biopsicosocial en que se encuentra la persona, considerando las condiciones particulares en que esta puede expresar su consentimiento, ya sea en forma personal o a través de un tercero. Así, la exclusión injustificada de una investigación —aun cuando sea bien intencionada— podría constituirse en una suerte de discriminación arbitraria (American Psychiatric Association's Task Force on Research Ethics, 2006).

1.2. El marco jurídico nacional

El sistema jurídico chileno es un claro reflejo de la tensión ética existente entre los "intereses de la sociedad y la ciencia por obtener nuevo conocimiento sobre la enfermedad mental y los trastornos cognitivos y la necesidad de proteger cabalmente los intereses de las personas que las padecen" (Lolas et al., 2006, p. 206). En efecto, varias de las disposiciones que regulan de una u otra manera la situación de personas con discapacidad psíquica o intelectual confluyen en un intrincado marco normativo, difícil de articular, el cual da espacio a interpretaciones que bien podrían contravenir los estándares internacionales o promover la afectación de los intereses de este grupo de individuos.

Con respecto a la delimitación conceptual que es precisa para comprender la dimensión del problema interpretativo que surgirá más adelante, conviene tener en cuenta que la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas

⁴ Para una conceptualización de lo que se entiende por "riesgo mínimo", véase: Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas-CIOMS (2016), "Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos", Pauta 4.

con discapacidad (Ministerio de Planificación, 2010), define en su artículo 5.º que se entenderá como persona con discapacidad “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Como es posible vislumbrar, dicha definición resultaba insuficiente para determinar con precisión el alcance e implicancias que el concepto de discapacidad podría tener cuando la condición se enmarcara específicamente en la dimensión psíquica o intelectual de la persona.

Ahora bien, el problema semántico precedentemente aludido fue subsanado en gran medida con la reciente publicación de la Ley 21.331, sobre reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, en cuyo artículo 2.º inciso 4.º se estipula que

persona con discapacidad psíquica o intelectual es aquella que, teniendo una o más deficiencias, sea por causas psíquicas o intelectuales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (Ministerio de Salud, 2021).

No obstante es posible apreciar que se conservan elementos comunes entre ambas disposiciones (interacción con barreras y restricción de la participación plena y efectiva), la definición acuñada por la Ley 21.331 constituye un importante avance para el sistema jurídico que se analiza. Si bien son muchos los Estados que a través de sus cuerpos normativos hacen hincapié en la necesidad de incorporar a las denominadas “poblaciones vulnerables” en los procesos de avance científico, son escasas las precisiones

terminológicas en este sentido. Así, toda definición constituye un progreso en la diferenciación y categorización de este tipo de poblaciones (Morán *et al.*, 2017).

En Chile, el marco jurídico que regula la participación de personas con discapacidad psíquica o intelectual en investigaciones de carácter biomédico contempla una serie de disposiciones difíciles de articular entre sí, las que, de ser concebidas e interpretadas en su tenor literal —y aisladas de otros preceptos que versan sobre la misma materia—, tendrían como resultado la inevitable y definitiva exclusión de algunos individuos de la posibilidad de participar en investigaciones que tengan este carácter.

En particular, el artículo 28 de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Ministerio de Salud & Subsecretaría de Salud Pública, 2012), se ha constituido como el principal estándar referencial y criterio normativo en lo que a investigación en personas incapaces de consentir se refiere.

Hasta antes de la publicación de la ley 21.331, en mayo de 2021, dicho artículo disponía que “ninguna persona con discapacidad psíquica o intelectual que no pueda expresar su voluntad podrá participar en una investigación científica”, lo cual en interpretación de la autoridad sanitaria⁵ constituía un impedimento absoluto y total de incorporar a estos pacientes en proyectos de investigación biomédica.

Todavía más, dicha disposición interpretada en su tenor literal contravenía la regla general de capacidad que predomina en el sistema jurídico chileno, según la cual se dispone que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” (artículo 1446, Código Civil).

La publicación y entrada en vigor de la Ley 21.331 dispuso la completa sustitución del artículo 28 de la Ley 20.584 (artículo 25 núm. 4 ley 21.331), el cual actualmente

⁵ Opinión expresada por el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud en Memorandum N° A15/03360 de fecha 20 de octubre de 2021.

se encuentra redactado en los siguientes términos:

No se podrá desarrollar investigación biomédica en adultos que no son capaces física o mentalmente de expresar su consentimiento o de los que no es posible conocer su preferencia, a menos que la condición física o mental que impide otorgar el consentimiento informado o expresar su preferencia sea una característica del grupo investigado. En estos casos, no se podrá involucrar en investigación sin consentimiento a una persona cuya condición de salud sea tratable de modo que pueda recobrar su capacidad de consentir.

En estas circunstancias, además de dar cabal cumplimiento a las normas contenidas en la ley N.º 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, y en el Código Sanitario, según corresponda, el protocolo de la investigación deberá contener las razones específicas para incluir a individuos con una enfermedad que no les permite expresar su consentimiento o manifestar su preferencia. Se deberá acreditar que la investigación involucra un potencial beneficio directo para la persona e implica riesgos mínimos para ella. Asimismo, se deberá contar previamente con el informe favorable de un Comité Ético Científico acreditado y con la autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Salud.

En estos casos, los miembros del Comité que evalúe el proyecto no podrán encontrarse vinculados directa ni indirectamente con el centro o institución en el cual se desarrollará la investigación, ni con el investigador principal o el patrocinador del proyecto.

Se deberá obtener a la brevedad el consentimiento o

manifestación de preferencia de la persona que haya recuperado su capacidad física o mental para otorgar dicho consentimiento o manifestar su preferencia.

Las personas con enfermedad neurodegenerativa o psiquiátrica podrán otorgar anticipadamente su consentimiento informado para ser sujetos de ensayo en investigaciones futuras, cuando no estén en condiciones de consentir o expresar preferencia.

La investigación biomédica en personas menores de edad se regirá por lo dispuesto en la ley N.º 20.120. Con todo, deberá respetarse su negativa a participar o continuar en la investigación.

Como es posible vislumbrar, además de aumentar su extensión, la actual redacción del artículo 28 presenta una serie de nuevos elementos relevantes, cuya exégesis podría dar importantes directrices a las disyuntivas que los Comités Éticos Científicos habitualmente deben resolver cuando se enfrentan a la evaluación de proyectos de investigación biomédica.

La interpretación de la señalada disposición no ha estado exenta de controversias, especialmente en aquello que refiere a la participación de personas que se encuentren cursando cuadros agudos, potencialmente reversibles, pues si se atiende a la última parte del inciso 1.º, ellas quedarían completamente excluidas de poder participar, sin embargo, el inciso 4.º del mismo artículo consagra el imperativo de obtener a la brevedad el consentimiento o manifestación de preferencia de quienes hayan recuperado su capacidad física o mental para otorgar el consentimiento. Existe en apariencia una contradicción o falta de diálogo entre ambos apartados de la misma norma⁶.

⁶ Acerca de esta posible contradicción se refirió ya la autoridad sanitaria en el Memorandum N° A15/03360 de fecha 20 de octubre de 2021 antes referido. Sin perjuicio de lo que se señalará más abajo, se puede adelantar que en opinión del jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud, no hay ninguna contradicción y la norma es clara: existe una prohibición absoluta de incluir en investigaciones biomédicas a personas adultas que sufren cuadros agudos, transitorios, que les impidan consentir o respecto de los cuales no es posible conocer su preferencia. Esta opinión no es compartida, por ejemplo, por la Oficina Bioética del MINSAL, Comisión Ministerial de Ética de la investigación en Salud (CMEIS) que en carta a los Comités Éticos Científicos Acreditados de fecha 5 de noviembre de 2021 estima que en los casos antes referidos el consentimiento lo puede otorgar el familiar responsable o su tutor, y el participante, una vez recuperada la capacidad de consentir, tiene la posibilidad de consentir o revocar el consentimiento otorgado por sus representantes legales.

Por otro lado, llama la atención la ubicación del citado artículo pues, al quedar contenido en el párrafo relativo los “derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”, en la práctica, la incapacidad para consentir puede presentarse por motivos ajenos al padecimiento de una discapacidad en este tenor. Es así como un paciente politraumatizado grave, ECMO o COVID-19, eventualmente no podría manifestar su consentimiento.

Con el objeto de contribuir al esclarecimiento de este asunto es menester ahondar brevemente en algunas discusiones directamente relacionadas.

1.3. Toma de decisiones sanitarias, consentimiento informado y evaluación de la capacidad para consentir

En el contexto ético-legal en relación con el reconocimiento de la autonomía de los pacientes y/o eventuales participantes de investigaciones biomédicas, uno de los principales desafíos dice relación con la inexistencia de herramientas confiables y lo suficientemente validadas para evaluar y determinar la competencia en la toma de decisiones (Arenas & Slachevsky, 2017; Robert *et al.*, 2016).

Junto con ello, nos encontramos con un inconveniente conceptual, y es que el ordenamiento chileno utiliza el vocablo “demente”⁷ como equivalente o sinónimo de trastorno de razón (Arenas & Slachevsky, 2017), lo cual no solo resulta anacrónico, sino que no refleja fielmente la gran variedad de condiciones clínicas en que puede encontrarse una persona incapacitada para consentir, lo que conlleva no reconocer que las diferentes etiologías, diferencias psicológicas y desventajas sociales pueden impactar en el proceso de toma de decisiones (Wong *et al.*, 2000).

Al mismo tiempo, suele producirse confusión entre los términos competencia y capacidad que, no obstante ser utilizados indistintamente en algunos contextos (Smyth &

Williamson, 2004), requieren ser delimitados para efectos de determinar si un individuo posee o no la investidura legal que le autoriza a la toma de decisiones de carácter vinculante.

Mientras que la competencia suele estar habitualmente vinculada con el principio de autonomía en el contexto de la relación sanitaria entre el médico y el paciente, en virtud del cual se reconoce la potestad de tomar decisiones responsables y equilibradas, la capacidad es más bien un término clínico, en referencia con las aptitudes requeridas para adoptar una decisión en un contexto específico y determinado (Álvaro, 2012; Robert *et al.*, 2016).

Simón-Lorda (2008) sugiere reemplazar ambos términos por los de “capacidad de derecho” (refiriéndose a la competencia) y “capacidad natural o de hecho” (en referencia a la capacidad como tal), para superar las dificultades prácticas que supone su distinción en el contexto clínico-legal. Con todo, Chile parece no estar alineado con el uso de estos conceptos en el ámbito comparado.

Es preciso aclarar que al hablar de capacidad, dada la delimitación propia del término, esta siempre debe ser entendida como “capacidad para”, cuyo “para” significa un acto específico y determinado (Robert *et al.*, 2016).

La evaluación tanto de la competencia como de la capacidad es un cometido que conlleva gran responsabilidad, la que trasciende el sentido estrictamente clínico, pues como hemos visto, su determinación es de vital relevancia también en el ámbito de la investigación biomédica.

Al evaluar la autonomía de una persona para adoptar una decisión, la utilización del término capacidad o competencia dependerá finalmente de la fuente bibliográfica consultada, pues tal como se señaló precedentemente, mientras que la literatura

⁵ Véase el artículo 15 de la Ley 20.584.

norteamericana parece sugerir un sentido, este no se ve necesariamente reflejado en la utilización que habitualmente se realiza de dichos vocablos.

Sin embargo, sí podemos distinguir en el derecho civil chileno una diferencia entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, entendiéndose la primera como aquella aptitud legal requerida para la adquisición de derechos y obligaciones, mientras que la segunda se refiere más bien a la aptitud que posee una persona para obrar por sí misma (Vial del Río & Lyon, 1985). La capacidad requerida para manifestar el consentimiento se relacionaría, en este sentido, con la capacidad de ejercicio, dado que ella supone la existencia de una voluntad que es capaz de discernir libremente.

En el caso de que un paciente sea catalogado como incapaz para adoptar una decisión en relación con su salud, se requiere delegar dicha facultad a un tercero, el cual adoptará las providencias requeridas para representar de la mejor manera posible el interés de la persona incapaz.

En la práctica sanitaria, la evaluación se lleva a cabo —en la mayoría de los casos— en virtud de una decisión prudencial y subjetiva pues no existen criterios consensuados que permitan realizarla en forma estandarizada y objetiva (Bórquez *et al.*, 2004).

La ausencia de criterios o de un modelo estandarizado para evaluar la capacidad se explica en una medida importante por el gran espectro que comprende el umbral de capacidad. En este sentido, cabría legítimamente preguntarse ¿cuáles son las capacidades funcionales relevantes que, si se poseen en un grado suficiente, hacen que una persona sea legalmente capaz?

Aunque se esté de acuerdo en que la capacidad de consentimiento de un paciente es un elemento ético y legalmente necesario para el consentimiento informado (Kim, 2010), dicha consideración exige tener en cuenta la inevitable mutabilidad asociada al concepto.

Se propone de esta forma, una doctrina del consentimiento informado basada en un “modelo funcionalista” de capacidad, que atienda a las capacidades efectivamente demostrables por el individuo que potencialmente participará de la investigación. Esto en contraposición a la actual configuración fija o inmóvil propugnada por la configuración del sistema jurídico chileno.

A continuación, se presenta una propuesta de interpretación del artículo 28 de la Ley 20.584, la que pretende armonizar las discusiones anteriormente expuestas, con la tensión existente entre los requerimientos del progreso científico y la necesidad de proteger a quienes no puedan adoptar decisiones en forma personal y autónoma.

1.4. ¿Cómo armonizar los intereses de la ciencia y la protección de las personas que no pueden consentir en el contexto de la investigación biomédica? Una propuesta de interpretación del artículo 28 de la Ley 20.584

En comparación con la anterior redacción, el nuevo artículo 28 parece haber constituido un importante avance en materia de investigación biomédica pues representa una ventaja al abarcar un espectro más amplio de personas adultas susceptibles de ser enroladas en investigaciones de carácter biomédico, pese a que no sean capaces física o mentalmente de expresar su consentimiento. Ello se constata en la primera parte del inciso 1.º.

Sin embargo, respecto de la segunda parte de este inciso, relativa a la imposibilidad de involucrar en investigación a personas sin su consentimiento cuya condición (la que impide el consentimiento) sea tratable, creemos que, no obstante existir una evidente discordancia entre lo estipulado por este apartado y lo que consagra posteriormente el inciso 3.º, este debe ser interpretado no en su tenor literal. Más bien, debe ser interpretado en virtud del contexto antes mencionado, vale decir, de aquellas investigaciones en que la condición

de salud del individuo sea un factor relevante dado el objetivo del estudio. Así, se considera que, mientras persista la incapacidad, el consentimiento puede ser otorgado por un familiar responsable o tutor, tal como ocurre en caso de la atención sanitaria .

La interpretación literal de la norma en este punto ha sido sostenida por la autoridad sanitaria a propósito de una solicitud de pronunciamiento realizada por la Oficina Bioética del MINSAL, Comisión Ministerial de Ética de la Investigación en Salud (CMEIS). En el memorándum de respuesta a la solicitud en que se informa el sentido y alcance del nuevo artículo 28 de la Ley 20.584, el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud indicó lo siguiente:

Ahora bien, establecidas las condiciones y requisitos de la excepción en referencia, es necesario hacer presente que esta misma disposición establece un contra excepción, a saber, que si la condición física o mental que impide consentir es una condición tratable, que importe que la persona afectada pueda recobrar su capacidad de consentir, no podrá ser enrolada, bajo ningún punto de vista, como sujeto pasivo en una investigación biomédica.

En conformidad a lo expuesto, la incorporación en investigación biomédica de personas adultas que sufren cuadros agudos, transitorios, que les impidan consentir o respecto de las cuales no es posible conocer su preferencia, está prohibida por la legislación chilena.

La circunstancia de que el inciso tercero del nuevo artículo 28, citado, prevenga que en el caso que una persona que ha sido incorporada en una investigación biomédica, haya recuperado su capacidad física o mental para otorgar su consentimiento o manifestar su preferencia, no puede ser fundamento para concluir que entonces es procedente que personas

transitoriamente incapacitadas puedan ser sujetos pasivos en tales investigaciones, puesto que ello ya ha sido expresa y literalmente prohibido en el inciso primero de la disposición legal en referencia. Esta disposición debe considerarse solo una prevención para el caso hipotético, en que habiendo sido enrolada una persona, cumpliendo todos los requisitos detallados en los números 1 a 5, precedentes, ésta pueda eventualmente recobrar sus aptitudes, correspondiendo entonces, en salvaguarda del valor jurídico protegido, esto es, de la autonomía de la voluntad, [que] deba ser obtenido el consentimiento de la persona involucrada en la investigación, a la brevedad, para que sea lícito que esta pueda continuar en ella⁹.

Esta interpretación de la autoridad sanitaria pareciera sostener que la norma establece una prohibición absoluta de incorporación en investigaciones biomédicas a personas adultas que estén impedidas de consentir o respecto de las cuales no es posible conocer su preferencia y que ello se deba a una condición tratable. Pero si así fuera, la segunda parte del inciso no especificaría en qué casos no se puede involucrar a una de estas personas y simplemente dispondría la prohibición de su inclusión.

La segunda parte del inciso primero comienza señalando que: “En estos casos, no se podrá (...)”. Es decir, se está restringiendo la aplicación de la prohibición posterior. Si se hubiera querido establecer una prohibición absoluta para las personas cuya condición de salud sea tratable, no se debería haber acotado la prohibición y, en cambio, podría haberse dispuesto lo siguiente: No se podrá involucrar en investigación sin consentimiento a una persona cuya condición de salud sea tratable de modo que pueda recobrar su capacidad de consentir.

Nos parece que la interpretación correcta de la segunda parte del inciso primero se refiere a los casos en que la condición física o mental que impide otorgar

⁹ Memorándum N.º A15/03360 de fecha 20 de octubre de 2021, p. 3.

el consentimiento informado o expresar su preferencia sea una característica necesaria del grupo investigado y que sea una condición tratable de modo que pueda recobrar su capacidad de consentir. Esto es importante para evitar un eventual conflicto de intereses al tratar la condición de salud que es la característica necesaria del grupo investigado: si se trata la condición se elimina la característica necesaria para la investigación biomédica, por lo que el investigador podría tener intereses en que no se trate dicha condición.

Por otro lado, la interpretación de la autoridad sanitaria implicaría que la disposición posterior que manda obtener a la brevedad el consentimiento de la persona que recupere su capacidad no tenga sentido ni aplicación.

La interpretación de la autoridad sanitaria sostendría que solamente se puede incluir en investigaciones biomédicas a personas que no sean capaces de expresar su consentimiento o que no sea posible conocer su preferencia si es que la condición física o mental que lo ocasiona es una característica necesaria del grupo investigado. Luego, si la persona se recupera de la condición física o mental que le impedía otorgar su consentimiento o manifestar su preferencia, deja de tener la característica necesaria del grupo investigado. En consecuencia, esa persona ya no podrá ser incluida en la investigación biomédica original por lo que no será necesario obtener a la brevedad el consentimiento o manifestación de voluntad.

Pareciera que la autoridad sanitaria considera que el mandato de obtener a la brevedad el consentimiento de la persona que recupera su capacidad existe para los siguientes casos poco probables: que una persona con una condición irreversible recupere su capacidad o en que se incluya por error a una persona con una condición tratable en una investigación biomédica reservada exclusivamente para personas con condiciones intratables o irreversibles. Pero en esos casos no tendría sentido obtener el consentimiento de la persona para seguir en la investigación biomédica originaria, ya que

la persona habría dejado de tener una característica necesaria para ser incluida en la investigación o bien nunca tuvo la característica necesaria, se la incluyó en forma equivocada, y ello quedó de manifiesto.

En cambio, sostenemos que la correcta interpretación es que solamente pueden ser incluidas en investigaciones biomédicas las personas que no son capaces de expresar su consentimiento o respecto de las cuales no es posible conocer su preferencia, a causa de una condición física o mental que sea tratable, si es que dicha condición no es una característica necesaria del grupo investigado. Así, se permite la investigación biomédica y se evita un potencial conflicto de intereses de parte del investigador.

Esta interpretación es la que dota de un verdadero sentido y aplicación al mandato de obtener a la brevedad el consentimiento o manifestación de preferencia de la persona que recupera su capacidad.

En estos casos, debido a que la persona no puede expresar su consentimiento o que no se puede conocer su preferencia, el consentimiento para participar en la investigación biomédica lo ha otorgado alguno de sus representantes. Luego, si la persona recupera su capacidad para otorgar su consentimiento o manifestar su preferencia y sigue siendo posible incluirlo en la investigación biomédica, entonces sí será necesario que consienta para que siga siendo parte de la investigación.

La interpretación que proponemos ha sido también sostenida por la Oficina Bioética del MINSAL, Comisión Ministerial de Ética de la Investigación en Salud (CMEIS):

Dada la duda que generó el tenor de la norma señalada, especialmente lo relacionado con la prohibición de involucrar en investigación sin consentimiento a una persona cuya condición de salud sea tratable, el día 4 de octubre la CMEIS solicitó un pronunciamiento jurídico al señor Jorge Hübner, jefe de la División Jurídica del MINSAL, lo que fue respondido mediante Memorandum N° A15/03360, de fecha 20.10.2021:

En dicho pronunciamiento jurídico, el señor Hübner señala que “si la condición física o mental que impide consentir es una condición tratable, que importe que la persona afectada pueda recobrar su capacidad de consentir, no podrá ser enrolada, bajo ningún punto de vista, como sujeto pasivo en una investigación biomédica. En conformidad a lo expuesto, la incorporación en investigación biomédica de personas adultas que sufren cuadros agudos, transitorios, que les impiden consentir o respecto de los cuales no es posible conocer su preferencia, está prohibida por la legislación chilena”.

En reunión de la CMEIS realizada el día 21 de octubre, se acordó enviar un nuevo correo al señor Hübner, en el cual le manifestamos que en estos casos, el consentimiento lo puede otorgar el familiar responsable o su tutor y, tal como se señala más abajo, el participante, una vez recuperada la capacidad de consentir, tiene la posibilidad de consentir o revocar el consentimiento otorgado por sus representantes legales, con lo cual se podría seguir adelante con la investigación biomédica, tal como se ha realizado en Chile durante largos años.

Con fecha 27 de octubre, se nos informa que la División Jurídica estima que el análisis del texto legal en referencia no permite otras conclusiones que las contenidas en su Memorandum 3360 del 20.10.21¹⁰.

Solo bajo una exégesis en este sentido sería posible comprender cabalmente la intención del legislador al incorporar el inciso 4.º, pues de no existir la posibilidad de enrolar individuos que se encuentren cursando un cuadro agudo reversible que les impida consentir, no cabría explicitar el imperativo de obtener el consentimiento en cuanto se haya “recuperado la capacidad física o

mental para otorgar dicho consentimiento o manifestar su preferencia”.

Resulta difícil enmarcar dicha disposición en el contexto de enfermedades de carácter degenerativo pues, tal como su nombre lo indica, estas suponen un proceso de deterioro progresivo, que influye directamente en la capacidad de la persona para consentir (Griffiths, 2016).

Cabe además señalar que, pese a encontrarse ubicada en el párrafo 9.º, relativo a los “derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”, consideramos que a la luz de los antecedentes aportados, se trataría más bien de una limitación genérica, que no se circunscribe exclusivamente al caso de las personas con discapacidad. Esto posibilitaría el reclutamiento de pacientes que se encuentren actualmente cursando un cuadro agudo, tal como sería el caso de la COVID-19, en el caso de existir tratamientos experimentales que ofrezcan un potencial beneficio directo a la persona involucrada.

Todo lo anterior es factible siempre y cuando se cumplan copulativamente las siguientes condiciones:

1. Que la condición física o mental que inhabilita a la persona para expresar su consentimiento sea una condición requerida precisamente en el grupo investigado.
2. Que el protocolo de investigación exponga las razones específicas para incluir a personas con dicha condición.
3. Que se acredite que el protocolo involucra un potencial beneficio directo para el participante y, a su vez, implica riesgos mínimos para este.

⁹ Oficina Bioética del MINSAL, Comisión Ministerial de Ética de la Investigación en Salud (CMEIS), Carta a los Comités Éticos Científicos Acreditados, 5 de noviembre de 2021, p. 2.

4. Que el protocolo de investigación cuente con una resolución aprobatoria emitida por un Comité Ético Científico acreditado y con la autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Salud.

5. Que se dé cumplimiento a los demás requisitos estipulados por la Ley 20.120.

Lo dispuesto por el inciso 2.º del citado artículo no representa mayor dificultad interpretativa pues se trata de un requisito procedimental dispuesto como salvaguarda frente a eventuales infracciones en que se pudiese incurrir en ejercicio de las funciones de evaluación de proyectos de carácter biomédico que involucren personas que no pueden consentir (inciso 2.º).

En este sentido, se reconoce que la asimetría existente entre los investigadores y quienes participan de la investigación siempre debe ser gestionada adecuadamente, protegiendo de la manera más efectiva posible a las personas para que no tomen decisiones que podrían perjudicarles, especialmente si dicha decisión se adopta sobre la base de un proceso de consentimiento defectuoso (American Psychiatric Association's Task Force on Research Ethics, 2006; Kim, 2010).

El inciso 3.º, por su parte, vuelve sobre la imperante necesidad de sortear la falta de imparcialidad y eventuales conflictos de interés que pueden suscitarse en el marco de un proceso de evaluación ético-científica. A este respecto, la mayoría de las pautas internacionales sugieren revisar los potenciales conflictos de interés previo a la revisión de cada proyecto, debiendo marginarse de la evaluación el miembro del Comité que tenga un vínculo directo o indirecto con el protocolo de investigación. Este tipo de conflictos pueden adoptar diversas modalidades y presentarse bajo las más diversas circunstancias, sin embargo, su análisis detallado no es objeto del presente trabajo.

En el inciso 4.º estimamos que se ha incorporado tácitamente el denominado "criterio de juicio sustitutivo" (Beauchamp & Childress, 2019), situación en que un

tercero asume la función de decidir por la persona, fundado en su derecho a la autonomía e intimidad, dado que este debería decidir —y tendría derecho a hacerlo—, pero carece de la capacidad necesaria para que ese derecho sea actualmente ejercible.

Interpretamos ello porque, al permitir la posibilidad de incorporar participantes que puedan "recobrar" su capacidad para consentir, entonces, el consentimiento para ingresar al protocolo del estudio vendrá provisoriamente de un tercero facultado legalmente para ello. Esto supone una dificultad importante, puesto que lo habitual en el sistema jurídico chileno es que se designen representantes legales frente a situaciones de incapacidad permanente, no transitoria.

Creemos que en el intertanto en que la persona no pueda consentir y hasta que sea posible obtener dicha manifestación de voluntad, la autorización para participar de la investigación podrá provenir de un tercero que, si bien no necesariamente se encuentre legalmente investido como representante legal, se espera represente fielmente la voluntad del individuo.

Tal como estableció el tribunal competente en el caso Saikewicz, "este criterio exige que el sustituto (...) 'se vista con las ropas del incompetente' para poder tomar la decisión que el incompetente habría tomado de ser competente" (Beauchamp & Childress, 2002). Se trata de un procedimiento habitual en la práctica clínica y que puede ser replicado en el caso de la investigación, pero debe ser aplicado con especial cuidado de que el sustituto o representante efectivamente represente la voluntad del participante y no sus propios intereses, pues en dicho caso se perdería toda conexión con la autonomía que se pretende proteger.

Resulta interesante a este respecto señalar un estudio canadiense que aplicó la metodología de entrevistas estructuradas para consultar a sobrevivientes de unidades de cuidados intensivos sobre qué forma de manifestación de voluntad preferirían durante los hipotéticos escenarios en que se les propusiera participar

de una investigación mientras ellos no puedan consentir. Tres cuartas partes de los entrevistados afirmó preferir la toma de decisiones prospectiva mediante el criterio de juicio sustitutivo (*Substitute Decision Maker 'SDM'*) antes del enrolamiento en el estudio. Esto lo expresaron frente al consentimiento retrospectivo de un sustituto o la decisión diferida del paciente (una vez recobrada la capacidad para consentir). Finalmente, solo un 6 % de los participantes apoyó la idea de que no existiese un proceso formal de consentimiento informado (Dobb, 2015).

El inciso 5.º incorpora una importante novedad legislativa pues explicita la posibilidad de manifestar el consentimiento informado a una modalidad que es una suerte de voluntad anticipada, tal como anteriormente lo consagraba —para algunos casos— el artículo 16 de la Ley 20.584. Entendemos como condición excluyente para el ejercicio de esta facultad contar con el diagnóstico clínico de enfermedad neurodegenerativa o psiquiátrica, además de las condiciones propias para el ejercicio de un proceso de consentimiento informado pleno y libre, lo cual considera que la persona se encuentre en

condiciones de comprender cabalmente la información al momento de adoptar la decisión.

Finalmente, en concordancia con lo dispuesto por el inciso 6.º y su expresa mención a la Ley 20.120, debemos tener en cuenta que los menores de edad son considerados incapaces de acuerdo con el artículo 1447 del Código Civil. Esto se traduce en que su manifestación de consentimiento necesariamente deberá estar expresada por quien legalmente se encuentre facultado para ello, es decir, quien ejerza el rol de tutor o representante legal. Además, dicho proceso debe ir acompañado por la firma de un asentimiento en el caso de aquellos menores que, atendidas sus condiciones, puedan otorgarlo.

De acuerdo con nuestra interpretación, en el caso de incorporar menores de edad dentro de un protocolo de investigación, no se requeriría la autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, pues este inciso no lo dispone expresamente en los términos en que aparece señalado en el inciso 2.º.

2. Conclusiones

En definitiva, en Chile, el marco jurídico dista de ser uniforme y fácil de interpretar. No obstante reconocer los avances significativos en materia de investigación, los cuales nos ponen en sintonía con los estándares internacionales que rigen estas materias, es de esperar que futuras disposiciones contribuyan a aclarar y aportar criterios que ayuden en la difícil función de equilibrar los intereses individuales con los avances que el progreso científico podría ofrecer.

En este sentido, se espera que el reglamento de la Ley 21.331 delimite conceptualmente conceptos como “deterioro cognitivo”, junto con articular de manera más

adecuada las intrincadas disposiciones contenidas en el artículo 28 de dicho cuerpo legal.

Por el momento y, ya que se requiere diseñar y aplicar estrategias adecuadas para apoyar el desarrollo de eventuales investigaciones que contribuyan al mejoramiento de la calidad de vida de personas con discapacidad (Dalton & McVilly, 2004), la solución pareciera apuntar a la primacía de una norma jurídica de carácter general —como es el caso del Código Civil y su regla general de capacidad— por sobre normativas de carácter específico, como resultan ser las leyes 20.120, 20.584 y 21.331. Así, los adultos presentarían una

capacidad parcial para consentir, en atención al grado de discapacidad presentado, mas no se verían privados de participar en toda clase de investigaciones, pues ello conllevaría un serio retroceso en términos de progreso científico.

A este respecto, la figura del consentimiento informado destaca como especialmente relevante porque opera articulando el respeto hacia las personas con el progresivo y creciente desarrollo de la investigación biomédica, razón por la que este proceso debe ser tratado con especial cuidado, interés y prudencia, procurando promover su

correcta aplicación y comprensión.

Por último, junto con el consentimiento informado, también resulta fundamental la evaluación prudencial de la capacidad de consentir de un potencial participante, especialmente en el caso de aquellos estudios que supongan un riesgo mayor al mínimo. Cabe recordar en este sentido que no existe evidencia que permita afirmar la capacidad o incapacidad absoluta para la toma de decisiones, basándose exclusivamente en un diagnóstico determinado (Morán et al., 2017).

Referencias

- Álvaro, L. C. (2012). Competency: General principles and applicability in dementia. *Neurología*, 27(5), 290–300.
- American Psychiatric Association's Task Force on Research Ethics. (2006). Ethical Principles and Practices for Research Involving Human Participants with Mental Illness. *Psychiatric Services*, 57(4), 552–557.
- Arenas, A. (2019). Lineamientos éticos y jurídicos para la investigación científica biomédica en personas con discapacidad intelectual. En N. Espejo & F. Lathrop (eds.), *Discapacidad intelectual y derecho* (pp. 55-76). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Arenas, A. & Slachevsky, A. (2017). ¿Sé y puedo? Toma de decisión y consentimiento informado en los trastornos demenciales: dilemas diagnósticos y jurídicos en Chile. *Revista Médica de Chile*, 147, 1312–1318.
- Asociación Médica Mundial. (2013). *Declaración de Helsinki*.
- Beauchamp, T. & Childress, J. (2002). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Beauchamp, T. & Childress, J. (2019). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Bórquez, G., Raineri, G., & Bravo, M. (2004). La evaluación de la “capacidad de la persona”: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado. *Revista Médica de Chile*, 132, 1243–1248.
- Dalton, A., & McVilly, K. (2004). Ethics Guidelines for International, Multicenter Research Involving People with Intellectual Disabilities. *Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities*, 1(2), 57–70.
- Dobb, G. (2015). Research without informed patient consent in incompetent patients. *Anaesth Intensive Care*, 43(3).
- Emanuel, E., Wendler, D., & Grady, C. (2000). What Makes Clinical Research Ethical? *Journal of American Medical Association*, 283(20), 2701–2711.
- Griffiths, R. (2016). Safeguarding research on participants who lack decision-making capacity. *British Journal of Nursing*, 25(13).
- Katz, R., Lee Green, B., Kressin, N., Stephen Kegeles, S., Qi Wang, M., James, S., Russell, S., Claudio, C., & McCallum, J. (2008). The Legacy of the Tuskegee Syphilis Study: Assessing its Impact on Willingness to Participate in Biomedical Studies. *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, 19(4), 1168–1180.
- Kim, S. (2010). *Evaluation of Capacity to Consent to Treatment and Research*. Oxford: Oxford University Press.

- Lolas, F., Quezada, Á., & Rodríguez, E. (2006). *Investigación en salud. Dimensión ética*. Santiago de Chile: Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética (CIEB), Universidad de Chile.
- Morán, I., Luna, A., & Pérez, M. (2017). Valoración de la capacidad de toma de decisiones en investigación: cuándo, cómo y por qué realizarla. *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 10(3), 180–181.
- Naciones Unidas. (1991). *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*.
- Naciones Unidas. (2005). *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos*.
- Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Organización de los Estados Americanos. (2004). *Declaración de Montreal sobre discapacidad intelectual*.
- Ramos Pozón, S. (2018). *Bioética. Una reflexión necesaria para las decisiones que más importan*. Plataforma Actual.
- Robert, S., Reculé, J., & Prato, J. (2016). Evaluación de la capacidad del paciente para emitir un consentimiento válido: ¿es posible la estandarización? *Revista Médica de Chile*, 144, 1336–1342.
- Simón-Lorda, P. (2008). La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. *Revista de La Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(102), 325–348.
- Smyth, M., & Williamson, E. (Eds.). (2004). *Researchers and their subjects. Ethics, power knowledge and consent*. The Policy Press.
- Valdés, G., Armas, R., & Reyes, H. (2012). Principales características de la investigación biomédica actual, en Chile. *Revista Médica de Chile*, 140, 484–492.
- Vial del Río, V., & Lyon, A. (1985). *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Wong, J. G., Clare, I. C. H., Holland, A. J., Watson, P. C., & Gunn, M. (2000). The capacity of people with a “mental disability” to make a health care decision. *Psychological Medicine*, 30, 295–306.

Normas y actos administrativos citados

- Carta a los Comités Éticos Científicos Acreditados. Comisión Ministerial de Ética de la Investigación en Salud (CMEIS), Oficina Bioética del Ministerio de Salud. 5 de noviembre de 2021
- Ley 20.422 de 2010. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Promulgación: 3 de febrero de 2010. Publicación: 10 de febrero de 2010.
- Ley 20.584 de 2012. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Promulgación: 13 de abril de 2012. Publicación: 24 de abril de 2012.
- Ley 21.331 de 2021. Del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental. Promulgación: 23 de abril de 2021. Publicación: 11 de mayo de 2021.
- Memorándum N° A15/03360. División Jurídica, Ministerio de Salud. 20 de octubre de 2021.

**Francisco
Alberto
Ruay Sáez***

fruaysaez@gmail.com

Recibido: 02.08.22
Aceptado: 01.12.22

Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico

Unconstitutionality by omission and neoconstitutional paradigm: the dangers of a hermeneutic excess

Resumen: En la presente investigación se analiza la formulación de la teoría de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, y su interacción con el paradigma neoconstitucionalista. Para aquello se analiza en primer lugar la formulación de la teoría de omisión inconstitucional y sus requisitos, para luego abordar el análisis de los elementos fundamentales de la teoría neoconstitucionalista. Luego se concluye mediante una revisión crítica de las consecuencias que podría implicar la adopción de la teoría de la omisión como vicio de inconstitucionalidad si es que fuese afrontada desde el paradigma neoconstitucional.

Palabras clave: Inconstitucionalidad; omisión; neoconstitucionalismo; activismo judicial.

Abstract: In this investigation, the formulation of the theory of omission as a vice of unconstitutionality is analyzed, and its interaction with the neo-constitutionalist paradigm. For that, the formulation of the theory of unconstitutional omission and its requirements is analyzed in the first place, to then address the analysis of the fundamental elements of the neo-constitutionalist theory. Then it is concluded through a critical review of the consequences that the adoption of the theory of omission as a vice of unconstitutionality could imply if it were faced from the neoconstitutional paradigm.

Keywords: unconstitutionality; omission; neoconstitutionalism; judicial activism.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile. Master en Argumentación Jurídica, Universidad de León, España-Tirant lo Blanch. Estudiante del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

La constitución se erige como bastión de defensa de los particulares y una instancia normativa de control del poder que se reconoce al Estado que cuenta con el monopolio de la fuerza. La persona humana cuenta con un mecanismo fundamental de control de ejercicio del poder del Estado, que se plasma fundamentalmente en el texto constitucional. Es este último instrumento el que constituye ante todo una instancia de garantía de la libertad humana y que protege a los particulares ante el ejercicio arbitrario del poder. En ese mismo sentido, representa también el texto constitucional un aparato normativo básico que estructura no solo las garantías de los particulares frente al Estado, sino que modela también las formas de ejercicio de dicho poder. Es esa forma de regulación del ejercicio del poder del Estado en su faz orgánica y funcional la que, además, en sí misma, se alza también como garantía para los particulares.

Si la constitución es el instrumento primario de ordenación del poder en un ordenamiento jurídico concreto, cabrá entonces analizar de qué manera se despliegan las prerrogativas en ella contenida. Si la constitución es el documento jurídico preferente en la regulación del ejercicio del poder, será entonces una guía de análisis del ordenamiento jurídico en su integridad. En este contexto, procede el análisis del despliegue de potestades normativas al interior de dicho ordenamiento jurídico, conforme la propia constitución ha determinado. De esta manera podríamos constatar descriptivamente en un ordenamiento jurídico determinado no solo disposiciones que prevean acciones normativas positivas susceptibles de ser desplegadas por los órganos de poder en un Estado determinado (Legislativo y Administrativo, principalmente), sino que también podremos eventualmente constatar ciertas prescriptivas expresas dirigidas al legislador o a la Administración, que no hayan sido efectivamente concretadas jurídicamente, o, en otros términos, del análisis de la estructura normativa de un ordenamiento jurídico concreto, podríamos verificar la presencia de omisiones legislativas o administrativas, que no necesariamente constituyen lagunas jurídicas (Peredo, 2020, p. 37).

Conforme con lo indicado, y con la consideración

particular de la constitución como instrumento normativo privilegiado en un ordenamiento jurídico concreto, resulta relevante la evaluación que la doctrina ha desarrollado en torno a la existencia de un vicio de inconstitucionalidad por omisión, su control y sanción.

Ahora bien, la constatación de una omisión legislativa o administrativa constitutiva de un vicio de inconstitucionalidad supondrá constatar la configuración de sus elementos, requisitos y posibilidades de sanción concreta, tal como, por cierto, un ordenamiento jurídico en concreto determine. Pero aun antes, la respuesta a estas interrogantes se vinculará intrínsecamente con una teoría de la comprensión del fenómeno jurídico, en general, y del derecho constitucional, en particular. Es en este punto en donde cobra la relevancia de un paradigma contemporáneo que ha cobrado particular importancia sobre todo en la cultura jurídica latinoamericana: el neoconstitucionalismo.

En efecto, existen contemporáneamente discusiones en torno a la naturaleza jurídica del texto constitucional y su contenido, y, en específico, a su carácter de orden material, a la consideración de norma jurídica de su contenido, la promoción de su aplicación directa y horizontal, entre otros elementos. Todos los cuales podemos comprender bajo la designación teórica de "neoconstitucionalismo". Él se presenta como un paradigma jurídico contemporáneo que excede la consideración de la naturaleza del texto constitucional, aunque lo pone en su centro, pero se extiende a una comprensión del fenómeno jurídico en su integridad, una descripción ontológica del fenómeno normativo jurídico, la relación entre moral y derecho, la función del juez, entre otros.

La teoría neoconstitucionalista ha sido objeto de variadas críticas, sin embargo, en este espacio no las desarrollaremos al detalle, sino que privilegiaremos de manera específica el análisis del vínculo entre la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad y su relación con los elementos teóricos propios del denominado neoconstitucionalismo.

Para lograr nuestro objetivo crítico analizaremos,

en primer lugar, y de manera general, las formas de comprensión de la omisión como vicio de inconstitucionalidad. En segundo lugar, analizaremos los elementos comunes en las teorías neoconstitucionalistas contemporáneas, para que, en un tercer punto,

procedamos a analizar los alcances críticos de una teoría de la inconstitucionalidad por omisión desde una perspectiva neoconstitucionalista, a la vez que se prevendrá sobre los riesgos a que puede exponer esta conjunción teórica.

1. Sobre la inconstitucionalidad por omisión

Como regla general se puede afirmar que el derecho se encarga primariamente de la regulación de “acciones” respecto de las cuales un ordenamiento jurídico concreto determina consecuencias jurídicas producto del despliegue de conductas voluntarias del hombre. En particular, podría afirmarse que el interés primordial del derecho se encuentra en la regulación de conductas activas exteriorizadas y, excepcionalmente, su objeto de regulación recaería sobre omisiones. En particular, en esta modalidad sancionatoria¹ de una omisión por parte del derecho, lo sancionado sería más bien el incumplimiento de un mandato o prescriptiva de fuente jurídica. En materia constitucional, con el objeto de identificar la existencia de una omisión jurídica (en general) nos encontraríamos específicamente, como un elemento inicial, con la determinación de una obligación o deber institucional específico establecido por el propio texto constitucional, y, adicionalmente, con la omisión del agente a quién se ha encargado el despliegue, esto es, una ausencia de regulación normativa por el agente a quien compete dicho deber.

En esta primera aproximación, lo relevante será, entonces, la constatación normativa de un deber de fuente constitucional que ha sido a la vez incumplido o respecto del cual existe inercia o silencio (Peredo, 2020, p. 21) por parte del agente a quién se ha encomendado

la realización de una actividad normativa positiva en concreto. De manera paradigmática, serán el legislador y la Administración pública quienes se verán expuestos a esta figura.

En este primer punto, referido a la identificación de una omisión cabrá aún hacer una segunda distinción interna para comenzar a acercarnos a la determinación de omisiones relevantes desde un punto de vista constitucional. Podremos estar ante omisiones absolutas (silencio absoluto del legislador ante un deber normativo constitucional) o bien relativas (en el caso de que el legislador concretase la dictación de una ley concreta que, en su contenido, resulte parcialmente omisiva respecto del deber normativo determinado constitucionalmente) (Villaverde, 2007, p. 50). Serían ambas figuras las que permiten identificar situaciones de omisión inconstitucional.

Si ahondamos en la definición o configuración de una omisión inconstitucional, hemos de constatar que

no basta solo el no hacer frente al mandato de la Constitución, sino que se requiere de un nexo de causalidad que nos lleve a que esa omisión sea jurídicamente sancionable por el órgano de control respectivo que se determinará en cada Estado por

¹ No en un sentido peyorativo, sino bajo la comprensión genérica de regulación o prescripción de conductas.

la misma Constitución. Ergo, se debe distinguir, la omisión, la contravención a la Constitución generada por esta, y la sanción aplicable (Peredo, 2020, p. 25).

Adicionalmente, será considerado relevante también el transcurso de un determinado tiempo, conforme disponga cada constitución, que permita calificar esta omisión en definitiva como inconstitucional.

En términos de Fernández Segado:

la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilitar la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un 'plazo razonable', pero también exige verificar de igual modo que la ausencia de esa normación "constitucionalmente debida" ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución. Desde otra óptica, la verificación de la inconstitucionalidad de una inacción del legislador, tratándose ésta de una omisión parcial o relativa, requiere verificar que el poder legislativo, al dictar el texto, ha incurrido en una omisión parcial vulneradora del principio de igualdad, al generar, por ejemplo, una exclusión arbitraria de beneficio (Fernández, 2009, p. 34).

En el desarrollo dogmático resulta de particular trascendencia la identificación de un precepto obligatorio y concreto desarrollo (Peredo, 2020, p. 30) pues no se trata de enunciar una "inconstitucionalidad" abstracta, como si se tratase del develamiento de un "espíritu" propio de la constitución, o una mera referencia a una "constitución material". A lo anterior, se añaden también para la constatación del vicio de inconstitucionalidad los requisitos establecidos por José Luis Cea Egaña, y que

cobran sentido en el contexto de "constitucionalización del derecho", conforme con los cuales es posible identificar la existencia de una omisión constitucional cuando

el legislador deja transcurrir un tiempo sin que se dicten las normas que tornen operativa la Constitución, cuando se dictan normas legales insuficientes, incompletas y defectuosas, y cuando tratándose de disposiciones legales técnicamente inobjetables, estas carecen de financiamiento o de recursos humanos idóneos para aplicar plenamente la disposición constitucional (Peredo, 2020, p. 34).

Conforme a lo descrito de manera general surge inmediatamente una pregunta sobre el sistema de fuentes jurídicas con que cuenta un determinado sistema jurídico, en primer lugar, y en relación con aquel, la pregunta del lugar del legislador en ese entramado de potestades nomogénicas.

Si bien la constitución cuenta con las disposiciones regulatorias centrales y primordiales de un sistema jurídico determinado, aquello no supone repensar el sistema jurídico como autosuficiente y autorreferenciado de manera limitada al mero texto constitucional. En otros términos, si bien el momento constituyente tiene como finalidad instaurar las bases de la convivencia social y la regulación de las formas de ejercicio del poder en dicha sociedad determinada, no es menos cierto que el rol del legislador continúa siendo central. Es el legislador el llamado a desarrollar el contenido de la constitución, y esta, a su vez, busca su eficacia precisamente en la realización legal de sus contenidos fundamentales, sea mediante la instauración de deberes expresos para el legislador, mediante fórmulas lingüísticas del tipo: "el legislador regulará los límites...", "corresponderá al legislador regular la forma de ejercicio de este derecho", "el derecho se ejercerá en la forma que determine la ley", etc.

El rol del legislador en las democracias occidentales resulta crucial por cuanto son manifestación de la voluntad soberana, que tiene la finalidad de regular

en condiciones de igualdad las mismas situaciones de hecho que prescribirán conductas, sanciones o penalidades para quienes incurran en incumplimiento de su preceptiva. En cierta medida, el análisis de la tarea desplegada por el legislador que ha de realizar a su vez el órgano que en el país en concreto se encargue del control de constitucionalidad de la actividad legislativa (preventiva o represiva) ha de tener presente siempre esa deferencia democrática, que reconoce en el legislador la manifestación de la voluntad soberana.

Si bien el análisis de constitucionalidad de una acción u omisión legislativa puede ser desplegado como uno de carácter estrictamente jurídico que persigue, entre otras cosas, velar por la eficacia normativa de la constitución, no es menos cierto que una aplicación incorrecta de los elementos o requisitos de la inconstitucionalidad por omisión puede dar lugar a una invasión política por parte del tribunal respectivo. Lo anterior se complejiza aún más

cuando se sostiene que los mecanismos “sancionatorios” de la constatación de alguna omisión quedarían abiertos al tribunal respectivo (si es que no fuesen desarrollados en el sistema jurídico concreto), por ejemplo, si ante una constatación de este tipo llegase a afirmar el tribunal competente que le correspondería “suplir” la voluntad legislativa ante la constatación de ausencia u omisión pues, en tal caso, el tribunal incurriría en una manifiesta infracción del principio democrático y de la división de poderes.

Es precisamente en este punto en donde se vuelve relevante identificar el paradigma contemporáneo denominado “neoconstitucionalismo” pues es a partir de aquel y del fenómeno de constitucionalización del derecho contemporáneo que una simbiosis incorrecta de ambas teorías desemboca en la apertura de la arbitrariedad y la incorrección de las actuaciones democráticas.

2. El paradigma neoconstitucionalista

En términos generales, esta nueva etapa histórica, en donde el paradigma (Kuhn, 2004, pp. 80-85) neoconstitucional² (o para algunos, como Serna, un paradigma de la argumentación jurídica (Serna, 2006, pp. 61-65)³) parece dominar la cátedra, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, a través del relato del paso del Estado legal de derecho al de Estado constitucional de derecho, que se caracteriza principalmente por una consideración especial del texto constitucional dentro del sistema de fuentes, con alcances teóricos, metodológicos e ideológicos manifiestos.

En este punto nos parece relevante la distinción realizada por Vásquez Sánchez:

en los últimos años, particularmente en el ámbito ius filosófico del mundo ítalo-ibero-americano, se ha popularizado la idea según la cual han sobrevenido dos cambios importantes en el ámbito jurídico: por un lado, un cambio estructural, la llamada “constitucionalización”, y, por otro, un cambio doctrinal, el denominado “neoconstitucionalismo” (Vásquez, 2020, p. 31).

² En relación a la expresión “paradigma” empleada en el sintagma “paradigma constitucional” señala Vásquez que “al parecer, lo que se está tratando de referir con dicha expresión, es la afirmación tanto de un nuevo modelo teórico del Derecho (comúnmente, denominado ‘neoconstitucionalismo’), así como la existencia de un nuevo modelo de Estado (comúnmente denominado ‘Estado constitucional’, caracterizado por un específico ordenamiento jurídico y una determinada cultura jurídica). Mas, todas estas novedades, de acuerdo con cierta doctrina, están convenientemente encapsuladas en dos expresiones: por un lado ‘constitucionalización’ y, por otro, en el ‘neoconstitucionalismo’” (Vásquez, 2020, p. 49).

³ En un sentido similar y crítico, ver Haba (2014).

Así, podríamos señalar que una dimensión del fenómeno refiere al aumento de densidad normativa del texto constitucional, en específico, en lo relativo a la consagración de derechos fundamentales, y otro refiere a una particular forma de comprensión de dicho fenómeno de positivización o intensificación de la densidad regulatoria constitucional, particularmente, desde la doctrina y la jurisprudencia.

En este paradigma neoconstitucional, la constitución (sus disposiciones normativas) se asimilarían directamente y de manera técnica a una norma directamente vinculante para los operadores jurídicos, con eficacia jurídica no solo vertical, en el sentido de que su finalidad constitutiva clásica habría de ser comprendida como mera regulación normativa de la relación entre el Estado y el ciudadano, sino que en su aspecto *ius fundamental* sería portadora de una dimensión de eficacia horizontal que vincula directamente a los particulares con fines de corrección en el despliegue de sus relaciones intersubjetivas, en último término controlable por el juez. Lo señalado tiene un efecto directo en la comprensión del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y la asimilación del rol del juez y de la argumentación jurídica en el ejercicio de dicha función.

De instrumento de regulación institucional política y de férrea defensa de los ciudadanos ante el poder se pasa a una lectura “sustantiva” del texto constitucional, atribuyéndole un contenido normativo propio (a veces implícito) y cuyo resguardo final estaría en manos del juez constitucional; aunque, también, dependiendo de la regulación de cada sistema jurídico y de la determinada posición doctrinaria a que se adhiera, sería posible referirla a cada uno de los jueces ordinarios que estarían vinculados directamente por la constitución en su dimensión normativa material o sustantiva.

Si bien el elemento común que puede encontrarse entre las diversas doctrinas posibles de ser denominadas como neoconstitucionalistas es una consideración particular de la constitución como texto primario, fundamental o principal en el sistema de fuentes normativas, acompañado de una determinada teoría de la argumentación jurídica, no toda la doctrina comparte las apreciaciones o consecuencias específicas derivadas de dicha constatación general. Esto último permite plantear, en este nuevo paradigma, la pregunta sobre la existencia, o no, de una especial “teoría del derecho” (única o con centro dogmático) de nuevo tipo y de una nueva forma de comprensión del método y de la ciencia jurídica.

En relación con aquello, podríamos denominar neoconstitucionalismo como un concepto condensado de este paradigma contemporáneo de comprensión del fenómeno jurídico. Núñez Leiva señala que su sustrato institucional podría designar de manera resumida

una cultura jurídica que reporta y a veces promueve la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución —imbuida por un esquema particular de separación de poderes— que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces (Núñez, 2015, pp. 323-324).

Esta primera aclaración por cierto refiere al aspecto institucional de dicho fenómeno.

En relación al origen terminológico que permite identificar este fenómeno, Núñez Leiva (Núñez, 2015,

⁴ Un tema sobre el cual ahondaremos en los capítulos conclusivos de esta investigación se refiere a la necesidad de diferenciar entre norma y fórmula textual normativa o disposición normativa, y la relevancia del proceso interpretativo de dichas disposiciones desde un paradigma comprensivo del fenómeno jurídico diverso al neoconstitucionalismo. En relación con dicha precisión ver en general: Chiasonni (2011) y Guastini (2011).

p. 319) reconoce en Pozzolo⁵ y la escuela Genovesa de fines del siglo XX el origen de la denominación de neoconstitucionalistas a autores como Alexy, Zagrebelsky y Dworkin. En particular, se refiere a la ponencia presentada por dicha autora en el XVIII Congreso de la IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*, Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social) desarrollado en Buenos Aires durante 1997, en donde se puede rastrear el uso “en un sentido aproximado al que actualmente se le asigna a dicho término” (Núñez, 2015, p. 318).

Susanna Pozzolo, a quien se atribuye la creación del concepto “neoconstitucionalismo”, identifica como rasgos característicos del neoconstitucionalismo, los siguientes: En primer lugar, la adopción de una noción específica de Constitución que ha sido denominado “modelo preceptivo de la Constitución” concebida como norma. En segundo lugar, la defensa de la tesis según la cual el Derecho consta (también) de principios, de modo tal que siempre debe ser interpretado. En particular, en tercer lugar, debe ser interpretado a través de aquella metodología denominada “ponderación” o “equilibrio”, que se extiende a la interpretación del derecho en su conjunto; y en cuarto lugar, se requiere la labor que algunos definirían creativa y otros, quizás, integrativa de la jurisprudencia, a la que la doctrina también debe ver con favor (Pozzolo, 2011, p. 25).

Por su parte, Gustavo Gorra señala que:

con esta corriente se opera un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Se propugna abandonar el “legalismo”, el “juridicismo extremo”, el “legicentrismo” y el “formalismo jurídico”. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa en

cuanto respete y desarrolle los derechos humanos y, además, sea eficaz y operativa cuando tales derechos estén garantizados en la práctica (Gorra, 2019, p. 46).

También se ha denominado esta doctrina como no-positivismo, enfocándose en su supuesto carácter superador de dicha doctrina. En este sentido, Javier Adrián ha señalado en su análisis expositivo de las tesis no positivistas, identificando específicamente a Dworkin y Alexy como exponentes primarios de esta escuela, que:

la transformación del Estado de Derecho puede sintetizarse en la variación del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional, o, del “imperio de la ley” al “imperio de la Constitución”, cambio en el que se ha situado también la denominada “crisis del paradigma positivista” en la cultura jurídica”, añadiendo, desde la nomenclatura de García Figueroa, como no positivismo, que “la tesis esencial del no positivismo principialista es que si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho (Adrián, 2015, p. 38).

Ferrajoli realiza una diferenciación conceptual que permite comprender su particular forma de abordar el fenómeno constitucional contemporáneo y poner en discusión la posibilidad de su identificación con las denominadas teorías neoconstitucionalistas. Por una parte, sostiene la posibilidad de distinción entre el constitucionalismo positivista de aquello que identifica como constitucionalismo iusnaturalista, pero, tal vez, en lo que representa su planteamiento de mayor importancia, distingue también entre “constitucionalismo argumentativo o principialista” y aquel que llama “constitucionalismo normativo o garantista”.

En relación con la diferencia entre “constitucionalismo

⁵ “Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento Neoconstitucionalismo” (Pozzolo, 1998, p. 339).

argumentativo o principialista” y aquel que denomina “constitucionalismo normativo o garantista”, señala que:

la primera orientación está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al “quién” y al “cómo”), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al “qué” no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión (Ferrajoli, 2011, pp. 20-21).

El profesor argentino Rodolfo Vigo, al referirse a aquellos autores que se han identificado con el neoconstitucionalismo, indica que “quedaron reconocidos como exponentes típicos de esas visiones elaboradas en las últimas décadas del siglo anterior, autores como Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza, Moreso, Comanducci, etcétera” (Vigo, 2015, p. 109).

El mismo autor identifica los principales temas de investigación de los autores principales mencionados (Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, etc.), señalando que en el listado característico de las cuestiones

analizadas (al margen de las respuestas que los distintos autores brindaban) en aquellas lecturas neoconstitucionalistas están entre otros: la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; la pregunta por la existencia de una razón práctica; las posibilidades de un saber jurídico directivo y no meramente descriptivo; las diferencias entre reglas y principios; las tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia; la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la pregunta de si solo moral social o positiva o también moral racional; la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos “fuertes” o kelsenianos, etc. (Vigo, 2015, p. 110).

Realiza también una distinción de relevancia entre “neoconstitucionalistas descriptivistas” y “neoconstitucionalistas normativos”. Los primeros se dedicarían a

asumir y estudiar la agenda que imponía el nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa había construido después de la segunda guerra mundial, en reemplazo del Estado de Derecho Legal (EDL) forjado originariamente en la Francia revolucionaria y codificadora desde fines del XVIII y durante el XIX. Pero más allá de esa coincidencia temática nos parece que corresponde hablar de neo-constitucionalistas “normativos” reconociendo en esa perspectiva a los autores que no se limitan a estudiar al EDC sino que lo respaldan y lo promueven. De ese modo, mientras los neoconstitucionalistas “descriptivistas” se reconocen por la materia de la que se ocupan, los neoconstitucionalistas “normativistas” tienen como nota distintiva el esforzarse por respaldar y auspiciar al EDC; así, por ejemplo, Comanducci está en aquella lista, pero habría que excluirlo de la última (Vigo, 2015, p. 110).

Por último, en su aproximación general al fenómeno

neoconstitucional, Vigo identifica un tercer tipo de neoconstitucionalismo, distinto al neoconstitucionalismo no positivista: el neoconstitucionalismo iusnaturalista. Determinados autores que pueden ser identificados en este grupo comparten algunas críticas al positivismo jurídico y al denominado constitucionalismo garantista o neoconstitucionalismo positivista crítico, pero difieren en sus fundamentos.

Vigo afirma respecto de este último punto que:

nos proponemos defender la posibilidad y presencia de autores estrictamente iusnaturalistas que coinciden con los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza) en sus tesis jurídicas centrales, aunque se apartan en el plano de los fundamentos y, consiguientemente, en algunas respuestas relevantes, especialmente vinculadas a problemas éticos de la agenda social actual (...). En ese neoconstitucionalismo iusnaturalista, como también en el otro no-positivista, los autores identificables son principalmente iusfilósofos, dado que en buena medida ellos desarrollan su disciplina específica con material constitucional, empleando un aparato conceptual que requiere o provee la filosofía jurídica; aunque también encontramos algunos estrictamente constitucionalistas (Zagrebelsky en Italia o Santiago en Argentina) que apelan y cuentan con formación e interés por aquella perspectiva gnoseológica (Vigo, 2015, p. 113).

En Chile, Eduardo Aldunate reconoce la dificultad de identificar de manera unificada una doctrina estructurada, sistemática y acabada de los caracteres del neoconstitucionalismo. Por esta razón, propone el desarrollo de una tarea menos ambiciosa y posible de realizar, más allá de eventuales incongruencias que estas manifestaciones puedan representar si se analiza exclusivamente a un solo autor o de la coherencia de las proposiciones comparadas entre varios autores. De este modo, sostiene que se podría recoger un conjunto de características que representarían indicativamente la

manifestación de esta doctrina neoconstitucional en una determinada propuesta jurídica (tal como hace Pozzolo), entre las cuales destacamos las siguientes:

a) cambio del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho (paso al constitucionalismo rígido), entendido éste como un estado de constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias (o bien: constitución rígida y su garantía jurisdiccional);

b) constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo, dado esencialmente por la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de la organización política, social y económica;

c) constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación (de la constitución hacia las demás fuentes) y de “constitucionalización” del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados;

d) consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional

e) introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general, proposición de la ponderación como forma de solucionar la colisión entre valores). Al igual que en el literal precedente, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional;

f) específicamente en el ámbito europeo, el proceso hacia una mayor complejidad del sistema de fuentes y la relativización del rol de la constitución y el proceso político nacional frente al derecho europeo y el proceso de integración europea (como ya se ha señalado, este

rasgo presenta características propias que ameritan su separación del grupo bajo estudio) (Aldunate, 2010, pp. 83-84).

Por su parte Guastini, desde otra perspectiva (neoconstitucionalismo descriptivista, señalaba Vigo), en este intento por esclarecer la aproximación científica a este fenómeno y tomando un camino de tipo descriptivo, propone la comprensión de este proceso de constitucionalización del derecho como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (Guastini, 2003, p. 49). Señala que en realidad se trata de un asunto de grado y que el análisis que se despliegue corresponderá a la realidad efectiva de cada uno de los ordenamientos jurídicos que se adopte como objeto de análisis, correspondiendo así el apelativo de neoconstitucionalista a una constatación descriptiva de

un específico sistema jurídico objeto de análisis.

De esta manera, hemos revisado los planteamientos fundamentales de la doctrina que podríamos denominar “neoconstitucionalista ideológica”, en cuanto no solo se limita a efectuar un análisis del sistema jurídico concreto y el alcance regulatorio interno de sus disposiciones constitucionales, además del rol de dicho texto como fuente directa de aplicación del derecho y creación de mecanismos de control, sino que pretende y promueve una comprensión del fenómeno jurídico que sitúa en su centro la constitución.

Ahora bien, ¿qué consecuencias podría conllevar abrazar desde esta teoría neoconstitucionalista la teoría de la existencia de vicios de inconstitucionalidad por omisión? Eso es lo que pasaremos a revisar en el siguiente punto.

3. La mala comprensión de la inconstitucionalidad por omisión como vía de apertura al activismo judicial, o sobre el abuso de la razón

Como pudimos revisar en el punto anterior, la doctrina neoconstitucionalista reconoce en la constitución una norma jurídica y directamente vinculante, tanto para los órganos del Estado como para los particulares. Resulta de suma relevancia para esta teoría la comprensión de los derechos fundamentales ontológicamente como normas que serían principios (a diferencia de las normas que serían reglas), y que en tanto tales serían mandatos de optimización. Como consecuencia de sus tesis principales, el rol del juez constitucional (en realidad, cualquier juez que pueda recurrir directamente a la constitución para fundamentar una sentencia) será determinante en la supervigilancia de cumplimiento del “plan” constitucional como si se tratase de una comprensión del fenómeno desde una idea de “constitución dirigente” versus una

“constitución abierta” (Peredo, 2020, p. 75).

Aldunate señala, a propósito de su análisis del fenómeno neoconstitucionalista, que

el núcleo central del garantismo, en aquello que agrega al modelo del neoconstitucionalismo, es un concepto de garantía en virtud del cual la consagración de un derecho fundamental, sin su necesario desarrollo legislativo, no implica un mero vacío frente al cual preguntarse por el verdadero sentido protectivo de la respectiva disposición constitucional, sino que supone una omisión legislativa que, en su caso, puede ser colmada por la jurisdicción (Aldunate, 2010, p. 364).

De esta manera, concluye Aldunate, respecto de los neoconstitucionalistas, que en casos de omisión legislativa, sería el juez el que vendría a suplir o sancionar dicha omisión mediante el desarrollo de una función creativa o integradora del derecho.

Señala Bazán a propósito de la relación entre neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión específicamente que:

Trazando líneas de contacto entre lo precedentemente expuesto [teoría neoconstitucional] y la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, se constata la existencia de una estrecha vinculación entre la verificación y el contralor de la omisión legislativa por el poder judicial o el Tribunal Constitucional (según corresponda) y la labor interpretativa e integrativa del Derecho por éstos, visualizándose que dichas labores de constatación y control de la inactividad legislativa suelen requerir, en función de la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador, un importante esfuerzo interpretativo o integrador del juzgador a fin de establecer la existencia y el alcance de los deberes de legislar e, incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad (Bazán, 2007, pp. 134-135).

Continúa el mismo Bazán reconociendo la labor creativa del judicial y el constitucional ante la constatación de omisiones inconstitucionales desde el neoconstitucionalismo que:

En línea con lo afirmado en otros sectores de este trabajo, en el que reiteradamente hemos reclamado del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, en su caso, una tarea creativa y prudentemente activista para superar o conjurar las omisiones inconstitucionales, Gómez Puente indica que resulta difícil negar el carácter esencialmente creativo, integrador o innovador de toda aplicación o interpretación jurídicas, sin que ello signifique invadir las competencias políticas de creación normativa. Advierte que no todo proceso interpretativo de integración, creación o innovación

jurídico-normativa equivale necesariamente a la toma de una decisión de este último carácter (Bazán, 2007, p. 135)

Es claro que nuestra inquietud no es baladí, cuando el propio Alfonso Santiago reconoce que “Algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son las siguientes: (...) vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión” (Santiago, 2008, pp. 17-18).

Conforme a la doctrina neoconstitucionalista, y sin perjuicio de todas las críticas que podría merecer tanto desde el iuspositivismo como desde el iusnaturalismo, lo cierto es que es el juez del caso concreto el que ha de trabajar con la constitución como herramienta o instrumento central en el despliegue de su función jurisdiccional. En ese sentido lo primero que habría que delimitar específicamente respecto de la teoría neoconstitucionalista en juego con la teoría de las omisiones legislativas inconstitucionales es, en primer lugar, la necesaria identificación del agente que realizará la aplicación del derecho, y, en último término, que tendrá facultades para la determinación de existencia de una omisión legislativa inconstitucional.

Creemos que es preciso determinar el agente estatal competente de la declaración de una mera existencia de omisión legislativa inconstitucional, conforme a un diseño propiamente democrático, en donde la posición del legislador continúe siendo relevante como expresión de la voluntad soberana. El órgano por excelencia en este punto será el respectivo tribunal o corte constitucional.

Sostener lo contrario, esto es, que podrá realizarse un control difuso de inconstitucionalidad, conlleva una necesaria dispersión normativa atentatoria contra la certeza y seguridad jurídicas.

No bastando lo anterior, en un segundo momento, resulta relevante develar el trasfondo teórico de esta doctrina y sus consecuencias. Aun habiendo delimitado

el órgano competente de la declaración en cuestión, cabrá la pregunta por la determinación específica de la disposición que se comprende omitida por el legislador y el derecho que se estima infringido. Al respecto resulta de mayor complejidad la determinación de los casos de omisión constitucional respecto de supuestas preceptivas implícitas. En otros términos, en un caso general, puede bastar la constatación de no haberse desarrollado por el legislador el texto regulatorio que expresamente fue encomendado por el constituyente bajo fórmulas específicas que señalen “el legislador determinará las formas de ejercicio”, “el legislador regulará en qué casos podrá limitarse este derecho, etc. Sin embargo, cuando lo esgrimido es, por ejemplo, un desarrollo insuficiente de alguna preceptiva ius fundamental sustantiva (un derecho fundamental de libertad o un derecho fundamental social, por ejemplo), entonces, será posible encontrar tantas omisiones legislativas como conceptos del derecho fundamental pueda tener el respectivo tribunal o corte constitucional. Si la hipótesis normativa infringida es absolutamente indeterminada, entonces la constatación de una omisión inconstitucional dependerá del contenido de derecho fundamental que determine el juez en el caso concreto.

Esta teoría, en este sentido, podrá ser utilizada para el desarrollo satisfactorio de concepciones políticas sobre derechos fundamentales que pueda desplegar el juez en un caso concreto. Hasta dónde llevar el alcance del derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a huelga, etc., todas aquellas hipótesis abren un espacio claro hacia el activismo judicial. Como señala Fernando Torres: “la marca de la mayoría de los jueces y tribunales neoconstitucionales, convertidos en legisladores y en promotores de políticas públicas, ha sido el activismo judicial de corte social” (Torres, 2013, p. 69).

En términos de Rivas-Robledo,

el activismo judicial es la modificación intencional

de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones. De modo que el juez activista es el que va más allá del ejercicio de sus competencias, ampliándolas o reduciéndolas, pero actúa como si estuvieran dentro del ámbito de los poderes definidos en la norma de competencia (...) (Rivas-Robledo, 2022, p. 12).

De esta manera, la inconstitucionalidad por omisión interpretada desde una perspectiva neoconstitucionalista permitiría el reconocimiento oficioso de intersticios de ausencia de regulación normativa que deberán ser integrados por el propio juez, con lo que se abren manifiestamente sus competencias en la resolución del asunto en cuestión, así como la referida a los medios de regulación de estas ausencias de regulación normativa.

En esta interrelación entre neoconstitucionalismo y activismo judicial, como señala Corral,

lo que se critica es que los jueces no sean leales con lo que dispone la ley, y piensen que su deber no es acatarla, sino hacer justicia en el caso concreto conforme a su decisión y no a aquella prevista por la ley. El neoconstitucionalismo, con su postulada aplicación directa de las normas constitucionales, la transformación de la supremacía en autarquía constitucional y una aplicación inmoderada de principios bajo el método de la ponderación, permiten a cada juez y a cada Corte y a cada sala de cada Corte resolver un caso conforme a su particular visión de lo justo y de lo bueno, que además puede ir variando con el tiempo (Corral, 2018, p. 13).

Lo anterior se agrava cuando constatamos que, además, se ha abandonado un análisis del contenido de cada derecho fundamental desde una perspectiva ontológica, y se ha preferido la utilización de criterios utilitarios en la determinación del contenido de estos derechos para un caso concreto. Lo anterior se produciría, de manera paradigmática, mediante la

asunción de la técnica de la ponderación ius fundamental sostenida por la doctrina neoconstitucionalista⁶, que es a su vez, consecuencia, de una comprensión conflictiva de los derechos fundamentales. Esta doctrina, en cierta medida, reconocería su incapacidad gnoseológica para pronunciarse sobre el contenido de los derechos, y simplemente difiere un pronunciamiento sobre ellos una vez que se puede plantear una situación de relevancia ius fundamental como una de conflicto entre derechos.

De esta manera, por ejemplo, desde esta doctrina se pospone un pronunciamiento sobre el derecho a la vida, al menos hasta que “entra en conflicto” con el de la madre o el de otra persona. La libertad de expresión no revelaría su contenido sino hasta que entre en conflicto con la honra de otra persona, y así sucesivamente. Existe en todo caso una relación de precedencia condicionada entre derechos fundamentales, que es determinada fundamentalmente bajo criterios utilitaristas de satisfacción de posiciones jurídicas protegidas y que encuentran en el peso específico de cada derecho, en su proporcionalidad en sentido estricto, recién la develación de la posición jurídica protegida.

Si ya nos parece una exposición infundada de los derechos fundamentales la teoría expuesta, y la posición protegida de los particulares y su absoluta relativización, aquello queda aún más expuesto si los presupuestos normativos de limitación de la libertad son posibles de fundar incluso a través de la constatación de derechos constitucionales implícitos y la determinación de satisfacción contingente que en cada caso determinará el juez conforme a sus propias convicciones jurídicas. Lo anterior es así por cuanto es de la esencia de esta doctrina la “derrotabilidad” de todos los derechos fundamentales, sin que un paso necesario en el clásico juicio de ponderación alexiano sea el de la determinación específica del contenido del derecho fundamental en cuestión.

Como un tercer problema encontramos, en concreto, la determinación de la sanción por omisión inconstitucional. En este caso, la orientación doctrinaria neoconstitucionalista reconoce en cada juez la facultad de desplegar el contenido material de la constitución para buscar su eficacia. El problema ya no sería el análisis de factibilidad de aplicar alguna sanción al legislador, o el establecimiento de “sentencias aditivas”, sino que el juez en concreto contaría con la potestad del desarrollo normativo de la constitución, para perseguir su eficacia.

Lo anterior manifiesta su mayor relevancia en materia de los derechos económicos y sociales. Si las disposiciones constitucionales que refieren a derechos sociales son normas y, además, si se comprende que dichas normas son de exigibilidad directa, entonces, podría el juez neoconstitucionalista traspasar los límites de lo jurídico para desplegar derechamente una actividad de carácter político.

Se trata de un movimiento que promueve la confianza en los jueces y, a la vez, una solapada desconfianza en el legislador, por su nexo tradicional con las teorías positivistas jurídicas. Precisamente, se plantea la teoría neoconstitucionalista como una instancia teórica superadora de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo. En último término, pareciera que no solo la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico en concreto, sino que podría llegar a sostenerse que es el último instrumento normativo relevante. Bastaría un juez y una constitución para resolver cualquier conflicto jurídico, pues incluso las reglas se encuentran fundadas en principios que pueden ser objeto de ponderación, lo que permitiría, a su vez, comprender una facultad derogatoria anómala al juez.

En este sentido Bazán afirma:

La violación de la Constitución por omisión no

⁶ Una visión crítica de esta concepción jurídica, las tesis conflictivistas y su relación con el utilitarismo en Peredo (2018) pp. 147-152.

debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; por tanto, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace.

Consistente con ello, el magistrado judicial deberá—inter alia—: proporcionar para el caso concreto el contenido mínimo de un derecho receptado en la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que —en igualdad de circunstancias— detrae a otros. En todo caso, se impone la delineación de herramientas procesales —ya propias del modelo unilateral; ya del bilateral o multilateral— adecuadas a las pautas fisonómicas del sistema jurídico de que se trate, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional) de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales (Bazán, 2007, p. 136).

Aún más. Si se comprende que los preceptos constitucionales vinculan no solo a los órganos del Estado y que, además, es posible derivar determinados deberes normativos de preceptos constitucionales ius fundamentales, resultaría que incluso los particulares

podrían ser sancionados por el no despliegue de conductas activas en búsqueda de satisfacción de derechos fundamentales. Por ejemplo, pensemos en el derecho del trabajo, en donde la doctrina chilena ha abrazado ampliamente la teoría neoconstitucionalista. De la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se deriva que este también se encuentra vinculado y se prescribe a su respecto el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Pero bien, cabrá preguntar desde esta óptica neoconstitucional, ¿será posible constatar omisiones inconstitucionales por parte del empleador?, ¿cuál será el rol del juez en tal caso?, ¿podría el juez ordenar como sanción por omisión constitucional en búsqueda de un correcto despliegue del derecho de no discriminación por razones de género, por ejemplo, que una empresa en concreto dicte un manual de uso de lenguaje inclusivo?, ¿la omisión inconstitucional podría alcanzar la actividad empresarial, particularmente en el despliegue de su actividad normativa, por ejemplo, en la dictación de un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad?

Las preguntas elaboradas no son baladíes. Un uso excesivo de la razón deviene en vicio, y, en este caso, el aparato conceptual neoconstitucionalista desestabiliza no solo el sistema de fuentes, sino que, contando con un uso desviado de herramientas teóricas, como la existencia de vicio de inconstitucionalidad por omisión, deviene en el vehículo perfecto para socavar el sistema democrático, y en último término, en un sistema de instrumentalización de la persona humana.

4. Conclusiones

La proyección de la teoría de la declaración de vicios de inconstitucionalidad por omisión es sin duda un avance en la comprensión de la estructura de competencias y determinación de poderes y realización eficaz de los preceptos constitucionales. La discreción y la deferencia

legislativa no son absolutas, y el sistema de contrapesos y control de poderes ha de permitir desarrollar un posible análisis de cumplimiento de la preceptiva constitucional. Para efectos de supervigilar el ejercicio correcto del poder se requiere también que, conforme cada ordenamiento

jurídico disponga, se pueda jurídicamente analizar la tarea desarrollada por el legislador y, en particular, las situaciones de inactividad que puedan implicar en último término una infracción a la constitución.

Hemos de recordar que el fin último de la constitución es regular el ejercicio del poder en la prosecución del bien común, con el respectivo respeto y cautela de la persona humana, centro de la sociedad.

En todo caso, debemos estar alerta al uso excesivo de esta comprensión garantista de la constitución. Dicha intelección contemporánea del fenómeno jurídico y constitucional, que se concreta en la denominada teoría neoconstitucionalista, ha logrado tomar un lugar privilegiado en la jurisprudencia y cátedra nacional. Hoy en día parece que nos encontramos ante un nuevo dogma en la comprensión de las disposiciones constitucionales como normas jurídicas directamente vinculantes, con eficacia horizontal, acompañado de una comprensión conflictiva de los derechos fundamentales.

Ante la indeterminación sustantiva de los derechos fundamentales por esencia derrotables y sujetos a una determinación concreta y contingente mediante una precedencia condicionada, la herramienta de declaración de vicio de inconstitucionalidad por omisión se transforma

en un instrumento peligroso, si lo que se pretende es cautelar las garantías de los particulares. El rol central del juez que puede aplicar y resolver directamente una cuestión jurídica fundado inmediatamente en la constitución no expondrá solo de manera expresa la posición del legislativo en el sistema democrático, sino que incluso la previsibilidad y proyección de conductas de libertad de particulares cuando no es solo al juez constitucional a quien se le reconoce el control de inconstitucionalidad por omisión, sino también a los jueces comunes, lo que es coherente además con teorías proclives, en otra dimensión, al control de convencionalidad, por ejemplo.

Hemos de comprender la institución de declaración de vicios de inconstitucionalidad por omisión desde una perspectiva garantista y que tenga como centro la protección y cautela de los particulares, al mismo tiempo que cautela el respeto del principio democrático. Entregadas estas herramientas en manos de doctrinarios neoconstitucionalistas nos arriesgamos, una vez más, a la apertura de la arbitrariedad judicial y a un quiebre interno del sistema democrático. Es decisivo para garantizar la protección del sistema democrático y de la persona humana aplicar en su justa medida la teoría de inconstitucionalidad por omisión a fin de no caer en excesos.

Referencias

- Adrián Coripuna, J. (2015). *Razonamiento Constitucional. Críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Lima. Fondo Editorial Academia de la Magistratura.
- Aldunate Lizana, E. (2010a). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(1), 79-102.
- Aldunate Lizana, E. (2010b). Neoconstitucionalismo. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 361-369.
- Bazán, V. (2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*, (20), 121-144.
- Chiasonni, P. (2011). Disposición y norma: Una distinción revolucionaria. En S. Pozzolo y R. Escudero (eds.). *Disposición vs. Norma* (pp. 7-17). Lima: Editorial Palestra.
- Corral Talciani, H. (2018). Constitucionalización del Derecho Civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial. *Revista de*

Derecho Aplicado LLM UC, (2), 1-20

- Fernández Segado, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, 7(2), 13-69.
- Ferrajoli, L. (nov. 2011). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 15-53.
- Gorra, D.G. (2019). *Neoconstitucionalismo. Concepción epistemológica*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano. En M. Carbonell Sánchez (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Madrid. Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. Norma. En S. Pozzolo y R. Escudero (Eds.). *Disposición vs. Norma* (pp. 133-156). Lima: Editorial Palestra.
- Haba, E.P. (2014). Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. En E.P. Haba Coord. *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica* (pp. 27-102). Lima: Editorial Palestra.
- Kuhn, T. (2004). *La estructura. De las revoluciones. Científicas*. Buenos Aires. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Núñez Leiva, J.I. (2015). Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes & Revelations". *Ius et Praxis*, 21(1), 315-343.
- Peredo Rojas, M. (2018). *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Peredo Rojas, M. (2020). *Hacia la configuración de la omisión como un vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2(21), 339-356.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Perú: Editorial Palestra.
- Rivas-Robledo, P (2022). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II. Una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion. Revista de actualidad jurídica*, 31(2), 1-28
- Santiago, A. (3 de abril de 2008). *Neoconstitucionalismo* [Conferencia] Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires. <http://www.ancmyp.org.ar/nosotros.asp?menu=HOME>.
- Serna, P. (2006). *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México: Porrúa.
- Torres, L.F. (2013). El Activismo Judicial En La Era Neoconstitucional. *Iuris Dictio*, 13(15), 65-80
- Vásquez Sánchez, O. (2020). *Teorías Neoconstitucionalistas*. Lima. Editorial Palestra.
- Vigo, Rodolfo L. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Villaverde Menéndez, I. (2007). La inconstitucionalidad por omisión: Un nuevo reto para la justicia constitucional. En M. Carbonell, Miguel (coord.). *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión* (2ª ed.) (pp. 49-73). México, D.F.: IIJ de la UNAM.

**Catalina de
los Angeles
Sierra
Campos***

cdsierra1@miuandes.cl

Recibido: 24.06.22
Aceptado: 01.12.22

El delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar: un análisis del Párrafo 2° de la Ley N° 20.066

The crime of contempt in the context of domestic violence: An analysis of Paragraph 2 of Law N° 20.066

Resumen: El presente trabajo se propone analizar el rol del delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 20.066. Con ese propósito, se estudiará la doctrina penal chilena desarrollada en torno a la interpretación del injusto en el delito de desacato. En particular, se analizarán los criterios interpretativos propuestos para enfrentar la amplitud de la norma que contiene este delito. Adicionalmente, se planteará un análisis en torno al delito de desacato que concilie los estudios doctrinarios revisados y las características especiales de la violencia intrafamiliar, con miras a un criterio estandarizado en esta materia.

Palabras clave: delito de desacato; violencia intrafamiliar; medidas cautelares.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the role of the crime of contempt in the context of domestic violence, since the entry into force of Law N° 20.066. For this purpose, the Chilean criminal doctrine developed around the interpretation of the wrongful act in the crime of contempt will be studied. In particular, the interpretative criteria proposed to address the breadth of the norm that contains this crime will be analyzed. To conclude, an analysis of the crime of contempt will be proposed to reconcile the doctrinal studies reviewed and the special characteristics of domestic violence, with a view to a standardized criterion in this area.

Keywords: contempt of court; domestic violence; injunctive relief.

* Abogada. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y la *Universitat Pompeu Fabra*. Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes, Chile.

El núcleo familiar es fundamental en el desarrollo de la sociedad y proporciona los elementos básicos para la interacción entre las personas. De ello se sigue que el Estado tiene el deber de proteger tanto a la institución de la familia como a quienes la componen de todo agravio¹. Pues bien, se reconoce en la doctrina especializada que

la comunidad familiar no anula en su seno a las personas que la componen; al contrario, estas se realizan y florecen en las *relaciones* interpersonales que ahí se establecen. El entramado de relaciones que comienza en la familia pone los fundamentos y asegura la realización y perpetuación de la sociedad civil y política (Rodríguez, 2019, p. 23).

No obstante, esta pequeña comunidad social no ha quedado exenta de actos de violencia, que por mucho tiempo fueron considerados parte de la intimidad del hogar y al margen del ordenamiento jurídico². Gradualmente, esta invisibilidad del problema se ha ido desvaneciendo, y la violencia intrafamiliar ha pasado a formar parte de la agenda legislativa del Estado³. En efecto, los actos de agresión en el núcleo familiar adquieren una connotación

especialmente negativa con base en el importante papel que desempeña la familia dentro de la sociedad. Es decir, cuando el agresor y la víctima están relacionados, el reproche se intensifica.

En este orden de ideas, a finales del año 2005, entró en vigor la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, que entre sus aportes destacó la “consagración de mecanismos de protección eficaces de las víctimas y sus familias, a través de las medidas cautelares”⁴. En particular, los artículos 10° y 18° de la Ley N° 20.066 refieren a la sanción procedente al incumplimiento de medidas cautelares y accesorias, las que, a su vez, remiten al inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil que contiene el delito de desacato⁵. Profundizar en la comprensión de tal delito es el objeto de este trabajo.

Es interesante observar que no solo el incumplimiento de medidas cautelares y accesorias motivan una investigación por desacato, veremos a lo largo de este estudio que hay más de un supuesto en esa dirección contenido en la Ley N° 20.066. Ahora, aquello que capta

¹ En la doctrina chilena se ha reconocido la familia como “un bien humano básico relacional y social, un bien para toda la sociedad” (Rodríguez, 2019, p. 23).

² A este respecto, se ha indicado que “tal problemática oculta y silenciada por años, se ha hecho cada vez más visible en nuestra sociedad. Los avances logrados a lo largo de estos años, son fruto del trabajo realizado inicialmente en la década de los 80 por organizaciones sociales de mujeres y ONG, quienes visibilizaron el problema y asumieron un rol activo en la sensibilización y denuncia de la violencia sistemática y estructural de que eran objeto las mujeres en el ámbito público y privado” (Carrillo, 2020, pp. 81-82). En la tramitación de la ley de violencia intrafamiliar se indicó a este respecto que “el valor jurídico asignado a la privacidad e intimidad de las personas impidió por largo tiempo reconocer como de competencia del Estado los hechos que ocurren en el seno de la familia, lo que dio lugar a que ésta pudiera convertirse, en cierto modo, en un territorio al margen de la ley, donde los valores de la integridad física y psicológica de sus integrantes, así como el de su libertad obedecieran a regulaciones determinadas por el arbitrio de la parte que detenta mayor poder”, Historia de la Ley N° 20.066, 2018, p. 15.

³ En la doctrina colombiana se señala que “la tipificación de la violencia como delito no solo en contra de la mujer sino de la familia (...), esta institución debe asumirse como el núcleo fundamental y básico de la sociedad, en esa medida, por tratarse de uno de los bienes sociales más sensibles e importantes para asegurar una vida en comunidad realmente pacífica, su respeto no solo está en cabeza del Estado, sino que hace parte de los deberes ciudadanos. Esa premisa impone considerar que cualquier daño y/o desequilibrio que sufra la familia irradia al resto de la sociedad y, a la vez, su adecuado desarrollo redundará en beneficio del resto de la comunidad” (Piva, 2020, p. 43).

⁴ Historia de la Ley N° 20.066, 2018, p. 4. La jurisprudencia ha reconocido la importancia del papel que desempeña el delito de desacato en los casos de violencia intrafamiliar, y ha indicado que “durante la tramitación de la ley 20.066, la necesidad de contemplar el delito de desacato, no sólo tratándose de los jueces de garantía o del tribunal del juicio oral en lo penal, sino también para el procedimiento de violencia intrafamiliar en los tribunales de familia en los casos de incumplimiento de las medidas accesorias o cautelares; de allí que se resolviera reiterar la norma en la ley 20.066, a fin que ella se baste a sí misma y que su sola lectura quede claro para cualquier persona, que desobedecer en esta materia al juez constituiría delito de desacato; decisión que se materializó en los artículos 10 y 18 de la ley 20.066”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 368-2020, 20 de agosto de 2020, c. 6°.

⁵ El texto del inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil reza de la siguiente manera: “El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

el interés académico y jurisprudencial en esta materia es determinar si la frase que hace referencia al delito de desacato —(...) “el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil” (...)— ¿significa que debemos comprender que el simple incumplimiento supone siempre la comisión del delito de desacato? O bien ¿se requieren de elementos adicionales para que proceda la sanción penal al incumplimiento?

En orden a responder estas preguntas, el presente trabajo se encuentra seccionado en tres partes. La primera de ellas estará enfocada en presentar las

principales problemáticas interpretativas que han surgido a partir de la norma de desacato. Luego, la segunda sección supone un estudio más pormenorizado de las principales líneas interpretativas que lideran el tratamiento del delito de desacato en la doctrina penal chilena, para, finalmente, centrar el objeto de análisis en el desempeño del delito de desacato en materia de violencia intrafamiliar. En esta última parte, debido al límite de espacio, serán trabajados con mayor detalle dos casos ejemplificadores de la disyuntiva interpretativa que supone el delito de desacato en este campo. Estos son: el incumplimiento de la multa por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar y el incumplimiento de la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima.

1. Las problemáticas del delito de desacato

El delito de desacato se encuentra establecido en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Se trata de un tipo penal cuyo injusto no se basta con el texto de la norma establecida por el legislador, sino que requiere de un trabajo interpretativo que lo complemente. Esto se debe a la gran amplitud con que el legislador estableció el injusto penal en el tipo, que reza de la siguiente manera: “el que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

Ahora bien, cabe recordar que la incorporación del delito de desacato al ordenamiento jurídico chileno supuso ampliar la casuística de cara al incumplimiento de sentencias judiciales. Y, si bien la doctrina es unánime en este nuevo escenario de ampliación *formal* del desacato,

el panorama no es así de pacífico cuando se plantea una posible ampliación *material* de él.

En la doctrina penal chilena se suele rechazar la idea de que exista una sanción genérica a la desobediencia judicial⁶. Por el contrario, se tiende a comprender que el legislador habría optado por incorporar al ordenamiento jurídico hipótesis específicas de desobediencia jurídica. De ahí que se planteen interpretaciones que apuntan a sancionar penalmente solo los casos más graves de desobediencia o también denominados “calificados”, mientras que las demás circunstancias de incumplimiento quedarían bajo el amparo de las normas residuales contenidas en el Título XIX del Código de Procedimiento Civil.

⁶ Hernández ha señalado que, respecto al delito de desacato, “ni la doctrina ni la jurisprudencia se han preocupado en detalle de él, probablemente porque por décadas un defecto técnico en su formulación original conspiró contra su aplicación práctica, sin contar con la tradicional reticencia de la doctrina penal a hacerse cargo de disposiciones extramuros del Código del ramo, máxime si éstas se insertan en una codificación de corte marcadamente civil” (Hernández, 2006, p. 2). Así también lo ha reconocido el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile a propósito de un fallo de amparo a favor de un profesional sancionado con la suspensión del ejercicio de la profesión, resolución del Consejo General del Colegio de Abogados, 21 de enero de 2008, p. 5.

Por otro lado, la ley no entrega criterios que permitan determinar el carácter “calificado” que se entiende que debiese cumplir la desobediencia para que proceda la sanción penal asociada al desacato. Es de gran importancia para la interpretación del tipo penal que los elementos del tipo hayan sido establecidos por el legislador. En tanto, que esta tarea quede expuesta al criterio judicial no es afín del principio de legalidad. De lo contrario, se corre el riesgo de que la precisión del injusto penal quede al arbitrio del sistema judicial⁷. Estos son algunos antecedentes que reflejan la dificultad interpretativa que afecta al delito de desacato

Ante el proceso interpretativo de la norma de desacato surgieron dos limitaciones: la primera restringía el desacato al procedimiento civil por estar contenida en el código de la materia, en tanto la segunda refería a la naturaleza jurídica de la resolución quebrantada. Por lo que se refiere a la primera, existen sentencias judiciales que rechazaron esa interpretación, ya que han entendido que la norma del artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil no es una norma de procedimiento

propriadamente tal, “sino tan solo tipifica un delito que el legislador crea para sancionar a quienes quebranten lo ordenado cumplir por un tribunal, cualquiera sea éste”⁸, al punto de que en la jurisprudencia más reciente no es un asunto que se discuta.

La segunda limitación interpretativa planteaba que la sanción al desacato solo procedería ante el incumplimiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. En consecuencia, el incumplimiento de una resolución que decreta una medida cautelar no tendría la capacidad de configurar el tipo penal de desacato⁹. Más bien, en virtud de esta interpretación, la sanción que correspondería aplicar sería la contenida en el artículo 141 inciso segundo del Código Procesal Penal. Es decir, el incumplimiento de una medida cautelar personal sería sancionado con prisión preventiva.

A este respecto, parte de la doctrina¹⁰ y algunos fallos judiciales¹¹ han señalado que la norma del tipo penal de desacato no contiene limitación respecto al tipo de resolución que se refiere. Es más, se hace notar

⁷ En este sentido se ha pronunciado Peña, quien indicó que “piedra fundamental de la tipicidad es que la selección de conductas punibles sea efectuada *por el legislador* y no por el juez, de manera objetiva, única forma de garantizar la certeza jurídica y de excluir el arbitrio judicial, sin que los jueces puedan agregar ningún requisito que no esté contenido en el tipo” (Peña, 2006, p. 161).

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Segunda Sala, Rol N° 799-2006, 23 de mayo de 2006, c. 6°. En jurisprudencia más reciente, véase Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 85-2021, 05 de abril de 2021, c. 8°.

⁹ En la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 85-2021, 05 de abril de 2021, c. 8°, se afirmó que “en relación con la procedencia del tipo penal de desacato y de la naturaleza de la resolución infringida, se conviene que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sus conclusiones no han sido particularmente coincidentes. Ha sido materia de discusión el tema de que no cualquier resolución infringida puede servir de supuesto al tipo penal previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”.

¹⁰ Hernández analiza este punto e indica que si bien el desacato pudo tener un propósito histórico enfocado solo en sentencias definitivas y civiles, reconoce que “en la medida en que existen disposiciones legales posteriores que vinculan expresamente el delito de desacato al incumplimiento de resoluciones que no constituyen sentencia definitiva y que son dictadas por tribunales con competencia criminal, cual es precisamente el caso del art. 18 LVIF, no es posible sostener en la actualidad la misma línea argumental” (Hernández, 2006, p. 3). Por su parte, Matus concluye en su trabajo que “es indiferente para la configuración de la infracción el que la resolución de la que se trate tenga carácter cautelar o provisorio”, e incluso agrega que hay casos en los que la resolución reconozca una situación “lo suficientemente precisa y determinada para indicar expresamente de qué debe abstenerse una persona para alterarla” (Matus, 2016, p. 61). En contra de esta interpretación, Krause sostiene que el delito de desacato solo procede ante “supuestos de quebrantamiento (doloso, reiterado y relevante) de una sentencia definitiva o interlocutoria, firme o ejecutoriada, ya cumplida, por parte de aquél a quien se ha impuesto la condena a prestaciones de dar, hacer o no hacer” (Krause, 2013, p. 1071), a pesar de que ello implique correr el riesgo de que la norma pierda el efecto útil en materia de violencia intrafamiliar.

¹¹ En concreto, un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 85-2021, 05 de abril de 2021, c. 8° indica que no es válido el argumento de la defensa que alude a que el delito de desacato solo “se ha referido a resoluciones firmes o ejecutoriadas y no respecto de aquellas que producen efectos provisionales”. Pues bien, el tribunal de alzada reconoce que la naturaleza de la resolución infringida para constituir el delito de desacato ha sido materia de discusión en la doctrina. Sin embargo, señala que el legislador no distingue la naturaleza de la resolución incumplida en el tipo penal. Y, por lo tanto, la medida cautelar dictada por el juez de garantía debía ser cumplida, y su incumplimiento supone el delito de desacato.

que la redacción de la norma no contiene el concepto de “resolución judicial”, sino que simplemente se refiere a *lo ordenado cumplir*. Por consiguiente, no se reconoce un fundamento que sustente la idea de que solo aquellas resoluciones que establezcan derechos permanentes pueden ser objeto de quebrantamiento. A mayor abundamiento, se plantea que lo relevante no es la permanencia o transitoriedad de los derechos y obligaciones que establecen, sino el comportamiento que rompe el *statu quo* establecido por el tribunal.

Por lo pronto, se observa que las deficiencias en la definición del injusto en el delito de desacato son reafirmadas en materia de violencia intrafamiliar. Un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena hace patente el problema al que pretendemos hacer frente en este trabajo. En efecto, declara que, si bien el delito de desacato es un asunto sometido a debate, en el campo de violencia intrafamiliar este adquiere un

matiz interpretativo más allá del incumplimiento de una resolución judicial, condicionado por el “deber del Estado de adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad; de prevenir, sancionar y erradicar tales actos y otorgar protección a las víctimas”¹².

Con el objeto de subsanar la deficiencia en la determinación de los supuestos de hecho que configuran el tipo penal de desacato, exponentes de la doctrina penal han propuesto criterios interpretativos centrados en el campo de la violencia intrafamiliar. A partir de lo indicado por la Corte de Apelaciones de La Serena, es fundamental cuestionarse si acaso la dificultad de definición de injusto en el delito de desacato es un asunto que se agudiza cuando se trata de violencia intrafamiliar. Para intentar clarificar el panorama, a continuación, se expondrán las líneas generales de los criterios interpretativos propuestos por algunos representantes de la doctrina penal chilena.

2. Los criterios interpretativos del tipo penal

En Chile, el tratamiento doctrinario en torno al delito de desacato ha sido escaso en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este escaso tratamiento ha conseguido proporcionar criterios interpretativos con miras a una mejor comprensión de este tipo penal. En esta oportunidad, estudiaremos las propuestas de tres autores, a saber, Hernández, Krause y Matus. Cada uno de ellos ha desarrollado directrices para comprender la esencia y aplicación del delito de desacato a casos concretos ante la amplitud de la norma contenida en el artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.

Veremos que los criterios que desarrollan estos

autores guardan directa relación con la manera en que comprenden el trabajo legislativo expresado en la norma. A pesar de ello, los autores comparten una misma apreciación acerca del injusto en el delito de desacato: se trata de un tipo penal amplio. Así pues, por una parte, Hernández fue enfático al indicar que “la interpretación del precepto enfrenta serias dificultades, especialmente referidas a la necesaria limitación de un tenor literal que por su enorme amplitud (...) amenaza desbordarse más allá de los límites de lo genuinamente penal” (Hernández, 2006, p. 2).

Por su parte, Krause, más cauta, señaló que el desacato es un tipo penal con una amplitud aparente,

¹² Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 85-2021, 05 de abril de 2021, c. 8°. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 46-2021, 08 de mayo de 2021, c. 6°.

y que “una interpretación de éste de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil sugiere relevantes límites en su ámbito de aplicación” (Krause, 2013, p. 1060). Y, finalmente, Matus apegado al principio de legalidad sostuvo que en el delito de desacato

podemos encontrar el déficit de claridad de la ley que habilita a recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento y a las reglas de la lógica que permitan que su interpretación guarde la debida correspondencia y armonía con el resto de la legislación (...) (Matus, 2016, p. 37).

A continuación, pasaremos a revisar con mayor detalle las principales líneas interpretativas de estos autores en torno a la comprensión del delito de desacato. Se observará que difieren en la comprensión de la figura penal, especialmente en lo que dice relación con la antijuridicidad material del delito. Con ello, en cada caso, establecen los cimientos de criterios interpretativos adicionales distintos, pero todos con miras a un mejor entendimiento del tipo penal en estudio.

2.1. El criterio de Matus: principio de legalidad

Como ya se adelantaba, en los planteamientos de Matus se observa un apego al principio de legalidad. Propone que solo mediante las herramientas interpretativas de la ley¹³ es posible dilucidar el sentido literal posible del delito de desacato y, de esta forma, sortear la exigencia de

elementos adicionales que no forman parte del tipo penal en cuestión¹⁴. En otras palabras, el autor apela a las herramientas que el propio legislador proporciona para el ejercicio interpretativo de las normas para, con ello, evitar, por una parte, que se desvirtúen los propósitos legislativos y, por otra, mantener una armonía sistemática entre los distintos cuerpos normativos.

Ahora bien, no se puede obviar que las guías que proporcionan la Constitución Política y el Código Civil para interpretar las normas no alcanzan a distinguir los *niveles de gravedad* del incumplimiento ante los mandatos de la autoridad. De este modo, es posible observar que un delito de desacato como el establecido en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil por sí solo subsume el sistema de apremios existente bajo el Título XIX del mismo cuerpo normativo, y se requieren de directrices que permitan determinar —conforme con la Constitución y las leyes— cómo compatibilizar ambos métodos coercitivos.

Luego, en segundo lugar, Matus distingue semánticamente entre el *mero incumplimiento* y el *quebrantamiento*¹⁵ y concluye que no son conceptos sinónimos. Es más, el autor identifica el quebrantamiento con una mayor gravedad que el incumplimiento¹⁶. Por consiguiente, para delimitar la interpretación de la norma que contiene el delito de desacato, el autor analiza las obligaciones a que puede ser conminado el vencido en juicio¹⁷. De ahí deriva la idea de que, al emplearse el verbo rector quebrantar en el tipo penal de desacato, se manda

¹³ El autor se refiere al artículo 19 N° 3 incisos octavo y noveno de la Constitución Política de la República y a los artículos 19 a 24 del Código Civil.

¹⁴ A este respecto, en la doctrina alemana se ha indicado que “las leyes penales deben estar redactadas de forma tan precisa que su contenido y límites deben deducirse lo más exactamente posible del texto de la Ley (*principio de legalidad*) (Jescheck & Welgend, 2014, p. 188).

¹⁵ Matus señala que “el sentido y alcance de la expresión ‘quebrantar lo ordenado cumplir’ no es otro que ejecutar un hecho positivo que altera el *statu quo* creado por lo mandado ejecutar, sea porque ya se ha cumplido, sea porque lo que se ordena (y causa ejecutoria) es precisamente abstenerse de alterar un estado de cosas preexistente, que la resolución reconoce jurídicamente” (Matus, 2016, p. 47).

¹⁶ Repara en que el tenor literal de la norma del desacato “no emplea la expresión ‘incumplir’ para describir la conducta penada ni menciona como ejemplo del quebrantamiento un ‘incumplimiento’” (Matus, 2016, p. 42).

¹⁷ En su trabajo, Matus distingue tres tipos de obligaciones a que puede ser conminado el vencido en el juicio correspondiente. Esto es, algunas resoluciones judiciales contienen una obligación de hacer, que se puede expresar, por ejemplo, en desalojar un inmueble por vencimiento del contrato de arriendo; otras suponen una obligación de dar, a saber, el pago de una pensión de alimentos; o bien, puede haber resoluciones judiciales que contengan una obligación de no hacer, es decir, el vencido debe abstenerse de actuar de la forma en que le indique el tribunal que conoce de la causa.

una obligación de no hacer¹⁸.

En palabras del autor, las circunstancias susceptibles de sancionarse por desacato serían aquellas “creadas o reconocidas por la sentencia para cuya mantención se requiere la abstención de ejecutar en el futuro un hecho positivo que las altere” (Matus, 2016, p. 40). Entonces, la frase *quebrantamiento de lo ordenado cumplir* es interpretada por Matus como actos positivos que contravienen lo resuelto por el tribunal en su resolución¹⁹.

En definitiva, la propuesta interpretativa de este autor guarda directa relación con el uso de las herramientas entregadas por las normas generales de interpretación del derecho. Se trata de un criterio que pretende bastarse a sí mismo, sin necesidad de acudir a la creación de nuevos elementos ajenos a la legislación vigente. Con ello, se espera evitar el riesgo de deformar la norma y alejarse de los propósitos del legislador.

En lo que se refiere específicamente a la aplicación del delito de desacato en casos de violencia intrafamiliar, Matus se muestra en desacuerdo con la adición de exigencias no contenidas en la norma, a diferencia de lo que veremos en las propuestas de Krause y Hernández. Pues bien, plantea que agregar criterios con el fin de “limitar” el tipo penal, en realidad no responde a la aplicación del principio *pro reo* ni al de proporcionalidad porque no existen cuestionamientos en torno a la literalidad de la norma. Más bien, es un intento por evitar la aplicación de la sanción del desacato a ciertos casos,

tales como el incumplimiento de medidas cautelares de protección a las víctimas de violencia intrafamiliar²⁰. Esto, a su criterio, no es argumento suficiente para considerar elementos interpretativos adicionales a la literalidad de la norma.

2.2. El criterio de Krause: plus de intensidad

El trabajo interpretativo de Krause estuvo comandado, en primera instancia, por las herramientas que entrega el Código Civil. Así, la voz *quebrantar* en su sentido natural y obvio lo definió como un incumplimiento deliberado²¹. A partir de ello, la autora entiende que el tipo penal de desacato se refiere a una sentencia definitiva o interlocutoria que ya ha sido cumplida, y que el objeto de la norma se limita a procurar que ese estado de cosas definido por el tribunal no sea alterado.

Bajo este entendimiento, Krause señala que para distinguir entre el mero incumplimiento y el quebrantamiento es necesario acudir a criterios materiales adicionales. Así, señala que para enfrentar un caso de quebrantamiento debe mediar un *plus de intensidad* en el comportamiento, “(..) que podría derivarse de consideraciones tales como la reiteración, la duración, o la extensión del comportamiento prohibido” (Krause, 2013, p. 1063).

A este respecto, en materia de violencia intrafamiliar, cabe señalar que los criterios planteados por Krause no parecen del todo acertados para determinar la gravedad

¹⁸ En oposición a esta interpretación, encontramos la de Peña, quien señaló que le parece más adecuado referirse al inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil como un delito de desobediencia más que uno de desacato porque “aun cuando la etimología de este último entronca con el verbo *acatar*, el sentido que normalmente se le ha atribuido se relaciona más bien con la falta del debido respeto a la autoridad. En cambio, en el caso del delito que nos ocupa, lo que se castiga no es una falta de respeto, sino el incumplimiento de una orden judicial” (Peña, 2006, pp. 159-160).

¹⁹ En este sentido, la doctrina chilena que se ha pronunciado a este respecto ha entregado las siguientes definiciones: Matus señala que “quebrantar lo ordenado cumplir significaría traspasar o violar mediante un hecho positivo la orden de abstenerse alterar una situación reconocida por una resolución judicial o creada por su cumplimiento” (Matus, 2016, p. 41). Por su parte, Krause indica que “el quebrantamiento surge con la actuación del sujeto que altera una situación ya consolidada cuya licitud ha quedado establecida por la sentencia judicial” (Krause, 2013, p. 1061).

²⁰ A mayor abundamiento, véase Matus (2016), pp. 59-60.

²¹ Krause señala que “sólo quebranta quien conoce la existencia de la prohibición y, no obstante, ejecuta actuaciones positivas, reiteradas y graves que expresan desconocimiento a su existencia y efectos” (Krause, 2013, p. 1061).

de un caso concreto de incumplimiento de una medida cautelar personal, ya que refieren solo a un punto de vista temporal. Esto genera al menos dos reparos, a saber, por un lado, parece ser un criterio insuficiente para determinar la *intensidad* del comportamiento lesivo y, por otro, omite criterios de *proporcionalidad* del daño, tales como el riesgo, el bien jurídico protegido y la probabilidad de ocurrencia.

En este sentido, podemos decir, por ejemplo, que el incumplimiento de la medida cautelar puede tener lugar solo en una ocasión y causar graves daños²²; o puede ser un incumplimiento que no se extienda en el tiempo, sino que basten unos minutos para generar consecuencias catastróficas a la integridad del protegido²³; o incluso, el incumplimiento puede configurarse con solo un acto y causar los mismos agravios²⁴. El escenario que ejemplifica la gravedad a que pueden llegar los actos de violencia es el delito de homicidio o femicidio, según el caso.

En cuanto a la relación del desacato con las demás reglas bajo el Título XIX del Código de Procedimiento Civil, Krause niega la existencia de una relación de subsidiariedad entre ellas. La autora entiende que el

sistema de apremios y el desacato se encuentran en distintos niveles de aplicación. Por lo tanto, la sanción penal procedería una vez que ya han operado los demás procedimientos de ejecución de sentencias²⁵.

En resumen, en relación con la interpretación del artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil en materia de violencia intrafamiliar, la autora aplica el principio de legalidad, pero sujeto al criterio de *plus de intensidad*. A partir de ello, sostiene que el delito de desacato “sanciona penalmente el quebrantamiento y no el simple incumplimiento, y sólo de ciertas y determinadas resoluciones judiciales y, en concreto, de aquellas que pueden crear un estado de cosas permanente” (Krause, 2013, p. 1072). Bajo este entendimiento de la norma, Krause afirma que el delito de desacato no requiere de una interpretación excepcional en materia de violencia intrafamiliar²⁶.

2.3. El criterio de Hernández: hipótesis calificadas

La propuesta interpretativa del delito de desacato planteada por Hernández encuentra sus bases en el entendimiento de que la norma de desacato contenida

²² Un caso fallado por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, RIT N° 480-2019, RUC N° 1801133439-k, del 09 de septiembre de 2019, el victimario —que contaba con una orden de alejamiento— concurre al domicilio de la víctima “manifestando arrepentimiento, pidiendo perdón y solicitando una nueva oportunidad, a lo cual la víctima se negó, lo que provocó que el acusado se ofuscara, tomando a la víctima del cuello, arrastrándola hasta una pared y sacando un cuchillo y con la parte posterior del mismo, el mango, comienza a darle golpes en la espalda y cuello, para posteriormente botarla al suelo dándole golpes de pie en la frente y en diversas partes del cuerpo (...)”.

²³ Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, RIT N° 57-2021 RUC N° 2000598911-7, 24 septiembre de 2021: la víctima se encontraba al interior de su domicilio cuando el victimario “irrumpió violentamente (...), ingresando al patio del inmueble, premunido de un cuchillo. De este modo, y encontrándose en el patio de la casa, el acusado se abalanzó sobre la víctima, propinándole dos puñaladas con el cuchillo que portaba, una en la zona abdominal. Y otra en la zona cervical, todo ello mientras la Sra. U.C. intentaba huir de la acción de su agresor dirigiéndose hacia el interior del inmueble. Finalmente, y como consecuencia de esta brutal agresión, la Sra. U.C. se desplomó al interior de la vivienda, falleciendo en el lugar”.

²⁴ Un caso que refleja esta situación fue conocido por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, con fecha 09 de septiembre de 2019, RUC N° 1801133439-k RIT N° 480-2019, c. 4°: la víctima “estando en el segundo piso de su domicilio con sus hijas de 3 y 7 años edad, respectivamente, sintió un fuerte golpe en el primero, y al bajar, se encontró con su ex conviviente C.P.C., pese a que tenía una prohibición de acercarse, quien le pidió perdón y que retomaran la relación, y al negarse, el sujeto se ofuscó, la tomó del cuello arrastrándola hacia una pared, sacando un cuchillo con cuya empuñadura la golpeó en la cara, frente, cuello y espalda, y después la arrojó al suelo, donde la agredió con pies y puños, y al gritar, fue socorrida por un vecino”.

²⁵ A este respecto, Krause señala que “el tipo penal de desacato no es subsidiario en relación con los demás procedimientos de ejecución que se consagran en el sistema jurídico, por cuanto se aplica en un nivel diferente, una vez que ya han operado éstos y producido efectos” (Krause, 2013, p. 1063).

²⁶ La autora concluye su planteamiento del siguiente modo: “(...) el delito de desacato sigue siendo uno mismo en el ordenamiento jurídico, y a través de la norma que lo consagra y las demás a las que remite, el legislador transmite un único mensaje: que los condenados por sentencias judiciales firmes no pueden alterar el estado de cosas derivado del cumplimiento de la sentencia, toda vez que con ello lesionan la recta administración de justicia” (Krause, 2013, p. 1072).

en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil no tuvo el propósito de sancionar penalmente la mera desobediencia de particulares a los mandatos de la autoridad. Es más, el autor entiende que el legislador amplió *formalmente* los casos de incumplimientos judiciales susceptibles de ser sancionados con pena de reclusión.

Sin embargo, a su entender, ello no implicaría “una radical ampliación *material* de la punición, en términos de reprimir penalmente ahora cualquier incumplimiento de lo resuelto por un juez, sin distinciones en cuanto a su gravedad” (Hernández, 2006, p. 5). En este orden de ideas, Hernández sostiene que esta ampliación formal de la desobediencia está supeditada a un umbral de gravedad del caso particular. Con ello, fundamenta un criterio interpretativo basado en *hipótesis calificadas*.

El autor explica que mediante este criterio se evita llegar al absurdo de que el incumplimiento de una medida cautelar sea castigado con una pena más grave que el quebrantamiento de una condena criminal. Toda vez que este criterio permitiría distinguir los casos según su gravedad y, con ello, según si son susceptibles de sanción penal o no. Por de pronto, no poner en práctica este criterio de distinción es para Hernández supeditar todo incumplimiento a una condena “desproporcionada e irracional”.

A este respecto, es posible cuestionar el fundamento de los elementos que Hernández exige para que una hipótesis sea considerada como calificada. En efecto, esta propuesta interpretativa no permitiría establecer un estándar de hipótesis calificadas que

permitiera la configuración del delito de desacato, sino más bien, motivaría a la adopción de un criterio de tipo arbitrario y casuístico. Pues bien, el intérprete requeriría necesariamente de elementos adicionales de interpretación para determinar si el caso particular de incumplimiento a que se enfrenta es o no susceptible de ser sancionado penalmente.

Adicionalmente, Hernández ha planteado de modo expreso la necesidad de un estándar de *peligro concreto* respecto del sujeto que se pretende proteger mediante la medida cautelar. En este sentido, el autor exige una “posibilidad seria de agresión”.

A este respecto, llama ante todo la atención que el autor identifique el delito de desacato como un delito de peligro²⁷, en tanto, son aquellos que adelantan las barreras de punición para proteger el bien jurídico protegido por el tipo penal en cuestión. Y, en este caso, conforme con lo establecido por el legislador, es necesario el quebrantamiento para que se dé lugar al tipo penal de desacato. Luego, adicionalmente, Hernández clasifica el desacato dentro de la categoría de delito de peligro concreto²⁸, lo que genera mayores cuestionamientos en este caso. Recordemos que el bien jurídico protegido por el delito de desacato es la recta administración de justicia y el imperio del derecho, por lo que —a nuestro entender— se acerca más a la categoría de un delito de lesión²⁹ que a la de peligro.

En este mismo sentido, la exigencia de un estándar de peligro concreto ante el incumplimiento de una resolución judicial ha sido cuestionada en la doctrina y jurisprudencia, especialmente, respecto de aquellos

²⁷ En la doctrina se señala que “el legislador ha formulado *delitos de peligro* cuando ha querido garantizar la protección jurídico-penal lo antes posible. La puesta en peligro de un bien jurídico está conminada con pena para evitar la lesión” (Otto, 2017, p. 79).

²⁸ Se indica en doctrina que en los casos de delitos de peligro concreto “el tipo penal exige que por la conducta penada haya surgido un peligro *concreto* para una determinada cosa o persona, es decir, se tiene que menoscabar tan gravemente la seguridad de un bien jurídico determinado que, desde el punto de vista de un observador de la situación, si no se produjera la lesión del bien jurídico sería solo por casualidad” (Otto, 2017, 79).

²⁹ “En los delitos de lesión, forma parte de la consumación del delito la lesión de un determinado objeto de agresión” (Otto, 2017, p. 79). También se señala que “al tipo de los delitos de lesión pertenece un daño al objeto de la acción, lo que significa un daño real en los bienes jurídicos” (Wessels, Beulke, Stayzger, 2018, p. 17).

casos en los que se ha decretado una medida cautelar y/o accesoria. Así, por una parte, Matus ha señalado que Hernández “ofrece una herramienta retórica para afirmar, según la conveniencia de cada caso particular, que se estaría ante un ‘incumplimiento grave’ o ‘calificado’, sin ofrecer herramientas que permitan objetivizar y hacer operativa y contrastable dicha gravedad o calificación” (Matus, 2016, p. 47).

La crítica de Matus al criterio de hipótesis calificadas de Hernández tiene dos puntos centrales, hasta donde podemos observar: en primer lugar, alude a que el autor confundió el objeto de protección de la medida cautelar con el bien jurídico que protege el delito de desacato³⁰, lo que lleva a que, en segundo lugar, deje sin contenido el delito de desacato³¹.

Por su parte, existen fallos de cortes de apelaciones que han rechazado expresamente la circunstancia de peligro concreto como un requisito adicional al tiempo del incumplimiento de una medida cautelar o accesoria. Así, recientemente la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha indicado “que según el bien jurídico protegido por el desacato, no incide en la calificación jurídica la reflexión de si se trata de un delito de lesión o de peligro, como tampoco obviamente de peligro concreto o abstracto (...)”³².

Por nuestra parte, consideramos que el planteamiento

de Hernández si bien se sustenta en la amplitud del tipo penal en comento —que hemos reconocido en este trabajo— corre el riesgo de derivar en un estándar que excede los propósitos del legislador y que, al menos en materia de familia, podría ser conveniente tener en consideración que, si no hubiese existido riesgo para la presunta víctima de violencia intrafamiliar, no se habría concedido la medida en primer lugar.

En este sentido, si hacemos un análisis integrador de los bienes jurídicos protegidos por el delito de desacato y las medidas cautelares y/o accesorias en contexto de violencia intrafamiliar, puede resultar excesivo para las víctimas la exigencia de un estándar de peligro concreto al momento del quebrantamiento de cualquiera de las medidas otorgadas con miras a su protección. En este camino ha sido encauzada la jurisprudencia más reciente, tal como hemos afirmado antes, lo que demuestra que en materia de familia es necesario hacer ciertos matices interpretativos.

En cuanto a la relación del delito de desacato y el sistema de apremios bajo el Título XIX del Código de Procedimiento Civil, Hernández identifica una relación de subsidiariedad³³. Pues bien, observa que el sistema de apremios preexistentes contiene sanciones muy por debajo de aquella asociada al desacato. Por lo tanto, el autor exige *cierta gravedad* del quebrantamiento de la resolución judicial para que se considere procedente la

³⁰ Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia en torno al bien jurídico protegido por el delito de desacato, que es la recta administración de justicia y el imperio del derecho. Por parte de la doctrina, véase, Matus (2016) p. 39; Krause (2013) p. 1064. Jurisprudencialmente, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha concluido que “en general, la doctrina y jurisprudencia concuerdan en que dicho delito tutela la correcta administración de justicia y el efectivo imperio de las resoluciones judiciales”, Rol N° 72-2021, 10 de marzo de 2021. En el mismo sentido, véase Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 40-2020, 08 de junio de 2020; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 31-2021, 08 de marzo de 2021; Corte Suprema Rol N° 25285-2021, 07 de junio de 2021.

³¹ A mayor abundamiento, véase Matus (2016) pp. 46-27.

³² Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 31-2021, 08 de marzo de 2021, c. 5°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 72-2021, 10 de marzo de 2021, c. 10°. En este último fallo, el Tribunal señala que si el legislador no exigió como requisitos copulativos el quebrantamiento del acusado y puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, entonces el intérprete no debe hacerlo.

³³ Para Hernández, es “desproporcionado e irracional, que cada vez que se den los presupuestos para la aplicación de estos mecanismos, al mismo tiempo se verifique sin excepciones un delito, en circunstancias en que esto último sólo debería ocurrir en casos calificados”. Y agrega que “ante el incumplimiento de una resolución judicial al sistema de apremios y al delito de desacato le corresponden *funciones complementarias*, en términos de que el ámbito de aplicación del delito de desacato comienza donde termina aquél de los apremios” (Hernández, 2006, p. 5).

sanción penal asociada. En suma, el criterio interpretativo propuesto por Hernández ha sido el más debatido, sobre todo a nivel jurisprudencial. No obstante, la tendencia jurisprudencial ha tomado el camino del rechazo a esta teoría, como se indicó.

Vistas las tres principales tendencias doctrinarias en materia de interpretación del delito de desacato, a continuación, pasaremos a estudiar específicamente el rol del delito de desacato en materia de violencia intrafamiliar.

3. El contexto de violencia intrafamiliar

Como señalábamos al comienzo de este trabajo, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. En ese sentido, es sabido que

el Derecho de familia está llamado a apoyar el bien de la familia, a reconocer y validar los compromisos matrimoniales, asegurar la estabilidad del hogar, ayudar a las personas (...). Todo esto forma parte de un bien social de mayor extensión, del bien de todos, del bien de las futuras generaciones (...) (Rodríguez, 2019, p. 24).

Para cumplir estos objetivos, la regulación jurídica de la familia se ha tenido que enlazar con el sistema penal para proteger a los integrantes de estos grupos en su convivencia.

En este orden de ideas, es de gran importancia potenciar los medios de prevención con miras a reducir las condenas por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar. Las medidas cautelares personales y las medidas accesorias desempeñan una función que puede llegar a ser determinante para el éxito del resguardo de víctimas de agresión, y así fue reconocido durante el proceso legislativo que dio origen a la Ley N° 20.066³⁴. Vistos estos antecedentes, deviene evidente

que el contexto familiar supone un escenario especial, uno en donde existe una cercanía entre los integrantes y una confianza que cuando se ve afectada por actos de agresión, ya sea física o psicológica, aumenta exponencialmente el riesgo.

Por lo tanto, la referencia a la violencia en “contexto familiar” significa algo más que la mera relación de parentesco o familiar entre víctima y victimario: supone convivir con la fuente de peligro. Esta es la razón por la que se han tomado medidas extraordinarias en esta materia, por ejemplo, que con la simple denuncia de maltrato, el juez de garantía puede dictar medidas cautelares y/o accesorias para proteger a la presunta víctima aun antes de la formalización del presunto agresor.

Esta medida pone en evidencia el carácter excepcional y urgente respuesta con que deben ser enfrentados los actos de violencia al interior del grupo familiar. En este sentido, distinguimos al menos dos puntos característicos. Por una parte, en términos procesales, lo común es que las medidas cautelares o accesorias sean dictadas por un juez de garantía una vez que se lleva a cabo la formalización con relación a los antecedentes planteados por el Ministerio Público. Sin embargo, se observa que la violencia intrafamiliar es asociada

³⁴ En la historia de la ley se indicó expresamente que, entre los aportes de la ley, está la “consagración de mecanismos de protección eficaces de las víctimas y sus familias, a través de las medidas cautelares” (Historia de la Ley N° 20.066, 2018, p. 16).

inmediatamente a un alto nivel de gravedad. Suficiente para que con la sola denuncia se active un sistema de protección a las víctimas.

Por otro lado, se puede apreciar que en este contexto de violencia el concepto de medidas cautelares personales adquiere una mayor flexibilidad. Dicho de otra manera, en la doctrina procesal se establece que las medidas cautelares personales no deben fundarse en propósitos preventivos³⁵; sin embargo, como hemos revisado, los antecedentes legislativos dan cuenta del propósito protector preventivo que se le otorgan a estas medidas para salvaguardar la vida e integridad de las víctimas de violencia³⁶.

Hasta este punto, se revela el carácter especial y, en ocasiones, excepcional que define a la violencia intrafamiliar. En lo que se refiere al rol del delito de desacato en este contexto, encontramos al menos tres menciones en la Ley N° 20.066, a saber, el artículo 8° inciso final sobre el no pago de multa por condena de maltrato en sede de familia; el artículo 10° que establece el desacato como sanción al incumplimiento de algunas de las medidas accesorias a la sanción de multa por maltrato (artículo 9°), tales como el abandono del hogar por el ofensor y prohibición de acercamiento; y, por último, el artículo 18° sobre incumplimiento de medidas cautelares y accesorias en materia penal (en relación con los artículos 15° y 16°).

En lo que sigue de este trabajo estudiaremos con mayor atención el cometido del delito de desacato en la Ley N° 20.066. Nos enfocaremos en dos casos específicos en que la ley remite a una investigación por desacato ante el incumplimiento de una sanción o medida impuesta al presunto agresor, con el objeto de determinar si acaso todos los supuestos de incumplimiento en contexto de

violencia intrafamiliar suponen la comisión del delito de desacato, o bien, en virtud de los criterios interpretativos desarrollados por la doctrina, debe cumplirse un determinado estándar en las circunstancias para que se cumplan los elementos del tipo.

En concreto, nos referiremos al incumplimiento de la sanción de multa impuesta a quien comete actos de agresión constitutivos de violencia intrafamiliar en sede de familia, según los artículos 7° y 8° de la Ley N° 20.066; y estudiaremos el caso de incumplimiento de la medida cautelar o accesoria de alejamiento, dictada por el tribunal de familia o penal.

3.1. Los supuestos de desacato en la Ley N° 20.066

Conforme con lo desarrollado *supra* §3, el contexto de violencia intrafamiliar supone un escenario especial materializado en la Ley N° 20.066 y, en particular, el foco de atención en este estudio ha estado en el papel del delito de desacato en esta ley. Se indicó que la derivación al delito de desacato como sanción al incumplimiento de una resolución judicial tiene más de una mención en la ley sobre violencia intrafamiliar.

Con el objeto de analizar con mayor detalle estos supuestos, en esta oportunidad serán tratados dos escenarios, a saber, el incumplimiento del pago de multa tras la condena por maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar y el quebrantamiento de la orden de alejamiento respecto de la víctima y su familia. Cabe señalar que la selección de estos escenarios no es aleatoria, ya que nos enfrentamos a dos situaciones de incumplimiento de diversa naturaleza que, sin embargo, derivan en la misma consecuencia: imputación del delito de desacato.

³⁵ La doctrina procesal señala que “la medida cautelar, especialmente aquella que se relaciona con las personas, no puede tener objetivo ninguno de los fines propios de la pena, es decir no puede ser del tipo preventivo ni retributivo” (Maturana & Montero, 2012, p. 477).

³⁶ Así también se ha reconocido en la jurisprudencia, donde se ha indicado: “Es importante recalcar aquí que las medidas cautelares en favor de las víctimas de violencia constituyen un pilar fundamental para su protección, considerando la legislación nacional y tratados internacionales vigentes que buscan prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la Mujer”, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, 23 de marzo de 2021, RIT N° 133-2019, RUC N° 1801148303-4.

3.1.1. No pago de multa tras condena por actos de agresión constitutivos de violencia intrafamiliar

El primer escenario de análisis consiste en la condena al pago de una multa impuesta a quien ha sido procesado culpable de actos de agresión constitutivos de violencia intrafamiliar, en virtud del artículo 8° de la Ley N° 20.066. La multa en cuestión puede ir de media hasta quince unidades tributarias mensuales, que debe ser saldada en un plazo de cinco días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Adicionalmente, el tribunal dictará una o más medidas accesorias de las contenidas en el artículo 9° del mismo cuerpo legal, para protección de la víctima.

En virtud de la ley, el no pago de esta multa dentro del plazo estipulado habilita al tribunal para que remita los antecedentes al Ministerio Público conforme con lo dispuesto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, según el inciso final del artículo 8° de la Ley N° 20.066. Es decir, aquel sujeto condenado por actos de agresión constitutivos de violencia intrafamiliar que no cancela la multa impuesta por el tribunal de familia en el plazo establecido será investigado por el delito de desacato. Esto a su vez se traduce en que arriesga una pena en abstracto que va de los quinientos cuarenta y un días a cinco años de reclusión.

Por lo que respecta al envío de antecedentes al Ministerio Público para iniciar una investigación por el delito de desacato al agresor que no cancela la multa impuesta en sede de familia, no existe ningún impedimento en las normas estudiadas hasta este punto para iniciar dicha acción en su contra. Hemos visto que la remisión del artículo 8° inciso final de la Ley N° 20.066 es clara en su tenor literal, con expresa remisión al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

A partir de la distinción entre los casos de maltrato

en contexto de violencia intrafamiliar en cuanto a que pueden ser conocidos tanto por tribunales de familia como por tribunales penales —en virtud de la gravedad y habitualidad de los actos de agresión ejecutados—, podemos inferir que la sanción de multa impuesta al agresor por el tribunal de familia no tiene el carácter de pena de multa. Es decir, se trataría de una multa de tipo civil y no de una pena criminal.

Si esto es así, entonces, dicha sanción de multa en sede de familia no pretende infligir un mal al condenado por haber cometido un injusto. Más bien, se trata de un menoscabo a su patrimonio en beneficio de los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar, tal como indica el inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 20.066. En ese sentido, cabe cuestionar la relación que el legislador estableció entre la circunstancia de no pago de multa administrativa y la imposición de una pena que implica la restricción de libertad del mismo sujeto por hasta cinco años de reclusión.

Por lo que se refiere al delito de desacato, sabemos que el bien jurídico protegido es uno de tipo social. Esto es, orientado a la recta administración de justicia y el imperio del derecho. En efecto, si adherimos a este único propósito, entonces, no cabe duda de que cuando el agresor condenado no paga la multa impuesta dentro del plazo establecido, comete desacato. Pues bien, su incumplimiento supone una transgresión a la recta administración de justicia y el imperio del derecho. Pero la consecuencia de esta afirmación es asumir que el condenado a una multa que va de media a quince unidades tributarias mensuales arriesga una condena criminal en abstracto que va de los quinientos cuarenta y un días a cinco años de reclusión³⁷.

En este orden de ideas, cabe destacar que en la

³⁷ En este sentido, cabe tener presente que el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile ha indicado que, si bien el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil tiene operatividad como norma punitiva, afirma que "(...) su extensión a otros casos de infracción de deberes procesales o de incumplimiento de resoluciones judiciales requiere siempre de otra norma legal que así lo establezca", Resolución del Consejo General del Colegio de Abogados, 21 de enero de 2008, p. 10.

doctrina penal se ha afirmado que

la comunidad jurídica no ve toda lesión de un bien jurídico como merecedora de pena. La pena no puede ser aplicada irrestrictamente como medio de control y dirección social, porque en la pena criminal se expresa una reprobación consciente y querida del hecho y del autor, es decir, un juicio de desvalor ético-social (...) (Otto, 2017, p. 33).

Por lo tanto, en virtud de un análisis enfocado en la necesidad de pena por no pago de una multa civil, nos parece que no se encuentra justificado el mandato legislativo al tribunal de familia, en cuanto a remitir los antecedentes al Ministerio Público para efectos de investigar un delito de desacato.

3.1.2. No cumplimiento de la medida precautoria o accesoria de no acercamiento a la víctima

El segundo escenario de análisis se centra en el incumplimiento de medidas cautelares personales y/o medidas accesorias dictadas en contexto de violencia intrafamiliar para la protección de la víctima. En concreto, los artículos 7° y 15° de la Ley N° 20.066 indican que el tribunal que conozca de la causa —ya sea en sede de familia o penal— podrá decretar medidas cautelares o accesorias, con el propósito de proteger a la víctima de maltrato y, en los casos que se requiera, la protección también se podrá extender a la familia de la víctima.

Ahora bien, en esta materia cabe tener presente que el estudio de las medidas cautelares personales en contexto de violencia intrafamiliar supone un escenario que difiere de sus propósitos tradicionales. En efecto, en la Ley N° 20.066, las medidas cautelares personales fueron formuladas con el claro propósito de servir como herramienta para la protección de la vida e integridad física y psíquica de las víctimas de violencia intrafamiliar, excepcional a sus propósitos cotidianos según ya indicábamos más arriba.

En efecto, tanto en sede de familia como en penal, la legislación pretende activar rápidamente el sistema

de protección de víctimas. Por lo que, cuando se trata de maltrato no constitutivo de delito, la sola denuncia permitirá al tribunal adoptar las medidas de protección o cautelares necesarias para el caso concreto. Por su parte, cuando nos enfrentamos a casos de maltrato que sí son constitutivos de delito, el tribunal penal podrá decretar medidas cautelares para proteger a la víctima en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento, e incluso antes de la formalización del presunto agresor.

En resumidas cuentas, las normas de los artículos 7° y 15° de la Ley N° 20.066 están enfocadas en reducir el riesgo de afectación de bienes jurídicos individuales de las víctimas de violencia intrafamiliar. El fundamento de estas medidas, a estas alturas es bastante claro, es que la convivencia con la fuente de peligro es una situación extraordinaria que requiere este tipo de medidas, en tanto el riesgo ha demostrado ser exponencial en estos casos.

En lo concerniente al rol del desacato frente a las medidas cautelares y accesorias, observamos que los artículos 10° y 18° de la Ley N° 20.066 señalan que, en caso de incumplimiento de alguna de estas medidas, el juez que conozca de la causa pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, al igual que en el ejercicio del punto anterior, pasamos a cuestionarnos si acaso la imposición de una pena criminal restrictiva de libertad del agresor familiar encuentra justificación en el marco de necesidad de pena.

En lo que respecta al incumplimiento de medidas cautelares y/o accesorias por el agresor en contexto de violencia intrafamiliar —al contrario de lo desarrollado en el apartado anterior sobre la multa— es de nuestro parecer que existe un hilo conductor que da sentido a la imposición de una condena criminal ante el quebrantamiento. En efecto, sabemos que las medidas cautelares y accesorias son decretadas con el claro propósito de proteger a las víctimas, es decir, procuran evitar que el agresor lesione o incluso dé muerte a quien

recurre al sistema.

En específico, la prohibición de acercarse a la víctima y la prohibición o restricción de su presencia en el hogar común, así como en los espacios públicos que la víctima concurra habitualmente, es por antonomasia la medida decretada por los tribunales de familia o penales, según sea el caso. El incumplimiento de esta medida suele derivar en atentar contra la integridad física y psíquica de la víctima, e incluso, en los casos más graves, el agresor termina por darle muerte.

En este sentido, nos parece apropiada la distinción semántica que Matus realiza entre incumplimiento y quebrantamiento. Pues si hacemos un análisis comparativo entre el incumplimiento del pago de una multa por el artículo 8° de la Ley N° 20.066 y el incumplimiento de la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima con transgresiones a su integridad, nos parece que es observable una mayor gravedad en el último caso. Y, por lo tanto, si seguimos la lógica del autor, el no cumplimiento de la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima es propiamente un quebrantamiento de lo decretado por el tribunal.

En ese sentido, nos parece que el quebrantamiento de la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima en contexto de violencia intrafamiliar es merecedora de una pena. Pues bien, se trata de una conducta ético-socialmente reprobada pues, al menos, pone en peligro la vida e integridad física y psíquica del protegido, lo que a su vez provoca un daño social. Asimismo, la vida e integridad física y psíquica de las personas son bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política de Chile, lo que fundamenta la necesidad de resguardo.

Ahora bien, en la doctrina penal no basta con argumentar a favor del merecimiento de pena respecto de una conducta para que esta sea castigada criminalmente. Sino que, además, debe justificarse la

necesidad de la pena. En ese caso, el razonamiento está en determinar si la pena en el caso concreto “es el medio imprescindible para proteger a la sociedad frente a amenazas o lesiones de bienes jurídicos merecedoras de pena” (Otto, 2017, p. 33). A este respecto, nos parece que la experiencia jurisprudencial ha demostrado que el quebrantamiento de la medida cautelar en comento por parte del agresor en contexto de violencia intrafamiliar es sujeta a necesidad de pena.

En definitiva, nos parece que el quebrantamiento de la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima cumple los estándares doctrinarios en cuanto al merecimiento y necesidad de pena. Lo que, para efectos del análisis del delito de desacato que nos convoca, permite establecer un nexo de proporcionalidad de la pena asociada a este delito. Con todo, ello no significa, a nuestro entender, que se confundan los bienes jurídicos protegidos en cada caso, como se dice en la crítica vista de Matus a Hernández.

Pues bien, el análisis aquí desarrollado pretende comprender la lógica del legislador para imponer una sanción tan grave como la que tiene el delito de desacato a ciertos incumplimientos en la Ley N° 20.066. Por de pronto, en el caso de la medida cautelar de prohibición de acercamiento, pudimos observar que se trata del quebrantamiento de una orden judicial que supone un alto riesgo para el sujeto que se pretende proteger con la medida. Y, debido a ello, es que nos parece que existe un hilo conductor entre este quebrantamiento y el inicio de una investigación por el delito de desacato contra el infractor, toda vez que no existe otro medio más efectivo para proteger a la víctima de agresión que la privación de libertad del agresor.

4. Conclusiones

El delito de desacato ha sido una figura poco tratada por la dogmática penal chilena. Como se pudo observar, se trata de un tipo penal contenido fuera del marco de normas penales, lo que fue interpretado por algunos como una figura limitada al ámbito civil. Sin embargo, hoy se reconoce unánimemente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el desacato a pesar de estar contenido en el Código de Procedimiento Civil es un tipo penal asociado a una pena.

Bajo ese planteamiento base, el desacato adquirió mayor protagonismo en el último tiempo a partir de su incorporación en más de una oportunidad en la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. En este marco legislativo, existía grandes expectativas sancionatorias contra aquellos que cometieran actos de violencia contra integrantes de su círculo familiar. De tal modo que la derivación a una investigación por desacato fue utilizada por el legislador de la época como una herramienta sancionatoria, que interpretamos de tipo más bien intimidante.

No obstante los propósitos protectores del legislador, no debemos olvidar los principios que rigen el sistema jurídico y, en especial, los estándares de determinación del merecimiento y la necesidad de pena. Pues, si sostenemos, según todo lo anterior, la gravedad que pueden llegar a alcanzar los casos de violencia intrafamiliar, en términos jurídico-penales, debemos esforzarnos por aplicar un razonamiento fundado sustancialmente y alejado de las emociones que generan estos casos.

Es en este orden de ideas que en este trabajo se presentó una recopilación del esfuerzo de autores que propusieron criterios interpretativos que permitan aplicar las normas penales siendo fieles tanto al objetivo del legislador como a los principios del derecho. De modo tal que una norma tan amplia como pudimos observar que contempla al delito de desacato sea interpretada de tal manera que no nos encontremos con la discrepancia que presentamos. Nos parece que una sanción penal, que en abstracto puede llegar a suponer cinco años de reclusión, debe fundarse en algo más que el no pago de una multa civil. En tanto, es conveniente volver a considerar la aplicación de la sanción gravosa de privación de libertad del agresor por quebrantar las medidas impuestas para proteger a la víctima, su vida o la integridad física o psíquica, bienes jurídicos en juego que son apreciados según lo expresa la Constitución Política de Chile.

En resumidas cuentas, cada una de las propuestas dogmáticas revisadas en este trabajo aportan una mejor comprensión de la aplicación de la figura del desacato en materia de violencia intrafamiliar. Así, una mejor aplicación de la figura penal supone tener en consideración cada uno de los argumentos desarrollados por los expertos en el último tiempo, en tanto la violencia intrafamiliar supone un esfuerzo intelectual que no siempre se sujeta al estándar, sino que requiere una mirada casuística y pormenorizada.

Bibliografía

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN. (2018). *Historia de la Ley N° 20.066. Establece Ley de violencia intrafamiliar*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5563/> [Fecha de consulta: 02/06/2022].
- Carrillo Rozas, G. A. (2020). *Tratamiento penal de la mujer homicida en el contexto de violencia intrafamiliar*. Santiago, Chile: Editorial El Jurista.
- Hernández, H. (2006). *Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. Informe en Derecho para la Defensoría Penal Pública de Chile*.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General: Vol. I* (5ª ed. alemana, Trad. Miguel Olmedo Cardenete). Breña: Instituto Pacífico S.A.C.
- Krause, M.S. (2013). Algunas consideraciones sobre el delito de desacato. *En Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (1059-1072). Santiago: Legal Publishing Chile.
- Maturana, C. & Montero, R. (2012). *Derecho Procesal Penal: Tomo I*. Santiago: Legal Publishing Chile – Thomson Reuters.
- Matus, J.P. (2016). La discusión sobre el aspecto objetivo del delito de desacato a las resoluciones judiciales. *Revista de Ciencias Penales*, 43(3), 33-64.
- Otto, Harro. (2017). *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal* (7ª ed. Trad. del alemán de J.R. Béguelin). Barcelona: Atelier.
- Peña, S. (2006). *Comentarios sobre el fallo de nulidad que confirma condena por delito del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil*. Boletín del Ministerio Público, N° 27 (154-162).
- Piva Torres, G. E. (2020). *Violencia de género y feminicidio*. Bogotá: Leyer Editores.
- Reyes López, M. (2016). Delito de desacato. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIII, N° 3, 273-280.
- Rodríguez Pinto, M. S. (2019). *Manual de derecho de familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Wessels, J., Beulke, W. & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura* (Trad. R. Pariona). Breña: Instituto Pacífico.

Normas citadas

- Constitución Política de Chile [Const]. Art. 19 N° 3. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Código Civil [CC]. Arts. 19 a 24. 14 de diciembre de 1855, que foja su texto refundido, publicado el 30 de mayo de 2000 (Chile).
- Código Procesal Penal [CPP]. Art. 141. 29 de septiembre de 2000 (Chile).
- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Art. 240. 28 de agosto de 1902 (Chile).
- Ley 20.066 de 2005. Establece ley de violencia intrafamiliar. 22 de septiembre de 2005.

Jurisprudencia citada

Acuerdo del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile sobre Amparo Profesional presentado por don Matías Balmaceda Mahns, 21 enero de 2008.

Corte Suprema, Rol N° 25285-2021, 07 de junio de 2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, Segunda Sala, Rol N° 799-2006, 23 de mayo de 2006.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 40-2020, 08 de junio de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 368-2020, 20 de agosto de 2020.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 31-2021, 08 de marzo de 2021.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 72.2021, 10 de marzo de 2021.

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 85-2021, 05 de abril de 2021.

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, RIT N° 57-2021, RUC N° 2000598911-7, 24 de septiembre de 2021.

Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, RIT N° 480-2019, RUC N° 1801133439-k, 09 de septiembre de 2019.

**Luis
Gonzalo
Navarrete
Villegas***

gnavarrete@notarianavarrete.cl

El embargo de derechos en sociedades de personas y la alienabilidad

Alienability and the lien of shares in private companies

Resumen: No concurre el supuesto de la alienabilidad tratándose del embargo del derecho social del ejecutado en una sociedad de personas, pues la facultad de disposición de este derecho está sujeta a la resolución de un tercero. Es la hipótesis del número 3 del artículo 404 del Código de Comercio, que declara nula la cesión del interés social en la sociedad colectiva sin previa autorización de todos los socios, y del artículo 2088 del Código Civil. Esta exigencia afecta al juez e impide que el interés social sea enajenado forzosamente en el proceso de ejecución, pues la ley somete su cesión a un requerimiento que no puede concurrir en ninguno de los medios de enajenación que forman parte del apremio, lo que lo hace, en consecuencia, inalienable en el proceso de ejecución.

Palabras clave: sociedad de personas; embargo derecho social; alienabilidad; enajenación forzada.

Abstract: The alienability supposal when referring to the lien of a defendant's share does not apply in private companies, because the power of disposition of this right it is subjected to a third party resolution. This is the hypothesis of article 404, paragraph 3 from the "Código de Comercio/Commerce Code" and article 2088 from the "Código Civil/ Civil Code", which establish that the assignment of company interests on private companies is null without the approval of all the shareholders. This requirement affects the judge and prevents the company interests to be mandatorily transferred in the execution proceeding, since the law requires its assignment to a condition that cannot be fulfilled by any of the alienating means that take part of the enforcement, making it, as a result, inalienable in the execution proceeding.

Keywords: private companies; lien of shares; alienability; mandatory transfer.

* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra (España). Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile).

1. Objeto del embargo

1.1. Bienes presentes y futuros

El artículo 2465 del Código Civil establece que el acreedor puede dirigir la ejecución sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor (Pereira, 1993, pp. 18-20)¹. Esta declaración del legislador civil requiere, sin embargo, algunas precisiones. En primer lugar, en la ejecución singular, el patrimonio del deudor no se contempla como un todo, sino que el embargo recae sobre bienes concretos individualmente considerados, y no sobre el patrimonio como conjunto; empero, es posible que en una ejecución singular resulten embargados todos los bienes que integran el patrimonio del ejecutado, pero ello no convierte esta ejecución singular en una ejecución universal (quiebra).

En segundo término, debe señalarse que, aunque el artículo 2465 del Código Civil menciona los bienes que en el presente tiene el deudor y a los que en el futuro va a tener, el artículo 2468 del mismo Código hace referencia a los bienes que le pertenecieron en el pasado, otorgando al acreedor acciones para hacer que vuelvan al patrimonio del deudor los bienes que hayan sido enajenados fraudulentamente (acción pauliana).

Del mismo modo, deben incluirse dentro de la responsabilidad patrimonial aquellos derechos o acciones

que el deudor tenga frente a terceros y que se abstenga de ejercitar, los que pueden ejercitar los acreedores (sustitución: acción indirecta u oblicua), con exclusión de los que sean inherentes a su persona (derechos personalísimos).

1.2. Bienes inembargables

Por último, no es efectivo que todos los bienes del deudor son objeto del embargo pues existen bienes que están excluidos de la ejecución y, por lo tanto, del embargo. En efecto, para que un determinado bien pueda ser objeto del embargo debe reunir las siguientes condiciones: 1) que su titularidad corresponda al ejecutado, 2) que tenga contenido patrimonial, 3) que sea alienable, 4) que no haya sido declarado inembargable (Castán, 1967, pp. 206-207)².

1.2.1. Titularidad del ejecutado

La pertenencia de los bienes al ejecutado³ es el primer presupuesto lógico del embargo y que recoge el N°2 del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se ordena embargar “bienes del deudor”. Pero el embargo trabado sobre bienes que no pertenecen al ejecutado no es nulo de pleno derecho, y la ejecución no es ineficaz, pudiendo continuar válidamente sobre ellos. El embargo que recae sobre bienes que no pertenecen al ejecutado

¹ Figueroa (1997, p. 148) claramente explica que lo que el deudor compromete al obligarse no son los bienes singulares que componen el patrimonio, sino que todos los que lo integran.

² En la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 2000 se recogen estos conceptos: “Artículo 605. Bienes absolutamente inembargables.- No serán en absoluto embargables: 1º Los bienes que hayan sido declarados inalienables.- 2º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal.- 3º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial.- 4º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal”.

³ *C. de Ap. de Temuco, 4 de junio de 1982 R. de D. y J.*, t. 79, sec. 2ª, p. 46. “Mainhard, Henri con Rubeska Sparceck, Vaclav. CS, 10 de noviembre de 2015. Rol N° 6130-2015. Westlaw (Chile), cita online: CL/JUR/6865/2015. “Carolina Jara Carreño con Banco del Estado de Chile y otro”. C. de Ap. de Concepción, 22 de marzo de 2019. Rol N° 2063-2018. Westlaw (Chile), cita online: CL/JUR/1603/2019. “Banco Bilbao Viscaya Argentaria con Edgardo Rubio Chávez”.

es impugnabile a través de la tercería de dominio o de posesión, mientras dure el proceso de ejecución⁴.

Este requisito, en la generalidad de los casos, debe entenderse que actúa cuando concurren una serie de circunstancias externas de fácil percepción, que puedan operar como indicio de que el bien que va a trabarse pertenece al ejecutado (Fernández, 1980, pp. 28-29).

Es suficiente para la validez y eficacia del embargo la concurrencia de ciertas circunstancias externas y de fácil percepción, de las cuales se pueda deducir que el bien pertenece al deudor ejecutado⁵, al que de nada servirá alegar que los bienes que se pretende embargar no forman parte de su patrimonio, ya que de lo contrario se instauraría una sencilla y eficiente manera de restar eficacia al proceso de ejecución. Pero, si bien la presunción de pertenencia del bien al ejecutado hace eficaz y válido al embargo, ello no significa que no pueda impugnarse por la falta del presupuesto de titularidad del deudor mediante la correspondiente tercería (Carreras, 1957, p. 277).

En consecuencia, el legislador ha tenido que otorgar a la apariencia un papel autónomo y jurídicamente relevante, de modo que pueden realizarse actos eficaces apoyándose exclusivamente en ella, sin que sea necesario que el ejecutante pruebe que los bienes embargados son de dominio del ejecutado. El legislador ha tenido que elegir: o convertir el proceso de ejecución en una serie

de actuaciones ineficaces o bien arriesgarse a invadir la esfera jurídica de quienes no son parte en el proceso de ejecución embargándoles bienes de su dominio; y ha elegido la segunda posibilidad por estimar que si el juez tuviera que esperar para efectuar el embargo de un bien concreto hasta tener la absoluta seguridad de que pertenece al deudor ejecutado, se correría el grave riesgo de hacer ineficaz el proceso de ejecución, ya que, mientras tanto, aquel puede intentar maniobras para ponerse fraudulentamente en insolvencia, acarreado con ello la ineficacia del proceso de ejecución (Fernández, 1980, pp. 26-28).

1.2.2. Patrimonialidad

Los bienes del ejecutado se embargan con el fin de convertirlos en dinero, y esto es posible con los que tienen un valor económico independiente o, lo que es lo mismo, con los bienes que tienen contenido patrimonial. En consecuencia, es evidente que solo podrán embargarse los bienes del deudor con contenido patrimonial, descartándose los no patrimoniales:

a) Los derechos de la persona en cuanto tal (derecho a la vida, al nombre, a la propia imagen, a la libertad, al honor), pero es posible el embargo de la indemnización que por lesión a uno de estos derechos obtenga su titular, o el beneficio económico que pueda reportarle en cuanto se comercialice, como en el caso en que el ejecutado posea un nombre famoso y lo hubiese prestado para promocionar algún artículo, cobrando por ello.

⁴ La sentencia de la C. de Ap. de Concepción, 22 de marzo de 2019. Rol N° 2063-2018. *Wetslaw (Chile)*, cita on line: CL/JUR/1603/2019. “Banco Bilbao Viscaya Argentaria con Edgardo Rubio Chávez”, declaró nula la subasta pública de bienes que no pertenecían al ejecutado: “Quinto: Que, por otro lado, en el caso de autos resulta evidente que el vicio de procedimiento se originó a partir del embargo y hasta remate del inmueble en cuestión, yerro que consistió en el incumplimiento de la norma prevista el artículo 443 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto se ordena embargar “bienes del deudor”, exclusivamente; lo que redundó en la enajenación forzosa de bienes que no le pertenecían. Sexto: Tales vicios causaron perjuicio en contra del adjudicatario, quien adquirió “algo” que no se correspondía con lo explicitado en las bases de remate ni en los anuncios publicados, pues no se trataba de una especie o cuerpo cierto, sino de acciones y derechos sobre la misma; lo que naturalmente importa una disminución del cincuenta por ciento (50%) valor de lo adjudicado. Séptimo: Este perjuicio sólo puede ser reparado con la nulidad de la subasta pública efectuada, puesto que no resulta razonable — desde ningún punto de vista— endosar a un tercero la carga de resolver el conflicto que se generó por un error en el que no tuvo ninguna intervención ni responsabilidad que pudiera reprochársele”.

⁵ *C. de Ap. Presidente Aguirre Cerda, 7 de mayo de 1997. R. de D. y J.*, t. 94, sec. 2ª, p. 59. “Schomfeldt Allende, Cristián con Escobar S., Lorenzo”: “El ministro de fe encargado del embargo debe proceder con cautela, tratando de cerciorarse prudentemente que los bienes sobre los cuales recaerá pertenecen efectivamente al deudor y cuando ostensiblemente aparezca lo contrario o se deduzca oposición plausible por terceros, deberá abstenerse de llevar a cabo la diligencia”.

b) Los derechos derivados de la relación familiar, como son los comprendidos bajo el nombre de patria potestad.

c) Los derechos de carácter político, social o corporativo, que se otorgan a una persona por ser miembro de una comunidad política, de una institución social o de un organismo corporativo.

d) Las situaciones de hecho o jurídicas que por sí mismas no tienen existencia, pero que incrementan el valor del patrimonio al que se encuentran ligadas, v. gr. la clientela de una empresa.

1.2.3. Alienabilidad

La alienabilidad consiste en la aptitud objetiva de un bien para ser enajenado. Esta condición del embargo de bienes no es exigida por el derecho positivo, sino que viene impuesta por la propia estructura de la ejecución ya que generalmente va a conducir a la enajenación forzosa, la que requiere que el bien embargado sea alienable, esto es, pueda ser transferido eficazmente a un tercero (Fernández, 1982, p. 122).

Los requisitos de patrimonialidad y alienabilidad son anteriores al embargo y a la ejecución e independientes de él; pertenecen a la teoría general del derecho y proyectan solo su efecto en el campo de la ejecución (Carreras, 1957, p. 180), por lo que el término inembargabilidad debe reservarse solo para aquellos bienes que siendo patrimoniales y alienables no pueden ser objeto de embargo por mandato expreso de una norma concreta (Carreras, 1957, pp. 161-162).

No hay en nuestro ordenamiento una norma que expresamente consagre el requisito de la alienabilidad para el embargo de bienes, sino que su validez se plantea en los casos en que el juez ejecutor, para satisfacer el interés del acreedor, debe proceder a la enajenación forzosa de los bienes embargados o a la adjudicación en pago, pero no cuando se entregan en prenda pretoria o anticresis judicial para que el acreedor ejecutante los administre y se pague con las utilidades líquidas que de ellos obtenga.

La alienabilidad se justifica en los casos en que la realización implique la transferencia de los bienes embargados pues no sería lógico embargar lo que después no podría ser objeto de la actividad de apremio. El acto del embargo se tornaría inútil.

Son inalienables, entre otros, los bienes nacionales de uso público. El derecho de alimentos (artículo 334, Código Civil: el derecho de pedir alimentos no puede venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. Sin embargo, según el artículo 336 del mismo cuerpo de leyes, el derecho de demandar las pensiones alimenticias atrasadas puede venderse y cederse); el derecho de copropiedad sobre los bienes comunes en la ley de copropiedad inmobiliaria (es inseparable del derecho de dominio sobre el piso o departamento); las servidumbres (artículo 825, Código Civil: no puede enajenarse sin el fundo al que activa o pasivamente pertenece); los derechos de uso y habitación (artículo 819, Código Civil: no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse); la prenda, la hipoteca, que son inalienables con independencia del crédito que garantizan, etc.

a. Los límites de la facultad de disponer: prohibiciones y restricciones.

En ocasiones, la inalienabilidad es por un período de tiempo determinado durante el cual se limita la facultad de disponer al titular de unos bienes con el fin de que permanezcan en su patrimonio, pero nada impide efectuar su embargo y esperar el transcurso del plazo para proceder luego a su enajenación forzosa, siempre que no la acompañe una disposición que también consagre su inembargabilidad, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 96 del Decreto Ley 1.939 que declara inembargables los terrenos fiscales adquiridos gratuitamente mientras estén vigentes las prohibiciones temporales de enajenar y gravar impuestas en su inciso primero.

Estas limitaciones de la facultad de disposición se conocen en la doctrina española como indisponibilidad, para diferenciarlas de la inalienabilidad propiamente tal, que es una cualidad objetiva de los bienes, y son

formuladas no por razón del bien en sí o de su destino, sino por razón del sujeto titular del derecho sobre tal (Carreras, 1957, p. 173).

La indisponibilidad es la limitación, generalmente temporal, de las facultades de disponer de un sujeto determinado a los efectos de que ciertos bienes permanezcan en su patrimonio, los que, de no mediar expresamente la prohibición, serían perfectamente enajenables (Fernández, 1982, p. 126). Entre nosotros se las denomina prohibiciones de enajenar (Peñailillo, 2019, p. 228) y pueden ser legales⁶, administrativas⁷, judiciales⁸ o contractuales.

Las prohibiciones legales, administrativas y judiciales afectan al juez de la ejecución como limitaciones de disponer porque: a) si la actividad ejecutiva tiene carácter sustitutivo el juez no puede realizar eficazmente aquellos actos jurídicos que el propio ejecutado no podría realizar

con eficacia jurídica; aseverar lo contrario equivaldría a conceder al ejecutor mayores poderes de disposición sobre el patrimonio del ejecutado de los que este mismo tiene atribuidos; b) al tenerlas en cuenta el ejecutor, se evita el fraude, ya que de nada serviría contraer obligaciones ficticias con el solo propósito de burlar la prohibición de disponer a través de la enajenación forzosa (Fernández, 1982, pp. 126-127).

No obstante, las prohibiciones judiciales no importan un mayor obstáculo al proceso de ejecución, ya que el mismo juez que la decretó puede dejarla sin efecto o autorizar la enajenación del bien sobre la que recae, en conformidad con el artículo 1.464 N° 3 del Código Civil⁹. La autorización debe ser previa, ya que la autorización posterior no valida el acto pues la sanción para el caso de carencia de esta autorización es la nulidad absoluta (Domínguez, 2012, pp. 147-148)¹⁰.

⁶ Así, la del artículo 17 del Decreto Ley N° 2.695: los poseedores de inmuebles inscritos con arreglo a esta ley no podrán enajenarlos durante el plazo de cinco años, contado desde la fecha de la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Artículos 87 y 96 del Decreto Ley N° 1.939: los terrenos fiscales adquiridos gratuitamente no podrán ser enajenados ni gravados mientras no haya transcurrido el plazo de cinco años contado desde la inscripción del dominio en el Conservador de Bienes Raíces. Artículo 39 del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que aprueba el Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional: durante el plazo de cinco años contado desde su inscripción el beneficiario del subsidio no podrá enajenar la vivienda ni celebrar acto o contrato alguno que importe cesión de uso y goce de la misma.

⁷ El artículo 14 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, establece una prohibición administrativa de disponer: “La Superintendencia, mediante resolución fundada, podrá suspender hasta por 30 días la oferta, las cotizaciones o las transacciones de cualquier valor, regido por esta ley, si a su juicio así lo requiere el interés público o la protección de los inversionistas. El plazo antes indicado podrá ser prorrogado si a juicio de la Superintendencia aún se mantienen las circunstancias que originaron la suspensión. Si vencida la prórroga subsistieren tales circunstancias, la Superintendencia cancelará la inscripción pertinente en el Registro de Valores”.

⁸ De este tipo es la medida cautelar de prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados establecida expresamente en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, u otras que pueda ordenar el juez.

Alcalde (2013, pp. 377-401) estima que no es necesaria la autorización previa si la enajenación forzada (constitución de un derecho usufructo a título de alimentos) es ordenada por un juez.

⁹ Alcalde (2013, pp. 377-401) estima que no es necesaria la autorización previa si la enajenación forzada (constitución de un derecho usufructo a título de alimentos) es ordenada por un juez.

¹⁰ CS, 17 de abril de 2012. Rol N° 7237. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/802/2012. “Rafael Castro Navarro con Eduardo Henríquez Flores y Paula Nelly Mejías Devivo” : “Noveno: Que, lucubrando sobre una situación jurídica asimilable a la de autos, esta misma Corte Suprema ha tenido oportunidad de declarar, en sentencia de 2 de junio de 2.006, redactada por el Ministro Sr. Muñoz, en el Rol 1.353-2004: “Cuarto: Que en el sistema del Código Civil se distinguió entre título y modo de adquirir el dominio y demás derechos reales, con algunas excepciones en que se confundieron estos actos, los cuales, sin embargo, se encuentran reglamentados en diversas disposiciones, distinguiendo en lo relativo a bienes muebles e inmuebles en cuanto a la tradición. Es así como en el Mensaje del Código se puede leer que la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un registro, agregando más adelante que 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. Concretando estos postulados el artículo 689 del Código Civil dispuso Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador y el artículo 695 agregó: Un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la

En cambio, las prohibiciones convencionales de enajenar en que una persona transfiere a otra su derecho con la obligación de que esta a su vez no lo enajene, o las impuestas por el testador o donante, no pueden afectar al juez de la ejecución; no pueden constituir un impedimento para el embargo de los bienes sujetos a la prohibición y su posterior enajenación forzada. Reconocer su validez significaría suprimir el principio de

responsabilidad patrimonial universal del artículo 2.465 del Código Civil y facilitar el fraude. Las prohibiciones voluntarias de enajenar engendran una obligación de no hacer, y su incumplimiento lleva aparejada solo una indemnización de perjuicios¹¹.

Otras veces la indisponibilidad se debe a que la ley establece restricciones a la libre circulación del bien,

forma y solemnidades de las inscripciones, normativa esta última que en sus artículos 52 y 53 señaló los actos y títulos que deben y pueden inscribirse respectivamente, sin perjuicio de lo cual en el artículo 13 ordenó: El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, disposición que impone al funcionario un examen de los actos y contratos cuya inscripción le sea requerida. Es en el ejercicio de tal atribución que puede rechazar las inscripciones, entre otros casos, ya sea por ser inadmisibles, ya por que el título contenga un vicio o defecto que lo anule absolutamente. Nulidad que indudablemente podrá estar referida al acto o contrato, como también a la inscripción misma, en atención a que para practicarla debe revisar las inscripciones y anotaciones que se refieren a la misma propiedad y cualquier vicio en el título, por regla general, afectará a la inscripción, esto es al modo de adquirir el dominio tradición. En efecto, si bien conforme al artículo 1810 del Código Civil pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley, conforme a los términos absolutos a que se refiere el artículo 10 del mismo cuerpo legal, pero, además, en los casos en los que se dispone expresamente la nulidad absoluta en los incisos primero y segundo del artículo 1682 del referido Código, de modo que la nulidad abarca todos los casos a que se refiere el artículo 1464 del Código Civil que señala: Hay objeto ilícito en las enajenaciones: 1° De las cosas que no están en el comercio; 2° De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otras personas; 3° De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; 4° De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio". "Sexto: Que la jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema en los últimos años entiende que la venta forzada y más propiamente el modo de adquirir tradición del derecho real de dominio, constituido por la competente inscripción, que tiene por título dicha venta por el ministerio de la justicia, puede adolecer de objeto ilícito en el evento que exista una medida precautoria que afecte al inmueble cuya tradición se pretenda, para lo cual ha efectuado una interpretación sistemática de las distintas disposiciones legales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 24 del Código Civil, puesto que el artículo 528 del Código de Procedimiento Civil no excluye la aplicación del artículo 1464 del Código de Bello, otorgando validez a las distintas enajenaciones de un mismo bien raíz en ejecuciones paralelas, simplemente en tales eventos se privilegia la posibilidad que tácitamente el acreedor otorgue su autorización al juez que sustancia otro procedimiento de apremio para realizar la subasta, solicitando se retenga el monto de la cuota que proporcionalmente y según la naturaleza de su crédito le corresponda, a lo que se suma la posibilidad que concurra a interponer la tercería de pago o prelación correspondiente, en definitiva inste por el derecho de prenda general que la ley prevé en su beneficio, finalidad que se cumple con su sola autorización. De no entenderse de este modo, no constituiría excepción la habilitación legal otorgada en el juicio ejecutivo hipotecario seguido en virtud de la Ley de Bancos, que no hace aplicables a esos juicios las disposiciones de los números 3° y 4° del artículo 1464 del Código Civil en el caso que las medidas provinieren de otros tribunales (artículo 106, inciso segundo). Es más, un autor ha sostenido que la posibilidad del juez que conoce de una ejecución para proceder a la venta de los bienes del deudor, fluye de la circunstancia de que conforme a la ley, toma la calidad de representante legal del ejecutado. Así, la venta se perfeccionará en virtud de la voluntad expresada en razón de una representación de fuente legal. Si el representado, esto es, el deudor, se encuentra privado de poder disponer de dichos bienes por la existencia de otro embargo trabado sobre éstos, igualmente lo estará el representante (Danny Sepúlveda, Jurisprudencia sobre objeto ilícito 1946 1993, página 122)". "Décimo: Que, mutatis mutandis la constitución de un derecho de usufructo, a título de alimentos, para los hijos del alimentante, en un juicio tramitado ante un Juzgado de Menores, es perfectamente analogable a un acto de enajenación en sentido amplio, en cuanto afecta, en grado esencial, el ejercicio de las facultades de uso y goce del inmueble en que recae, las que pasan a radicarse en los usufructuarios, conservando el anterior propietario pleno sólo la posibilidad de disposición. Como secuela de esta limitación dominical, el acreedor garantizado en su crédito por la cautelar decretada por el 1er Juzgado de Letras de San Bernardo, debidamente inscrita y vigente y por ende oponible a terceros, quedó desprovisto del resguardo inherente a aquélla, al verse desprovisto de dos de las facultades consustanciales del dominio, en los términos del artículo 19, N° 24, inciso 3° de la Carta Fundamental, imponiéndole condiciones que lo restringen en su esencia o lo desnaturalizan, lo que le está vedado incluso al legislador, según lo especifica el numeral 26 del artículo 19 de la citada Carta." "En el señalado contexto, no es dudoso colegir que la constitución de un usufructo sobre el inmueble que interesa, en beneficio de terceros ajenos al dueño, dispuesta por el Juzgado de Letras de Menores de San Bernardo, sin previa habilitación del juez que concedió la precautoria que prohibió su enajenación, importó transgredir la prohibición del artículo 1464 N° 3 del Código de Bello, al dejar privado al sujeto pasivo de la medida y, consecuentemente, a su causahabiente, de facultades inseparables del dominio que transforman el correspondiente derecho real, en un acto de enajenación".

¹¹ Sobre la validez de la estipulación limitativa de la facultad de disposición, véase Peñailillo (2019, pp. 444 – 454). También, Troncoso (2013, pp. 26-28).

las cuales solo impiden la transferencia libre —y, en consecuencia, el embargo y realización forzosa—, pero no dentro de los límites de la restricción (Cordón, 2002, p. 128). La enajenación se supedita a la concurrencia de ciertos requisitos (Troncoso, 2013, p. 17) que de no tenerlo en cuenta puede llevar consigo la nulidad de esta.

Hay este tipo de restricciones en la esfera del derecho público. Por ejemplo, el Decreto Ley N° 1.939 referente a la disposición de bienes del Estado dice que corresponde al Presidente de la República, a través del Ministerio, la enajenación de los bienes fiscales que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines del Estado, en un precio no inferior a su valor comercial fijado por una Comisión Especial de Enajenaciones, previa tasación de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales (artículos 84 y 85). La ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades establece que el alcalde requerirá el acuerdo del concejo para enajenar o traspasar a cualquier título, el dominio o mera tenencia de bienes inmuebles municipales o donar bienes muebles (artículo 65 letra f). Además, el artículo 32 declara inembargables los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente.

En el ámbito del derecho privado también se encuentran normas que establecen la competencia para la enajenación de algunos bienes, tales como el artículo 15 de la Ley N° 17.288 que legisla sobre monumentos nacionales: en caso de venta o remate de un monumento histórico de propiedad particular, el Estado tendrá preferencia para su adquisición, previa tasación de dos peritos nombrados paritariamente por el

Consejo de Monumentos Nacionales y por el propietario del objeto¹². O la Ley N° 19.281, que establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de venta, dispone en su artículo 30 que la sociedad inmobiliaria solo podrá enajenar la vivienda arrendada con promesa de compraventa, siempre que ceda conjuntamente el contrato de arrendamiento con promesa de compraventa a otra sociedad del mismo tipo o a alguna de las entidades que enumera.

Asimismo, es una hipótesis de indisponibilidad la limitación referida no al sujeto activo o *tradens* de la transferencia, sino a los sujetos pasivos o *accipients*, esto es, a los que desean recibir el bien, como lo es la prohibición de adquirir el dominio de bienes raíces situados en zonas fronterizas a los nacionales de países limítrofes (se extiende a sociedades y personas jurídicas con sede principal en el país limítrofe o cuyo capital pertenezca en un 40% o más a nacionales del mismo país, o cuyo control efectivo se encuentre en manos de nacionales de esos países), salvo autorización especial por decreto supremo, que dedica el artículo 7 del Decreto Ley N° 1.939. En el proceso de ejecución, esta restricción debe ser tenida en cuenta por el juez, de modo que si la persona que intenta adjudicarse el derecho embargado está afecta a la limitación de adquirir, este debe abstenerse de llevar a cabo la transferencia forzosa en favor de dicha persona. Lo mismo ocurre si quien procura adjudicarse en una enajenación forzada tierras indígenas no tiene la calidad de comunidad o persona indígena de una misma etnia (artículo 13, Ley N° 19.253).

Del mismo modo, se instituyen limitaciones a la facultad de disposición cuando quien debe ejercitarla es

¹² El artículo 13 de la Ley N° 16.592 impone a las Casas de Martillo el deber de comunicar al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Biblioteca Nacional, con anticipación de treinta días, la subasta, pública o privada, de obras, folletos, mapas y cualquier otro impreso o material indispensable para los intereses nacionales, acompañando los correspondientes catálogos. Las reparticiones señaladas tendrán derecho preferente para adquirirlos. En parecido sentido el inciso 1° del artículo 3°- de la ley N° 17.726 dice: "Todo Martillero Público o Casa de Martillo que reciba encargo de vender en pública subasta libros, documentos públicos o privados, u otros impresos o manuscritos, dará aviso de la subasta a la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos y al Director de la Biblioteca del Congreso Nacional, con 30 días de anticipación a la fecha en que aquélla deba realizarse. Las reparticiones señaladas tendrán derecho preferente para adquirir las mencionadas obras, hasta 5 días antes del remate, al mínimo fijado para las posturas o al precio que determinen de común acuerdo con el vendedor".

persona distinta del titular del bien de que se dispone, y su legitimación deriva de alguno de los modos de la representación legal (Carreras, 1957, pp. 173-174). Así ocurre con los bienes del desaparecido (artículo 88, Código Civil), con los bienes de los hijos bajo la patria potestad (artículos 254 y 255, Código Civil) o con los de los pupilos en las tutelas o curatelas (artículo 393 y siguientes, Código Civil). En todos estos casos el representante necesita la autorización judicial para enajenar los bienes de su representado, empero esta restricción no afecta al proceso de ejecución, pues en este proceso es el juez quien lleva a efecto la transferencia forzosa de los derechos embargados al desaparecido o al incapaz y no el representante legal (Cachón, 1991, p. 189-190).

En fin, la restricción a la facultad de disposición puede consistir en que la posibilidad de la transferencia quede sujeta a la decisión de un tercero, esto es, el traspaso del derecho no se puede llevar a efecto sin la autorización de otros. Es la hipótesis del número 3 del artículo 404 del Código de Comercio, que declara nula la cesión del interés social en la sociedad colectiva sin previa autorización de todos los socios, y del artículo 2088 del Código Civil. Esta exigencia afecta al juez e impide que el interés social sea enajenado forzosamente en el proceso de ejecución pues la ley somete su cesión a un requerimiento que no puede concurrir en ninguno de los medios de enajenación que forman parte del apremio, convirtiéndolo, en consecuencia, en inalienable en el proceso de ejecución (Cachón, 1991, 159-160).

1.2.4. Embargabilidad

También es necesario para la legitimidad del embargo

que los bienes, no obstante su patrimonialidad y alienabilidad, no hayan sido declarados inembargables por una norma concreta.

La inembargabilidad de unos determinados bienes es decretada por una norma jurídica, bien por razones de interés público o de interés privado que persiguen esos bienes. Las principales normas que declaran inembargables algunos bienes son las de los artículos 1618 del Código Civil y 445 del Código de Procedimiento Civil; empero existen varios preceptos contenidos en otras leyes que también consagran la inembargabilidad.

Los bienes que el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil declara inembargables son:

1º Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades.

Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el cincuenta por ciento de las prestaciones que reciba el alimentante en conformidad al inciso anterior¹³.

2º Las remuneraciones de los empleados y obreros en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo¹⁴.

3º Las pensiones alimenticias forzosas.

4º Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la

¹³ Se incluyen también las retribuciones de algunos funcionarios constituidas por pagos directos del público y a base de aranceles (notarios, receptores, etc.) pues se trata de una forma de remuneración que fija el Estado. Del mismo modo, la norma del artículo 95 del Estatuto Administrativo (Ley Nº 18.834) declara inembargables las prestaciones que reciban los funcionarios públicos. En el inciso final de este artículo 445 del Código de Procedimiento Civil se establece que "son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de las rentas expresadas en el número 1º de este artículo o de alguna parte de ellas".

¹⁴ El artículo 57 del Código del Trabajo declara inembargables las remuneraciones de los trabajadores hasta la cantidad de 56 unidades de fomento. Y en el inciso segundo permite el embargo hasta el cincuenta por ciento tratándose de pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, de defraudación, hurto o robo cometidos por el trabajador en contra del empleador en ejercicio de su cargo, o de remuneraciones adeudadas por el trabajador a las personas que hayan estado a su servicio en calidad de trabajador.

parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge y de los hijos que viven con él y a sus expensas.

5° Los fondos que gocen de este beneficio, en conformidad a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile y en las condiciones que ella determine¹⁵.

6° Las pólizas de seguro sobre la vida y las sumas que, en cumplimiento de lo convenido en ellas, pague el asegurador. Pero, en este último caso, será embargable el valor de las primas pagadas por el que tomó la póliza.

7° Las sumas que se paguen a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos. Esta disposición no tendrá efecto respecto de lo que se adeude a los artífices u obreros por sus salarios insolutos y de los créditos de los proveedores en razón de los materiales u otros artículos suministrados para la construcción de dichas obras.

8° El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o que se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5° del decreto ley 2552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge y los hijos que viven a sus expensas.

La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.

9° Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor.

10. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección.

11. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.

12. Los objetos indispensables al ejercicio personal del arte u oficio de los artistas, artesanos y obreros de fábrica; y los aperos, animales de labor y material de cultivo necesarios al labrador o trabajador de campo para la explotación agrícola, hasta la suma de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor.

13. Los utensilios caseros y de cocina, y los artículos de alimento y combustibles que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes.

14. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

15. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación.

16. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran.

¹⁵ En el artículo 38 del Decreto Ley N° 2.079 se establece la inembargabilidad de los depósitos de ahorro hasta la concurrencia de cinco sueldos vitales anuales de la Región Metropolitana, o su equivalente en moneda extranjera, salvo que se trate de deudas provenientes de pensiones alimenticias declaradas judicialmente o que la ejecución tenga por objeto el pago de remuneraciones u otras prestaciones adeudadas a trabajadores del titular de los depósitos.

17. Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, observándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior.

18. Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar¹⁶.

1.3. Embargo de bienes no patrimoniales, inalienables e inembargables: sanción

Si el juez embarga un bien no patrimonial o inalienable, el acto es nulo, ya que se trata de un acto que no cumple con los requisitos de validez.

Del mismo modo, si la traba recae sobre un bien declarado inembargable en forma expresa por la ley, el embargo es nulo¹⁷, pues las normas que regulan la inembargabilidad son de índole procesal, pertenecen al campo del derecho público y revisten el carácter de imperativas, por lo que no pueden ser alteradas por las partes¹⁸. Y la reclamación del ejecutado debe tramitarse como incidente (artículo 519, inciso 2º, Código de Procedimiento Civil).

2. Embargo de derechos en sociedades de personas

En las sociedades de capital como las anónimas, cada socio puede disponer independientemente de su cuota social sin necesidad de autorización o consentimiento de los demás socios, de modo que los terceros adquirentes pueden ingresar libremente a la sociedad.

En las sociedades de personas, que se constituyen *intuitu personae* como las colectivas, las en comanditas con respecto a los socios gestores y las de responsabilidad limitada, el derecho del socio está representado por cuotas o porcentajes en el capital social, que solo pueden

cederse con el consentimiento de los demás socios y mediante el trámite de la reforma de estatutos. Así lo establece para las sociedades colectivas comerciales el N° 3 del artículo 404 del Código de Comercio, que prohíbe a los socios ceder a cualquier título su interés en la sociedad y hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le correspondan en la administración, agregando que “la cesión o sustitución sin previa autorización de todos los socios es nula”. Y tratándose de sociedades civiles el artículo 2088 del Código Civil prohíbe la cesión o ingreso de nuevos socios sin el

¹⁶ En el artículo 226 del Código de Minería se establece la inembargabilidad de la concesión del deudor, de las cosas que se reputan inmuebles accesorios según el artículo 3º del mismo cuerpo de leyes y de las provisiones introducidas dentro de los límites de la concesión. Empero, si el deudor consiente en el embargo y enajenación en el mismo juicio, o si se trata de una sociedad anónima, es posible el embargo. El artículo 32 de la Ley N° 18.695 hace inembargables los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente.

¹⁷ En una futura reforma al Código de Procedimiento Civil, es aconsejable que se incorpore una norma que deje fuera de toda discusión la nulidad del embargo así trabado, tal como ocurre actualmente en el derecho español: “Artículo 609. Efectos de la traba sobre bienes inembargables.- El embargo trabado sobre bienes inembargables será nulo de pleno derecho. El ejecutado podrá denunciar esta nulidad ante el Tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo, resolviendo el Tribunal sobre la nulidad denunciada”.

¹⁸ En sentido contrario, Bahamóndez (1993, pp. 26-27) sostiene que en ciertos casos es posible la renuncia a la inembargabilidad, en virtud del artículo 12 del Código Civil.

consentimiento de los demás (Puelma, 1996, p.231)¹⁹.

La limitación de disponer del derecho social en una sociedad de personas sin el consentimiento de los demás socios consagrada en estas normas, ha llevado a un sector de la doctrina y de la jurisprudencia a declarar su inembargabilidad, ya que de estimarse embargables se les estaría colocando en la situación de poder ser enajenados forzosamente, pues ello es el lógico fin de los bienes embargados, permitiéndose así la incorporación

de un tercero extraño (el adjudicatario) a la sociedad sin el acuerdo de los otros socios. El derecho en una sociedad de personas no es embargable porque su enajenación forzosa posterior significaría el ingreso de quien se los adjudique, lo que no es posible sin la voluntad expresa de los demás socios a quienes no se les puede obligar a admitir un tercero extraño en la sociedad, salvo norma estatutaria o legal en contrario (Puelma, 1996, p. 241; Palma, 1940, p. 156; Hidalgo, 2018, p. 256)²⁰.

¹⁹ CS, 3 de abril de 2012. Rol N° 5266-2011. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/762/2012. “Joaquín del Carmen Zamora y otros con Sociedad Agrícola y Ganadera Chalaco Ltda.”; “DÉCIMO OCTAVO: Que la legalidad de la modificación de la escritura social, mencionada en la consideración anteprecedente, atendido el cuestionamiento que sobre el tópico se plantea en el recurso, debe apreciarse en relación con lo preceptuado en los artículos 2088 del Código Civil; 404 N° 3 y 390 del Código de Comercio; Décimo noveno: Que, según se dispone en el artículo 2088 del Código Civil “ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios”. El artículo 404 N° 3 del Código de Comercio, a su turno, en plena armonía con tal precepto, prohíbe a los socios en particular ceder a cualquier título su interés en la sociedad, sin previa autorización de los otros socios, prescribiendo de manera expresa que una cesión que no respete semejante exigencia “es nula”. Por otra parte, el artículo 390 de la codificación mercantil agrega que “el acuerdo de la mayoría sólo obliga a la minoría cuando recae sobre actos de simple administración o sobre disposiciones comprendidas en el círculo de las operaciones designadas en el contrato social”; Vigésimo: Que el carácter restrictivo con que la preceptiva recién transcrita aborda el tema de la incorporación de nuevos miembros al ente social guarda íntima relación con dos connotaciones esenciales del contrato de sociedad. La primera de ellas está dada por ser el de sociedad un contrato “intuitu personae”, lo que significa que la consideración de la persona resulta un elemento determinante en la voluntad de quienes concurren a su celebración. Ello encuentra explicación en la mutua confianza que necesariamente han de abrigar los individuos que se vinculan por medio de un contrato como en de sociedad, que engendra entre ellos una real comunidad de intereses; confianza que, proyectada al ámbito del recurso que se examina, se manifiesta en el requisito de la voluntad unánime de todos los socios para incorporar a un tercero, en semejante condición, a la sociedad. El otro factor del contrato a destacar, siguiendo la línea de razonamientos inicialmente esbozada, radica en la “affectio societatis”, esto es, la intención de los contratantes claramente orientada a formar una sociedad, gozando en común de los beneficios que la actividad social arroje y de compartir, también en común, las pérdidas que de ella se sigan; Vigésimo primero: Que los razonamientos precedentemente desarrollados llevan a concluir que, al homologar la sentencia redarguida, el criterio adoptado por el fallo de primera instancia en el sentido de que bastaba el voto de mayoría de los socios —y no de la unanimidad— para incorporar a los demandantes como miembros de la sociedad demandada, ha vulnerado los preceptos legales mencionados en el considerando décimo octavo de esta sentencia; transgresión en la que la parte demandada ha sustentado el recurso de casación”.

²⁰ Así, C. de Ap. de Santiago, 9 de mayo de 2008. Rol N° 8515-2007. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/2308/2008. “Contreras Saavedra Sergio Fabián con Paredes Gaete Mario”: “1º) Que los derechos sociales de que se trata cuya exclusión del embargo se solicita, son derechos de socio en una sociedad de responsabilidad limitada, esto es, una sociedad de personas, cuyo contrato de formación se caracteriza por ser “intuitu personae”, lo que se expresa en el “affectio societatis” que vincula a los contratantes. 2º) Que lo dicho importa que de estimarse embargables los derechos referidos se los estará colocando en la situación de poder ser subastados, pues ello es el lógico fin de los bienes embargados, permitiéndose así la incorporación de un tercero extraño —el adjudicatario— a la sociedad, sin el acuerdo de los otros socios y contraviniendo las características referidas como propias —entre otras— del contrato de sociedad, sin que exista autorización legal para ello. 3º) Que las sociedades de responsabilidad limitada están regidas por la Ley N° 3.918 y en lo no reglado en ella, por los artículos 349 a 423 del Código de Comercio; siendo dable consignar que el artículo 404 de este último estatuto dispone, en su N° 3, que se prohíbe a los socios ceder a cualquier título su interés en la sociedad y hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le correspondan en la administración, y que la cesión o sustitución sin previa autorización de todos los socios es nula, conteniéndose similar regla en el artículo 380 de ese Código. Lo cual corrobora el carácter personalísimo que corresponde al derecho social en referencia. 4º) Que, por otra parte, los artículos 1618 del Código Civil y 445 del Código de Procedimiento Civil, disponen que son inembargables los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal. 5º) Que en el sentido razonado se ha pronunciado la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, lo que si bien no es vinculante —como es sabido—, constituye un argumento adicional a favor de dicho razonamiento. 6º) Que, en tales condiciones, no procede disponer el embargo de los derechos sociales del socio ejecutado en la compañía de que se trata, por lo que debió accederse a su solicitud de excluir ese bien de esa cautelar, motivo por el cual se revocará en lo pertinente la resolución en alzada. 7º) Que lo recién concluido no obsta a la aplicación de normas especiales, cuando ellas existieren, ni tampoco a solicitar y obtener de la jurisdicción las retenciones y demás cautelares que sean procedentes en resguardo de los derechos de la parte que los impetra”. En el mismo sentido, véase CS, 27 de octubre de 2004. Rol N° 2231-2003. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/5176/2004. “Eduardo Emaldía Alvarado con Cayetano Fica”. C. de Ap. de Santiago, 10 de enero de 2008. Rol N° 767-2007. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/1160/2008. “Contreras Saavedra, Sergio con Paredes Gaete, Sergio”.

También, hay quienes sostienen que el derecho en una sociedad de personas es embargable y, en consecuencia, es válida su enajenación forzosa por el juez de la ejecución porque no hay ninguna norma que prohíba este embargo y su tramitación ulterior hasta la realización del bien embargado, y en nuestro sistema la embargabilidad se consagra como principio general de derecho y la inembargabilidad como precepto de excepción y derecho estricto (López, 2008; Medina, 1999; Viada, 2001).

En este sentido, destacan el estudio del profesor Enrique Munita Becerra (1960) y el de los profesores Carlos Álvarez Cid y Mario Rojas Sepúlveda (Álvarez y Rojas, 1992). Los últimos consideran que siendo admisible la embargabilidad de la cuota social, la pura cesión forzada no conduce a la modificación del pacto social por vía de sustitución del socio, sin necesidad del consentimiento en la reforma de la sociedad de los demás socios. Sostienen que la cesión de la parte de interés en la sociedad de dominio de un socio y la modificación del pacto social son actos jurídicos distintos entre sí (Álvarez y Rojas, 1992, pp. 196-197).

Por otra parte, ni el embargo de las acciones en una sociedad anónima ni el de los derechos en una sociedad de personas supone para el ejecutante la posibilidad de ejercitar los derechos que corresponden al ejecutado como socio. Así lo ha entendido la Corte Suprema al señalar que pueden embargarse los derechos de un socio en una sociedad de personas y subastarse, pero en el bien entendido de que el deudor no pierde la calidad de socio ni la administración de la sociedad, si la tuviere²¹.

Sin embargo, y como antes dijimos, la inexistencia de la declaración de inembargabilidad no es el único requisito que debe concurrir para que un determinado bien pueda ser objeto del embargo, pues también es necesario que su titularidad corresponda al ejecutado, que tenga contenido patrimonial, que sea alienable. De ahí que la sola circunstancia de no haber sido declarado

inembargable no hace de inmediato embargable el derecho del ejecutado en una sociedad de personas. Antes, debe estar la titularidad del ejecutado, que es fácilmente verificable con un examen del pacto social, y el carácter patrimonial de este derecho está determinado por su valor económico independiente.

En cuanto a la alienabilidad, que al igual que la patrimonialidad son anteriores al embargo y a la ejecución e independientes de él (Carreras, 1957, p. 180), pensamos que no concurre este supuesto tratándose del embargo del derecho social del ejecutado en una sociedad de personas, pues la facultad de disposición de este derecho está sujeta a la resolución de un tercero, esto es, el traspaso del derecho no se puede llevar a efecto sin la autorización de otros. Es la hipótesis del número 3 del artículo 404 del Código de Comercio, que declara nula la cesión del interés social en la sociedad colectiva sin previa autorización de todos los socios, y del artículo 2088 del Código Civil. Esta exigencia afecta al juez e impide que el interés social sea enajenado forzosamente en el proceso de ejecución pues la ley somete su cesión a un requerimiento que no puede concurrir en ninguno de los medios de enajenación que forman parte del apremio, convirtiéndolo, en consecuencia, en inalienable en el proceso de ejecución (Cachón, 1991, pp. 159-160).

Además, si la actividad ejecutiva tiene carácter sustitutivo, el juez no puede realizar eficazmente aquellos actos jurídicos que el propio ejecutado no podría realizar con eficacia jurídica. Aseverar lo contrario equivaldría a conceder al ejecutor mayores poderes de disposición sobre el patrimonio del ejecutado que los que este mismo tiene atribuidos (Fernández, 2008, pp. 126-127).

Se trata de un derecho que, a pesar de tener idoneidad natural para cambiar de titular, no puede ser enajenado en un proceso de ejecución singular por impedirlo la ley. Se trata de un supuesto en que sería posible la transferencia material o fáctica del derecho, que resulta inalienable por la sola razón de que la ley prohíbe su

²¹ CS, 30 de junio de 1983. R. de D. y J., t. 80, sec. 1ª, p. 47. (Recurso de queja). Hott Schwalm, Ernesto.

transferencia, prohibición que no está formulada de manera expresa, sino de manera implícita, ya que la ley somete la transferencia del derecho social a requisitos que faltan en los medios de enajenación comprendidos en el apremio (Cachón, 1991, p. 174). En efecto, no hay en el procedimiento de apremio una norma que permita la concurrencia de la autorización de los demás socios

exigida por la ley, ausencia que no puede suplirse por actos voluntarios, pues los actos procesales solo existen en la medida en que exista una norma jurídica que los crea, esto es, que establece cuáles son los concretos actos que componen un proceso y cuál es el orden en que deben sucederse (Cortez, 2018, p. 74).

Referencias

- Alcalde Silva, J. (2013). De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. *Revista chilena de derecho privado*, (21), 377-401.
- Álvarez Cid, C. y Rojas Sepúlveda, M. (1992). Admisibilidad y efectos jurídicos del embargo y la enajenación forzada de la cuota de interés del socio de una sociedad comercial de personas. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (192), 167-203.
- Bahamóndez Prieto, L. (1993). *La prelación de créditos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cachón Cadenas, M. (1991). *El embargo*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Carreras, J. (1957). *El embargo de bienes*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Castán Tobeñas, J. (1967). *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Reus.
- Cordón Moreno, F. (2002). *El proceso de ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Cortez Matcovich, G. (2018). Actos Procesales y Actuaciones Judiciales. En Cortez Matcovich, G. y Palomo Vélez, D. *Proceso Civil. Normas Comunes a Todo Procedimiento e Incidentes* (pp. 73-107). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Domínguez Águila, R. (2012). *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández López, M. (1980). *La tercería de dominio*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Fernández López, M. (1982). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Romargraf.
- Figueroa Yáñez, G. (1997). *El patrimonio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hidalgo Muñoz, C. (2018). *El Juicio Ejecutivo: Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- López Blanco, J. (2008). Embargo y remate judicial de derechos sociales. *Microjuris*: MJD281.
- Medina Infante, R. (1999). Embargo sobre derechos sociales. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, (6), 157-166.
- Munita Becerra, E. (1960) Embargabilidad del Derecho Social de un socio de una sociedad de personas por un acreedor personal suyo. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 57, 89-103.
- Palma Rogers, G. (1940). *Derecho Comercial*. Santiago, Chile: Nacimiento.
- Peñailillo Arévalo, D. (2019). *Los bienes: La propiedad y otros derechos reales*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Pereira Anabalón, H. (1993). Embargo y cautela en el proceso chileno. *Gaceta Jurídica*, (157), 7-25.
- Puelma Acorsi, A. (1996). *Sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Troncoso Larronde, H. (2013). *De los bienes*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Viada Lozano, A. (2001). Efectos del Embargo y Realización de Derechos Sociales en una Sociedad de Personas. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, (8), 143-157.

Jurisprudencia citada

- C. de Ap. de Temuco, 4 de junio de 1982 R. de D. y J.*, t. 79, sec. 2ª, p. 46. “Mainhard, Henri con Rubeska Sparceck, Vaclav
- CS, 10 de noviembre de 2015. Rol N° 6130-2015. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/6865/2015. “Carolina Jara Carreño con Banco del Estado de Chile y otro”.
- C. de Ap. de Concepción, 22 de marzo de 2019. Rol N° 2063-2018. *Wetslaw (Chile)*, cita on line: CL/JUR/1603/2019. “Banco Bilbao Viscaya Argenteria con Edgardo Rubio Chávez”.
- C. de Ap. Presidente Aguirre Cerda, 7 de mayo de 1997. R. de D. y J.*, t. 94, sec. 2ª, p. 59. “Schomfeldt Allende, Cristián con Escobar S., Lorenzo”.
- CS, 17 de abril de 2012. Rol N° 7237. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/802/2012. “Rafael Castro Navarro con Eduardo Henríquez Flores y Paula Nelly Mejías Devivo”.
- CS, 3 de abril de 2012. Rol N° 5266-2011. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/762/2012. “Joaquín del Carmen Zamora y otros con Sociedad Agrícola y Ganadera Chalaco Ltda.”.
- C. de Ap. de Santiago, 9 de mayo de 2008. Rol N° 8515-2007. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/2308/2008. “Contreras Saavedra Sergio Fabián con Paredes Gaete Mario”.
- CS, 27 de octubre de 2004. Rol N° 2231-2003. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/5176/2004. “Eduardo Emeraldía Alvarado con Cayetano Fica”.
- C. de Ap. de Santiago, 10 de enero de 2008. Rol N° 767-2007. *Westlaw (Chile)*, cita online: CL/JUR/1160/2008. “Contreras Saavedra, Sergio con Paredes Gaete, Sergio”.
- CS, 30 de junio de 1983. *R. de D. y J.*, t. 80, sec. 1ª, p. 47.(Recurso de queja). Hott Schwalm, Ernesto.