

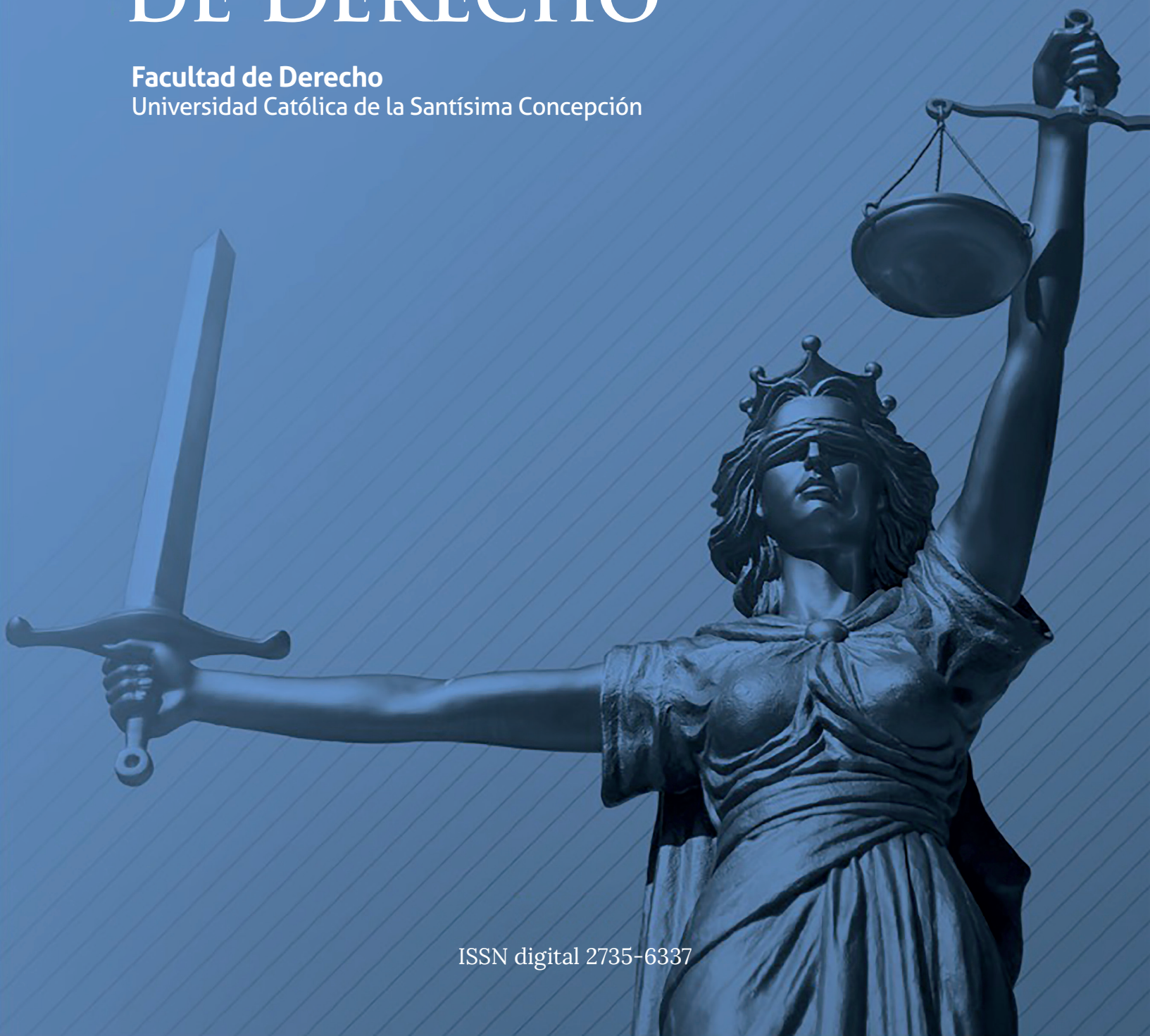


UCSC

EDICIÓN Nº 42 | 2023

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho
Universidad Católica de la Santísima Concepción



ISSN digital 2735-6337

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho

Universidad Católica de la Santísima Concepción

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

Comité Editorial

Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, EEUU

Rodrigo Fuentes Guíñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

John Sorabji, University College of London, Inglaterra

Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

La redacción de la *Revista de Derecho* tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Lincoyán 255, Concepción. Dirección postal: Casilla 297, Concepción. Fonos: 56-41-2345600 - 56-41-2345602. Correos electrónicos: revistadederecho@ucsc.cl y fmacalusso@ucsc.cl

Las solicitudes de colaboración, deben dirigirse al Director con copia al subdirector, en las direcciones señaladas anteriormente.

Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, ISSN digital 2735-6337, se publica semestralmente, en los meses de junio y diciembre.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y son de su exclusiva responsabilidad.

Editorial

Publicamos el número 42 correspondiente al primer semestre del año 2023, de la Revista de Derecho de nuestra Facultad. El trabajo por alcanzar los estándares más altos continúa. Como hemos señalado, ya se ha alcanzado Erih Plus y Redib, durante año 2022, se ha seguido avanzado hacia la incorporación a DOAJ (Directorio de Open Journal), de hecho, la revista comenzó a operar con la base de datos open journal. Asimismo se ha regularizado su incorporación a Latindex Catálogo y, durante el año 2023, se ha accedido a las bases de datos de LatinRev y Sherpa Romeo.

Como podrá ver el lector, se han introducido una serie de cambios a la página web y al formato de los artículos para adaptar la revista a los más altos estándares de publicación, con miras a lograr la gran meta de indexación en bases de datos relevantes, de primer orden mundial, al margen de las ya conseguidas. El campo y propósito de la revista se ha adaptado para hacerla coincidir con las líneas de investigación de la Facultad y del programa de doctorado. La Revista, por consiguiente, está abierta a todos tipo de trabajos originales, en las diversas áreas del Derecho privado y el Derecho Público, así como campos disciplinarios conexos. Aunque su ámbito geográfico preferente es América Latina, está abierta a recibir trabajos de otras partes del mundo. Otro de los cambios importantes que se informa a la comunidad jurídica, es el paso de la revista a una de publicación continua, con una consolidación semestral. Ello implicará que, a partir del segundo semestre de 2023, los artículos irán subiéndose a la plataforma en la medida que sea aceptados y adaptados al formato de publicación, lo que mejorará el nivel de visibilidad de los autores y de sus publicaciones y la velocidad de respuesta de la revista. Pensamos que es una manera adecuada de emplear con eficiencia su carácter digital.

En cuanto al número 42, el lector encontrará una muy variada oferta y de una calidad académica excepcional. En primer lugar, un artículo de historia del Derecho del doctor José Antonio González, que nos muestra el derrotero histórico de los proyectos constitucionales. Su artículo, dividido en dos partes, será publicado en los números 42 y 43 de la Revista. En la presente edición aparecerá la primera parte. Tres interesantísimos trabajos en Derecho civil, de materia muy variada. Un artículo, del profesor Jaime Ramírez, de la Universidad del Desarrollo, relativo a la donación entre vivos, cons-

tituye un interesante ensayo y puesta al día sobre una materia poco explorada en nuestra dogmática. El trabajo del doctor en Derecho y profesor de la Universidades Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile, Adrián Schopf, versa sobre el siempre delicado problema de las obligaciones de medios y de resultado y los regímenes de responsabilidad (por culpa o estricta) que esos tipos de obligaciones envuelven. Un tercer trabajo, del ámbito del Derecho de familia, de doña Claudia Bustos, nos ilustra sobre el problema del margen de la autonomía de la voluntad para acordar los términos de la compensación económica, desde la óptica de la naturaleza jurídica, que sirva a la autora para someter a juicio crítico las posiciones dogmáticas y jurisprudenciales. El lector encontrará, además, otros dos interesantes trabajos. Uno, sobre el contenido, naturaleza y alcance, a los efectos de la responsabilidad, del deber de cuidado del empleador, investigación presentada por doña Katuska Venegas. Finalmente, el artículo, tipo ensayo, presentado por el profesor Ignacio Soba, de la Universidad de la República, Uruguay, un trabajo de investigación sobre el impacto de las tecnologías de la información en el análisis judicial, en particular, el uso de Wikipedia en las sentencias y razonamientos judiciales.

Contamos con dos interesantísimos comentarios de sentencia. Boris Loayza, de la Universidad Diego Portales, analiza la sentencia de la Corte Suprema, de 6 julio de 2021, rol 90760-2020, relativa al complejo problema de las relaciones de convivencia como título que permite desvirtuar la acción de precario. Y, el segundo, de Seren Ataoglu, de la Universidad Alberto Hurtado, que analiza la sentencia de 26 de mayo de 2021, recaída en recurso de protección en cuanto el problema relativo al derecho al olvido.

No quiero terminar esta editorial sin antes agradecer a cada uno de los autores que han confiado en nosotros y, como siempre, al equipo editorial a cargo del número y que me acompaña en este hermoso desafío. Al decano, profesor Carlos Céspedes, por su inestimable apoyo, a los profesores Ramón García, subdirector; Fabrizio Macalusso, secretario de redacción y; especialmente a Sebastián González Mendoza, coordinador de redacción, quien ha trabajado incansablemente, junto a los ayudantes de redacción, en este número clave, que puede constituir una bisagra para las pretensiones de indexación de la Revista.

CRISTIAN AEDO BARRENA

Director

Revisitando el contrato de donación entre vivos

Reviewing the contract of gift between living persons

Jaime Ramírez Cifuentes

Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile.
Correo electrónico: jaime.ramirez@udd.cl. <https://orcid.org/0000-0001-6177-0621>.

Recibido el 9/11/2022

Aceptado el 17/05/2023

Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.01>

RESUMEN: El propósito de este trabajo es (re)plantear algunas ideas fundamentales del contrato de donación entre vivos previsto en el título XIII del Libro III del Código Civil, desde una óptica histórica, doctrinaria y jurisprudencial, a fin de estructurar la regulación de un contrato con significativa aplicación y escasa preocupación doctrinaria.

PALABRAS CLAVES: Contratos especiales, donación, gratuidad.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to (re)raise some fundamental ideas of the contract of gift between living persons treated in Title XIII of Book III of the Civil Code, from a historical, doctrinal and case-law point of view, in order to structure the regulation of this contract with significant application and little doctrinal concern.

KEY WORDS: Special contracts, donation, cost-free status.

I. INTRODUCCIÓN

La donación entre vivos es un contrato frecuentemente preterido. Sin perjuicio de destacadas excepciones,¹ los autores no suelen incluirlo en el estudio de los contratos especiales, muy probablemente por el hecho de que el codificador lo ubicara en el Libro III del Código Civil, *De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos*, alejándolo así de las demás figuras contractuales tratadas

¹ Así por ejemplo, la obra SOMARRIVA (2005), pp. 693 y ss., destina un capítulo entero a la regulación de este contrato (pp. 693 y ss.). Así también en una reciente obra colectiva, BARRÍA (2023), pp. 85 y ss., se incluye un apartado relativo a la donación, a propósito de los contratos consensuales.

en el Libro IV. Tampoco suele ser foco de atención en las obras referidas al derecho sucesorio, pese a que tales contratos celebrados en vida por el causante producen una especie de efecto reflejo en las asignaciones por causa de muerte, ocasionando una serie de repercusiones en la protección de las asignaciones forzosas. Así, de constituye en una institución muchas veces olvidada, como si cayera en un limbo entre el derecho de contratos y las instituciones propias del derecho sucesoral del cual nadie quiere rescatar.

Es esta circunstancia muy particular del contrato de donación lo que nos impulsa a revisarlo en este trabajo, adentrándonos no sólo en las cuestiones generales del mismo -de las cuales, por cierto, existe literatura en nuestro país-, sino también en su conversación y coordinación con otros aspectos propios del Derecho privado nacional, tales como el derecho de obligaciones y su similitud con el modo de extinguir remisión; o el derecho de bienes y su relación con la derelicción de cosas muebles o la renuncia -si es que es posible- de derechos reales recaídos sobre inmuebles inscritos en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Son estas manifestaciones, usualmente desatendidas en nuestro medio, lo que queremos explorar a continuación.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS²

A. Naturaleza jurídica

El art. 1386, que da inicio al Título XIII del Libro III del Código Civil,³⁻⁴ define la donación entre vivos como un acto por el cual una persona transfiere,⁵ gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes

² Además de las disposiciones previstas en el Código Civil, deben tenerse presente las siguientes normas: La Ley Nº 16.271, sobre Herencias, Asignaciones y Donaciones; Ley Nº 19.451, Establece normas sobre trasplante y donación de órganos; el artículo 6º inciso final de la Ley Nº 20.988, regula la donación cruzada de órganos entre vivos; Los artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil; el Decreto Ley Nº 45, sobre Donaciones a favor del Estado; El artículo 2º del Decreto Ley Nº 824, Ley de la Renta; Ley Nº 19.247, sobre Donaciones con fines educacionales; el artículo 2º inciso final de la Ley Nº 19.253, sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas; el artículo 23 inciso 4º letra b) de la Ley Nº 19.496, sobre Protección de los derechos de los consumidores; el artículo 60 inciso final de la Ley Nº 19.638, sobre la Constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas; el artículo 16 de la Ley Nº 19.885, sobre buen uso de donaciones de personas jurídicas que dan origen a beneficios tributarios; el artículo 1º N° 3 de la Ley Nº 19.928, sobre fomento de la música chilena; el artículo 5º inc. 1º de la Ley Nº 19.981, sobre fomento audiovisual; el artículo 8º inc. 2º letra c) de la Ley Nº 20.920, Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendido del productor y fomento del reciclaje.

³ A diferencia de algunos códigos que tuvo a la vista Bello -como el Código Civil francés, el de las Dos Sicilias y el de Luisiana-, en que las disposiciones relativas a las donaciones irrevocables aparecen mezcladas con aquellas relativas al testamento, Bello optó por tratar separadamente las donaciones revocables en el párrafo 7º del Título IV del Libro III, de las donaciones por causa de matrimonio, en el párrafo 7º del Título XXII del Libro IV, y las donaciones irrevocables en el título que se está comentando.

⁴ Somarriva critica su ubicación, por cuanto las donaciones entre vivos son contratos, y como tales quizás debieron ser ubicadas en el Libro IV del Código, que precisamente trata de las obligaciones y contratos. Sin embargo -agrega el autor-, la colocación dada por el legislador a esta materia admite defensas: porque fuera de la sucesión por causa de muerte, la otra forma de adquirir bienes a título gratuito es precisamente la donación. El legislador, en consecuencia, optó por agrupar ambas instituciones, pues no es raro que muchas disposiciones de la sucesión por causa de muerte se apliquen a la donación. También se justifica esta ubicación por razones históricas: El Código francés, al que siguió el nuestro en este aspecto, trata también de las donaciones conjuntamente con la sucesión por causa de muerte [véase SOMARRIVA (2005), p. 691]. En este mismo sentido Rodríguez Grez, quien sostiene que las donaciones irrevocables, especie de invitadas de piedra en el Libro III del Código Civil sobre la sucesión por causa de muerte, tienen con las asignaciones testamentarias un factor común, esto es, su gratuidad, lo cual explicaría que el Código francés las haya tratado en el mismo libro [RODRÍGUEZ (2002), p. 205].

⁵ Sobre las implicancias de esta expresión en la definición, véase SOMARRIVA (2005), pp. 695-696.

a otra persona que la acepta.⁶ El Proyecto de 1842 la definía como “un acto por el cual una persona se despoja actual, gratuita e irrevocablemente de una parte de sus bienes a favor de otra persona, que acepta”. El art. 207 del Proyecto de Código Civil de 1847 otorgaba la misma definición, sólo que eliminaba la palabra “actual”. Luego, en el Proyecto de 1853, el art. 1565 daba una definición similar a las del Proyecto Definitivo, pero decía “abandona” en lugar de “transfiere”, conservando por lo demás la expresión “a favor de otra persona”. En el Proyecto Inédito, el art. 1565 contenía un inciso segundo que añadía: “La donación entre vivos se consuma por la tradición”, el cual fue suprimido por Bello en la corrección final del Código.⁷

Entre sus fuentes se encuentra el D., 39.5.1.pr,⁸ que recoge la opinión del jurista Juliano, en que indica que hay muchas clases de donaciones, pero la que propiamente es llamada donación es la que se hace con la intención de que la cosa se haga del que la recibe y que no vuelva más a él, haciéndolo para ejecutar un acto de liberalidad;⁹ la Partida V, Título IV, Ley 1º: “Donación es beneficio que nace de nobleza y de bondad de corazón cuando es hecha sin ningún premio (...)”; la ley VI del Título XII del Fuero real: “Donaciones facense en dos manera, o por manda en razon de muerte, o en sanidat sin manda. La que es fecha por manda puedela aquel la fizo dar a otre, o retenerla para sí si quisiere; et la que es fecha dotra guisa non la puede taller a aquel la dio, sinon por aquellas razones que manda la ley: et esto si fuer fecha la donación asi como manda la ley”; el art. 894 del Código de Napoléon: “La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l’accepte”, así como también la obra “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”, de Florencio García Goyena.

El origen de este error que aparece en la definición y que descartaría el carácter contractual, proviene del Código francés, y en éste la culpa de él la tuvo Napoleón Bonaparte, quien intervino directamente en su redacción. Como indica Somarriva, en la parte de las donaciones, los jurisconsultos que redactaban el *Code*, dijeron que éstas eran contratos, pero Napoleón arguyó que no podían ser tales, por cuanto en ellas se obligaba una sola de las partes.¹⁰ En este orden de ideas, se ha estimado que de ciertos aspectos, tales como la comprensión de la donación como contrato, la exigencia de insinuación en ciertos casos, o la necesidad de que al donante llegue la noticia de la aceptación del

⁶ La definición que proporciona el artículo 1443 del código civil colombiano es idéntica a la nuestra. Allí se le ha criticado pues la donación no es un acto sino más bien un contrato, pues requiere la existencia de dos partes: donante y donatario, y este último debe aceptar la donación. Una segunda crítica que se le ha formulado es que la donación no es un modo de transmitir el dominio, sino un contrato sujeto a las teorías del título y el modo. El título es el contrato y el modo, la tradición o entrega. Por todos, LINARES (2008), p. 15. El artículo 1542 del Código Civil y de Comercio argentino indica que hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta. Los dos preceptos siguientes merecen atención: el artículo 1543 establece las normas del capítulo de la donación como supletorias a los demás actos jurídicos a título gratuito; y el art. 1544, que reconoce la existencia de “actos mixtos”, en parte onerosos y en parte gratuitos. El Código Civil alemán, por su parte, otorga una definición de donación en su parágrafo 516: “Concepto de donación. La atribución mediante la cual alguien enriquece a otro a cargo de su patrimonio es donación si ambas están conformes en que la atribución se realice de forma gratuita”.

⁷ Se ha sostenido que la supresión de este inciso por Bello permitió que un sector de la doctrina postulara que la donación es en sí misma un modo de adquirir: SOMARRIVA (2005), pp. 695-696.

⁸ “Donationes complures sunt. Data liquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentim exercent; hace proprie donatio appellatur...”

⁹ ORTUÑO (2001), pp. 369-390.

¹⁰ SOMARRIVA (2005), p. 693.

donatario, son reglas que entran en franca armonía con el viejo Derecho Español y con los códigos decimonónicos de la época.¹¹

Este razonamiento no es baladí si se tiene a la vista la concepción que se tenía en Roma de la *donatio*. En efecto, en el derecho clásico la donación no es un acto jurídico formal ni materialmente típico, y corresponde más bien a una causa que puede ser operada por medio de cualquier acto de atribución patrimonial, el cual, en cambio, es siempre típico.¹² De esta forma, la voz donación es ambigua y puede ser usada en tres funciones: propia y estrictamente para aludir a la causa; latamente para señalar el acto operativo de aquélla, y latísimamente para indicar la operación compuesta por la causa y el acto operativo.

La Corte Suprema ha razonado sobre el carácter contractual de la donación, declarando que: “SEXTO: (...) cabe tener presente, en primer término, que la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta (art. 1386 del Código Civil). A pesar de la redacción del citado artículo, constituye un aserto pacífico que la donación no constituye un acto, entendido como un acto jurídico unilateral, sino un contrato, que nace como fruto del acuerdo de voluntades destinadas a crear obligaciones y que, como tal, por consiguiente, requiere para perfeccionarse el consenso de voluntades de las partes, esto es, del donante y donatario”.¹³

Por tanto, la amplísima expresión “acto” que utiliza el artículo 1386 puede -y debe- ser reducida. Así, del art. 1412 se desprende que no basta con la voluntad del donante para que este acto produzca sus efectos, sino además se requiere la aceptación del donatario, lo que lleva a colegir que al menos se trata de un negocio jurídico bilateral. Al referir la misma norma la posibilidad de “revocarla a su arbitrio”, el codificador no se está refiriendo a la donación, sino más bien a la oferta de celebrar una. En efecto, Somarriva considera que, por regla general, la donación entre vivos es consensual. Con todo, agrega que este carácter tiene tantas excepciones que en el hecho la regla general es la contraria.¹⁴ La excepción más importante es la consignada en el art. 1401, que exige el trámite de la insinuación cuando la donación exceda los dos centavos. Sin duda alguna se trata de una solemnidad, pues es una formalidad especial exigida en atención a la naturaleza del acto contrato, pero su inobservancia no implica que el acto no produzca ningún efecto civil (*ex art. 1443*); la donación sólo tendrá efecto hasta el valor de dos centavos, y será nula en el exceso (aplicación de la parte final del art. 10).

Si a lo anterior se agrega que dicho acuerdo de voluntades engendra derechos y obligaciones para las partes, es dable concluir que la donación en nuestro país es un contrato, naturalmente unilateral y gratuito, pero que cuando se impone al donatario una carga o modo en beneficio de un tercero, se trataría de un contrato bilateral, pues genera obligaciones para el donante y para el donatario. Bajo

¹¹ CALDERA (1981), p. 347.

¹² GUZMÁN BRITO (2013), p. 657.

¹³ Galea con Arzobispado de Santiago y Palet (2011).

¹⁴ SOMARRIVA (2005), p. 694. Véase también, en este sentido, BARRÍA (2023), p. 88.

esta premisa, el contrato sería unilateral sólo si se trata de una donación propia, mas no de la impropia, que son aquellas en que se imponen cargas al donatario, o bien se trata de una donación remuneratoria.¹⁵ Al mismo tiempo es un contrato gratuito, ya que no engendra utilidad económica al donante, sino exclusivamente a la parte donataria y al tercero beneficiario del modo.¹⁶ Por lo demás, se trata de un contrato principal; definitivo; de ejecución instantánea; entre vivos; traslativo de dominio;¹⁷ de excepción; siempre a título singular;¹⁸ nominado y típico.¹⁹

En esta materia conviene detenerse en la clasificación de las donaciones es aquella que hacía la doctrina corriente en Chile al elaborarse el Código Civil -fundada en las antiguas leyes españolas-, es la de donación *propia* (o *gratuita*), y donación impropia (o *con causa onerosa*). El art. 1404 se refiere a las donaciones con causa onerosa, “*como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio*”, contraponiéndolas a las gratuitas. El art. 1405, por su parte, habla de donaciones en que se imponen al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, añadiendo que estas donaciones no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen.²⁰

Luego, el artículo 1417 vuelve a hablar de donación gratuita, para referir que el donante de la misma goza de beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario para el cumplimiento de la donación. El artículo 1422 habla otra vez de donación gratuita para negar al donatario la acción de saneamiento.²¹

García Goyena divide en su proyecto las donaciones en donaciones propiamente tales y donaciones a título oneroso, y dispone que las primeras se han de regir por las reglas aplicables a los contratos y obligaciones en todo lo que no esté previsto en el título de las donaciones, y las segundas, por las reglas dadas para los contratos onerosos.

¹⁵ BARRÍA (2023), pp. 88-89. En el mismo sentido, UGARTE (2011), p. 98.

¹⁶ LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), p. 103. La distinción tendría su origen en la doctrina francesa, específicamente por el jurista Delvincourt, en su obra *Cours de Code Civil*, la cual tuvo a la vista Andrés Bello. LEITAO (2016), p. 651. La autora hace referencia además a la doctrina española acerca de esta distinción, enfocándose en un trabajo del autor José María Prada: “*La onerosidad y gratuidad en los actos jurídicos*”, conferencia pronunciada en la Academia Matricense del Notariado el día 7 de junio de 1965, pp. 135-201. El Código Civil español, a diferencia del chileno, no define los conceptos de oneroso y gratuito. Además, el nuestro lo establece para los contratos, pero lo que sí recoge en su artículo 1274 es lo siguiente: “*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor*”. Se ha interpretado que la segunda parte del artículo corresponde a los actos gratuitos: LEITAO (2016), p. 655.

¹⁷ Así se desprende del texto de los arts. 584 N° 5 y 703 inc. 2°.

¹⁸ SOMARRIVA (2005), p. 695.

¹⁹ BARRÍA (2023), pp. 90-91.

²⁰ BARRÍA (2023), p. 98; UGARTE (2011), p. 95.

²¹ UGARTE (2011), p. 95. El autor agrega que estos tipos de donaciones son los propios de la clasificación que se expone en la conocida obra “*Febrero Novísimo*” o “*Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas*”, tratado práctico de Derecho y Legislación que circulaba en España y en las naciones hispanoamericanas al redactarse el Código Civil chileno. En dicha obra se lee: “*La donación entre vivos se divide en propia e impropia: la propia, que también se llama pura, graciosa y simple, es la que se hace por mera beneficencia y liberalidad, sin que se imponga limitación alguna al donatario. La impropia es la que se hace por algún motivo particular o bajo determinado modo o condición*”.

En suma, y de las disposiciones analizadas, son donaciones impropias las *donaciones con causa onerosa*, las *modales* y las *remuneratorias*. La importancia de esta distinción estriba en la procedencia de la condición resolutoria tácita en las donaciones con causa onerosa, y entre ellas las modales, consistente en el incumplimiento de la carga o del modo, a la luz del art. 1426. De ahí que la regla general es que la donación sea no remuneratoria, su causa es la simple beneficencia o liberalidad a favor de otro, no obstante, el Código Civil permite que la donación sea remuneratoria, cuando expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse (art. 1433).²² Para ello será necesario que dicha donación sea otorgada en instrumento público o privado y que en ella conste expresamente tal circunstancia; de ahí que, como decíamos, la donación es naturalmente no remuneratoria. La diferencia tiene relevancia principalmente para determinar el ingreso de los bienes donados a alguno de los haberes formados en el régimen de sociedad conyugal.²³

II. REQUISITOS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS

Para que la donación sea perfecta, deben concurrir en ella todos los requisitos de existencia del acto jurídico: el consentimiento de ambas partes, objeto, causa y las solemnidades que la ley exige para su existencia; así como también los de validez, consentimiento libre y espontáneo, objeto lícito, causa lícita y las formalidades que puede exigir la ley para su validez. Además de los requisitos generales, Somarriva menciona uno especial: el enriquecimiento del acervo del donatario y el empobrecimiento del patrimonio del donante.²⁴ Se funda en el art. 1398, según el cual “*no hay donación si habiendo, por una parte, disminución de patrimonio, no hay, por otra, aumento*”.

Esta regla lleva aparejada algunas consecuencias. En primer lugar, no se entiende que hay donación cuando se repudia una herencia, legado, donación, o no se cumple una condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar un tercero, no implican a

²² Como señala RODRÍGUEZ GREZ (1996), pp. 57-58: “Nuestro Código es en extremo coherente en esta materia, ya que la donación remuneratoria pierde su carácter de mera liberalidad en la medida que los servicios prestados dan acción para exigir su pago. De modo que en lo que excede el valor de los servicios es ‘donación’ y en los demás es ‘pago’ de una obligación. La coherencia sigue demostrándose en lo dispuesto en el art. 1434, al establecer que las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse. Por lo mismo, tratándose de inmuebles, es legítimo que ingresen a la sociedad conyugal sólo hasta concurrencia de lo que hubiere habido acción para reclamar el pago, quedando en lo demás en beneficio del cónyuge donatario”.

²³ Tratándose de donaciones remuneratorias, el art. 1738 ofrece la siguiente solución: si la donación remuneratoria es de bienes raíces hecha a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida, no aumentará el haber social; pero si los servicios prestados daban acción contra dicha persona, aumentarán el haber social, hasta la concurrencia de los que hubiere habido acción a pedir por ellos, y no más. Agrega el Código que tratándose de donaciones remuneratorias de cosas muebles aumentará el haber de la sociedad conyugal, debiéndose recompensa al cónyuge donatario, si los servicios no daban acción contra la persona servida (como ocurriría, por ejemplo, tratándose de servicios ilícitos) o si los servicios se prestaron antes de la sociedad. En este mismo sentido, Rodríguez Pinto, quien postula que se forma una comunidad entre el cónyuge donatario y la sociedad en proporción a lo que valían los servicios y a lo que se mira como donado por mera liberalidad, que pertenece al haber propio del donatario. Véase RODRÍGUEZ PINTO (2017), p. 387. RODRÍGUEZ GREZ (1996), pp. 57-58 agrega: “El art. 1738 exige que el servicio que fue causa de la donación remuneratoria haya debido prestarse durante la vigencia de la sociedad conyugal y no antes. Si la ley necesitó decirlo expresamente es porque en esta materia no rige la regla del Nº 1 del artículo 1725, siendo indiferente cuándo el pago de este servicio se ha hecho exigible”.

²⁴ SOMARRIVA (2005), p. 703.

su vez donación (art. 1394).²⁵ Si bien en todos estos casos existe un enriquecimiento sin contraprestación de una persona (como otros asignatarios o el donante cuyo objeto donado no escapa de su patrimonio) no existe una transferencia de “sus bienes” respecto del heredero, legatario o donatario que la repudia, pues nunca ingresan a su patrimonio. En segundo lugar, no implica donación el comodato de cosas que usualmente se arriendan, o en el mutuo sin interés (art. 1395).²⁶ La referencia al comodato nos parece innecesaria, pues no se produce transferencia de los bienes sino la simple entrega material. Donde podría cobrar relevancia es en el comodato precario, que es cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, pues dicha figura podría encubrir una donación. En cuanto al mutuo sin interés. Acá sí existe transferencia de bienes fungibles, más el mutuario debe restituir otros tantos del mismo género y calidad, he ahí la diferencia con el contrato de donación. Téngase presente por lo demás lo dispuesto en el art. 1398, que aclara que no existe donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero. En tercer lugar, los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan (art. 1396). En cuarto lugar, no hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, siempre que el deudor esté solvente (art. 1397).²⁷

Por su relevancia, realizaremos un estudio más acabado del consentimiento (A), la capacidad (B), el objeto (C) y la insinuación (D).

A. El consentimiento

Como acto jurídico bilateral, la donación requiere el consentimiento del donante y del donatario, consentimiento que dicho sea de paso sólo puede manifestarse en términos formales y explícitos, no procediendo una manifestación tácita ya que la donación entre vivos por regla general no se presume (art. 1393).²⁸ Sobre esta última circunstancia, se ha fallado por la Corte Suprema: “*TERCERO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 1393 del Código Civil, la donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes. CUARTO: Que la norma antes citada importa, que, probada la entrega de parte de sus bienes de una persona a otra, no puede presumirse que esa entrega*

²⁵ En similares términos el parágrafo 517 del Código Civil alemán: “No existe donación si para beneficiar a otra persona alguien se abstiene de una adquisición patrimonial o renuncia a un derecho vencido pero aún no definitivamente adquirido, o bien repudia una herencia o legado”. Así también se entendía en el derecho romano. La hipótesis es discutida por Juliano a propósito de las donaciones entre cónyuges, que no valen, en D. 24,1,5,13: el marido ha sido instituido heredero y su mujer designada como sustituta, o bien es parienta del causante de tal modo que, de haber éste muerto intestado, aquélla hubiera sido sucesora; el marido, puesto de acuerdo con su mujer, repudia la herencia, la que entonces es deferida a la mujer sustituta o heredera intestada, quien la acepta. El jurista decide que la operación no cae bajo la prohibición de donaciones entre cónyuges. GUZMÁN BRITO (2013), p. 671.

²⁶ GUZMÁN BRITO (2013), p. 672.

²⁷ Sobre esto, Guzmán cita el D. 39,5,23 pr.; D. 24,1,31,6. Véase GUZMÁN BRITO (2013), p. 672.

²⁸ Concordante con esto son los artículos 2299: “[d]el que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho” y la parte final del art. 1397: “(...) pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe”.

haya tenido por título un contrato de donación, salvo que el legislador expresamente así lo determine. Lo anterior trae aparejado, como necesaria consecuencia, que la persona que recibió parte de los bienes de otra y que alega haberlos recibido por otro concepto, deba acreditar que ello fue a dicho título específico que invoca, el que por cierto la contestación de la demanda no lo menciona, limitándose a negar la existencia del mutuo, no obstante reconocer la recepción de los dineros. QUINTO: Que, en el caso de autos, los sentenciadores exigieron al actor, quien, como se indicó, justificó la entrega de una determinada cantidad de dinero de su propiedad a la demandada, que demostrara que esa entrega lo había sido a título de mutuo, invirtiendo así la carga de la prueba, vulnerando el aludido artículo 1393 del Código Civil e incurriendo, con ello, en un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, que tiene entidad suficiente para justificar la invalidación del fallo por la vía de la casación en el fondo”.²⁹

El consentimiento en la donación presenta algunas características particulares: se forma por la notificación al donante de la aceptación del donatario; y, el Código Civil reglamenta la aceptación del donatario.³⁰

Como es sabido, el Código Civil -al igual que el Code- no reglamenta la formación del consentimiento; para hacer frente a esta falencia los jueces, al estar obligados a fallar conforme a Derecho, de acuerdo al principio de inexcusabilidad, recurren a las normas del Código de Comercio, viniendo de este modo, como se expresa en el Mensaje, a llenar “un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil”.³¹ De los artículos 97 a 108 del Código de Comercio se desprende que el consentimiento requiere de una oferta seria y completa, así como de una aceptación pura y simple, otorgada en tiempo oportuno y no debe ser extemporánea, es decir, que se efectúe mientras la oferta se encuentre vigente.

En cuanto al momento en que se forma el consentimiento, si bien la doctrina, en base al tenor de los artículos 99 y 101 del Código de Comercio entiende que el consentimiento se perfecciona en el momento en que el destinatario acepta la oferta, es precisamente en la donación donde se altera dicha noción general. En efecto, conforme al art. 1412 del Código Civil el donante podrá revocar la donación mientras no se ponga en su conocimiento la aceptación del donatario, lo que revela que la sola aceptación de éste no es suficiente para perfeccionar la donación entre vivos, toda vez que el donante conserva la facultad de revocarla.³² Por esto, se sostiene que el derecho de aceptar no se transmite a los herederos del donatario.³³

Tanto la voluntad del donante como del donatario puede ser otorgada por medio de representantes, en otras palabras, la donación no escapa a la regla general de que los actos jurídicos puedan celebrar-

²⁹ Pizarro con Jiménez (2010).

³⁰ SOMARRIVA (2005), p. 697.

³¹ VIAL (2003), p. 63; BARCIA (2007), p. 40.

³² VIAL (2003), p. 75.

³³ DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ (2011), p. 142.

se mediante mandatarios y representantes.³⁴ El art. 1411 lo señala en términos explícitos a propósito de la aceptación del donatario. Según Somarriva, el inciso segundo de esta disposición contiene un curioso caso de representación legal. En conformidad a él, puede aceptar por el donatario, aun sin mandato suyo, cualquiera de sus ascendientes o descendientes con tal que sea persona capaz.³⁵

B. La capacidad

Respecto del donante, al igual que en el art. 1005, a propósito del testamento, el legislador no habla de capacidad sino de habilidad. El art. 1387 expresa que es hábil para donar entre vivos toda persona que la ley no haya declarado inhábil. Luego, que “[s]on inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben” (art. 1338).³⁶

³⁷ Esta norma es armónica con el artículo 1652, que respecto a la remisión, indica que no tiene valor sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella. Por lo tanto, han de aplicarse las reglas generales del artículo 1447, por lo que podrá celebrar la donación por sí mismos todas las personas salvo los dementes, impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Tampoco podrán celebrarla por sí mismos, a menos que exista autorización de su representante legal, los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.³⁸

En lo que respecta al donatario, reglamenta esta materia el artículo 1389, exponiendo que es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz. Es indudable que acá se está refiriendo a la capacidad de goce, y que la expresión “incapaz” debe entenderse en el mismo sentido que el Código emplea a propósito de la sucesión por causa de muerte, previstas en los ar-

³⁴ SOMARRIVA (2005), p. 698.

³⁵ SOMARRIVA (2005), p. 698.

³⁶ El art. 2º del Proyecto de 1842 decía: “No son hábiles para donar las personas que son absolutamente incapaces de contratar; y además: 1º El religioso; 2º La persona menor de veinticinco años que vive bajo tutela o curaduría, si no es por contrato de matrimonio, a favor de su esposa o esposo, y consintiendo aquellas personas cuyo consentimiento es necesario para el matrimonio; 3º La mujer casada, sin el consentimiento de su marido o de la justicia en subsidio; 4º El pródigo bajo interdicción; 5º Todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente; 6º Es nula asimismo la donación al hijo de familia sin el consentimiento de su padre, mientras el padre tuviere el usufructo de la cosa donada; 7º Las donaciones entre cónyuges aun cuando suenen como donaciones entre vivos, pertenecen a la clase de las donaciones revocables; 8º Es nula la donación entre vivos del hijo de familia a su padre, tenga o no el padre el usufructo de la cosa donada; pero valdrá como donación revocable; 9º Es nula asimismo la donación entre vivos del hijo de familia a su hermano paterno, sea legítimo o no, aún con el consentimiento paterno; 10º Además, si una persona quiebra, todas las donaciones hechas por ella dentro de los seis meses precedentes al de la apertura de la quiebra son nulas en el sentido de no producir efecto alguno relativamente a los acreedores. La inhabilidad de que se habla en este artículo, no comprende los dones manuales de poca importancia”.

³⁷ La Ley Nº 20.413 incorporó, entre otros preceptos, un artículo 4º bis a la Ley Nº 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, publicada el 10 de abril de 1996, agregando una regla especial de capacidad: “La extracción de órganos en vida con fines de trasplante sólo se permitirá en personas capaces mayores de dieciocho años y cuando el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante, o su conviviente civil”.

³⁸ Respecto a la posibilidad de que el representante legal pueda donar los bienes del hijo sujeto a patria potestad o pupilo, a la luz de los artículos 402 y 255 debe distinguirse si lo donado será un bien mueble o inmueble. Tratándose de muebles, podrán donarlos siempre que obtengan autorización judicial, la que procederá siempre que concurren tres requisitos: a) Que exista una causa grave; b) Que la donación sea proporcionada a las facultades del pupilo o hijo menor; c) Que por la donación el pupilo o hijo menor no sufran un menoscabo notable los capitales productivos. Respecto de los bienes inmuebles, existe una enérgica prohibición, por lo que si se celebrase la donación sería nula absolutamente (ex arts. 10, 1466 y 1682).

títulos 962 y siguientes. De ahí que el artículo 1390 exprese que no puede hacerse donación entre vivos a persona que no existe en el momento de la donación, y que luego se remita expresamente a las incapacidades de recibir herencias y legados (art. 1391). La remisión es justificada, pues de lo contrario el testador podría burlar las incapacidades para suceder, transfiriendo en vida sus bienes a los incapaces.³⁹

Si la donación es conferida a una persona que no tiene la libre administración de sus bienes, su representante podrá repudiarla sólo si cuenta con autorización judicial, que debe ser conferida con conocimiento de causa (arts. 398 y 1236); y si se le ha donado a un pupilo dinero para la adquisición de bienes raíces, no podrá destinarse a ningún otro objeto que la impida o embarace; salvo autorización judicial con conocimiento de causa.

C. El objeto

Entendemos que el objeto de la donación entre vivos regulada en el CC debe referirse a una cosa y no a un hecho, esto por cuanto la definición habla de transferir una parte de los bienes del donante a otra. Por ello, el objeto debe ser comerciable, real y estar determinado, sea como especie o cuerpo cierto, o bien en forma genérica, en cuyo caso habrá de existir determinación tanto del género como de su cantidad, o bien esta última ser determinable según las mismas instrucciones proporcionadas en el contrato. Nos remitimos acá a lo visto sobre la donación universal.

El objeto donado puede ser corporal o incorporeal, puede versar sobre cosa mueble o inmueble (en este último caso, además de la insinuación, debe ser otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro, ex artículo 1400); puede ser un derecho real o crédito. Lo único que no puede ser objeto de donación son los hechos, las obligaciones de hacer.⁴⁰

Existen otras figuras que para el Código Civil implican donación, y que por lo tanto resultan aplicables las reglas del Título que se estudian. Así, conforme al art. 1653 la remisión o condonación de una deuda es naturalmente una donación, y está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos.⁴¹ En el mismo sentido el art. 1397, que declara que “*hace donación el que remite una deuda*”.⁴² En estos términos, la remisión podrá ser de dos clases, según el espíritu de liberalidad que anima al acreedor al efectuarla; si no hay más que el interés de favorecer al deudor, es una donación, y se sujeta a los requisitos de esta.⁴³

También se ha propuesto que la derelicción de bienes muebles sería una oferta de donación a persona indeterminada, al tenor del inc. 3º del art. 624, que señala que “*se adquieren del mismo modo las cosas*

³⁹ SOMARRIVA (2005), p. 701. El autor indica que no se aplica a la donación la incapacidad del eclesiástico confesor ni la del notario y testigos del testamento.

⁴⁰ SOMARRIVA (2005), p. 701.

⁴¹ Véase RODRÍGUEZ GREZ (2006), p. 344.

⁴² También el artículo 403: “*La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación*”.

⁴³ ABELIUK (2007), p. 1163.

*cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suya el primer ocupante*⁴⁴

Respecto a la renuncia de derechos sobre bienes inmuebles, de conformidad al art. 53 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, podría postularse que el Fisco adquiriría el dominio de dicho inmueble suponiendo que hubo una donación. El razonamiento encuentra fundamento en el Decreto Ley N° 1939 de 1977, que regula las normas sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, el cual señala en sus artículos 27 y siguientes que el Fisco puede adquirir el dominio por medio de, entre otros modos, la tradición -materializada en un título traslativo que puede ser la donación-.⁴⁵ En contra de esta hipótesis se manifiesta Bahamondes, quien indica que es que el decreto no contempla fórmula alguna que permita suponer que bienes inmuebles que ya han ingresado al sistema registral, puedan ser adquiridos de pleno derecho por el Estado si sus titulares renuncian a estos. Propone que el art. 590 solo puede ser utilizado en aquellos en que las tierras no han sido inmatriculadas y que, tal como la norma indica, “*carecen de otro dueño*”, no porque ellas hayan sido abandonadas, sino porque nunca fueron registradas.

Finalmente, se ha propuesto que la naturaleza jurídica del aporte fundacional no sería otra que una donación entre vivos,⁴⁶ aunque es criticable, pues en la operación no existe un donatario al momento de la supuesta fundación, ya que mientras no esté constituida, carece de personalidad jurídica. Se refuerza la tesis de la donación al recordarse que se aplican las reglas de las incapacidades para suceder, en concordancia con los arts. 1416, 962 y 96, por lo que el aporte fundacional no encontraría impedimentos en ser calificado como donación, en tanto se espera la existencia de la fundación donataria una vez cumplidas sus formalidades legales de existencia, aun cuando la existencia no resulte retroactiva al momento de la escritura de constitución. Y en cuanto a la liberalidad que realiza el fundador -agregan unos autores-, es indudable que existe un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario (fundación), requisito esencial de toda donación según el art. 1398.⁴⁷

D. La insinuación

El artículo 1401 en su inc. 2° define la *insinuación* como la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario. Previamente el codificador estableció que la donación entre vivos que no sea insinuada, sólo tendrá el valor de dos centavos, siendo nula en el exceso. Una de las fuentes de este artículo es el Tomo 2 del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escribano, que al respecto refiere: “*La donación entre vivos no puede pasar de quinientos maravedís de oro; lo que así está mandado para que nadie consuma su patrimonio con profusiones inmoderadas; de manera que la donación que excediere de dicha cantidad será nula en cuanto al exceso, si no se insinuase ante el juez competente, esto es, si no se manifestase ó presentase ante el juez el instrumento público en que se*

⁴⁴ Por todos, MENDOZA (2018), p. 150.

⁴⁵ BAHAMONDES (2019), p. 245.

⁴⁶ IRRIBARRA y LEITAO (2018), p. 56.

⁴⁷ IRRIBARRA y LEITAO (2018), pp. 58-59.

hace la donación para que la apruebe interponiendo su autoridad y decreto judicial”.⁴⁸

Se trata entonces de una solemnidad, un requisito externo y formal que la ley exige para el valor del contrato, y cuya omisión produce la nulidad absoluta del mismo acto, al estar exigida en atención a la naturaleza del mismo y no al estado o calidad de las partes. Nótese que es requisito de validez y no de existencia de la donación. El contrato existe desde que el donatario notifica su aceptación al donante, es un contrato consensual; mas no será válido en el exceso de los dos centavos mientras no exista la autorización por el juez competente, que será el juez de letras del domicilio del solicitante (donante o donatario).

La regulación adjetiva de la insinuación de las donaciones se encuentra en el Título IX del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, conformado por sólo dos artículos, 889 y 890. Se ha fallado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que la resolución que autoriza la donación es perfectamente modificable o revocable, siendo errado el razonamiento del juez a quo que no accedió a la revocación que se le solicitara en atención a la irrevocabilidad que en sí, implícitamente, lleva la donación entre vivos, al tenor del artículo 1386 del CC.⁴⁹

Es precisamente la omisión de este requisito la que produce la nulidad absoluta de la donación disimulada por medio de un contrato de compraventa simulado.⁵⁰ Sirva el siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago para ilustrar la hipótesis: “SÉPTIMO: *Que, así las cosas, y de acuerdo a lo que viene de ser expuesto, comparte esta Corte la conclusión del tribunal del grado en orden a que la escritura pública de compraventa y usufructo (...) sólo fue una apariencia de este contrato que ocultó, en verdad, la celebración de otro que sí se quiso celebrar, un contrato de donación irrevocable o entre vivos. Así las cosas, la develación del contrato ostensible demuestra la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre las partes con el fin de engañar a terceros, los actores, configurándose la hipótesis de simulación relativa ilícita que se denuncia por la demanda de autos. OCTAVO: Que, la donación entre vivos que realmente quisieron celebrar la demandada y la madre de los actores aparece, entonces, desprovista de la observancia de las solemnidades que la ley ha exigido para darle valor a ese pacto en atención a su naturaleza, según lo prescribe el artículo 1682 del Código Civil, lo que hace que deba confirmarse la decisión de acoger la acción de nulidad absoluta promovida por los actores...*”⁵¹ En otra causa, la misma Corte expreso: “SÉPTIMO: *Que en atención a lo anterior se puede dar por establecido que el contrato de compraventa fue simulado, y que lo real es que entre las partes involucradas lo que existió, fue una donación (...). OCTAVO: Que constituyendo el trámite de insinuación un requisito prescrito por la ley para la validez del contrato de donación y no habiéndose acreditado por la parte demandada que lo cumplió, corresponde al tenor de lo que prescribe el artículo 1681 y 1682 del Código Civil, acoger la demanda subsidiaria, declarando la nulidad absoluta de dicho contrato...*”⁵²

⁴⁸ ESCRICHE (1875), p. 720.

⁴⁹ Cárdenas con No se consigna (1990).

⁵⁰ También se ha declarado la nulidad absoluta de una donación encubierta de un contrato de renta vitalicia. Vivanco con Preuss (2013).

⁵¹ Gaggero con Vilches (2020).

⁵² Tamburini con Valdés (2020).

III. EFECTOS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS

A. Obligaciones emanadas del contrato de donación

La donación contiene dos obligaciones: la de transferir la cosa y la eventual de saneamiento. Veamos algunos aspectos problemáticos de cada una.

En cuanto a la primera obligación, de dar la cosa, en términos estrictos la definición que proporciona el artículo 1386 es inexacta, pues podría colegirse que es la donación el acto por el cual se transfiere el dominio de los bienes donados, lo que no es así. Esta imprecisión, creemos, se hubiese evitado de mantenerse el inc. 2° del art. 1565 del Proyecto Inédito, que hacía alusión expresa a la tradición que venía a consumar la donación entre vivos. En realidad, la donación no es más que un título traslativo de dominio, un contrato que por su naturaleza es apto para adquirir el derecho real de dominio por medio del modo tradición.

En consecuencia, una vez notificada la aceptación al donante produce su efecto esencial, cual es dar nacimiento a un derecho personal a favor del donatario de exigir la transferencia de las cosas donadas, y correlativamente la obligación del donante de efectuar la tradición de los mismos. Se trata entonces de una obligación de dar, que comprenderá además la obligación de entregar al tenor del artículo 1548. Su cumplimiento se verificará conforme a las reglas generales de la tradición, contempladas en los artículos 670 y siguientes y que dependerá de la cosa donada. Así, de tratarse de cosas muebles se efectuará en términos reales o fictos (art. 684). Si se trata de un inmueble se requerirá la inscripción de la escritura pública de donación en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de la(s) comuna(s) donde esté ubicado el inmueble.⁵³ Si se trata de un crédito habrá de efectuarse la cesión de créditos prevista en los artículos 1901 y siguientes del Código Civil.

Debe tenerse además lo dispuesto en el art. 21 de la Ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que establece que no podrá hacerse entrega de bienes donados irrevocablemente sin que previamente se acredite el pago del impuesto que corresponda o su exención, en su caso. Sobre esto la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado que pese a letra de la disposición: *“ello no puede llevar a desestimar la pretensión del donatario. En efecto, aun entendiendo que el donatario ya recibió el bien mueble donado el dinero está en una cuenta sin que se haya dispuesto de él por el donatario, la norma citada no contempla un caso de nulidad o de ineficacia jurídica y su contravención, esto es, el recibir las cosas donadas antes del pago del impuesto, sólo podría dar motivo a una sanción administrativa por parte del órgano tributario administrativo correspondiente, mas no podría llevar a impedir que quien ha querido donar y quien ha querido recibir la donación, cumpliéndose todos los requisitos legales y habiéndose pagado el tributo que nuestro ordenamiento prevé, vean frustradas sus*

⁵³ Existe un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena que en su considerando Cuarto da a entender que la inscripción conservatoria es una solemnidad de la donación (rol 45-2012, de 10 de julio de 2012). Nos parece errado el razonamiento. La donación se perfecciona por la sola escritura pública cuando se trata de inmuebles, la inscripción no es más que la solemnidad de la tradición de estos bienes. En el mismo sentido, SOMARRIVA (2005), p. 696.

legítimas intenciones de celebrar el contrato en comento”.⁵⁴

Frente a esta doctrina, en un extenso trabajo Guzmán Brito distingue dos tipos contractuales para el derecho chileno: la donación con efecto real y la donación obligacional. Veamos cada uno de ellos brevemente. Para Guzmán Brito, el Código civil chileno (siguiendo precedentes romanos), regula generalmente una donación con efecto real. Hay dos normas que sustentan su interpretación. En primer lugar, la definición del artículo 1386, antes analizada y, el artículo 1400: “No valdrá la donación entre vivos de cualquier especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente registro”. De este modo, la tradición queda integrada en el acto de la donación y pasa a constituir, por tanto, solemnidad del acto, al igual que la escritura pública. A Guzmán Brito le parece que, reseñado de esta forma, la donación no contraría la dualidad título-modo de adquirir. Lo que ocurre, al igual que en el mutuo (o en la prenda civil, podríamos agregar), es que la ley ha establecido la unión del título y el modo, en orden a perfeccionar un acto distinto, correspondiente a ambos.⁵⁵

Frente a este contrato, Guzmán Brito reconoce la existencia de un contrato obligacional de donación, en algunas hipótesis determinadas. Los casos mencionados son los siguientes: a) el del artículo 1402 del Código civil, es decir, el derecho a percibir una pensión periódica; b) la constitución de una renta vitalicia gratuitamente, conforme al artículo 2278 del Código civil; c) las donaciones de futuro reguladas en el artículo 1417 del Código civil; d) algunos tipos de promesas a plazo y condicionales, conforme al artículo 1403; e) las promesas que se hacen los esposos, conforme al artículo 1786 del Código civil. En estos casos, nos encontramos frente a un régimen típicamente obligacional. El acreedor-donatario tendrá derecho a exigir la tradición (acto separado, ahora), de las cosas donadas.⁵⁶

Además de la obligación esencial de transferir el dominio, el donante puede verse obligado al saneamiento de la evicción de la cosa donada, siempre que se trate de una donación con causa onerosa y que el donante haya dado una cosa ajena a sabiendas (art. 1423 inc. 1º).

B. Responsabilidad del donante y donatario

Respecto de la responsabilidad del donante, si bien no existe norma expresa, ha de aplicarse el artículo 1547 del CC. En principio, primará el pacto expreso de las partes. En silencio, y a la luz de que el contrato de donación es de beneficio exclusivo del donatario, será responsable de culpa grave.⁵⁷ En cuanto al donatario, apoyándose en los arts. 1418 a 1421, Somarriva postula que para determinar la responsabilidad del donatario debe distinguirse si se trata de donaciones a título universal o singular.⁵⁸ En las donaciones a título universal. Tendrán las mismas obligaciones que los herederos, pero esta responsabilidad se extiende únicamente de las deudas contraídas por el donante con anterioridad a la donación, y las posteriores a ella, con tal que no excedan de la suma específica determinada por el

⁵⁴ García con No se consigna (2015).

⁵⁵ GUZMÁN BRITO (2005), pp. 107; 111-113.

⁵⁶ GUZMÁN BRITO (2005), pp. 115-124.

⁵⁷ Igual solución tiene el Código Civil alemán, por texto expreso en su parágrafo 521.

⁵⁸ SOMARRIVA (2005), p. 721.

donante en la escritura de donación.⁵⁹ En las donaciones a título singular, el donatario no tiene más responsabilidad que la expresamente le imponga el donante.⁶⁰

IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN

Como todo contrato, la donación se extingue en la medida que cesan sus efectos. De esta forma, podrá extinguirse por el cumplimiento cabal de sus obligaciones, por la resciliación o mutuo disenso, nulidad, confusión, etc. Acá nos detendremos a analizar aquellas causales especiales de extinción de las donaciones,⁶¹ que se regulan en los arts. 1424 y siguientes: la rescisión, la resolución y la revocación.

A. La rescisión

En la donación, la rescisión puede operar de tres modos.⁶² En primer lugar la acción de “Rescisión” por la acción de inoficiosa donación. El art. 1425 del CC señala que “*Son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1187*”. Se remite el codificador a la acción de inoficiosa donación. Del tenor del art. 1425 algunos autores asumen que esta acción sería de nulidad.⁶³ Sin embargo, se ha dicho que ésta no podría ser una acción de nulidad, pues aquello supondría que las donaciones que se van a dejar sin efecto nacieron con un vicio o defecto, cuestión que en la especie no ocurre.⁶⁴ Por ello, se ha propuesto que en realidad sería una acción resolutoria⁶⁵ o de inoponibilidad.⁶⁶

En segundo lugar, la denominada rescisión por dolo. El contrato de donación puede ser rescindido por dolo cuando es obra de una de las partes y cuando aparece de manifiesto que sin él no se hubiese contratado. No hay nada novedoso en ello. Sin embargo, León Hurtado –sustentándose en la doctrina de Planiol y Ripert– postula que las donaciones son también rescindibles por dolo, no obstante que sea obra de un tercero, en razón del carácter gratuito del beneficio que recibe el donatario y “*por consiguiente, deberá darse la misma solución en todos los casos de ventajas obtenidas gratuitamente*”⁶⁷ Finalmente, frente a la posibilidad de rescindir la donación por lesión enorme, en virtud de la remi-

⁵⁹ SOMARRIVA (2005), p. 721.

⁶⁰ SOMARRIVA (2005), p. 722.

⁶¹ SOMARRIVA (2005), p. 723.

⁶² Siguiendo a ALCALDE (2010), pp. 73-76, la rescisión es una sanción de ineficacia amplia y flexible, cuyo objeto es privar de eficacia a un acto válido en sí mismo, extinguiendo la obligación que de él ha nacido y otorgando el derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se encontraban de no haber existido el acto o contrato rescindido, acción que según el autor –salvo la de nulidad relativa– persigue la evitación del perjuicio irrogado a una de las partes.

⁶³ Por todos, ELORRIAGA (2015), p. 521.

⁶⁴ ELORRIAGA (2015), p. 522. El autor agrega además la circunstancia de que el Código chileno no es suficientemente certero a la hora de utilizar expresiones como nulidad, rescisión, resolución y revocación, de modo que no parece del todo aceptable sacar una conclusión como la señalada a partir de la palabra rescisión. Sobre esta problemática, véase CORRAL (2018), p. 662.

⁶⁵ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), p. 1042.

⁶⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2006), p. 345.

⁶⁷ LEÓN (1991), p. 168.

sión que el inciso segundo del art. 1411 hace a los arts. 1234, 1236 y 1237 (pues podría suponerse que la aceptación de una donación puede ser rescindible por la lesión a la que hace referencia el inciso tercero del art. 1234), se ha entendido que la remisión no se extiende a dicha regla, por cuanto la lesión es excepcional en el derecho y no se encuentra expresamente contemplada ni para la aceptación de la donación ni para el contrato mismo.⁶⁸

B. La resolución

El art. 1426 expresa: “Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue el donatario a cumplirla, o para que se rescinda la donación”.⁶⁹ Se trata de una disposición muy similar, en lo sustancial, a lo que establece el art. 1489 del Código Civil para los contratos bilaterales.⁷⁰

La resolución puede pedirse por el donante aunque no se haya pactado: la cláusula resolutoria se encarga de ponerla la ley, porque el cumplimiento de la carga, constituye, si bien dentro del marco de la liberalidad, el motivo determinante de la voluntad real del que ha hecho la donación; y por otra parte, tratándose de un contrato, por aplicación del principio de la buena fe, cada parte debe estarse a lo que, atendida la naturaleza del negocio, supo o no pudo menos que saber que la otra quería y pretendía como beneficio o logro intrínseco a tal acto jurídico, aunque no se haya explicitado.⁷¹ Si se considera aplicable la disposición a las obligaciones modales, surge el problema de conciliar el artículo 1426 con el artículo 1092. La cuestión puede plantearse del siguiente modo: ¿puede demandarse la resolución aun cuando no se haya pactado cláusula resolutoria? Una parte de la doctrina, que seguimos, entiende que debe equipararse la situación del asignatario modal con la del donatario, por cuanto en ambos casos estamos frente a liberalidades.⁷² Esta solución parece evidente si el modo se ha establecido en beneficio del donatario, porque en ese caso no estamos, técnicamente hablando, ante una obligación. En consecuencia, se requiere que la condición se encuentre pactada expresamente. La acción resolutoria, con forme el artículo 1427, prescribe en cuatro años contados desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta. Se trataría de una prescripción especial que no se suspende.⁷³

C. La revocación

La expresión “revocación” es polisémica en nuestro Derecho Civil, suele utilizarse con varios sentidos técnicos que deben ser distinguidos, aunque en definitiva se trate siempre de ineficacia del acto jurí-

⁶⁸ SOMARRIVA (2005), p. 698.

⁶⁹ Este precepto y el 1427 hablan de rescisión, cuando en realidad existe resolución, una especie de condición resolutoria tácita de la donación por no cumplirse la condición o gravamen. El donante puede, a su elección, demandar el cumplimiento o la resolución. Lo curioso en este caso es que la persona favorecida con el gravamen no puede exigir su cumplimiento: SOMARRIVA (2005), p. 724.

⁷⁰ UGARTE (2011), p. 98. El mismo autor se remite a la Ley VI del Título IV de la Partida V, que establecía a favor del donante, para el caso de incumplimiento del modo, la posibilidad de exigir o el cumplimiento o la resolución, sin necesidad de pacto alguno: “E si non lo cumple, o non lo faze, bien puede apremiarle, que cumpla lo que prometio fazer, o que desampare, la donación que le fizo”.

⁷¹ UGARTE (2011), p. 98.

⁷² Esta es la opinión de GUZMÁN BRITO (2005), p. 232, nota 456.

⁷³ SOMARRIVA (2005), p. 725.

dico.⁷⁴ Se le ha conceptualizado como la facultad de una de las partes o ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial.⁷⁵ Así, la expresión se encuentra en la acción pauliana, en el mandato (como una de sus causales de extinción), en el testamento y también en la donación con causa onerosa o sujeta a gravamen,⁷⁶ regulada en los artículos 1428 y siguientes.

En la donación, el primero de esos artículos refiere que la donación puede ser revocada por ingratitud, entendiéndose por tal cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante. Vale entonces la remisión a los artículos 115, 968 y 979. Por su parte, el artículo 1429 establece un excepcional caso en que la mala fe se presume desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, ello para la aplicación de las reglas previstas en los artículos 904 y siguientes.

V. REFLEXIONES FINALES

Es indiscutible la imperiosa necesidad de analizar el contrato de donación entre vivos más allá de sus aspectos elementales. Se trata de un negocio jurídico en constante tensión con casi todas las áreas del Derecho Civil; un contrato dinámico que no se limita sólo a ser un título traslativo de dominio, sino que además adquiere otras fisonomías, las cuales repercuten no sólo en el derecho de contratos y de la responsabilidad civil, sino además en el derecho sucesorio, provocando, por ejemplo, la formación de acervos imaginarios o dando lugar a la acción de inoficiosa donación; en los derechos reales, como se observó, a través del abandono de bienes o renuncia de derechos recaídos en ellos; en las obligaciones, por medio de la remisión o condonación de deudas. Son todas estas vicisitudes las que demandan un análisis holístico de este contrato en nuestro medio, y en razón de ello es que intentamos otorgar una visión más panorámica, que vaya un poco más allá de sus características, requisitos y efectos.

Estimamos valioso, además, la aproximación histórica de la institución, sea el análisis de la concepción que el derecho romano tenía de la donación –lo que de alguna forma explica las diversas fisonomías que puede adoptar la donación en nuestro Código–; o bien la preocupación por la ostensible evolución que tuvo la definición de donación, recogida en algunas fuentes del Código Civil como también en sus proyectos. Un estudio incluso somero de esto último nos permite apreciar la estrecha vinculación que el legislador quería darle con la tradición.

Por supuesto, hay muchas dimensiones de la donación entre vivos que no fueron tocadas o profundizadas en este trabajo, su vocación no era otra que sistematizarla tímidamente con otras áreas del derecho civil, mucho más allá de los contratos y la sucesión por causa de muerte, de las cuales ya hay literatura nacional.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ (2012), p. 234.

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO (1996), p. 905.

⁷⁶ SOMARRIVA (2005), p. 724.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ABELIUK MANASEVICH, René (2007): *Las obligaciones*, 5ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2010): “La rescisión en el Código civil de Chile”, en: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción*, 2009 (Santiago, AbeledoPerrot).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2019): “La renuncia al derecho de propiedad sobre bienes inmuebles en el ordenamiento chileno”, en: Elorriaga de Bonis, Fabián (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2007): *Lecciones de Derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- BARRÍA PAREDES, Manuel (2023): “Contrato de Donaciones”, en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte Especial* (Santiago, Tirant Lo Blanch).
- CALDERA, Rafael (Director) (1981): *Obras Completas de Andrés Bello, Código Civil de la República de Chile*, 2ª edición Facsimilar (Caracas, Fundación La Casa de Bello), t. XV.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- DIEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, “Las relaciones obligatorias”, 5ª edición (Madrid, Editorial Civitas), vol. II.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Derecho Sucesorio*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2012): *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ESCRICHE, Joaquín (1875): *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid, Edición de Eduardo Cursta), vol. 4.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, (Santiago, LexisNexis).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- IRRIBARRA SOBARZO, Eduardo y LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca (2018): “La naturaleza jurídica del aporte fundacional”, en: Bahamondes Oyarzún, Claudia et al (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca (2016): “Una aproximación a los efectos entre los negocios a título oneroso y gratuito en el Código Civil chileno en comparación con el español de mediados del siglo XX”, en: Barría Paredes, Manuel (director), *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- LEÓN HURTADO, Avelino (1991): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LINARES VEGA, Jesús Ángel (2008): “Aspectos relevantes del contrato de donación entre vivos”, en: *Revista Vía Iuris* (núm. 5).

- MENDOZA ALONZO, Pamela (2018): “La derelicción de cosas corporales en el Derecho Civil chileno”, en: Bahamondes Oyarzún, Claudia *et al* (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María (2001): “Las fuentes del régimen de la donación en las partidas”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (núm. 23).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1996): *Regímenes Patrimoniales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2002): *Instituciones de Derecho Sucesorio*, 3ª edición actualizada (Santiago, Editorial Legal Publishing), vol. II.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006): *Extinción convencional de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), vol. 2.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017): *Manual de Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2005): *Derecho Sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- UGARTE GODOY, José Antonio (2011): “La acción resolutoria del donante por incumplimiento del modo”, en: *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Legal Publishing), t. II.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia citada

- Cárdenas Ampuero, Eleodoro con No se consiga (1990): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 08 de marzo de 1990, rol 6424-1989 (CL/JUR/101/1990).
- Pizarro Bruno, Jorge con Jiménez Bradford, Carolina (2010): Corte Suprema, 14 de octubre de 2010, rol 2450-2009 (CL/JUR/8238/2010).
- Galelia Diez, Segundo Manuel con Arzobispado de Santiago y Palet Claramunt, Enrique (2011): Corte Suprema, 26 de agosto de 2011, rol 2179-2019 (CL/JUR/6870/2011).
- No se consigna con Sociedad de Inversiones San Sebastián Limitada (2012): Corte Suprema, 10 de julio de 2012, rol 45-2012 (CL/JUR/1311/2012).
- Vivanco Maldonado, Sandra y otros con Preuss Lazo, Alejandro (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de marzo de 2016, rol 5914-2013 (CL/JUR/1294/2015).
- García Puig, Fernando con No se consigna (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de noviembre de 2015, rol 10154-2015 (CL/JUR/7297/2015).
- Gaggero Pisano, Camila con Vilches Millao, Alicia (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2020, rol 8212-2018 (CL/JUR/180955/2020).
- Tamburini Martínez, Julio con Valdés Tamburini, Eddie (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de mayo de 2020, rol 394-2019 (CL/JUR/187337/2020).

Normas citadas

- Código Civil de Alemania.
- Código Civil de Chile.
- Código Civil de Colombia.
- Código Civil y de Comercio de Argentina.

Código de Procedimiento Civil de Chile.

Ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

Ley N° 19.451, Que Establece Normas Sobre Trasplante y Donación de Órganos, 1996.

Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, 1965.

Entre proyectos y realidades constitucionales en Chile: gradualidad, inflexión y ruptura. Parte I: Estado, ciudadanía y derechos entre 1811-1973

*Between constitutional projects and
realities in Chile: gradualism, inflection and
rupture. Part I: State, citizenship and rights
between 1811-1973*

Dr. José Antonio González Pizarro

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.
Correo electrónico: jagonzal@ucn.cl. <http://orcid.org/0000-0002-4030-0353>.

Recibido el 24/01/2023
Aceptado el 24/05/2023
Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.02>

*Por leyes clamó Chile, mal hallada
Con régimen incierto en que vacilan
Los derechos más santos; pidió leyes
Al agosto senado; i hoy consagra
La época grata de su nueva vida
Sellándola con voto i juramento
De eterna sumisión. Respira, ¡oh patria!*

José Joaquín de Mora¹

¹ MORA (1888), p. 127.

RESUMEN: Se examina el itinerario de las constituciones chilenas que estuvieron vigentes entre 1811 hasta 1973, y aquellos proyectos que, por diversas razones, no fueron debatidos ni menos plebiscitados por la ciudadanía. En tal sentido, importa la tipología aplicada para encasillar constituciones promulgadas como ideas y proyectos que quedaron inéditos en nuestra historia política, en base de dos criterios: uno, tomando como referencia la tradición democrática y republicana basada en las fuentes francesas y anglosajonas, que constituyó el criterio que hemos denominado de *filiación*, tomado de la teoría literaria de Edward Said, donde se pueden analizar la gradualidad e inflexión en cuanto a la fisonomía del Estado, la evolución de los derechos y la finalidad de la ciudadanía sin exclusión; dos, los proyectos que asumen, tanto en su redacción como en su gestación, el rompimiento del estado de derecho democrático, asumiendo el criterio de la *afiliación*, que también es de Said, y que nos permite analizar desde la ruptura de la tradición señalada, la introducción de las fuentes marxista-leninista o de la doctrina de seguridad nacional, más próxima a una visión corporativista.

PALABRAS CLAVES: Constitución, proyectos, ideologías, Chile, derechos, participación.

ABSTRACT: This article examines the itinerary of the Chilean constitutions that were in force between 1811 and 1973, and those projects that, for various reasons, were not debated or even less plebiscited by citizens. In this sense, the typology applied to classify constitutions promulgated as ideas and projects that remained unpublished in our political history is important, based on two criteria: one, taking as a reference the democratic and republican tradition based on French and Anglo-Saxon sources, which constituted the criterion we have called *filiation*, taken from the literary theory of Edward Said, where we can analyse the gradualness and inflection in terms of the physiognomy of the state, the evolution of rights and the purpose of citizenship without exclusion; two, the projects that assume, both in their drafting and in their moulding, the rupture of the democratic rule of law, assuming the criterion of *affiliation*, which is also Said's, and which allows us to analyse the introduction of Marxist-Leninist sources or the doctrine of national security, closer to a corporatist vision, from the rupture of the aforementioned tradition.

KEY WORDS: Constitution, projects, ideologies, Chile, rights, participation.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2000, el académico norteamericano Paul Kahn sostuvo, en su cruzada por la neutralidad en el aula y en las investigaciones universitarias, que el papel de la academia era ayudar a entender “el mundo de significado que hace posibles las disputas que observa” y, como se trataba del estudio del derecho, para Kahn, decir, por ejemplo, “que una ley no representa la voluntad del pueblo, (pero) luego nos tiene que decir cómo hacerla más representativa”.²

En esta perspectiva, el derecho y la interpretación que se le asigne conllevaba, escribía Robert Cover, un compromiso, pero el significado jurídico constituía un proceso social y no meramente una intervención del estado y esta correlación con la base social era la que podía destruir también los significados jurídicos. Todo significado jurídico constituye también un control social, de ahí, que, dentro de esta interpretación oficial, se acomoda también su antítesis, la interpretación no oficial, por ejemplo, la que fundamenta la desobediencia civil.³

² KAHN (2014), p. 15.

³ COVER (2002).

Cuando en la actualidad, Chile se encuentra enfrentado ante el dilema de edificar otro pacto social, después de cuarenta años de la Constitución de 1980, se ha planteado por la ciudadanía un severo cuestionamiento a sus orígenes en dictadura, la ideología que la ha sustentado, las restricciones iniciales para el ejercicio de la ciudadanía y el modelamiento del ejercicio de la soberanía sobre el territorio, en cuanto a los recursos naturales y los mecanismos para sus reformas. Tal síntesis de planteamientos realizados en abierta disputa al estado de orden surgido de la Constitución, ha supuesto la crítica a la interpretación dogmática impuesta-el control social- por las exigencias de una interpretación no oficial, ni canónica, sino por los contenidos que quiere la ciudadanía en el nuevo texto. Paradójicamente, todos (as) se han sumado, ante la crisis socio-institucional, por un recambio donde se acoja la voluntad del pueblo y el resultado de un proceso social mayoritario.

Esto ha significado revisar nuestro itinerario constitucional. Y reparar que no siempre la Constitución siguiente, ha significado un avance en los tópicos que nos interesa. También ha conllevado ver cuánto de aquello puede ser repuesto, o atisbar si es ya insuficiente ante las exigencias, sensibilidades y nuevas generaciones acostumbradas a vivir en una democracia que, ahora, se ha vuelto cuestionable por la herencia que conlleva, de modo explícito o solapado, del periodo anterior a 1990. Detrás de estos rasgos, se ha desvelado de qué manera ideologías distintas, que apuntan a inclusión/exclusión de sectores sociales en su ejercicio de la ciudadanía y, por cierto, cómo la gradualidad de los derechos-civil, político y social, siguiendo a T.S. Marshall, en su *Citizenship and Social Class*- se verificaron en suelo chileno.⁴

Se podrá apreciar de qué manera las demandas por nuevos derechos o reformas a introducir en el sistema político durante la vigencia de la Constitución de 1833, pudieron plantearse, inicialmente, con la denominada rebelión de las provincias en la década de 1850, para seguidamente incorporar reformas constitucionales o mediante leyes especiales, lo cual evidenció la distancia entre la elite política y los sectores sociales mayoritarios.

Fueron experiencias que se tuvieron presente para no repetir frustraciones en el universo ciudadano, precisamente por decisiones minoritarias de cúpulas políticas. No obstante, la lección no se tuvo presente en el conflicto fratricida de 1891.

La nueva situación, surgida en el año 2018- el estallido social de octubre- mostró una enfática inconformidad, absoluta o relativa, con el modelo político y económico que alcanzó a distintas esferas de la vida pública, como ser la previsión y la seguridad social, la salud, etc, ahora, tópicos preocupantes para las generaciones jóvenes. Podría decirse que un nuevo *cleavage* ha emergido, no tan nítido, que recogió antiguas fracturas e incorporó las nuevas expectativas ciudadanas, ahora, voceadas por los movimientos sociales. Y esto equivale al iceberg de lo que se observa, aunque sin mayores formas ni boceto como hacer la arquitectura del nuevo pacto social. Así, en el plebiscito de entrada del 2020, verificado el 25 de octubre, se tuvo una participación ciudadana de 7.573.914 electores, que se inclinaron por aprobar un nuevo texto constitucional 5.899.683 personas, equivalente a un 78,31%, y

⁴ MARSHALL-BOTTOMORE (1998).

de rechazo 1.634.506 ciudadanos/as, que representó el 21,69%,⁵ inclinándose mayoritariamente la ciudadanía por una Convención Constitucional, que tuvo el apoyo de 78,99%, mientras la opción Convención Constitucional Mixta con un 21,01%.⁶ Como toda disyuntiva, la incertidumbre rondó sobre si habría una mayor participación ciudadana en la opción plebiscitaria de septiembre del 2022 sobre la nueva Constitución Política elaborada por la Convención Constituyente, en el curso de un año (junio 2021- junio 2022). Para sorpresa de casi todos, hubo dos datos muy relevantes: el porcentaje de participación ciudadana y el porcentaje que se inclinó por rechazar la propuesta constitucional de la Convención: el 85,84% participó- la mayor concurrencia ciudadana desde el retorno a la democracia- lo que se tradujo que 13.024.792 electores concurren a las urnas de un padrón de 15.173.857 electores. A su vez, la opción “rechazo” se impuso con el 61, 87% sobre la alternativa “apruebo” que alcanzó el 38,13%.⁷ Lo que rompió una tendencia hacia la no participación electoral.

De acuerdo, a lo expresado por los partidos políticos, el resultado plebiscitario no cerró el proceso constituyente, pues proseguirían las negociaciones para implementar los mecanismos que conduzcan hacia la Constitución que reemplace definitivamente a la reformada en el año 2005, cuya base es la Constitución de 1980. El acuerdo de los partidos políticos, el 12 de diciembre de 2022, “Acuerdo por Chile”, abrió un proceso de diálogo constituyente,⁸ que finalmente consensuó en la Cámara de Diputados el itinerario del nuevo proceso constituyente, el 11 de enero del 2023, por amplia mayoría de sus integrantes.⁹

Consideramos que una lectura del itinerario constitucional chileno, puede asumirse desde las siguientes variables, a saber: cómo se fue construyendo la ciudadanía desde la exclusión hasta la inclusión de mayores sectores nacionales, cómo se fue percibiendo la evolución de los derechos, a partir de los civiles y políticos, hasta llegar a los de cuarta generación, qué mecanismos se consideraron en las constituciones para sus reformas y qué distancias marcaron las constituciones que estuvieron vigentes respecto a los proyectos que se trazaron en el siglo XX.¹⁰ Estas materias, a mi juicio, pueden darnos las respuestas para comprender los por qué de las constituciones chilenas y, también, si las entidades partidarias pudieron representar al imaginario social respecto a cómo se pudo

⁵ PLEBISCITO (2020).

⁶ PLEBISCITO (2020).

⁷ PLEBISCITO (2020).

⁸ FIRMA ACUERDO (2022).

⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS Y DIPUTADAS (2023).

¹⁰ A nuestro juicio, comparar las constituciones vigentes con los proyectos alternativos, aportan ideas y sugerencias importantes complementarios o antitéticos y rupturas en la base social nacional. Esto, nos permite confrontar idealizaciones no sujetas al referéndum popular con concretizaciones que fueron puestas al referéndum ciudadano, más allá de representar fielmente a un porcentaje importante de la nación. Acaso, por ejemplo, el mentado proyecto de José Victorino Lastarria sobre el Código Rural [LASTARRIA (1875)]. confrontado con la obra de Manuel José Balmaceda (padre del futuro presidente de la República) Manual del Hacendado, [BALMACEDA (1875)], ofrecen en su conjunto dos miradas sobre un friso total de la realidad rural del siglo XIX. Una idealizada, innovadora, distanciándose de la francesa, y elaborando “la nueva ley, que va a servir de base a costumbres verdaderas i lejísimas, tiene que obedecer a un solo orden de principios, i no a distintos modos de ver, porque solamente así puede haber sistema”; empero, la propuesta fue rechazada por la Comisión redactora del Proyecto de Código Rural [LASTARRIA (1875), pp. 14-15] y, otra concreta, de corte práctico, que fue redactada como guía para sus hijos y asumidas por el gobierno, pues “sus lecciones tendrán siempre para los agricultores la gran ventaja de ser en todo aplicables a nuestro principales trabajos de campo” [BALMACEDA (1875), p. III].

percibir la convivencia social en la segunda mitad del siglo XIX y principalmente durante el siglo XX.

Nuestra hipótesis plantea que, al igual que otros países del mundo occidental, Chile comenzó a implementar su democracia, desde una restringida ciudadanía reflejada en puntuales derechos civiles que acentuaron una desigualdad originaria en la sociedad hasta lograr un despliegue de derechos políticos y sociales que acompañó a una categoría de ciudadanía de requisitos mínimos. Empero, la clase política—o bien, las circunstancias políticas— no asignaron importancia a los variados proyectos que iban indicando ciertas orientaciones, fuesen éstos patrocinados por determinados gobiernos o por sectores políticos al margen de la institucionalidad vigente.

En este encuadre, los *cleavages* en el siglo XIX reflejaron sobre todo dos tópicos, uno relacionado sobre la distribución del poder político, en términos de centralidad o distribución geográfica, que se reflejó en el debate centro y periferia. Otro estuvo centrado en la relación entre el Estado y la Iglesia y de qué modo se podría secularizarse el Estado. La radicalidad en lo primero se graficó en las rebeliones materializadas en 1851 y 1859, matizada en el plano constitucional en las leyes federales de 1826; en lo segundo, en una morigerada pérdida de influencia eclesial, a partir de la década de 1850, acentuada con las denominadas leyes laicas de 1883-1884. En el siglo XX, se va a concluir el segundo tópico, con la separación de la Iglesia y el Estado en 1925 y en la aparición de la dualidad entre los intereses de la clase obrera y el empresariado, que se pudo consensuar—después de varias huelgas y masacres— en una ampliación de los derechos civiles a la esfera del mundo del trabajo. Sin embargo, se puede constatar en materias constitucionales, sea a nivel de concreciones o de proyectos, tres aspectos que en materias esenciales pueden inscribirse como movimientos de gradualidad, giros de fuerte inflexión o lisa y llanamente disruptivo respecto de las anteriores constituciones. Estos últimos, son dable en, base de ciertos rasgos, de ser estimados como textos refundacionales en la tradición republicana nacional.

Consideramos que, habría también otra tipología, para encarar los proyectos y constituciones nacionales, acudiendo a la teoría literaria de Edward Said, para distinguir la *filiación* de la *afiliación*.¹¹

Un aspecto relevante a tener en cuenta es lo que José Luis Cea ha denominado la “conciencia constitucional”, es decir, el arraigo en la población en cuanto conocimiento y amparo de sus derechos,¹² donde la ampliación del derecho político, la percepción de la administración de justicia y la ampliación de los derechos civiles, van a incidir no solo en la conciencia sino en el imaginario social.

¹¹ Seguimos la interpretación en el marco de una teoría literaria de SAID (2008), respecto como la *filiación* pertenece al ámbito de la naturaleza y la vida, mientras la *afiliación* a la sociedad y la cultura. De esta manera, en el campo constitucional-político, se podría asumir las relaciones de los derechos naturales y civiles, la familia y el estado liberal, en el primer criterio; mientras, los derechos establecidos por el proletariado, propuesta de un estado socialista, v.gr, serían más propios de la *afiliación*. En tal sentido, una constitución, sea proyecto o concreción, puede asumir, como préstamo cultural, elementos o nociones del liberalismo, como ser, el régimen federal, incluso reproduciéndolo literalmente. También, podemos estimar que bajo la noción de *filiación* se replican fórmulas y su adaptación con los tiempos que prosiguen una tradición republicana y democrática, mientras la *afiliación*, plantearía una refundación de la república, desmontando la tradición, o bien optando por un camino no democrático, para instaurar los nuevos cimientos.

¹² CEA (1989), p. 222. En palabras suyas: “que viva porque es vivida y que rija efectivamente la realidad política...que al hombre común o el hombre de la calle les significa mucho y se interesan en ella”. José Luis Cea, “Aproximación a la conciencia constitucional chilena”.

II. LAS CONSTITUCIONES DEL APRENDIZAJE POLÍTICO: 1811-1828. GRADUALIDAD EN LOS DERECHOS CIVILES Y DISONANCIA EN EL DERECHO POLÍTICO

Se ha estimado que el principal sabio chileno, del siglo XVIII (e incluso del XIX), el abate Juan Ignacio Molina, en su destierro en Italia, después de la expulsión de los jesuitas de los dominios del imperio español, tentó la primera constitución nacional. No se conoce su contenido. Pero, sus contactos con las principales personalidades de la Ilustración europea, ha permitido conjeturar a su principal estudioso, el P. Walter Hanisch S.J, que la libertad es una noción transversal en su obra, la “historia de Chile es para Molina la apología de la libertad de los indios”. Se alegró de la independencia norteamericana y es muy posible que haya tomado ideas provenientes de la declaración de derechos del Congreso de Filadelfia y de la Constitución de 1781. Hanisch, trae a colación la autobiografía de Molina—escrita por Claudio Ferrari—que afirma compuso “una constitución republicana para su patria, la que envió con un compatriota que pasó por Bolonia”. Y concluye el erudito historiador: “Molina (es) un precursor de la independencia de Chile por derecho propio y el primer constitucionalista chileno”.¹³ Las ideas constitucionalistas en Chile como en América Latina discurrieron en los denominados catecismos políticos cristianos, un método muy didáctico de preguntas y respuestas. Era el formato a que estaba acostumbrada la sociedad colonial.¹⁴ Entre 1810 circuló el *Catecismo Político Cristiano para la instrucción de la juventud de los pueblos libres de la América Meridional*, de José Amor de la Patria, y 1813 el *Catecismo de los Patriotas* de Camilo Henríquez, hasta suponer que los tres catecismos editados en Buenos Aires y Salta, de 1811, fueron conocidos por los vecinos principales de Santiago, como también, *Elementos de moral y política, en forma de catecismo filosófico christiano, para enseñanza del pueblo y de los niños de las escuelas de Santiago de Chile* de Judas Tadeo Reyes, de 1816, editado en Lima.¹⁵ No todos los autores de catecismos fueron proclives a las ideas constitucionales. Judas Tadeo Reyes, fue un partidario de la monarquía hispana.

La discusión sobre las ideas en torno a la constitución, el gobierno y derechos va a entrecruzarse con las que proceden del acervo de la tradición escolástica jurídica— centrado en la teoría del origen divino del poder, la acefalía del gobierno y el retorno del poder político al pueblo— con las que reconocían un origen del constitucionalismo inglés— en torno a los derechos naturales del hombre y la voluntad del pacto social— y las que se acogieron desde la revolución francesa y los filósofos de la Ilustración— localizados en la soberanía popular, la voluntad general y los derechos ciudadanos— que se van a debatir en los Catecismos, en la prensa diaria y en los debates llevados a cabo en el Congreso Nacional de 1811 hasta 1812. Apuntemos que, en el *Catecismo* de 1810, se indicaba que un hombre sin libertad sería lo mismo que un caballo o un carnero “dispuesto a ser comido” y la libertad civil era la que correspondía “como ciudadanos para constituirse civilmente, establecer un Gobierno y sus Leyes”.¹⁶ En su magnífica síntesis de las ideas que van desde 1808 a 1833, Simon Collier ha demostrado la domesticación de los conceptos principales que generaron la ideología revolucionaria y su

¹³ HANISCH (1976), pp. 73-75.

¹⁴ SÁENZ (2010).

¹⁵ SAGREDO (1996), HANISCH (1970), DONOSO (1981).

¹⁶ DONOSO (1981), p. 117.

vinculación con los ensayos políticos, principalmente cuáles debían ser las nociones capitales donde deberían apoyarse las constituciones: la soberanía popular y el gobierno representativo, y los chilenos estimaron que, “hasta cierto punto cabía decir que ella encarnaba el contrato social mismo”.¹⁷ Sí, debía acomodarse a las circunstancias de los pueblos, sostenía Camilo Henríquez en 1812. Pero en cuanto a los derechos naturales, comúnmente, hubo consenso, y según Collier, la Constitución de 1822, recogió meridianamente la totalidad.

Aun así, las corrientes constitucionalistas francesas e inglesa, pervivieron en varias instituciones de las Constituciones nacionales del periodo de la Patria Vieja y recogieron el lenguaje y el sentido de la influencia del derecho indiano.¹⁸

Un tema importante fue si el denominado “bajo pueblo” tomó conciencia-aun en su precariedad existencial- de lo que importaban tales derechos y principios, entre 1810 y 1828. La historiografía, reconoce en la alocución de Antonio Orihuela- en 1811- un genuino llamado a este importante estrato social, en cuanto su cantidad, a ser considerado ciudadano, pero que no tuvo mayor efecto su convocatoria; es más, al bajo pueblo, le fue indiferente la guerra de independencia, aun cuando mostró más proclividad por el bando realista.¹⁹

Consignemos dos aspectos significativos. La población que va a actuar en política se va a plantear desde dos modalidades: la que se informa -por ser alfabetizados y cultos- adquiere los textos en Europa y los hace circular entre sus amistades- la élite de Santiago, Concepción-, principalmente libros que estaban en el índice romano, por ser libros prohibidos de filósofos vinculados con la Ilustración francesa,²⁰ siendo que, algunos de ellos, beben de las ideas anglosajonas. Este sector ayudó a informarse a través de la prensa, los folletos y panfletos. Pero, otro sector de la población, que es ágrafa que constituye la amplia mayoría, se informa y difunde el credo ilustrado por medio de la tradición oral. Esta vía de comunicación fue extraordinaria en la época de las ideaciones de las primeras constituciones.²¹ A través de la sociabilidad de la época, los que están más informados orientan a los segmentos alejados de acceder a tales ideas. En Chile, se emplearon panfletos y folletos, de rostros desconocidos, para ir informando de los sucesos paralelamente al uso de la imprenta oficial, como refiere Alejandra Araya, usando en el espacio público la oralidad, el pasar a mano los textos y “formas de comunicación tradicional, como los bandos y arengas militares...dar voces a la multitud”.²²

¹⁷ COLLIER (1977), pp. 141-154.

¹⁸ DOUGNAC (2000).

¹⁹ PINTO -VALDIVIA (2009).

²⁰ GAZMURI (1990).

²¹ Una especialista, Claudia Rosas, ha escrito: “En los diversos espacios de sociabilidad nacieron las conversaciones, se gestaron las opiniones, proliferaron los rumores. Lo escrito y lo oral se entrecruzaron en estos espacios, en los cuales florecía una opinión pública...En estos contextos no solo la oralidad se imponía, no solo el poder de la palabra se abría paso, estaba presente el gesto y el símbolo, elementos muy poderosos de propaganda”. ROSAS (2006), p. 26.

²² ARAYA (2011), pp. 303-304.

Veamos el decurso que se observa entre el proyecto de J. R. Poinsett y el Reglamento de 1812 respecto a los derechos civiles.

A. El proyecto constitucional de Joel R. Poinsett. Construyendo una de las vertientes ideológicas

Hemos aseverado en líneas superiores la importancia de examinar aquellos cuerpos jurídicos que no estuvieron vigentes y quedaron como meros proyectos, fuesen de personas naturales, que representaron ideas de época, o de grupos de juristas que plantearon opciones constitucionales o bien, fueron patrocinados desde las esferas gubernamentales.

El cónsul norteamericano Joel R. Poinsett, acreditado en Chile en los primeros años en pos de la autonomía política, amigo cercano de José Miguel Carrera, que patrocinó la Constitución de 1812, redactó un proyecto constitucional simultáneamente al que la comisión dio forma al texto de Carrera.

Es un boceto que técnicamente prefiguró varias ideas contenidas en el Reglamento Constitucional de 1812. El Estado queda armonizado en la convergencia de los Provincias Unidas- que no se mencionan, pero que iban a superar los territorios de las Intendencias- dentro de un Estado unitario. El Congreso Nacional estaba compuesto por dos cámaras o salas: la Sala de Consejeros-equivalente a la Cámara de Diputados- y la Sala de Senadores (Capítulos 1, 2 y 3). Cada Provincia Unida debía elegir dos consejeros por espacio de seis años “distribuido en dos órdenes, cesarán los del primero a los tres años, y al sexto los del segundo” (Cap.2, art.1). Los senadores no se menciona el número solo que deben haber permanecido ocho años de residencia “al menos de las Provincias Unidas” (Cap.3, art.1)- permaneciendo un solo bienio en esta Comisión. Los representantes del pueblo tendrían fueros-“son inviolables las personas” (Cap.4, art.2), no serán “reconvenidos ni molestados directa o indirecta por sus discursos, debates en sus respectivas Salas” (Cap.4, art.4)- y se les exigía 30 años para ser Consejeros y 34 para ser Senadores, y si cometieren “crimen de lesa patria”, la causa sería vista en Comisión de Interior y seguidamente ser procesado en conformidad de las leyes (cap.4). Importante fue que tanto los consejeros y Senadores percibirían una “compensación anual” proveniente del erario nacional (Cap.4, art.1), lo cual hacía más accesible la electividad de ellos, dado que no se pronunciaba el texto por su condición de alfabetización.

Salta a la vista, que Poinsett tuvo como referente a la Constitución de su país,²³ sea, por ejemplo, a que el Congreso garantice la libertad de expresión (Amendment I), la retribución y determinados alcances de edad para los consejeros (Art.1, Section 6; 30 años para los Senadores estableció la Constitución de los EE. UU, Article 1, Section 3) y el derecho de los ciudadanos a portar armas (Amendment II). O toda nueva Provincia Unida podrá incorporarse y no podrá establecer relaciones con poder extranjero (Cap.13, art.2; Cap.9, art.1, proyecto de Poinsett; Art. IV, Section 3; Art.1, Section 10 Constitución de los EE.UU., respectivamente).

En cuanto a los derechos civiles, el Congreso Nacional debía “proteger la libertad de imprenta, pro-

²³ CONSTITUTION OF THE UNITED STATES; PEREIRA (1959). Sobre los nexos de los navíos norteamericanos y el gobierno de José Miguel Carrera, PEREIRA (1935), pp. 67-68.

riedad y seguridad individual; *permitiendo que el pueblo pueda congregarse pacíficamente para su-
plicar por la reforma de los abusos y de que pueda tener y llevar sus propias armas, en cuanto fuera
compatible con la tranquilidad pública*” (Cap.7, art.2. Destacado nuestro).

Libertades civiles y resguardo a sus derechos, v.gr. la propiedad privada (Cap.7, art.5), ninguno será
juzgado ni castigado dos o más veces (Cap.7, art.4).

En cuanto al tema religioso, no se declaraba como religión única la católica, y se entrega al Congreso
Nacional para restringir ciertos beneficios a ella (Cap.11, art.29), que se contradecía con lo dispuesto
en el Capítulo 10, artículo 5, donde el juramento de los cargos mayores de la República indicaba la
forma “defender, conservar y proteger la religión católica, apostólica, romana”.

Como refiere Feliú Cruz, el proyecto de Poinsett fue acompañado de una carta dirigida a Carrera,
donde sostuvo que las bulas debían ser expedidas por el metropolitano, y no por el Papa, y formar
la jerarquía eclesiástica. Además, desterrar “los desórdenes del antiguo sistema en lo eclesiástico y
regular”, como hacer desaparecer los Cabildos “harto perjudiciales para conservar las ideas republi-
canas”, y subsistan los alcaldes como jueces primeros.²⁴

La elección de un Lugarteniente y su sucesión en el cargo de Gran Jefe de las Provincias Unidas, se-
guía a la letra los cargos de presidente y vicepresidente de la República de la Constitución de 1789 de
los EE.UU.

Llama la atención que Poinsett fijara el tratamiento para el Gran Jefe y Lugarteniente, de *Serenísimo*
(Cap.10, art.2), que recogía el que se otorgaba a los hijos del Rey de España, alejándose de lo prescrito
en la Constitución de los EE.UU. Esta aureola monárquica va a quedar fijada en la Constitución de
1814 (Art.3) al introducir el tratamiento de *Excelencia* al presidente de la República, que las siguientes
constituciones prosiguieron, hasta que la Constitución de 1828 omitió tal tratamiento. En la actuali-
dad, se usa de modo protocolar.

B. Reglamento Constitucional Provisorio de 1812

El reglamento sancionado en octubre de 1812, se considera el primero que busca la finalidad de la
soberanía y, por ende, debe ser considerado como un antecedente. Importa subrayar que, en su gé-
nesis, confluyan personas especializadas -abogados-, funcionarios de la administración, militares de
distintos rangos, algunos eclesiásticos y varios “paisanos”, gentes de la comarca, que se autodenomi-
nan “ciudadanos”, y que 333 personas refrendaron su aprobación. Podemos destacar, además de los
hermanos de José Miguel Carrera, al jurista Dr. Jaime Zudañez- a quien el historiador Ricardo Donoso
le asignó el seudónimo de José Amor de la Patria, redactor del Catecismo Político Cristiano de 1810-
quien se firma como “paisano abogado” y Donoso le concede una intervención significativa en la
Constitución de 1812. También figura Mariano Egaña, recién titulado de abogado. En lo que concierne
a las materias penales, se delata la mano de Camilo Henríquez.

²⁴ FELIÚ (2000), pp. 67-82.

Las sesiones no estuvieron exentas de recelos regionales. La representación de Concepción protestó por la mayor representación que contaba Santiago. Los golpes de estado de los hermanos Carrera movieron a recelar de cierto despotismo. La redacción de la Constitución de 1812, a cargo de Francisco Antonio Pérez, Camilo Henríquez, Manuel de Salas, Antonio José de Irrisarri, Francisco de Lastra, Hipólito de Villegas y Jaime Zudañez, dispuso el resquemor.²⁵

La Constitución de 1812- con 27 artículos- resguardó la seguridad de las personas, casas y de sus papeles (Art. XVI),²⁶ la libertad de imprenta (Art. XXIII), para aquellos que son libres- la esclavitud proseguía- la igualdad de derechos, donde se otorgaba asilo a quien lo requiriese, y amplia libertad para venir al país (Art. XXIV) y el resguardo a la buena fama, al castigarse la infamia (Art. XXII). En materias de justicia, la Constitución de Carrera señaló que el gobierno velaría el cumplimiento de los magistrados (Art. XVII) y un debido proceso (Art. XIX). El tópico de la religión católica, omitiendo lo de romana (Art. I), siempre suscitó sospecha, aun cuando se adujo a un error de imprenta.

C. Hacia la fisonomía democrática y la estructuración del Estado: 1818-1828

Con el triunfo sobre los realistas en 1818, aun cuando quedaban territorios en manos de los españoles, los patriotas pudieron avanzar en determinadas constituciones, correspondiéndole a O'Higgins las dos primeras. No obstante, el prócer no olvidaba, y así lo hizo consignar en los preliminares de la Constitución de 1818, que hubiera optado que la propuesta constitucional hubiese sido presentada por el Congreso Nacional, "representante de todos los pueblos", en vez de la Comisión designada, pero era imposible que se eligiesen Diputados cuando la Provincia de Penco, que alberga la mitad de la población se hallaba en manos de los realistas, y se procuraba evitar los agravios a los que no estuviesen representados, y la rivalidad entre las regiones que todavía no se superaba desde el Congreso anterior.²⁷

La Constitución de 1818, con 120 artículos, amplió ciertas nociones de los derechos civiles, en el Capítulo I, inviolabilidad de la casa y los papeles del individuo (Art. V) defensa de la honra y buena opinión (Art. VII), el derecho de propiedad y uso de sus bienes (Art. IX), la libertad civil, le permite fijar su residencia donde quiera, pero con la restricción, de no dañar la religión, la sociedad o sus individuos (Art. X), la libertad de opinión e imprenta (Art. XI). La libertad de vientres, para los esclavos negros (Art. XII).

La Constitución de O'Higgins, veló por la presunción de inocencia (Art. III), por el celo de los jueces en el cumplimiento de sus deberes (Art. IV, VI y XV) y posibilitó que el juez podía ser recusado (Art. XVII). La Constitución de 1822- con sus 248 artículos- suscrita por los 28 diputados presentes de la Conven-

²⁵ GARCÍA-HUIDOBRO (2012).

²⁶ REGLAMENTO (1812).

²⁷ PROYECTO DE CONSTITUCIÓN (1818), pp. 1-2. Y agrega: "Yo deseo examinar la voluntad general sobre el negocio, que mas interesa á la nación; y para ello es necesario saber distintamente la voluntad de cada uno de los habitantes. Por tanto, y para acertar con el medio mas pronto, mas liberal, y mas justo, de consultar los votos de todos los pueblos libres del Estado, sobre si ha de regir, ó no, la presente constitución provisoria" (p. 3).

ción, en su preámbulo declaró, lo que podría admitirse que constituía la tradición forjada desde los inicios de emancipación o de revolución, como lo indicaba:

“El Código que os presentamos, contiene dos partes. La una abraza: los principios fundamentales é invariables, proclamados desde el nacimiento de la revolución, tal es: la división é independencia de los poderes políticos, el sistema representativo, la elección del primer Magistrado, la responsabilidad de los funcionarios, las garantías individuales. La segunda comprende la parte reglamentaria”,²⁸ es decir, las fuentes del constitucionalismo francés y del anglosajón.

En el exordio “a los Pueblos”, el Gobierno manifestaba: *“reformular nuestros Códigos acomodarlos á los progresos de la ciencia social, y al estado de la civilización del país”*.²⁹ Ya los EE.UU. habían reconocido la independencia, se hacía saber por O’Higgins.

Declaró la igualdad ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio (Art.6). Interesante es lo que literalmente apunta al derecho político, donde lo primordial es la edad: mayores de 25 años o casados, puesto que el requisito de saber leer y escribir “no tendrá lugar hasta el año de 1833” (Art.14).

En el Título VII, capítulo IV el Congreso debía velar por la libertad de imprenta (Art.47, inc.23), amparar la libertad civil y de las propiedades (Art.47, inc.27). Muy significativo fue la ubicación de los derechos individuales en el capítulo que glosamos, “De la administración de justicia y de las garantías individuales” (Arts. 198-229), la prohibición de confiscar bienes (Art.216) y un resguardo a la autonomía /voluntad subjetiva para ambos sexos: “Como el hombre antes de los veinticinco años no tenga un libre uso perfecto de sus derechos, y mucho menos en las materias que necesitan de más premeditación y deliberación, se prohíben enteramente en ambos sexos todos los votos solemnes antes de esta edad” (Art.220).³⁰ Una indicación comúnmente ignorada. La libertad de opinión (pensamientos), mientras no afecte a otros individuos (calumnias, injurias) (Art.223), inviolabilidad de las cartas y “libertad de las conversaciones privadas” (Art.224),³¹ la circulación de impresos en cualquier idioma (Art. 225). La Constitución de 1822 señaló la recusación del juez y que todo juez puede ser “acusado por cualesquiera del pueblo, en los casos de soborno, cohecho y prevaricación” (Art.201)³² y todo el Capítulo IV reguló el debido proceso.

En el Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile, de 30 de marzo de 1823,³³ con 41 artículos, obra de Juan Egaña, se podía leer, en su preámbulo: *“La Nación Chilena reunida en Asambleas Provinciales y representada legalmente por el Congreso de sus Plenipotenciarios...establece lo siguiente”*.

²⁸ CONSTITUCIÓN (1822), pp. 2-3.

²⁹ CONSTITUCIÓN (1822), p. III.

³⁰ CONSTITUCIÓN (1822), pp. 69-70.

³¹ CONSTITUCIÓN (1822), p. 71.

³² CONSTITUCIÓN (1822), p. 66.

³³ CONGRESO DE PLENIPOTENCIARIOS (1823). Importante fue la decisión de Ramón Freire que, por ley de 10 de junio de 1823, ordenó a los intendentes levantar la información sobre la existencia de pueblos indígenas, y las tierras que poseían “se les declara perpetua y segura propiedad”. ANGUITA (1913), I, p. 121.

El Estado era uno e indivisible (Art.1), la igualdad de todos ante la ley (Art.7). La inclusión queda señalada en la no existencia de esclavos y la libertad para todo esclavo que pise el territorio (Art.8). Estableció la división de los poderes públicos (Gobierno- Arts 2-6; Senado, Arts.7-18; Potestad Judicial, Arts.19-23). El plenipotenciario de Coquimbo, Manuel Antonio González, discrepó de la amplitud de poderes concedidos a Santiago y Concepción, pero en bien del interés general suscribió el acta a nombre de la asamblea provincial nortina.³⁴

La Constitución Política de 1823,³⁵ promulgada el 29 de diciembre de 1823, compuesta de 277 artículos, redactada por Juan Egaña, y refrendada por 50 diputados del Congreso Constituyente, mantuvo la declaración que el Estado es uno e indivisible, y extendió las garantías constitucionales a “todo individuo que residen en Chile” (Art.5), a los que alcanzaba a los manumitidos de la esclavitud. Todos son iguales ante la ley y todos contribuyen “a las cargas del Estado en proporción de sus haberes” (Art.7). Señaló detalladamente las facultades de los tres poderes públicos, incorporando una nueva institución, el Consejo de Estado (Título V, arts.28-34). El registro del “mérito cívico” (Tit. VIII, Art.53) era potestad de los senadores, recorriendo las provincias y examinando presencialmente lo que establecía en el Título XXII “Moralidad Nacional”, además la justicia y la inversión de los caudales fiscales y municipales.

Al igual que en la anterior Constitución, la de 1823, en su Título XII “Del Poder Judicial”, estableció “los derechos individuales conforme a los principios siguientes” (Art.116):³⁶ derecho de propiedad (Art.117), inviolabilidad de la casa (Art. 120). Y destinó el Título XXIII a regular el ejercicio de la imprenta, que será libre mientras contribuya “a formar la moral y las buenas costumbres” (Art-262) que constituyó el pie forzado para ser protegida.

La Constitución de 1823 incorporó en su Título XVI “Juicios prácticos” una parte especial para los nacionales propietarios o comerciantes.

La Constitución de 1828,³⁷ integrada por 134 artículos, cuyo redactor fue José Joaquín de Mora, fue la más clara en plantear el sentido que las garantías constitucionales eran para defenderse de la autoridad del gobierno, como se lee en su exordio suscrito por el Vice-Presidente de la República: “Con mucho más rigor tratan a los depositarios de la autoridad. Ellas les señalan un espacio limitado, les exigen un respeto inviolable a la voluntad de la Nación y a los derechos de los individuos...en barreras ante las cuales deben detenerse todas las usurpaciones, y todas las injusticias”.³⁸ Y a renglón casi seguido, refuerza esta idea y declara los derechos individuales:

“Ella establece las más formidables garantías contra los abusos de toda especie de autoridad, de todo

³⁴ VALENCIA (1986), pp. 109-115.

³⁵ CONSTITUCIÓN (1823).

³⁶ CONSTITUCIÓN (1823), p. 39.

³⁷ CONSTITUCIÓN (1828).

³⁸ CONSTITUCIÓN (1828), p. II.

exceso de poder. La libertad, la igualdad, la propiedad, la facultad de publicar vuestras opiniones, la de presentar vuestras reclamaciones y quejas a los diferentes órganos de la soberanía nacional".³⁹

En su artículo 10, se refiere a los derechos imprescriptibles e inviolables, "la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones". Reconoce la inviolabilidad de toda correspondencia epistolar (Art.199).

El Estado, de acuerdo con la Constitución de 1818, se dividía en tres provincias (Título IV, Cap. IV, Art.1), dejando abierta otras divisiones provinciales del territorio. Importancia relevante se asignó a los cabildos para el desarrollo de las urbes, en el Título IV Capítulo VI. Aun cuando no explicitaba el carácter unitario del Estado se subentendía que era el criterio que se siguió, aun cuando el Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile, en abril de 1823, introdujo la noción de las Asambleas Provinciales, en sus "Disposiciones Generales", la Constitución de 1823, promulgada en diciembre, declaró al Estado "es uno e indivisible" (Tit. I, Art.1), reforzando el rol del municipio. No fue hasta la promulgación en 1826 de las leyes federales, cuando se planteó otra organización interna del Estado. La Constitución de 1828 subsumió tal configuración en las Asambleas Provinciales, cuya potestad fue elegir diputados y senadores y tuición sobre los municipios (Cap. X). Las Asambleas Provinciales tuvieron un amplio abanico de facultades, desde el nombramiento de senadores, la terna para elegir intendente, vice-intendente y jueces letrados; establecer las municipalidades, examinar la legalidad de las elecciones de senadores, autorizar los presupuestos edilicios, la inspección de los establecimientos de educación, beneficencia y de salud, promover la buena administración, elevar al gobierno los planes para el bien de la provincia, levantar el censo anual de los rubros agrícolas, industriales y comerciales, distribuir las contribuciones entre los pueblos, velar por la observancia de la constitución y la ley electoral.⁴⁰

Los derechos individuales fueron establecidos en el capítulo III (Arts.10-20), donde refiere como "derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicar sus opiniones" (Art.10), ninguna casa puede ser allanada (Art.16) y solo con un debido proceso judicial, podía ser preso o privado de sus bienes, la inviolabilidad de la correspondencia y, en materias religiosas, si bien declaraba la confesionalidad del Estado (Art.3) permitió el resquicio en el artículo 4: "*Nadie será perseguido ni molestado por sus opiniones privadas*".

En cuanto a la justicia, fue la carta de 1828 la que exhibió más avances en el rubro. En su exordio, auguraba que su perfeccionamiento sería producto de otros congresos, haciéndose cargo de "*la monstruosa disparidad que se observa entre las necesidades de una república y las leyes anticuadas de una Monarquía...Nuestra reorganización alcanzará su verdadero complemento, cuando la institución de jurados restituya al pueblo una de sus más importantes facultades...Apresuremos este momento venturoso, fomentando el progreso de las cualidades requeridas para tan saludable innovación*".⁴¹

³⁹ CONSTITUCIÓN (1828), p. II.

⁴⁰ CONSTITUCIÓN (1828), pp. 19-20.

⁴¹ CONSTITUCIÓN (1828), p. IV. De acuerdo con Ricardo Donoso, al establecer la institución del jurado, "constituyó una novedad en la legislación española...Mora y sus continuadores habían admitido como una de las más admirables instituciones políticas inglesas".

Se debe puntualizar que las declaraciones de la Constitución de 1828, debían “reformarse o adicionarse” en el año 1836 por una “gran Convención” convocada por el Congreso y, una vez concluida su tarea, se disolverá inmediatamente”, indicaba su artículo 133. No obstante, la guerra civil de 1829, adelantó esta Convención y su naturaleza.

Estas materias sobre las garantías constitucionales han suscitado interpretaciones diversas sobre su génesis respecto a sus fundamentos ideológicos, si derivan de una matriz liberal y sus variantes o del republicanismo, de procedencia europea, Francia e Inglaterra, o desde los EE.UU.⁴²

Nos interesa aproximarnos al criterio de la voluntad política de estas constituciones sobre la conformación de la ciudadanía. Ya se insinúa en el primer reglamento electoral de diciembre de 1810 para elegir el Congreso Nacional de 1811, que establece algunos requisitos, “fortuna, empleos, talentos o calidad”, vecinos y mayores de 25 años, sin incompatibilidad para los militares y eclesiásticos.⁴³ Una mejor regulación se observa en lo redactado por Camilo Henríquez, en el reglamento electoral de noviembre de 1813, abriendo la ciudadanía, con la exigencia de residir un año, a los americanos y europeos, que tengan 23 años, sean alfabetos, sea empleado con remuneración o sin ella.⁴⁴ Se utilizó el sistema de suscripción para el plebiscito de la Constitución de 1818, donde todo chileno, padre de familia, con algún capital u oficio, pudo suscribir el Libro a favor o contra el proyecto constitucional, como se estableció en el proyecto de 1818 (Art. 5 y 2 respectivamente). Nuevamente, para la convención preparatoria de la Constitución de 1822, la normativa de mayo de ese año, mantuvo los requisitos abiertos para elegir a los representantes en cada municipalidad.⁴⁵

La convención que redactó la Constitución de 1822 incorporó por primera vez el sufragio censitario, al exigir, además de la edad -25 años- o casados y ser alfabetos (Art. 14), que ejerzan la agricultura, la industria, con un capital propio, o al comercio, con “tal que posean bienes raíces de su dominio” (Art.4).⁴⁶

DONOSO (1959), p. 19. Mora era de opinión que, con la introducción del jurado, la abolición de los privilegios-el mayorazgo- y la igualdad ante la ley, la “masa preponderante en número es siempre proletaria y, por consiguiente, depende de alguna otra masa menor en número y superior en fuerza moral”, la magistratura protectora y benéfica iba a desterrar esa injusticia [DONOSO (1959), p. 22]. El jurado se mantuvo en la Constitución de 1833, refiere DONOSO (1959), p. 19, VALENCIA (1986), p. 19. Posiblemente, aluda a las “Disposiciones transitorias” artículo 3: “*Interin no se dicte la ley de organización de tribunales y juzgados subsistirá el actual orden de administración de justicia*”. Cf. VALENCIA (1986), p. 196. Un especialista justifica el jurado en la Constitución de 1833 del modo siguiente: “Los tribunales ordinarios dirimen los conflictos entre los ciudadanos; pero si ellos juzgan entre el Gobierno y los que escriben en nombre del pueblo, serían superiores a ambos. De aquí la necesidad de que la sociedad se pronuncie directamente por medio del jurado” [RAVEAU (1935), p. 34]. El juicio de jurado quedó determinado para conocer y juzgar los abusos de la libertad de imprenta y de prensa.

⁴² HEISE (1978), pp. 24-57; OSSA (2020) considera que el liberalismo (clásico o anglosajón, continental o francés, el hispánico) y el republicanismo (ilustrado católico) no fueron considerados como estancos separados en la época y que su distinción fue *ex post facto*.

⁴³ CONVOCATORIA (1810), p. 50.

⁴⁴ REGLAMENTO ELECTORAL (1813).

⁴⁵ ELECCIÓN DE MIEMBROS (1822).

⁴⁶ Sobre esta convención, SALAZAR (2005), pp. 199-222, ha examinado, el contraste del aristocratismo ilustrado y la democracia popular. Explora las posibilidades que plantearon las rebeliones de Concepción y Coquimbo contra la Constitución de 1822, y el llamado de Freire, como Intendente de Concepción, a que los cabildos convocaran al pueblo “sin distinción de clases” a elegir representantes para una asamblea provincial [SALAZAR (2005), p. 173]. Fue la desobediencia civil contra el gobierno ilegítimo de O’Higgins, concluye Salazar. Una visión crítica sobre las opciones de democracia más aperturista, mayor participación de

Ramón Freire consagró en el reglamento electoral de mayo de 1823, el sufragio censitario, al exigir para ser ciudadano, la edad de 23 años, alfabeto, o ser propietario de un bien raíz o poseer un capital determinado si fuese comerciante. La Constitución de 1823, en materias de derecho político, se apartó de las precedentes, al establecer el sufragio censitario, aunque disminuyó la edad a 21 años o en su defecto fuese casado, pero si bien postergó la cualidad de estar alfabetizado hasta el año 1840 (Art.11 inc.6) debía ser católico romano.

En octubre de 1824, se fijó la elección de los diputados por cada 15 mil habitantes, para el Congreso Nacional Constituyente de 1826. A estas alturas importa visualizar la base socio-demográfica de la ciudadanía de la época, que Salazar ha distinguido entre el ciudadano con miras a la milicia del ciudadano de aquel con miras a participar en un proceso electoral.⁴⁷

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1833. ENTRE LA GRADUALIDAD DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LA DÍSMIL RESPUESTA ANTE LAS FRACTURAS REGIONALES Y RELIGIOSAS

La guerra civil de 1829 que dio la victoria al bando conservador-pelucón, se tradujo en la realización de la Convención Constituyente en 1831, en vez de seguir lo establecido en la Constitución de 1828, como hemos indicado en líneas superiores.

En la Gran Convención, el mecanismo usado para reformar la Constitución fue el de elegir 16 diputados ya electos para la Cámara y 20 ciudadanos de “conocida probidad e ilustración”⁴⁸ y, de acuerdo, con el artículo 6, no había incompatibilidad que miembros activos del Congreso fuesen elegidos en su calidad de ciudadanos, de lo que resultaron 14 en esta condición. La nómina de los elegidos como ciudadanos pertenecientes al Congreso fue confeccionada por el ministro del Interior.⁴⁹

Hubo desde las fuerzas triunfantes, no solo una revisión del republicanismo democrático sino un cuestionamiento a las ideas abstractas, “teorías tan alucinadoras como impracticables”, expresó el general Joaquín Prieto, el primer mandatario en ejercer su gobierno bajo esta Constitución. Desde 1829 adelante, el conservadurismo nacional apeló a la adecuación de la carta constitucional a la idiosincrasia del país, inclinándose por el pragmatismo, el orden natural de las cosas y un prurito por el gobierno autoritario y centralizador.⁵⁰

Promulgada la Constitución de 1833, ésta fijó los derechos individuales en su capítulo V “Derecho Público de Chile”, reconociendo la igualdad ante la ley, la libertad de permanecer en cualquier punto del país, inviolabilidad de todas las propiedades, el derecho de presentar peticiones, la libertad de pu-

sectores mesocráticos en 1823, y su contraste con el texto surgido redactado por Juan Egaña, en GREZ (2011).

⁴⁷ SALAZAR (2005), pp. 431-441.

⁴⁸ LETELIER (1901), p. 6.

⁴⁹ CORREA (2015), p. 46.

⁵⁰ CRISTI y RUIZ-TAGLE (2006), pp. 93-106.

blicar sus opiniones (Art. 12).⁵¹ También se protegía la inviolabilidad del domicilio (Art.146), la correspondencia epistolar (Art.147), amplia libertad de trabajo o industria (Art.151), pero “todo delincuente *in fraganti* puede ser arrestado sin decreto y por cualquiera persona, para el único objeto de conducirlo ante el juez competente” (Art. 136), correspondiente al capítulo X “De las garantías de la seguridad y propiedad”.⁵²

En cuanto a la ciudadanía, se mantenía el sufragio censitario, haciendo mención de los “ciudadanos activos con derecho de sufragio” (Art. 8), con los requisitos consabidos. La República era “una e indivisible” (Art. 3).

La participación ciudadana quedó configurada en esta Constitución bajo el criterio censitario, o sea, la exigencia, además de ser chileno, saber leer y escribir, estar en posesión de un bien inmueble o percibir una remuneración como empleado.

Las rebeliones regionales de 1851 y 1859 plantearon no solamente una visión contraria ante el centralismo político sino ante los déficits en materias de derechos civiles que exhibía la Constitución de 1833.⁵³

En lo concerniente a las materias religiosas se observó situaciones de hecho- como la aplicación de la tolerancia religiosa- y de derecho- la interpretación del artículo 5 de la Constitución-⁵⁴ antes de la dictación de las leyes laicas durante el gobierno de Domingo Santa María.

En este acápite cabe acotar dos situaciones: una, el afianzamiento de la Guardia Nacional como un mecanismo, en lo que nos interesa subrayar, de ciudadanía puesto que aquel que se inscribiese en esta institución podía ejercer el derecho a sufragio,⁵⁵ que ya había sido empleado como instancia política en el decenio anterior-1829- y dos, las reformas a la Constitución de 1874, que posibilitaron la apertura hacia el sufragio universal, al eliminar el requisito de la renta.⁵⁶ Ello se tradujo en el aumento del electorado, desde 49.047 personas en 1873 a 106.194 en 1876.

Por la reforma de 9 de agosto de 1888 se reconoció para ser ciudadanos activos con derecho a sufragio a todo chileno de 21 años, que sepan leer y escribir y estar inscritos en los registros electorales del departamento. Empero, habrá que consignar que en la representación parlamentaria del siglo XIX hasta 1924 no estaba presupuestado la denominada “dieta” o sueldo para el congresista, por lo que la representación correspondió a los sectores oligarcas de las haciendas o la aristocracia urbana, y un porcentaje inferior al 10% a los sectores populares alfabetizados.⁵⁷

⁵¹ LASTARRIA (1856), p. 20 comentando esta disposición, señaló que la ciudadanía activa exigía previamente tener la ciudadanía pasiva; esta última era “la simple calidad de chileno o naturalizado, no tiene uso político alguno”.

⁵² CONSTITUCIÓN (1833), p. 40.

⁵³ Vid. ZEITLIN (1984); GREZ (1997); SALDAÑA (2010); FERNÁNDEZ (2016, 2018); BENÍTEZ (2017); CARTES (2020).

⁵⁴ Vid. Una visión general en SERRANO (2008), en lo específico GONZÁLEZ (2019).

⁵⁵ HERNÁNDEZ (1984), p. 27.

⁵⁶ JOIGNANT (2001).

⁵⁷ ESTEFANE-OSSA (2017); PIZARRO (1971), p. 36, refiere que el 56,5% de las profesiones del universo electoral en 1886 era de los

Aun así, esta suerte de emparejar en lo político a los sectores populares/artesanos con los sectores dominantes de la sociedad, no logró esconder la profunda desigualdad social, que se expresó en distintas manifestaciones de rebeldía social.⁵⁸

IV. DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL SOCIALISTA DE CHILE, DE LUIS EMILIO RECABARREN, A LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ASALARIADOS E INTELLECTUALES. EL PRIMER JALÓN DE LOS DISRUPTIVO EN LA REPÚBLICA O EL QUIEBRE DE LA GRADUALIDAD

La instauración de la república oligárquica o el denominado periodo parlamentario, que tradicionalmente se ubica temporalmente entre 1891 a 1925, fue el marco donde se verificaron procesos influyentes en dos proyectos constitucionales, de 1922 y 1925. De modo sintético, puede indicarse la emergencia del proletariado pampino o salitrero y del obrero fabril urbano, que fueron actores del proceso de reivindicación social- expresado en huelgas que jalonan el periodo donde las más icónicas concluyeron en fuertes represiones que dieron lugar a masacres en distintos lugares del país. Expresión también de la organización proto-sindical. La recepción de las nuevas ideas europeas que permeabilizaron a distintas entidades políticas que apuntaban a la reforma de la estructura estatal como del sistema político, entre otras, el socialismo de cátedra, el socialcristianismo, el marxismo y el anarquismo, etc. En este contexto de ebullición socio-político, el líder obrero y dirigente comunista, Luis Emilio Recabarren, redactó en 1921 el “Proyecto de Constitución de la República Federal Socialista de Chile”, donde, el documento de amarras, no expresa una declaración de derechos civiles como indicaban las constituciones precedentes. Cabe acotar que el proyecto debía ser la consecuencia de la revolución social, y el reemplazo del sistema capitalista y por ende del estado burgués.

Puede puntualizarse que aspira a un planteamiento fundacional de la república, en base de cinco ideas primordiales:

- 1.- La estructura del Estado y la división administrativa.
- 2.- La propiedad.
- 3.- La Asamblea Nacional
- 4.- La participación popular.
- 5.- Derechos

En las “Bases Fundamentales” se plantea que el Estado-República Federal Socialista de Chile (Art.7)- está compuesto por las “Asambleas industriales y municipales que organiza esta ley en los territorios municipales” (Art.1) La soberanía reside en tres organismos, “Asambleas Industriales”, “Municipales” y “Asamblea Nacional”, que reemplaza a la nación (Art.3), aun, más adelante, se lee en “Medios de socialización” que el “pueblo es una autoridad superior al Congreso y al gobierno, puesto que es el pueblo

terratenientes, y el 49% de la población ese año era menor a los 21 años.

⁵⁸ SILVA (2019). Una interpretación de larga duración en SILVA (2017).

quien lo elige”. La estructura territorial es la municipalidad, que se norma ampliamente (Arts. 39 a 53). La propiedad, es una sola, la social, en todas las ramas económicas, administradas por los tres organismos que hemos mencionado anteriormente (Arts. 7 y 8). En el apartado “Los medios de socialización”, se puede leer que pueden ser la revolución, la huelga general, parcial y el boicot, para “expropiar el régimen capitalista”.

El Estado se estructura en Asambleas Industriales, donde participan obreros y empleados (Arts. 11 y 12), que puede subdividirse por ramas industriales. La Asamblea Industrial designa los tribunales judiciales, sin renunciar que puede constituirse en tribunal supremo (Art. 31).

La Asamblea Nacional estará conformado por un delegado por cada territorio de hasta 10.000 habitantes, y funcionaría en un comité de administración nacional estructurado en comisarias nacionales (Arts. 54 a 68).

Todo habitante nacional o extranjero, mayor de 18 años, “tienen derecho a formar parte de sus respectivas asambleas” (Art. 2) e incluso mujeres y hombres “inhabilitados para el trabajo” podrán participar (Art. 30).

En cuanto a los derechos, expone que nadie será privado “del ejercicio de sus derechos, que son iguales para todos los habitantes” (Art.4), tiene libertad para escoger el trabajo “que le agrada” (Art.70), libertad de funcionamiento de organizaciones religiosas, políticas, científicas (Art.104); en el apartado “Algunos comentarios breves” se lee “que todo el mundo trabaje a su gusto y viva a su gusto”; no habrá pena de muerte y “ningún castigo puede pasar de un año de prisión” (Art.78).⁵⁹

Concluye con la alternativa de la “Dictadura del proletariado”, que debe someter a la burguesía.

Las ideas bocetadas en 1921 por Recabarren fueron retomadas en las deliberaciones de la denominada Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales, que sesionó en Santiago entre el 8 y el 11 de marzo de 1925, preparándose para la Asamblea Constituyente que había convocado el presidente Arturo Alessandri, de regreso de su exilio.⁶⁰ No obstante, desde fines del año 1924 se estaba reclamando por una nueva carta constitucional. Tanto la Federación Obrera de Chile como el Partido Comunista de Chile estaban presionando por la articulación de una Asamblea Constituyente. Ya en enero de 1925 se tenía invitados a todas las fuerzas sociales y políticas progresistas y representantes de casi la mayoría de las provincias. Un Comité Nacional Obrero organizó esta Asamblea Constituyente asistiendo entre 1250 y 1500 delegados, afirma Grez, donde se fijaron los siguientes principios rectores:

“El Gobierno político de la República tiene por objeto coordinar y fomentar la producción económica y todas aquellas actividades que tienden al mejoramiento de la sociedad dentro del territorio nacional. La tierra es propiedad social en su origen y en su destino. La tierra y los instrumentos de producción y de cambio deben estar socializados”.

⁵⁹ HEISE (1974), pp. 463-475.

⁶⁰ El tema ha sido tratado por SALAZAR (2009); GREZ (2016).

Varios elementos expuestos por Recabarren, volvían a retomarse, como ser:

“La República de Chile será federal. El Gobierno de la República, de los Estados federales y de las comunas se organizará con arreglo al principio del sistema colegiado. El Poder Legislativo de la República y de los Estados residirá en Cámaras funcionales, compuestas por representantes elegidos por los gremios organizados del país. El mandato de estos representantes será siempre revocable”.⁶¹

Todos los habitantes tendrían los mismos derechos civiles y políticos para ambos sexos, la educación sería gratuita, cuya finalidad sería dignificar “y lo haga amar y comprender la verdad, el bien y la belleza”. Habría un Tribunal Supremo Federal de Justicia elegido por los gremios organizados. Y se declaraba la separación de la Iglesia y el Estado.

Una Cámara Funcional, de base gremial, debería ser la lápida de los partidos políticos.⁶²

Con la redacción de la propuesta de Luis Emilio Recabarren, la denominada *filiación* que habíamos observado en cuanto a los contenidos y la fisonomía del Estado, de las vertientes ideológicas francesas y anglosajonas, donde se va poniendo a juicio lo heredado-la ampliación de los derechos civiles y políticos- se pasó a la *afiliación*, de alejarse de lo generativo, al acoger otro domicilio de influencia, y distanciarse de lo fontal del ideario liberal y plantear otra jerarquía, ahora, cercana al marxismo-leninismo, donde algunos contenidos se retoman de la filiación pero con otra significación.⁶³

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1925. ENTRE EL RETORNO A LA GRADUALIDAD Y LA INFLEXIÓN DEL ESTADO Y DE LOS DERECHOS SOCIALES

La génesis de la Constitución de 1925 se enmarca en una crisis de proporciones en el país. La crisis social, proveniente del periodo parlamentario y que prosigue, en la represión al movimiento obrero, en San Gregorio, provincia de Antofagasta, febrero de 1921 y en La Coruña, en la provincia de Tarapacá, en junio de 1925, ambas oficinas salitreras. Aquello fue significativo para determinar el límite de acción del movimiento de los trabajadores. La dimensión política fue el cuestionamiento al régimen parlamentario y al estado liberal, por lo que la clase política y la sociedad quedaron divididas ante la coyuntura: mientras los partidos políticos apoyaban al régimen parlamentario, el presidente Alessandri era contrario a su mantención y abogaba por el régimen presidencialista. En ello, fue fundamental la decisión de la fuerza militar de coincidir con la mirada de Alessandri. El mandatario junto con su ministro de Justicia, José Meza, eligieron las quince personas que formarían las dos subcomisiones, que Mario Bernaschina, denominó una de “reforma”- redactar un proyecto de reforma que somete-

⁶¹ Apuntemos que el proyecto constitucional de la Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales, fue la última que se inclinó por el régimen federal. La idea del federalismo estuvo rondando en tiempos de las juntas militares de 1932, principalmente en Antofagasta que, en octubre de ese año, su Movimiento Civilista Constitucionalista fue la última-y única- rebelión regionalista triunfante en nuestra historia [GONZÁLEZ (2023)].

⁶² GREZ (2016), pp. 34-35.

⁶³ Remito a SAID (2008).

ría a la Asamblea Constituyente- y otra de “forma”- de redactar los procedimientos para integrar la Asamblea Constituyente-, que aunó a las diversas tendencias ideológicas, incluido el comunista Manuel Hidalgo, que había participado en la Asamblea de Asalariados e Intelectuales.⁶⁴

La Subcomisión de forma sesionó tres veces (dos en abril y una en mayo de 1925) pero Alessandri no era partidario de convocar a nuevas elecciones y, por ende, la Subcomisión cayó en el olvido. La Subcomisión de reforma, se reunió treinta y tres veces (18 de abril hasta el 3 de agosto).⁶⁵

La única intervención del general Mariano Navarrete, cuestionando al régimen parlamentario “completa corrupción de todos los servicios públicos” y reforzar la personalidad del presidente de la República, aspectos que no les eran indiferentes al Ejército, definió la situación.⁶⁶

Finalmente, el día 15 de septiembre se hizo el plebiscito popular: de un total de 296.259 ciudadanos inscritos, votaron 134.421, apoyando la nueva Constitución 127.483 por el voto rojo, 5.448 por el rechazo, voto azul, y 1490 en blanco. Un total de 168.776 ciudadanos se abstuvieron de votar, es decir, el 55% de los ciudadanos inscritos.

La Constitución acusó una inflexión en lo que había sido la gradualidad de los derechos civiles, pues constituyó una reforma a la Constitución de 1833, al incorporar la libertad de conciencia y el ejercicio libre de todos los cultos (Art.10, inc.2), el pago de impuesto en proporción a los haberes, y la inflexión en derechos sociales- recogida en el art.10, inciso 14: *“La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales a las de su familia... Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”*.

Retomaba la institución de las Asambleas Provinciales, compuesta por representantes elegidos por las municipalidades que ejercerían sus cargos por tres años, y su función sería asesorar al Intendente que la presidiría (Art.94-100), representando al presidente de la República las necesidades de la provincia, pudiendo dictar ordenanzas o resoluciones. Nunca se promulgó el reglamento de esta institución, por lo que no funcionó en la práctica.

El funcionamiento pleno de los partidos populares- de raíz marxista- con los partidos históricos, materializó un Estado de compromiso entre la mesocracia y la clase obrera, además con la ampliación de los ministerios para dar cobertura social se incrementó la burocracia y la transformación del Estado

⁶⁴ Hidalgo planteó que debía establecerse que la “mujer tiene los mismos derechos que el hombre, para los efectos de ocupar un asiento en el Congreso”, el presidente Alessandri y el señor Meza, “estiman que la Constitución niega este derecho a la mujer. Se acordó, “dejar constancia en el acta de que las disposiciones de la Constitución no excluyen a la mujer de este derecho, quedando este punto sometido a lo que dispongan las leyes”. ACTAS OFICIALES (1925), p. 155.

⁶⁵ BERNASCHINA (1956).

⁶⁶ ACTAS OFICIALES (1925), pp. 454-455.

legislador en un Estado gestor en el ámbito económico-productivo, a partir de 1927 y principalmente en 1939 con la creación de la CORFO.

Aun cuando la finalidad de la Constitución de 1925 fue robustecer la autoridad del presidente de la República, en los hechos, por la gravitación de los partidos políticos, durante la vigencia de esta Carta hubo un soterrado conflicto entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, donde cada mandatario demandó acrecentar las facultades presidenciales.⁶⁷

Se ha hecho notar que la Constitución de 1925 aunó varios procesos de legitimación, legitimidad de input, que refuerza el carácter democrático, al participar los partidos políticos y grupos de interés en la producción legislativa; legitimidad de output, la efectividad del rendimiento del sistema político y de sus instituciones; la legitimidad de *throughput*, eficacia y transparencia de la acción de gobierno.⁶⁸ Empero, en los primeros lustros, la democracia devenida de la nueva carta fue meditada como eje resolutorio de los problemas que debió afrontar la república y de los embates ideológicos de los años 30- los totalitarismos, la guerra civil española- y los años 40, el surgimiento del mundo bipolar.⁶⁹ Y esto mostró una disonancia, v.gr. en la libertad de opinión, entre lo prescrito por la Carta y la aplicación por los gobiernos, como ser Alessandri Palma en la década de 1930.⁷⁰

La ampliación ciudadana se manifestó en la incorporación gradual de la mujer en las elecciones municipales (1934), en las parlamentarias (1949) y en las presidenciales (1952). En 1970 se permitió rebajar la edad a 18 años para ser ciudadano y la posibilidad de votar los analfabetos.

Cabe acotar que por la ley 12.889, de 1958, “eliminó el cohecho estableciendo la cédula única oficial”.⁷¹ Dentro de las inflexiones a la gradualidad de los contenidos constitucionalistas, cabe indicar la reforma constitucional al derecho de propiedad, mediante la ley 15.295, de 1 de octubre de 1963, sobre expropiación de la propiedad privada por sentencia judicial y con derecho a indemnización, que abrió la posibilidad de reformar la tenencia de la tierra, profundizada en la ley 16.615, de 18 de enero de 1967, que señaló respecto a la propiedad privada sus limitaciones y “obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos”.

Le tocó a esta Constitución abordar el fenómeno coyuntural latinoamericano de la década de 1960: reforma o revolución, que se graficó en los proyectos globales excluyentes, del que hablaría Mario Góngora, y representado en las administraciones de Eduardo Frei Montalva, “Revolución en libertad” de sello socialcristiano (1964-1970), y de Salvador Allende, “Vía chilena al socialismo”, con el conglomerado de la Unidad Popular, dominado por los partidos marxistas (1970-1973).

⁶⁷ El conflicto ha sido examinado por BRAHM (2019).

⁶⁸ Los tres términos pueden ser traducidos por legitimidad de origen, legitimidad de proceso o ejercicio y legitimidad de resultados. En MASCAREÑO (2018), pp. 97-140.

⁶⁹ HERNÁNDEZ (2020).

⁷⁰ GONZÁLEZ (1999).

⁷¹ SILVA-SILVA (2003).

Importa subrayar dentro de las reformas introducidas por la ley 17.284, de 21 de enero de 1970, la creación del Tribunal Constitucional (en el art.78 de la Constitución) y la consulta ciudadana del presidente de la República, mediante plebiscito, cuando una reforma constitucional sea rechazada por el Congreso (en el art.109 de la Constitución).

Otra reforma constitucional, mediante la ley 17.398, de 30 de diciembre de 1970, amplió los derechos civiles concordados en las “Garantías Constitucionales” entre la Democracia Cristiana y los partidos de la Unidad Popular, para refrendar en el Congreso Nacional la elección de Salvador Allende como presidente de la República. La ley en referencia reforzaba la tuición estatal sobre la educación pública respetando la educación privada sin fines de lucro en cuanto al financiamiento estatal para su funcionamiento, estableciendo, además, que esta educación será “democrática, pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial”, estando sujeta la modificación del sistema nacional en una participación democrática” previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista”; la libertad de cátedra para el personal académico y el deber de “ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes”, y el derecho a los estudiantes universitarios de manifestar sus propias ideas y escoger “la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran”

En cuanto a materias de seguridad social, establecía: *“El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”. La cobertura se extendía desde los “riesgos de pérdida”, cualquier afectación a la capacidad del trabajo, desde enfermedades, cesantía, rehabilitación en caso de accidentes. El Estado mantenía su deber de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Un aspecto importante era asegurar el derecho a “participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional”.*

Una última reforma constitucional, la ley 17.450, de 15 de julio de 1971, declaró: *“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales... Cuando se trate de nacionalización de actividades o empresas mineras que la ley califique como Gran Minería, la nacionalización podrá comprender a ellas mismas, a derechos en ellas o a la totalidad o parte de sus bienes”. La nacionalización puntualizaba que la indemnización, según los casos, sería determinado sobre la base “del costo original de dichos bienes, deducidas las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorización por obsolescencia”.*⁷²

Con esto se enfatizaba el rol estatal en la economía y en la orientación que debía tomar la sociedad en el eventual tránsito de una sociedad burguesa hacia una sociedad socialista. Este énfasis tuvo su correlato en la redacción de un proyecto constitucional en el periodo.

⁷² REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN (1925).

VI. LA AFILIACIÓN Y RUPTURA DE LA GRADUALIDAD CONSTITUCIONAL DENTRO DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO EN CRISIS: EL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE SALVADOR ALLENDE DE 1973

El triunfo de Salvador Allende y la Unidad Popular, en septiembre de 1970, significó la llegada al gobierno del primer gobierno donde los partidos mayoritarios se adscribían al ideario marxista o marxista-leninista. Un hecho inédito en el mundo occidental que una alianza donde el P. Comunista constituía la segunda fuerza, y era el partido más fuerte de América Latina, con la excepción de Cuba de Fidel Castro, pudiese arribar a la administración del Estado por vía eleccionaria, democrática, constituyó una esperanza, un miedo y un desafío, según con el cristal que se observó el triunfo.⁷³ La complejidad de las relaciones entre los poderes públicos, lo ha examinado con perspicacia.⁷⁴

En 1972 se concluyó la propuesta de nueva Constitución elaborada por el gobierno de Salvador Allende, donde hubo un grupo pequeño de redactores, entre otros, coordinado por Joan Garcés, representante del Presidente de la República, donde intervinieron el propio Allende, Luis Maira, diputado de la República, Jorge Tapia, ministro de Justicia, Sergio Insunza, ministro Secretario General de Gobierno, el jurista Waldo Fortín, el ex presidente del Consejo de Defensa del Estado, Eduardo Novoa Monreal, el presidente de la Central Única de Trabajadores, Luis Figueroa, donde funcionaron diez subcomisiones cuyas ideas establecían la continuidad de algunos preceptos de 1925, la vigencia del pacto de Garantías Constitucionales, y una ruptura en la fisonomía del estado, del congreso, del ordenamiento territorial, de la economía. Una afiliación hacia el establecimiento de un estado y sociedad socialista, manteniendo el sistema democrático.

Entre los contenidos de continuidad estaban el Tribunal Constitucional, las Fuerzas Armadas, la Contraloría General de la República, la coexistencia de la educación pública y la privada, la propiedad privada pequeña y mediana de la economía que no sería susceptible de nacionalizarse, la mantención de los partidos políticos libres y autónomos, la libertad de prensa y de los medios de comunicación (estos dos establecidos en las Garantías Constitucionales).

Entre las materias que constituían una ruptura de la filiación y una adopción de la afiliación de corte marxista, peculiar para el caso chileno, pueden citarse el capítulo I Estado Gobierno y Soberanía: *“La República de Chile es un Estado unitario, de Gobierno democrático y popular, que se apoya en la fuerza creadora de los trabajadores. Integra la comunidad latinoamericana y participa en la comunidad universal como país libre, soberano y económicamente independiente. Todo el poder reside en el pueblo, el que lo ejerce participando en las formas de autogobierno popular que la Constitución establece, o delegando su ejercicio en las autoridades que ella determina”*.⁷⁵ La ciudadanía se mantenía en los 18 años, como único requisito, pero dada la participación del “trabajador” en la elección de una de las dos cámaras del Congreso Nacional, se exigía que *“la condición de trabajador deberá acreditarse, en su caso, en el momento de la inscripción y en el de emitir el voto”*.

⁷³ FERMANDOIS (2013).

⁷⁴ FAÜNDEZ (2011).

⁷⁵ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), pp. 9-10.

En cuanto al capítulo IV Deberes y Derechos, declaraba que: “La Constitución mantiene todos los derechos y garantías reconocidos hasta ahora y, además, los enriquece y refuerza con aquellos otros que el progreso de la conciencia mundial ha señalado, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, o en elaboraciones posteriores como un mejor aseguramiento de la privacidad humana, especialmente en lo que mira a la vida íntima y a la del hogar, y el rechazo del empleo de medios, de cualquier naturaleza, capaces de alterar el equilibrio psíquico o el curso de los procesos y reacciones mentales”.

El proyecto constitucional planteaba que, en este ámbito, debía exigirse deberes para con la sociedad, donde debía procurarse la hermandad y la solidaridad entre los hombres “como vía necesaria para una gradual implantación del socialismo”.⁷⁶

Entre los nuevos “derechos” estaba el de contraer matrimonio y fundar una familia, bajo la protección del Estado; de igual forma, se promovía la igualdad entre el hombre y la mujer, en la familia, trabajo y en la vida social. Proteger la infancia, cualquiera fuese su origen, como de la mujer embarazada; la libertad espiritual y la participación en las actividades culturales para toda la población. Novedoso fue el reconocimiento a los derechos a los pueblos originarios: “El Estado asegura al pueblo mapuche y demás grupos étnicos autóctonos el derecho a desarrollar su personalidad cultural y al uso y cultivo de su lengua materna. La Isla de Pascua tendrá un representante propio en el Congreso”.⁷⁷

El deber de trabajar conforme a sus capacidades iba aparejado con el deber de participar en las “tareas sociales en la forma prevista por la ley”. El trabajo debía ser garantizado con una justa remuneración que permitiera satisfacer los requerimientos de una calidad de vida y reajustado periódicamente. La existencia de un área estatal y mixta (además de la privada) de la economía daba garantía a la existencia de un trabajo justo.

Un acápite constitucional definía quiénes eran susceptibles de ser considerados trabajadores, excluyendo de esta definición: “A la persona que emplee trabajadores asalariados con fines de lucro personal. Nadie que se beneficie de la plusvalía del trabajo ajeno podrá considerarse trabajador. Ninguna persona que desarrolle su actividad con fines especulativos puede considerarse trabajador”.⁷⁸

Los trabajadores participarían en la conducción de sus centros de trabajo, desde sus organizaciones sindicales, y una referencia especial al rol de la CUT, que también ocupó un apartado en el texto. El acápite de la seguridad social era pormenorizado, de igual manera la educación y la orientación del Estado garantizando la libertad para la educación privada y la libertad de enseñanza. Un apartado especial destinado a la mujer, la familia y el niño, garantizaba la protección a la mujer sola y su no discriminación:

⁷⁶ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), p. 15.

⁷⁷ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), p. 17.

⁷⁸ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), p. 21.

“El Código de la Familia no podrá contener disposiciones discriminatorias en razón de filiación ni estado civil, y establecerá un sistema adecuado que facilite una efectiva investigación de la paternidad. El que procrea un hijo debe asumir la responsabilidad paterna”. Además, el establecimiento de los tribunales de familia.

El Congreso estaba compuesto de dos cámaras: Cámara de Diputados y Cámara de los Trabajadores, esta última elegida exclusivamente por los trabajadores donde se iniciaba el procedimiento legislativo.

En cuanto a la administración territorial, establecía la comuna dirigida por la municipalidad, que se agrupaban en provincias, dirigido por el Intendente y la Junta provincial; para las ciudades sobre 300.000 habitantes establecía un gobierno metropolitano. El área jurisdiccional de los servicios públicos era la región económica geográfica, a cargo de un viceministro regional y el consejo de desarrollo regional.

En el capítulo X principios de economía, consignaba: “La Economía está enteramente al servicio del pueblo. Corresponde al Estado promover, orientar y llevar a cabo el desarrollo económico nacional y velar por el crecimiento equilibrado de las diversas regiones geográfico-económicas”.⁷⁹

El área social de las empresas estaba configurada por:

“1. La gran minería del cobre, del hierro, del salitre, del carbón y de otros minerales que la Ley señale. 2. Los bancos, los seguros y reaseguros, con exclusión de las cooperativas. 3. Las de transporte ferroviario, en trenes urbanos o interurbanos. 4. Las de transporte aéreo y marítimo, de pasajeros y de carga, por redes de servicio regular que cubran la mayor parte del territorio nacional. 5. Las destinadas a proporcionar servicio público de comunicaciones por teléfono, correo, telégrafo y canales radiales, télex y todos los medios tecnológicos que sirvan a este efecto 6. Las actividades de comercio exterior”.

La incorporación de otros rubros económicos al área social, señalaba seis áreas más, dejando abierta “las que determine la ley”.⁸⁰

Todo esto bajo la conducción de un sistema de planificación económica, que incluía al financiero.

El proyecto se adscribía al “Pacto de Garantías Constitucionales”, en materias del funcionamiento de los partidos políticos. E incorporaba la idea de los partidos confederados y un críptico párrafo:

“En las elecciones parlamentarias y municipales se empleará un procedimiento que dé por resultado, en la práctica, una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos

⁷⁹ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), p. 51.

⁸⁰ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), pp. 54-55.

políticos, o federaciones o confederaciones de partidos, en su caso”,⁸¹ lo que implicaba sustituir el artículo 25 de la Constitución de 1925.

Otro apartado interesante era el referido a la “Protección del sistema ecológico”, donde el Estado debía evitar los riesgos físicos, químicos y biológicos, mediante el saneamiento del ambiente.

Sin embargo, es posible constatar que no solamente habría una reorientación en lo económico-con la planificación centralizada- sino un cuestionamiento profundo a conductas sociales y el cómo se planteaba el sistema legislativo, como se puede leer en el Título XI Constitución y Legalidad: “El actual sistema legislativo, tan confuso, abundante, contradictorio y anacrónico, es reemplazado por otro que se caracteriza por su sencillez, claridad, sistematización y adaptabilidad a las cambiantes condiciones de la vida social. Se procura, ante todo, que llegue a ser expresión de una organización social igualitaria, justa y fluida, eliminando las ventajas de algunos grupos y las postergaciones de otros”.⁸²

Con ello se inauguraba una forma de escritura inusual en las cartas constitucionales: el diagnóstico y juicios de valores ante el estado presente y la deseabilidad a perseguir en el nuevo texto.

Sobre el no conocimiento de esta propuesta constitucional, se puede conjeturar, por un lado, la estrategia gubernamental de Allende en avanzar en conversaciones con la democracia cristiana sobre puntos de acuerdos, que no fructificaron por el ambiente político polarizado y, por otro, la que refiere el texto- “Advertencia sobre este texto constitucional”- que se esperaba el 11 de septiembre de 1973 que el presidente Allende llamara a plebiscito al pueblo de Chile para pronunciarse sobre la nueva Constitución Política. Ese día se verificó el golpe de Estado.⁸³

Un constitucionalista ha sintetizado la situación del gobierno de la Unidad Popular respecto a la polarización política y el estado de derecho, al sostener: “La radicalización de la Reforma Agraria, los proyectos de reforma al sistema educativo, que en Chile se caracteriza por un énfasis en la libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación, la nacionalización de empresas estratégicas, la toma de industrias, el descontrol del orden público, el desabastecimiento de alimentos básicos, entre otros hechos, autoriza a tener un juicio negativo sobre el desempeño del Gobierno. No se puede presentar al Gobierno de la UP como modelo de respeto al ordenamiento jurídico y las costumbres políticas, pero su mal desempeño no legitima un Golpe de Estado, especialmente porque la Constitución de 1925 contemplaba mecanismos para deponer al presidente de la República (arts. 39.1ª y 42. 1º Constitución de 1925), sin embargo, se recurre a una vía de hecho”.⁸⁴

⁸¹ PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), p. 48.

⁸² PROYECTO CONSTITUCIÓN 1973 (2013), p. 66.

⁸³ FERNANDOIS (2013), pp. 755-758 examina el punto.

⁸⁴ VIERA (2011), p. 153.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGUAYO ORMEÑO, Irina (2019): *Cuidados para los Cuidadores principales en Reino Unido*. (Santiago, Asesoría Técnica Parlamentaria Enero. Biblioteca del Congreso Nacional). Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26907/1/IA_012019_Cuidadores_principales_Inglaterra.pdf.
- ANGUITA, Ricardo (1913): *Leyes promulgadas en Chile 1810-1901* (Santiago de Chile, Imprenta i Encuadernación Barcelona), t. I.
- ARAYA ESPINOZA, Alejandra Natalia (2011): “Imaginario sociopolítico e impresos modernos: de la plebe al pueblo en proclamas, panfletos y folletos. Chile 1812-1823”, en: *Fronteras de la Historia* (vol. 16 núm. 2).
- BALMACEDA, Manuel José (1875): *Manual del hacendado. Instrucciones para la dirección i gobierno de los fundos que en Chile se llaman haciendas* (Santiago de Chile, Imprenta Franklin).
- BARADIT, Jorge (2022): *La Constituyente. Historia secreta de Chile* (Santiago de Chile, editorial Sudamericana).
- BENÍTEZ F., Julio Ignacio (2017): *Actor-Network Theory. Aproximación sociohistórica de las élites mineras de Copiapó, 1851 y 1859* (Santiago, Tesis para optar al Título de Sociólogo. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Escuela de Sociología. Universidad Andrés Bello). Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/288912919.pdf>
- BERNASCHINA, Mario (1956): “Génesis de la Constitución de 1925”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (vol. 3 núm. 5).
- BRAHM GARCÍA, Enrique (2019): “¿Volver a la Constitución de 1925? Una propuesta sin fundamento histórico”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 46 núm. 1).
- CARRASCO DELGADO, Sergio (2016): “Génesis de la Constitución Política de 1980”, en: *Revista de Derecho Público* (núms. 29-30).
- CARTES MONTORY, Armando (ed.) (2020): *Región y Nación. La construcción provincial de Chile en el siglo XIX* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria).
- CASALS, Marcelo-PERRY, Mariana (2020): “De la democracia revolucionaria a la democracia posible. Trayectorias políticas y conceptuales de la democracia en la izquierda marxista chilena, c.1950-c.1990”, en: *Historia* (núm. 53 vol. I).
- CAZOR, Kamel (2000): “Democracia y constitución en Chile”, en: *Revista de Derecho*, vol. XI.
- CEA, José Luis (1989): “Aproximación a la conciencia constitucional chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 16 núm. 2).
- CHADWICK, Andrés (2018): “No queremos que avance el proyecto de nueva Constitución de Bachelet”, en *Foro ICARE. ¿Cómo viene el 2018?* Recuperado de <https://www.icare.cl/contenido-digital/no-queremos-avance-proyecto-nueva-constitucion-bachelet-andres-chadwick-ministro-del-interior/>
- CHAPARRO N., Patricio (editor) (1992): *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24* (Santiago de Chile, Grupo de Estudios Constitucionales).
- COLLIER, Simon (1977): *Ideas y política de la independencia chilena 1808-1833* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello).

- CORREA SUTIL, Jorge (Director) (1990): *La reforma constitucional de 1989. Estudio crítico* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, núm. 13).
- CORREA SUTIL, Sofía (2015): “Los procesos constituyentes en la historia de Chile: lecciones para el presente”, en: *Estudios Públicos* (núm. 137).
- COVER, Robert (2002): *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (Barcelona, Gedisa Editorial).
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano* (Santiago de Chile, Editorial Lom).
- DONOSO, Ricardo (1959): “José Joaquín de Mora y la Constitución de 1828”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (núm. 1).
- DONOSO, Ricardo (1981): *El Catecismo Político Cristiano* (La Paz, Cámara Nacional de Comercio).
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (2000): “El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (núm. 22).
- ESTEFANE, Andrés-OSSA, Juan Luis (2017): “Militancy and parliamentary representation in Chile, 1840-1870. Notes for a prosopographical study of the Chamber of deputies”, en: *Parliament, Estates & Representation* (vol. 37 núm. 2).
- FÁBREGA, Jorge (2022): “Ordenamiento Ideológico En La Convención Constitucional Chilena”, en: *Revista Ciencia Política* (vol. 42 núm. 1).
- FAÚNDEZ, Julio (2011): *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales).
- FELIÚ CRUZ, Guillermo (2000): *La primera misión de los Estados Unidos de América en Chile. Obras Escogidas* (Santiago de Chile, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana - Universidad de Chile), vol. IV.
- FERMANDOIS HUERTA, Joaquín (2013): *La revolución inconclusa. La izquierda chilena y el gobierno de la Unidad Popular* (Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos).
- FERNÁNDEZ ABARA, Joaquín (2016): *Regionalismo, Liberalismo y Rebelión. Copiapó en la guerra civil de 1859* (Santiago de Chile, RIL Editores).
- FERNÁNDEZ ABARA, Joaquín (2018): “Las guerras civiles en Chile”, en: Jaksic, Iván- Ossa, Juan Luis (editores), *Historia política de Chile, 1810-2020. Prácticas políticas* (Santiago de Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica-Universidad Adolfo Ibañez), t. I.
- GALDAMEZ ZELADA, Liliana (2017): “Medio ambiente, Constitución y tratados en Chile”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (vol. 50 núm. 148).
- GARCÍA-HUIDOBRO BECERRA, Cristóbal (2012): “El reglamento constitucional provisorio de 1812. Reflexiones para un bicentenario”, en: *Revista Chilena del Derecho* (vol. 39 núm. 1).
- GARÍN GONZÁLEZ, Renato (2022): *El fracaso. Cómo se incendió la Convención* (Santiago de Chile, Ediciones Catalonia).
- GAZMURI RIVEROS, Cristián (1990): “Libros e ideas políticas francesas en la gestación de la independencia de Chile”, en: *Caravelle* (núm. 5).
- GLENISSON, Claire (2022): “Une séquence constituante contrarié: le rejet du projet de constitution proposé par la Convention Constitutionnelle au Chili”, en: *Jus Politicum. Revue Internationale de Droit Constitutionnelle*, 12 de septembre (en línea).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (1999): “La libertad de opinión, su normativa y aplicación en la década de 1930”, en: *Revista Chilena del Derecho* (vol. 26 núm. 3).

- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (2019): “El concepto de tolerancia religiosa en la primera mitad del siglo XIX: a propósito de dos documentos diplomáticos británicos de 1854”, en: *Revista de Derecho* (vol. 26).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (2020): “La defensa de la soberanía en América Latina y sus instrumentos jurídicos en los siglos XIX-XX. Problemáticas y aplicaciones”, en: *Aldea Mundo* (Año 25, núm. 49/1).
- GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio (2023): “El triunfo de la rebelión civilista y regionalista de Antofagasta contra la dictadura militar en 1932”, en: *Estudios Atacameños* (vol. 69), en vías de publicación.
- GREZ TOSO, Sergio (1997): *De “la regeneración del pueblo” a la huelga general. Génesis y evolución histórica del movimiento popular en Chile (1810-1890)* (Santiago de Chile, Dibam- Ril Editores- Centro de Investigaciones Diego Barros Arana).
- GREZ TOSO, Sergio (2011): “La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile”, en: *Tareas, Centro de Estudios Latinoamericanos “Justo Arosemena” Panamá* (núm. 139).
- GREZ TOSO, Sergio (2016): “La Asamblea Constituyente de Asalariados e Intelectuales Chile, 1925: entre el olvido y la mitificación”, en: *Izquierdas* (núm. 29).
- GUILLOFF TITIUN, Matías (2022): “La propiedad y la tensión entre cambio y estabilidad: reflexiones para una Constitución sustentable”, en: *Revista de Derecho. Universidad de Concepción* (núm. 249).
- HANISCH ESPÍNDOLA, Walter (1970): *El catecismo político cristiano: las ideas y la época, 1810* (Santiago de Chile, Imprenta Andrés Bello).
- HANISCH ESPÍNDOLA, Walter (1976): *Juan Ignacio Molina sabio de su tiempo* (Santiago de Chile, Ediciones “Nihil Mihi”).
- HEISE, Julio (1978): *Años de formación y aprendizaje políticos 1810/1833* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria).
- HERNÁNDEZ, Roberto (1984): “La Guardia nacional de Chile. Apuntes sobre su origen y organización, 1808-1848”, en: *Historia* (vol.19).
- HERNÁNDEZ ARAYA, Nicolás (2016): “Protección constitucional del medio ambiente: análisis comparado entre Chile y Ecuador”, en: *Revista Justicia Ambiental* (núm. 8).
- HERNÁNDEZ TOLEDO, Sebastián (2020): “La legitimidad del poder. Una aproximación al debate sobre el concepto de democracia en Chile (1925-1948)”, en: *Estudios de historia moderna y contemporánea de México* (núm. 60).
- KAHN, Paul W. (2014): *El análisis cultural del derecho* (Bogotá, Siglo del Hombre Editores).
- LASTARRIA, José V. (1856): *La constitución política de la república de Chile comentada* (Valparaíso, Imprenta del Comercio).
- LASTARRIA, José V. (1875): *Proyecto de Código Rural para la República de Chile acompañado de un apéndice con notas explicativas* (Santiago de Chile, Imprenta de la República).
- LETELIER, Valentín (1901): *La Gran Convención de 1831-1833. Recopilación de las actas, sesiones, discursos, proyectos i artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833* (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes).
- MASCAREÑO, Aldo (2018): “La Constitución de 1925. Crisis y legitimación constitucional en perspectiva sociológica”, en: Fontaine, Arturo (coordinador), 1925 *Continuidad republicana y legitimidad constitucional, una propuesta* (Santiago de Chile, Editorial Catalonia).
- MARSHALL, T.H.-BOTTOMORE, Tom (1998): *Ciudadanía y Clase Social* (Madrid, Alianza Editorial).
- MOLINA BEDOYA, Víctor Alondo (2015): “Existencia equilibrada. Metáfora del Buen Vivir de los pueblos indígenas”, en: *Polis* (vol. 40 núm. 40).

- MORA, José Joaquín de (1888): “Al dieziocho de setiembre de 1828”, en: Amunátegui, Miguel Luis (coordinador), *Don José Joaquín de Mora. Apuntes biográficos* (Santiago de Chile, Imprenta Nacional).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1998): “El Habeas Corpus o el recurso de amparo en Chile”, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (núm. 102).
- OSSA SANTA CRUZ, Juan Luis (2020): “El primer constitucionalismo chileno. Reflexiones históricas para la discusión actual”, en: *Puntos de Referencia. Centro de Estudios Públicos* (núm. 538).
- PEREIRA SALAS, Eugenio (1935): “La actuación de los oficiales navales norteamericanos en nuestras costas (1813-1840)”, en: *Anales de la Universidad de Chile* (núm. 19).
- PEREIRA SALAS, Eugenio (1959): *La influencia norteamericana en las primeras constituciones de Chile* (Santiago de Chile, Talleres Gráficos Valdés).
- PERRY, Mariana (2021): “El concepto de democracia en la renovación socialista chilena en el exilio”, en: *Historia. Unisinos* (vol. 25 núm. 3).
- PINTO, Julio-VALDIVIA, Verónica (2009): *¿Chilenos todos? La construcción social de la nación (1810-1840)* (Santiago de Chile, Editorial Lom).
- PIZARRO, Crisóstomo (1971): *La revolución de 1891* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- PORTALES, Felipe (2000): *Chile, una democracia tutelada* (Santiago de Chile, Editorial Sudamericana).
- RAVEAU S., Rafael (1935): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Dogmático* (Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo).
- RIBADENEIRA AROCA, Kepler (2020): “Buen Vivir: críticas y balances de un paradigma social en construcción”, en *Diálogo Andino* (vol. 62).
- ROSAS LAURO, Claudia (2006): *Del trono a la guillotina. El impacto de la Revolución Francesa en el Perú (1789-1808)* (Lima, Ediciones Instituto Francés de Estudios Andinos-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- SACCO AQUINO, Sabina (2006): “La Constitución de 1980 como Fundamento y Origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33 núm. 3).
- SÁEZ LEAL, Javier (2018): “Bachelet presenta una propuesta de nueva Constitución a seis días del fin de su Gobierno”, en: *El País. Internacional*. Madrid, 6 de marzo.
- SÁENZ DEL CASTILLO CABALLERO, Javier (2010): “Política y religión en los Catecismos Políticos Americanos durante la independencia, 1786-1825”, en: *Conference: International Congress “La Iglesia Católica ante la independencia de la América española”*. Rome, Università Europea di Roma, april 19-22. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/257044993_IN_PRESS_Politica_y_religion_en_los_catecismos_politicos_durante_la_independencia_de_America_1786-1825.
- SAGREDO BAEZA, Rafael (1996): “Actores políticos en los catecismos patriotas y republicanos americanos, 1810-1827”, en: *Historia Mexicana* (vol. XLV núm. 3).
- SAID, Edward (2008): *El mundo, el texto y el crítico* (Madrid, Editorial Debolsillo).
- SALAZAR VERGARA, Gabriel (2005): *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico* (Santiago de Chile, Editorial Sudamericana).
- SALAZAR VERGARA, Gabriel (2009): *Del poder constituyente de asalariados e intelectuales (Chile, siglos XX y XXI)* (Santiago de Chile, Lom Ediciones).
- SERRANO, Sol (2008): *¿Qué hacer con Dios en la República? Política y Secularización en Chile (1845-1885)* (Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro-SILVA GALLINATO, María Pía (2003): “Derechos Humanos en la Constitución de 1925”, en: *Ius et Praxis* (vol. 9 núm. 1).

- SILVA PINOCHET, Beatriz (2017): *Conflicto y democratización en la historia de Chile*. Tesis doctorado en Sociología (Barcelona, Universidad de Barcelona).
- SILVA PINOCHET, Beatriz (2019): “La Sociedad de la Igualdad y el movimiento social igualitario en el Chile decimonónico”, en: *Cuadernos de Historia* (núm. 51).
- SQUELLA, Agustín (2022): *Apuntes de un constituyente* (Santiago de Chile, Editorial Universidad Diego Portales).
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2006): “El derecho a la vida y la constitución”, en: *Revista Chilena del Derecho* (vol. 33 núm. 3).
- VALENCIA AVARIA, Luis (1986): *Anales de la República* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello), t. I-II actualizados.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian (2011): “Análisis crítico de la génesis de la constitución vigente”, en: *Revista de Derechos Fundamentales* (núm. 5).
- ZEITLIN, Maurice (1984): *The Civil Wars in Chile (or the bourgeois revolutions that never were)* (Oxford, Princeton University Press).

Documentos citados

- ACTAS OFICIALES (1925): *De las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisión encargadas del estudio del proyecto de Nueva Constitución Política de la República*. 1925 (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria).
- CÁMARA DE DIPUTADOS despacha a ley reforma de nuevo proceso constituyente”. Recuperado de <https://www.camara.cl/cms/noticias/2023/01/11/camara-despacha-a-ley-reforma-de-nuevo-proceso-constituyente/>.
- CONGRESO DE PLENIPOTENCIARIOS (1823): “Sesión primera, en 30 de marzo de 1823”. Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/32302/CLChile_1823_03_30-S001.pdf
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1833): *Jurada i promulgada el 25 de mayo de 1833* (Santiago de Chile, Imprenta de La Opinión).
- CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, en https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA CHILENA DE 1973 (2013): *Propuesta del Gobierno de la Unidad Popular, presidido por Salvador Allende* (Santiago de Chile, Sangría Editora).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980): (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE PROMULGADA EL 23 DE OCTUBRE DE 1822. Imprenta del Estado. Recuperado de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17422/3/237972.pdf>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE PROMULGADA EN 29 DE DICIEMBRE DE 1823. Santiago de Chile, Imprenta Nacional. Recuperado de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17631/5/237973.pdf>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE 1828. Santiago de Chile, Imprenta de R. Rengifo.
- CONVOCATORIO AL PRIMER CONGRESO NACIONAL, 15 DE DICIEMBRE DE 1810, Monografía de la Cámara de Diputados. Chile, 1811-1945, Publicaciones de la Cámara de Diputados, en <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/mc0027511.pdf>

- ELECCIÓN DE MIEMBROS PARA CONVENCION PREPARATORIA DE 1822. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado de https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/62578&periodo=1811-1823.
- EXPOSICIÓN DEL SEÑOR CARLOS BRIONES OLIVOS (1985): en José Polanco-Ana María Torres (Ed), *Una salida político constitucional para Chile* (Santiago de Chile, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).
- EXPOSICIÓN DEL SEÑOR MANUEL SANHUEZA CRUZ (1985): en José Polanco-Ana María Torres (Ed), *Una salida político constitucional para Chile* (Santiago de Chile, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).
- FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE (2018): Análisis comparado constitucional del proyecto de Presidenta Bachelet y Constitución Vigente. Recuperado de <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:6e438a1c-6a26-4379-bc2c-54fc3cc0c020/comparado-constitucionalcompressed.pdf>.
- IES. INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD (2022): “Especial. Análisis crítico de la propuesta de la Convención Constitucional”. Nº 30. Agosto. Recuperado de <https://www.ieschile.cl/2022/08/especial-analisis-critico-de-la-propuesta-de-la-convencion/>
- MANIFIESTO. Bases Fundamentales de la Reforma Constitucional. Informe al Pueblo de Chile sobre los principales acuerdos alcanzados por el Grupo de Estudios Constitucionales llamado de los 24”. Repositorio Digital Archivo Patricio Aylwin Azócar. Materia Grupos de los 24. Recuperado de <http://www.archivopatricioaylwin.cl/handle/123456789/7263>.
- PROPUESTA Constitución Política de la República de Chile 2022. Santiago de Chile, edición oficial del Gobierno de Chile. s.p.i.
- PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL SOCIALISTA DE CHILE, ANTOFAGASTA, 1921 (1974): en Julio Heise, *Historia de Chile. El periodo parlamentario 1861-1925* (Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello), t. I.
- PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PROVISORIA PARA EL ESTADO DE CHILE. 1818. Santiago de Chile. Imprenta del Gobierno. Recuperado de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/22257/1/216331.pdf>
- PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (2018): iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, M E N S A J E Nº 407-365”. *Boletín* Nº 11.617-07, pp. 2-3. Recuperado de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>
- RADIOGRAFÍA DEL PROCESO CONSTITUYENTE - CHILE (2021-2022): Recuperado de https://www.garrigues.com/es_ES/proceso-constituyente-chile
- REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO DEL PUEBLO DE CHILE, *subscrito por el de la capital, presentado para la subscripción a las provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas*. Santiago. En la Imprenta del Gobierno por S.B. Johnston y S. Garrison, 1812. Recuperado de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/17607/3/reglamento_constitucional_1812.pdf.
- REGLAMENTO ELECTORAL DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1813. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado de https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/62575&periodo=1811-1823.
- REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1925. Fuentes documentales y bibliográficas para la historia de Chile. Universidad de Chile. Recuperado de http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCI-D%253D10929%2526ISID%253D417%2526PRT%253D10717%2526JNID%253D12,00.html.
- SENADO. PROTECCIÓN DE LOS NEURODERECHOS (2021): inédita legislación va a la Sala. Recuperado de <https://>

- www.senado.cl/proteccion-de-los-neuroderechos-a-un-paso-de-pasar-a-segundo-tramite.
- FIRMA “ACUERDO POR CHILE” (2022): en plataforma del Senado. Recuperado de <https://www.senado.cl/firma-acuerdo-por-chile-12-12-2022>
- SERVICIO ELECTORAL DE CHILE (2020): Plesbiscito 2020. La información proviene del Servel. Recuperada de <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10>.
- PLEBISCITO NACIONAL 2020 FUE LA MAYOR VOTACIÓN EN LA HISTORIA DE CHILE. La información procede de Servel. Recuperada de <https://www.servel.cl/2020/10/26/plebiscito-nacional-2020-fue-la-mayor-votacion-de-la-historia-de-chile/>
- VOTACIÓN PLEBISCITO CONSTITUCIONAL 2020. La información proviene en base de la fuente del Servel. Recuperada de https://www.servelelecciones.cl/#/votacion/elecciones_constitucion/global/19001.
- TEXTO OFICIAL ACUERDO POR CHILE (2022): Recuperado de https://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/12/12-12-22-TEXTO-OFICIAL_Acuerdo-Constitucional.pdf

Las obligaciones de medios, de resultado y de garantía en la configuración de la responsabilidad contractual en el derecho civil chileno

Obligations of means, of result and of guarantee in the configuration of contractual liability in Chilean civil law

Adrián Schopf Olea

Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile, Santiago, Chile.
Correo electrónico: adrian.schopf@uai.cl. <http://orcid.org/0000-0002-6116-4450>.

Recibido el 12/05/2023

Aceptado el 06/06/2023

Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.03>

RESUMEN: En este artículo se sostiene que la calificación de la obligación contractual como una obligación de medios, una obligación de resultado o una obligación de garantía atiende preponderantemente al riesgo asumido por el deudor respecto de la efectiva satisfacción del interés contractual del acreedor. La esfera de riesgos asumida por el deudor condiciona, a su vez, los requisitos, las excusas y, en último término, la naturaleza de su responsabilidad contractual por inobservancia del contrato. Ello presupone asumir que la responsabilidad contractual no está constituida por un supuesto legal único, sino que por un conjunto diferenciado de supuestos legales, los que resultan aplicables en función de la naturaleza de la obligación con-

ABSTRACT: This article argues that the qualification of the contractual obligation as an obligation of means, an obligation of result or an obligation of guarantee is primarily based on the risk assumed by the obligor with regard to the effective satisfaction of the obligee's contractual interest. The sphere of risk assumed by the obligor in turn determines the requirements, the excuses and ultimately the nature of his contractual liability for non-performance of the contract. This presupposes the assumption that contractual liability does not consist of a single legal assumption, but of a differentiated set of legal assumptions, which are applicable according to the nature of the contracted obligation: fault liability in obligations of means, strict

tratada: responsabilidad por culpa en las obligaciones de medios, responsabilidad estricta u objetiva en las obligaciones de resultado y responsabilidad absoluta o a todo evento en las obligaciones de garantía. Las disposiciones legales que regulan la responsabilidad contractual en el Código Civil son lo suficientemente flexibles y abiertas para una construcción diferenciada como la planteada, la que resulta concordante con los desarrollos del derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Obligaciones de medio y resultado, obligaciones de garantía, responsabilidad contractual.

or objective liability in obligations of result and absolute liability in obligations of guarantee. The legal provisions regulating contractual liability in the Civil Code are sufficiently flexible and open for a differentiated construction such as the one proposed, which is in accordance with the developments in comparative law.

KEY WORDS: Obligations of means and results, warranty obligations, contractual liability.

I. INTRODUCCIÓN

En el derecho civil chileno, al igual que en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición continental, la obligación surgida del contrato ha sido tradicionalmente contemplada de manera preferente desde la perspectiva del deber de conducta asumido por el deudor en beneficio del acreedor. El análisis de la obligación se ha centrado generalmente en definir con precisión cuál es exactamente ese deber de conducta contraído por el deudor, el que puede serle correlativamente exigido por el acreedor en su calidad de titular de un derecho personal o crédito. El objeto de la obligación, esto es, la prestación, es incluso identificada con ese deber de comportamiento, definiéndose y caracterizándose la obligación precisamente en función de si el deber de conducta contraído por el deudor consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor del acreedor.¹ A la luz de ese trasfondo conceptual, una clasificación doctrinal que ha adquirido una creciente relevancia en el derecho civil chileno es la distinción entre las obligaciones de medio y obligaciones de resultado, conocidamente proveniente del derecho civil francés.² En concordancia con la perspectiva tradicional señalada, la distinción es generalmente efectuada en función del alcance del deber de conducta comprometido por el deudor, permitiendo distinguir diferentes modos de configuración del contenido de la prestación contratada, la que constituye el objeto de la obligación contractual.³ Las principales preguntas que la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado ha planteado en la doctrina nacional se refieren a los particulares efectos jurídicos que se siguen de la misma, sosteniéndose que la distinción

¹ Véase, en este sentido, ABELIUK (2014), pp. 35 y ss., 40 y ss., 441 y ss.; RAMOS (2004), pp. 4 y ss., 9 y ss., 43 y ss.; PEÑAILILLO (2003), pp. 75 y ss. y 189 y ss.; FUEYO (1991), pp. 17-19; ALESSANDRI (1988), pp. 6 y ss., 23 y ss.; CLARO (1936), pp. 6-8, 15-16, todas las cuales probablemente todavía constituyen las principales obras de referencia del derecho de obligaciones en el derecho civil chileno.

² La formulación de la distinción se atribuye generalizadamente a DEMOGUE (1925), pp. 536 y ss. Sobre el origen y lugar de la distinción en el derecho francés, puede verse una exposición estandarizada, entre otros, en TERRÉ et al (2019), pp. 905 y ss.; FABRE-MAGNAN (2019), pp. 593 y ss. Un acabado análisis comparado de las obligaciones de medio y de resultado, que considera el origen de la distinción en el derecho francés y su influencia en otros ordenamientos jurídicos continentales, en RANIERI (2009), pp. 582 y ss.

³ Sobre la distinción entre obligaciones de medio y resultado en el derecho chileno véase, entre otros, CORRAL (2023), pp. 242-245, 443-445; VIDAL (2010), pp. 578 y ss.; PEÑAILILLO (2003), pp. 222 y ss.; GARCIA (2002), pp. 5 y ss., 67 y ss.; y, tempranamente, TAPIA (1941), pp. 381-385.

puede resultar relevante a lo menos en tres órdenes de cuestiones: i) para determinar cuándo efectivamente existe un incumplimiento de la obligación por el deudor, ii) para precisar la distribución de la carga de la prueba de la culpa y, finalmente, iii) para establecer la función, lugar sistemático o incluso pertinencia de la culpa como elemento de la responsabilidad contractual.⁴ Sobre el modo en que la calificación de la obligación como de medios o de resultado puede incidir en esos aspectos ha existido un cierto desacuerdo en la doctrina nacional, habiéndose la discrepancia trasladado a la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia chilenos.⁵

Una revisión del problema en el derecho chileno pareciera indicar que gran parte de las dificultades generadas por la distinción entre obligaciones de medios y de obligaciones de resultado tienen su origen en la comprensión de la obligación exclusivamente desde la perspectiva del deber de conducta asumido por el deudor, siendo esa precisamente la perspectiva naturalmente adoptada por la doctrina nacional para analizar la distinción y sus particulares efectos jurídicos. La obligación surgida del contrato puede ser sin embargo contemplada desde una perspectiva diferente, la que atiende al propósito práctico o la finalidad económica de la relación obligatoria, la cual apunta siempre a la satisfacción de un determinado interés del acreedor comprometido en el intercambio contractual. De acuerdo con este punto de vista, la definición del objeto de la obligación no atiende exclusivamente al deber de conducta contraído por el deudor, sino también a los riesgos que éste asume respecto de la efectiva realización del propósito práctico o la finalidad económica del contrato y, de esa manera, la efectiva satisfacción del interés del acreedor.⁶ Por influencia del derecho comparado, este modo de aproximación a la relación obligatoria surgida del contrato ha sido progresivamente adoptado por la doctrina contemporánea en el derecho chileno, sin sustituir completamente la perspectiva tradicional, pero sí complementándola.⁷

La gran particularidad y sentido de la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado se muestra al adoptar esta perspectiva, en la medida que la clasificación no solo atiende al deber de conducta comprometido por el deudor, sino que también al diferente nivel de riesgo por éste asumido respecto de la efectiva realización del propósito práctico o finalidad económica del contrato, permitiendo una conceptualización más compleja del objeto de la obligación contractual. De esta manera, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado da cuenta de una dimensión más amplia del objeto de la relación obligatoria de origen convencional, el que está integrado, por una parte, por el deber de conducta comprometido por el deudor y, por la otra, por los riesgos que éste asume respecto de la efectiva satisfacción del interés en el intercambio del acreedor.⁸ En la medida que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado efectivamente atiende preponderante-

⁴ Así, PEÑAILILLO (2003), p. 224.

⁵ CARDENAS y REVECO (2018), pp. 41 y ss.; LETELIER (2017), pp. 139-145.

⁶ Véase, en el derecho español, Díez-PICAZO (2008), pp. 271, 541-542; MORALES (2006), p. 19; en el derecho alemán, LARENZ (1987), pp. 8, 26-29, 275; y, en el derecho europeo, MORALES (1997), pp. 289-290.

⁷ Véase DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 179-182, 189-190; ALCALDE (2008a), pp. 342 y ss.; y, VIDAL (2000), pp. 209-210.

⁸ Véase, especialmente, BARROS (2008), pp. 416-419 y MORALES (2006), pp. 19-20, respecto de las obligaciones de medio y de resultado como una distinción que atiende preponderantemente al riesgo asumido por el deudor respecto de la efectiva satisfacción del interés contractual en el intercambio del acreedor.

mente a la definición de los riesgos asumidos por el deudor en los términos señalados, a la misma puede agregarse como tercera categoría la de las obligaciones de garantía, caracterizadas porque en ellas, más allá de cualquier consideración relativa al deber de conducta del deudor, éste último asume íntegramente todas las consecuencias adversas por la materialización de determinados riesgos que se oponen a la efectiva satisfacción de un determinado interés del acreedor.⁹ Al adoptarse la perspectiva del riesgo asumido por el deudor, se muestra cuál es el criterio fundamental que permite distinguir entre obligaciones de medio y de resultado, así como la medida en que a la misma distinción se deja agregar coherentemente, como tercera categoría, la de las obligaciones de garantía. De este modo, se avanza en aclarar qué es exactamente lo que significa calificar una obligación contractual como de medios, de resultado o de garantía en el derecho civil chileno.

La pregunta por los riesgos asumidos por el deudor respecto de la efectiva satisfacción del interés contractual del acreedor se torna particularmente relevante cuando la finalidad económica o el propósito práctico del contrato se ven frustrados, de manera tal que el interés del acreedor se ve insatisfecho, siendo necesario determinar quién debe soportar las consecuencias perjudiciales que se siguen de esa insatisfacción. Lo anterior significa que, al margen de otros efectos que puedan ser también importantes, la principal consecuencia práctica que se sigue de calificar una obligación contractual como de medios, de resultado o de garantía no se produce en el primer nivel de la relación obligatoria referido a la deuda, sino que el segundo nivel de esa misma relación, referido a la responsabilidad contractual del deudor por la insatisfacción del interés del acreedor. En concreto, un análisis pormenorizado de cada categoría muestra que la calificación de la obligación como una obligación de medios, de resultado o de garantía permite determinar las condiciones y, en particular, las excusas de la responsabilidad contractual del deudor, permitiendo establecer, en definitiva, cuál es la naturaleza del régimen de responsabilidad contractual por daños que lo rige. El planteamiento central al que adhiere este trabajo es que ese régimen es de responsabilidad contractual por culpa en las obligaciones de medios, de responsabilidad estricta u objetiva en las obligaciones de resultado y de responsabilidad absoluta o a todo evento en las obligaciones de garantía. De este modo, al asumir esa posición, se avanza en definir los efectos prácticos que se siguen para nuestro ordenamiento jurídico de calificar una obligación como de medios, de resultado o de garantía, poniéndose al descubierto que en el derecho de contratos chileno conviven diferentes modelos de atribución de responsabilidad, los que resultan pertinentes y aplicables en función de la naturaleza de la obligación contratada. Las ideas anteriores son desarrolladas en este texto, el que se divide en diferentes secciones, en las que se revisan sucesivamente: los riesgos asumidos por el deudor respecto de la efectiva insatisfacción del interés contractual del acreedor, la incidencia que tiene la calificación de la obligación en la configuración de la responsabilidad contractual del deudor y la existencia de un régimen diferenciado de responsabilidad contractual en el derecho chileno. Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo.

⁹ Así, FABRE-MAGNAN (2019), p. 593.

II. RIESGOS ASUMIDOS POR EL DEUDOR RESPECTO DE LA EFECTIVA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS CONTRACTUAL DEL ACREEDOR

Los contratos pueden ser entendidos modernamente como el instrumento dinámico de la economía, que el derecho privado pone a disposición de las personas particulares, para que éstas organicen autónomamente sus relaciones recíprocas de intercambio y cooperación en el marco de una economía de mercado, caracterizada por la adopción esencialmente descentralizada y atomizada de decisiones económicamente relevantes. Así concebido, el contrato es fuente de una relación jurídica obligatoria de origen convencional, la que está siempre funcionalmente orientada al cumplimiento de un determinado propósito práctico o finalidad económica, el que los contratantes pretenden alcanzar mediante la suscripción de la convención. El propósito práctico o finalidad económica está típicamente constituido por un específico beneficio o utilidad que las partes contratantes esperan obtener de la ejecución y cumplimiento del contrato, configurando su particular interés comprometido en el intercambio contractual. Ello es cierto, sea que se trate de un contrato de compraventa, un contrato de transporte, un contrato de construcción, un contrato de prestación de servicios profesionales o cualquier otra especie o clase de contrato.¹⁰

De conformidad a lo indicado, todo la planificación o programa contractual, incluidos los deberes de conducta contraídos por el deudor, están siempre funcional y pragmáticamente orientados al cumplimiento del fin del contrato y, por esa vía, a la satisfacción del interés del acreedor. Sin perjuicio de ello, una vez perfeccionado el acuerdo existen una enorme e innumerable cantidad de sucesos que pueden llevar a la frustración de la señalada finalidad económica o resultado práctico del contrato, de manera que el interés del acreedor es insatisfecho. Esos sucesos o acontecimientos, los que pueden depender tanto de la conducta del deudor como de otras circunstancias externas, constituyen genéricamente riesgos contractuales, los que resultan conocidamente inherentes a toda relación obligatoria de origen convencional. Por definición, todo contrato conlleva riesgos para las partes que lo suscriben, los que de materializarse afectan sus expectativas de ganancias y pérdidas y, en definitiva, los intereses involucrados en el contrato: el que celebra un contrato asume un riesgo. La efectiva materialización del riesgo contractual que se opone a la plena realización del resultado práctico o finalidad económica del contrato, frustrando la satisfacción del respectivo interés contractual, ocasiona típicamente un daño o perjuicio al acreedor. Ello plantea la pregunta jurídica acerca de quién debe soportar las consecuencias económicas adversas de ese riesgo, lo que es lo mismo que preguntarse por el alcance y los requisitos de la responsabilidad contractual del deudor.¹¹

Como resulta relativamente evidente, la respuesta a esa interrogante solo puede ser resuelta en función de la delimitación de los riesgos efectivamente asumidos como propios por el deudor frente al acreedor respecto de la frustración de la finalidad económica del contrato y la falta de satisfacción de su interés. Ello se debe a que de la circunstancia que el deudor se haya comprometido a comportarse

¹⁰ Entre otros, véase, en el derecho chileno, BARROS (2009), pp. 297-298 y 304; en el derecho español, DIEZ-PICAZO (2008), pp. 271, 541-542; MORALES (1983), pp. 1530 y ss.; y, en el derecho alemán, NEUNER (2020), pp. 329-330; KÖHLER (2020), p. 102; y, SCHAPP (1986), pp. 50 y ss.

¹¹ Véase LARENZ (1987), p. 275.

de una determinada manera para procurar al acreedor el beneficio o utilidad esperados, no se sigue también, como corolario lógico y necesario, que haya asumido todos los riesgos asociados a la frustración del resultado práctico perseguido, de manera que deba siempre y en todos los casos asumir y hacerse responsable de todos los daños que se siguen de la insatisfacción del interés contractual del acreedor. La pregunta por el deber de conducta contraído por el deudor para procurar una ventaja o utilidad al acreedor y la pregunta por los riesgos asumidos por el mismo deudor acerca de la frustración o no consecución de esa ventaja o utilidad son dos preguntas interconectadas, pero diferentes. El riesgo asumido por el deudor es en realidad variable en función de la especie de contrato celebrado y, especialmente, en función de la particular naturaleza de las obligaciones contractuales contraídas, siendo necesario, por lo mismo, definir los riesgos específicos asumidos por el deudor respecto de la falta de satisfacción del interés en el intercambio del acreedor, para, por esa vía, delinear el alcance de su responsabilidad contractual. El enfoque supone entender la relación obligatoria no solo desde la perspectiva tradicional del deber de conducta del deudor, sino también, de manera complementaria, desde la perspectiva de la satisfacción del interés del acreedor. Ello lleva necesariamente a la pregunta por la definición del alcance de los riesgos asumidos por el deudor respecto de la efectiva satisfacción de ese interés contractual, ya que solo cuando la circunstancia específica que provoca la antes señalada falta de satisfacción del interés del acreedor cae bajo la esfera de riesgos asumida por el deudor se configura su responsabilidad civil contractual, mientras que, cuando esas circunstancias están fuera del perímetro de ese ámbito de riesgos, los daños que se siguen de la señalada frustración deben ser soportados por el propio acreedor. La delimitación de la responsabilidad contractual por daños del deudor define a su vez cuando los daños ocasionados por la frustración del propósito práctico o fin del contrato deben soportados por el propio acreedor. La configuración de la responsabilidad contractual se plantea de esta manera como un genuino instrumento jurídico de distribución o reparto del riesgo entre los contratantes de los daños que se siguen de la insatisfacción del interés contractual, siempre en el ámbito de los intereses particulares organizados por el contrato.¹² Ello permite un análisis bidimensional de la responsabilidad contractual, que atiende a ambas partes de la relación obligatoria de origen convencional, en lugar de centrarse unidimensionalmente en la sola figura del deudor.

Así delineada, la cuestión más inmediata que plantea la construcción de la responsabilidad contractual del deudor desde la perspectiva de la falta de satisfacción del interés contractual del acreedor es la determinación de cuál es precisa y exactamente la distribución y reparto natural de los riesgos por frustración del propósito práctico al interior de la relación obligatoria. Ello presupone un problema de interpretación del contrato, con el objeto de precisar cuál es la asignación tanto explícita como implícita de los riesgos contractuales. En este punto una de las principales virtudes de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado es que ésta no se limita solamente a discernir cuál es exactamente el deber de conducta comprometido por el deudor, sino que pone énfasis en el alcance y la extensión de los riesgos que éste asume respecto de la efectiva satisfacción del interés contractual del acreedor, dando cuenta de una comprensión más amplia y compleja de lo que constituye la prestación en cuanto objeto de la obligación contractual. La distinción entre obligaciones de medio y de resultado se relaciona de esta manera directamente con la extensión de la específica vinculación

¹² BARROS (2008), pp. 416-417; MORALES (2006), pp. 20-22 y 30; PANTALEÓN (1991), p. 1020.

del deudor con el propósito práctico o finalidad económica del contrato, en el sentido de indicar los riesgos que éste asume respecto de su efectiva realización, los que se plantean de un modo por completo diferente en las obligaciones de medio y en las obligaciones de resultado.¹³ En las obligaciones de medio el deudor tiene naturalmente un control mucho menor y más acotado respecto de los riesgos que pueden llevar al fracaso del propósito práctico o fin que se pretende alcanzar mediante el contrato, de manera tal que se hace solo limitadamente cargo de los mismos, mientras que en las obligaciones de resultado esos riesgos se encuentran en gran medida bajo su exclusiva esfera de acción y control, asegurándose por lo mismo el efectivo cumplimiento del fin y consecuente satisfacción del interés contractual del acreedor. Esto se expresa sosteniendo que en las obligaciones de medio lo contractualmente debido por el deudor es una conducta, mientras que en las obligaciones de resultado lo contractualmente debido por el deudor es propiamente un fin o resultado práctico. En razón del diferente reparto de los riesgos en ambos tipos de obligaciones, es que la tendencia para calificar una obligación como de medios o como de resultado no es la presencia de riesgos que puedan hacer fracasar la finalidad económica o resultado práctico perseguido, sino que la naturaleza de esos riesgos y su asignación entre los contratantes. El aspecto realmente importante para la calificación de la obligación como una obligación de medios o una obligación de resultado no es en ese sentido la presencia de riesgos que se opongan a la obtención del resultado práctico o fin perseguido, sino que quién los asume en el contrato, cuestión que implica configurar de diferente manera la prestación contratada en cuanto objeto de la obligación contractual.¹⁴ Por eso, las consideraciones para calificar una obligación como de medios o de resultado atienden típicamente a cuestiones tales como lo incierto de las obtención del resultado práctico esperado, su aleatoriedad, su dependencia de actos de terceros o la medida en que resulta necesaria la actividad positiva del propio acreedor para su verificación, todo lo cual se vincula con la definición de la esfera de control del deudor y los riesgos que este está naturalmente en condiciones de asumir respecto de la efectiva obtención del fin o resultado práctico del contrato.¹⁵ En razón de ese diferente modo de configuración del objeto de la obligación contractual es que la calificación de la obligación como una obligación de medios o de resultado tiene una incidencia directa en la configuración de las condiciones y excusas de responsabilidad del deudor en caso de no satisfacerse el interés del acreedor, las que se plantean de manera diferentes en una y otra clase de obligación contractual.¹⁶

De asumirse la perspectiva señalada respecto de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, la que, más allá del deber de conducta comprometido, atiende esencialmente a los riesgos asumidos por el deudor respecto de la efectiva realización de la finalidad económica o propósito práctico del contrato; y, en consecuencia, en caso de insatisfacción del interés del acreedor, determina el

¹³ En el derecho chileno, la idea de que los riesgos asumidos por el deudor se plantean de manera diversa dependiendo de si la obligación es de medio o de resultado, puede verse en PIZARRO (2017), p. 78; PIZARRO (2014), p. 840; BARROS (2009), pp. 418-419. En el derecho español, la misma idea aparece sugerida en DIEZ-PICAZO (2008), pp. 271-272 y 282 y MORALES (2006), p. 19.

¹⁴ JIMENEZ (2013), p. 868.

¹⁵ Véase RANIERI (2009), pp. 583-584.

¹⁶ Al respecto, véase TERRÉ et al (2019), pp. 905 y ss.; FABRE-MAGNAN (2019), pp. 593-594, donde se destaca la relevancia de la distinción para definir las excusas de responsabilidad del deudor. De igual manera, véase también RANIERI (2009), p. 594, quien destaca que la distinción entre un comportamiento y un resultado contractualmente debido constituye una diferenciación que pueden tenerse por estructural en el derecho contractual europeo, para los efectos de atribuir las consecuencias que se siguen de la frustración del fin del contrato.

alcance y la causales de liberación de su responsabilidad, parece natural que a ese esquema deban añadirse también, como tercera categoría, las obligaciones de garantía. Las obligaciones de garantía se caracterizan por ser aún más estrictas que las obligaciones de resultado, siendo su principal particularidad que en ellas se asegura a todo evento un determinado fin económico al acreedor, de manera que el deudor asume absolutamente todos los riesgos respecto de la frustración o insatisfacción de un determinado interés contractual, incluido los que provienen de una causa extraña constitutiva de hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, encontrándose sus defensas y casuales de liberación de responsabilidad, por lo mismo, severamente restringidas.¹⁷

La calificación de la obligación del deudor como una obligación de medios, una obligación de resultado y, adicionalmente, como una obligación de garantía, se efectúa de esta manera no solo en función del deber de conducta comprometido, sino que preponderantemente en función de los riesgos asumidos por el deudor respecto de la efectiva satisfacción de un determinado interés contractual del acreedor. Ello tiene una incidencia directa en el modo de configuración de la responsabilidad contractual. Por eso, los efectos de la distinción se muestran fundamentalmente en el segundo nivel de la relación obligatoria de origen contractual referido a la responsabilidad.

III. LA INCIDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL DEUDOR

En la medida que la calificación de la obligación como una obligación de medios, una obligación de resultado o una obligación de garantía atiende a los riesgos asumido por el deudor respecto de la efectiva satisfacción del interés contractual del acreedor, la señalada calificación se torna realmente relevante cuando el interés del acreedor se ve insatisfecho, experimentando este último un daño, de manera tal que resulta necesario precisar quién debe soportarlo. Ello es una consecuencia de que el riesgo asumido por el deudor resulta naturalmente determinante para los efectos de precisar las condiciones y excusas de su responsabilidad frente al acreedor cuando el propósito práctico o fin del contrato se ve frustrado, delineando, de manera refleja, cuando los daños que se siguen de la mencionada insatisfacción del interés contractual deben ser soportados por el propio acreedor, exonerándose de responsabilidad al deudor. De esta manera, en la medida que la calificación de la obligación contribuye a discernir cuándo el deudor debe soportar los daños que se siguen de la frustración del propósito contractual, determinando también cuáles son las defensas o causales de exoneración de que dispone, el lugar sistemático en que esa diferenciación tiene un real rendimiento práctico no es el primer nivel de la relación obligatoria referido a la deuda, sino que el segundo nivel de esa misma relación, referida a la responsabilidad contractual por daños.¹⁸ Es con motivo de la frustración del propósito práctico del contrato y la consecuente existencia daños para el acreedor, cuando la calificación de la obligación como de medios, de resultado o de garantía tiene un efecto realmente relevante en la configuración de la relación obligatoria de origen contractual, considerada en su conjunto.

¹⁷ TERRÉ et al (2019), p. 908; FABRE-MAGNAN (2019), p. 593.

¹⁸ Sobre los dos niveles de la relación obligatoria surgida del contrato véase, ente otros, en el derecho chileno, BARROS (2007), pp. 721 y ss.; en el derecho español, DIEZ-PICAZO (2008), pp. 77-79; y, en el derecho alemán, LARENZ (1987), pp. 21-26.

La definición de las condiciones o requisito y, en particular, de las excusas de responsabilidad del deudor, resultan determinantes para los efectos de determinar la naturaleza del régimen de responsabilidad que lo rige.¹⁹ En ese sentido, al margen de la discusión sobre su preciso lugar sistemático, si el deudor puede excusarse de responsabilidad acreditando diligencia debida, su responsabilidad es por culpa. Si, por el contrario, esa excusa no lo libera de responsabilidad, requiriendo para ello acreditar caso fortuito o fuerza mayor, su responsabilidad puede tenerse por estricta u objetiva. Mientras que si el deudor no puede liberarse de responsabilidad ni aun acreditando caso fortuito o fuerza mayor, su responsabilidad puede tenerse por absoluta o a todo evento. De acuerdo a lo indicado, según el alcance de los riesgos específicamente asumidos por el deudor en cada clase de obligación y las defensas, excusas o causales de exoneración de que dispone, en mi opinión resulta posible distinguir fundamentalmente tres regímenes de atribución de responsabilidad en el derecho de contratos chileno, los que configuran un continuo que va desde un régimen de responsabilidad por culpa en las obligaciones de medio, pasando por un régimen de responsabilidad estricta u objetiva en las obligaciones de resultado, para culminar en un régimen de responsabilidad absoluta o a todo evento las obligaciones de garantía. Un análisis pormenorizado de cada una de las clases de obligaciones referidas, así como las respectivas condiciones y excusas de responsabilidad admisibles en cada caso, dan cuenta de lo indicado.²⁰

A. Obligaciones de medios: responsabilidad contractual por culpa

En las obligaciones de medio, que surgen principalmente de los contratos de prestación de servicios profesionales, el deudor contrae en principio solamente el deber de emplear la competencia y cuidado ordinario para procurar al acreedor el beneficio o utilidad esperados, sin asegurar la efectiva obtención del mismo. El fin del contrato, que satisface el interés en el intercambio del acreedor procurándole el referido beneficio o utilidad, es en ese sentido contingente desde la perspectiva de la relación obligatoria. Por eso, el riesgo asumido por el deudor en esta especie de obligaciones está acotado al daño que se sigue de la frustración del propósito práctico o fin contractual que es consecuencia de no haberse actuado de conformidad al estándar de conducta comprometido. Si la frustración de ese propósito o fin y el daño subsecuente pueden evitarse empleando un estándar de cuidado mayor o se debe a una causa extraña que configura una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, no cae bajo su ámbito o esfera de riesgos, razón por la cual su responsabilidad contractual se tiene por excluida. En este sentido, resulta sabido que el abogado no contrae el deber de obtener una sentencia favorable en juicio, que el auditor no contrae el deber de descubrir en todo evento un fraude o que el médico no contrae el deber de necesariamente sanar al enfermo. Ninguno de los expertos señalados asegura de esta manera la efectiva realización del fin perseguido y la consecuente satisfacción del interés del acreedor, ni contrae en principio el deber de emplear el más alto de los estándares conocidos de la profesión, limitándose su prestación a emplear el cuidado y destrezas ordinarias, para la consecución del resultado práctico esperado (ganar el juicio, descubrir el fraude, sanar al enfermo).

¹⁹ Sobre los diferentes modelos de atribución de responsabilidad en el derecho de contratos, BRIESKORN (2010), pp. 149 y ss.; PELLEGRINO (1997), pp. 41 y ss.

²⁰ En un sentido análogo, con un análisis comparado referido al derecho francés y al *common law*, véase NICHOLAS (1995), pp. 338-341. Críticos a la construcción de un régimen diferenciado de responsabilidad contractual sobre la base de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, RODRÍGUEZ-ROSADO (2014), pp. 174-175; y, JORDANO (1991), pp. 37 y ss.

Precisamente por eso, ante la falta de consecución de ese propósito práctico y la frustración del interés contractual del acreedor, frente a la acción de indemnización por daños cualquiera de ellos tendrá siempre disponible las defensas de la diligencia debida y, también, la defensa del caso fortuito o fuerza mayor, constitutivo de una causa extraña.²¹

Ello significa que en las obligaciones de medio la responsabilidad contractual del deudor está siempre condicionada a la efectiva calificación de su comportamiento como culpable o negligente, debiendo esa culpa o negligencia ser la causa precisa de la frustración del propósito práctico o fin económico del contrato, el que se ha traducido en un daño o perjuicio para al acreedor. En las obligaciones de medios la responsabilidad contractual del deudor por daños resulta ser por eso inequívocamente una responsabilidad contractual por culpa o negligencia.

Una de las principales preguntas que la culpa o negligencia plantea en las obligaciones de medios se refiere a su lugar sistemático entre los requisitos de la responsabilidad contractual. La pregunta tiene su origen en el tratamiento tradicionalmente diferenciado entre el incumplimiento de la obligación, por una parte, y la imputabilidad del mismo en base a la culpa, por la otra, como requisitos autónomos y diferentes de la responsabilidad contractual. La dificultad radica en que la pregunta por el incumplimiento y su imputación es una sola y la misma en la responsabilidad por inobservancia de una obligación de medios, de manera tal que ambos elementos resultan en realidad indisociables. En un juicio de responsabilidad contractual de un abogado, un auditor o un médico que ha contraído una obligación de medios, no resulta en ese sentido posible diferenciar con claridad la pregunta por el incumplimiento de su obligación profesional, por una parte, y la pregunta por la imputación de ese mismo incumplimiento a su culpa o negligencia profesional, por la otra. La pregunta fundamental es en realidad una sola y la misma, consistente en determinar si el profesional ha actuado o no en la ejecución de su encargo de conformidad a los estándares ordinarios de su profesión, del mismo modo que lo habría hecho cualquier otro profesional prudente y razonable colocado en las mismas circunstancias. De no ser ese efectivamente el caso y concurrir los demás requisitos pertinentes, la responsabilidad contractual queda en principio configurada, sin que exista espacio para la pregunta de si la inobservancia contractual puede ser además imputada a la culpa o negligencia profesional.²² Por eso, la tendencia generalizada en la doctrina chilena con mayor sentido práctico es a entender que sistemáticamente la diligencia integra el contenido de la prestación en las obligaciones de medio, de modo que no resulta posible disociar ambas nociones, cuestión que tiene por efecto que al tratarse la pregunta por el hecho generador de la responsabilidad, esto es, el incumplimiento, sea irremediamente también tratada la pregunta por su imputación, esto es, la culpa, sin que exista espacio para diferenciar entre la culpa como contenido del incumplimiento y la culpa como criterio de imputación.²³ Un planteamiento diferente, que pretende separar entre la culpa como contenido

²¹ Sobre las obligaciones de medio véase, entre otros, en el derecho chileno, CORRAL (2023), pp. 242-245, 443-445; BARROS (2020), pp. 706 y ss.; PIZARRO (2017), p. 90; PEÑAILILLO, (2003), pp. 222 y ss.; en el derecho español, Díez-PICAZO (2008), pp. 280-282; JORDANO (1991), pp. 7 y ss.; y, en el derecho francés, TERRÉ et al (2019), pp. 593-594.

²² Véase en un contexto comparado, lúcidamente, KÖTZ (2015), p. 358.

²³ BARROS (2020), p. 706; CARDENAS y REVECO (2018), pp. 396-397; PIZARRO (2017), p. 86; PIZARRO (2008), pp. 260-263; PEÑAILILLO (2003), p. 229.

del incumplimiento en la obligación de medios y la culpa como criterio de imputación de responsabilidad en la misma clase de obligaciones, lleva en la práctica a problemas de delimitación por completo insolubles, careciendo por lo mismo de todo sentido y rendimiento práctico.²⁴

En lo relativo a la pregunta sobre la distribución de la carga probatoria en el juicio de responsabilidad contractual en las obligaciones de medio, en la doctrina nacional la cuestión se ha discutido en el plano de las normas reguladoras de la prueba contenidas en los artículos 1698 inciso 1° y 1547 inciso 3° del Código Civil chileno. Según el artículo 1698 inciso 1°, relativo al hecho generador de la responsabilidad, la prueba de la existencia de la obligación corresponde en general al acreedor, quien debe solo alegar el incumplimiento, mientras que es el deudor quien deberá acreditar los actos de ejecución que constituyen el cumplimiento diligente de lo debido, correspondiéndole a éste último por tanto acreditar el empleo de la diligencia debida, lo que en las obligaciones de medios equivale a la prueba del pago o cumplimiento de la obligación. A la misma conclusión lleva la aplicación del artículo 1547 inciso 3°, relativo a la imputabilidad, cuyo texto legal ordena de manera inequívoca que la prueba de la diligencia debida corresponde a quien ha debido emplearla, quien de ordinario será el deudor. Tanto por aplicación de la norma probatoria relativa al hecho generador de responsabilidad, como por aplicación de la norma probatoria referida a su imputación, la prueba de la diligencia debida corresponde siempre al deudor, presumiéndose su culpa en tanto no se satisfaga esa carga probatoria, cuestión que es consistente con lo más arriba señalado, en orden a que la pregunta por el incumplimiento y su imputación en base a la culpa es una y la misma pregunta en las obligaciones de medio, de manera que la cuestión resulta por completo indisociable.²⁵ En consecuencia, en el derecho chileno el régimen probatorio es en esencia el mismo en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado, sin que se produzca una inversión o modificación de la carga probatoria en el juicio de responsabilidad contractual, cual es originariamente el principal efecto de la distinción en el derecho francés. Ello por estar la materia expresamente resulta por el legislador en las referidas disposiciones legales contenidas Código Civil chileno.²⁶

Sin embargo, se ha advertido que la prueba de los actos de ejecución del deudor, con los que pretende acreditar que efectivamente ha empleado la diligencia debida, dejan abierta la pregunta relativa a si los mismos responden o no al estándar de conducta profesional efectivamente comprometido, lo que exige una actividad probatoria del acreedor. Ello se relaciona en gran medida con el carácter indeterminado de las obligaciones de medio. Una característica de las obligaciones de medios es el carácter indeterminado de aquellos actos constitutivos de la diligencia debida a la que se compromete el de-

²⁴ Así, sin embargo, en el derecho chileno, CAMPOS (2020), pp. 29-30; DE LA MAZA y VIDAL (2020), pp. 37 y ss.; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 191-193, 619-620; VIDAL y BRANTT (2013), p. 415; VIDAL (2012) pp. 278 y ss.; VIDAL (2010), p. 581. La misma dificultad de delimitación puede observarse en un planteamiento como el de LETELIER (2017), pp. 145 y ss., 158-159, quien propone definir el contenido de la obligación de medios al margen de toda consideración relativa a la diligencia debida, la cual solo sería relevante como criterio de imputación del respectivo incumplimiento.

²⁵ PIZARRO (2017), pp. 75-78; PIZARRO (2014), p. 838; PIZARRO (2008), pp. 260 y ss.; PEÑAILILLO (2003), pp. 228-230.

²⁶ Sobre los efectos originales de la distinción en el derecho francés, TERRÉ et al (2019), pp. 905-906; CARBONNIER (2004), pp. 2190-2191. Un intento por extrapolar la doctrina francesa al derecho chileno, no obstante el texto legal de los artículos 1698 inciso 1° y 1547 inciso 3° del Código Civil, en CARDENAS (2010), pp. 45 y ss.; y, tempranamente, en TAPIA (1941), pp. 382-384, los cuales sostienen que en las obligaciones de medios pesaría sobre el acreedor la carga de probar la culpa del deudor para los efectos de configurar su responsabilidad, a diferencia de lo que sería el caso en las obligaciones de resultado.

dor, siendo usualmente en concreto controvertido qué es exactamente lo que éste tenía que hacer para los efectos de tener por cumplida su obligación. Salvo casos extremos y groseros de culpa grave o de incumplimiento total, tanto en el caso del abogado, del auditor, del médico o de cualquier otro profesional que ha contraído una obligación de medios, la pregunta por cuáles actos de ejecución constituyen efectivamente la diligencia debida supone muchas veces una compleja discusión técnica, que involucra consideraciones de buen juicio, prudencia y discreción, respecto de aquello que debió y puedo hacerse en las circunstancias concretas que son objeto de evaluación. De esta manera, en los supuestos de cumplimiento imperfecto de la prestación contratada en las obligaciones de medio, que constituyen la hipótesis controvertida más usual, una vez acreditados por el deudor los actos de ejecución que a su juicio constituyen el pago de la obligación, es el acreedor quien soporta la carga probatoria consistente en demostrar que esos actos de ejecución no se corresponden a la diligencia efectivamente debida, que configura el contenido de la obligación de medios.²⁷ En mi opinión, la exigencia de esa actividad probatoria del acreedor puede fundarse en el propio artículo 1698 inciso 1º del Código Civil chileno, el que exige al demandante no solo la prueba de “la existencia de la obligación”, sino que también la prueba del “contenido positivo de la obligación”, lo que en una obligación de medios está precisamente constituido por la determinación exacta y precisa de los actos específicos que debieron ejecutarse por el deudor para los efectos de cumplir con la diligencia efectivamente debida. De esta manera, si bien resulta inequívoco que la responsabilidad del deudor de una obligación de medios es por culpa, en la medida que exige una calificación de su comportamiento como culpable o negligente, la relativización de la presunción de esa culpa en esta especie de obligaciones puede fundarse no solo en consideraciones doctrinales, sino que tiene también un sólido soporte institucional en el artículo 1698 inciso 1º del Código Civil chileno. La disposición legal permite fundar no solo una presunción de la culpa, sino también una relativización de esa misma presunción. Ello tiene por consecuencia una distribución de la carga probatoria entre ambas partes en los supuestos de un cumplimiento imperfecto de una obligación de medios, en que el deudor ha aportado antecedentes probatorios orientados a acreditar actos de ejecución que a su juicio constituyen el cumplimiento diligente de lo debido, los que deben ser desacreditados por el acreedor para los efectos que su pretensión indemnizatoria prospere.

B. Obligaciones de resultado: responsabilidad contractual estricta u objetiva

En las obligaciones de resultado el deudor se compromete conocidamente de forma directa e inmediata a la efectiva consecución del resultado que constituye el propósito práctico o fin económico del contrato, obligándose derechamente a proporcionar al acreedor el beneficio o utilidad esperados. Ello salvo que ese resultado y el beneficio respectivo no sean obtenidos en razón de riesgos que están fuera de su esfera de acción y control. En esta clase de obligaciones el deudor asegura de esta manera al acreedor la obtención de un resultado práctico determinado, el cual integra el contenido de la prestación, asumiendo todos los riesgos respecto de su efectiva consecución, salvo que se trate de riesgos por completo incontrolables, que tengan el carácter de imprevisibles, irresistibles y externos. En razón de lo anterior, frente a la frustración del fin e interés contractual del acreedor, la única excusa disponible que inequívocamente le permite al deudor exonerarse de responsabilidad

²⁷ BARROS (2020), pp. 707-710. Véase también BRANTT (2010), p. 207, nota 697 y VIDAL (2010), p. 577.

es el caso fortuito o fuerza mayor, el que configura una causa extraña que esta fuera de su ámbito de acción y control. El transportista se compromete en este sentido a transportar la carga a un determinado destino, el constructor a construir la obra encargada y el vendedor a efectuar la tradición de la cosa vendida, asumiendo cada uno de ellos todos los riesgos que están dentro de su ámbito de acción y control respecto de la efectiva consecución del resultado comprometido, el que constituye el fin económico del contrato, cuya realización satisface el interés contractual del acreedor. Frente a la no consecución del resultado y la consecuente frustración del propósito o fin contractual, para los efectos de exonerarse de responsabilidad, al deudor no le resulta suficiente invocar como excusa que ha actuado con toda la diligencia debida, y que, no obstante ello, no logró satisfacer el resultado contractual comprometido. La única excusa disponible para los efectos de liberarse de responsabilidad es la existencia de un evento constitutivo de un caso fortuito o fuerza mayor, el que está por completo fuera de su ámbito de control y constituye la causa precisa que ha impedido la consecución del resultado práctico o fin comprometido.²⁸

A la luz de lo anterior, la principal pregunta que las obligaciones de resultado plantean en nuestro ordenamiento jurídico se refiere al lugar que en ellas desempeña la culpa y la consecuente excusa de la diligencia debida, especialmente considerando la interpretación que tradicionalmente se ha efectuado de las normas legales que regulan la responsabilidad contractual, contenidas en el título XII, libro IV, del Código Civil chileno.²⁹ Respecto de esta pregunta resulta posible idear diferentes caminos, todo los cuales han sido en general explorados por la doctrina nacional.

Un primer camino consiste en entender que en las obligaciones de resultado el comportamiento debido por el deudor está de tal modo precisado y determinado, que ejecutada esa conducta necesariamente se cumple el resultado, razón por la cual de la sola circunstancia de no haberse conseguido el resultado esperado puede inferirse la inobservancia del deber de conducta contractualmente comprometido. La inobservancia de ese deber contractual sería a su vez suficiente para los efectos de configurar la culpa, la que está precisamente constituida por la infracción de un deber de conducta preexistente. La única excusa admisible del deudor sería que si bien la infracción o inobservancia del deber contractual se produjo, ello fue por una causa extraña que no le resulta imputable. La culpa operaría así en las obligaciones de resultado de un modo análogo a la culpa infraccional en el ámbito extracontractual, en que el deber de comportamiento cuya infracción constituye la culpa está perfectamente precisado por el legislador, de modo que la negligencia queda configurada por el solo hecho de la infracción, salvo que se acredite que ello se debió a una causa extraña que configura una hipótesis de casos fortuito o fuerza mayor, el que resulta por completo inimputable, imprevisto e irresistible y constituye, por lo mismo, una excusa que libera de responsabilidad civil al infractor.³⁰

²⁸ Véase sobre las obligaciones de resultado, entre otros, en el derecho chileno, CORRAL (2023), pp. 242-245, 443-445; BARROS (2020), pp. 710-711, 730-731 y 1093-1095; BARROS (2008), p. 417; PEÑAILILLO (2003), pp. 223 y 229-230; en el derecho español, DIEZ-PICAZO (2008), pp. 281-282; JORDANO (1991), pp. 7 y ss.; y en el derecho francés, TERRÉ et al (2019), pp. 905-908; FABRE-MAGNAN (2019), pp. 593-594; CARBONNIER (2004), pp. 2190-2191.

²⁹ PEÑAILILLO (2003), pp. 229-230; BARROS (2020), pp. 710, en especial nota 15, 730-731, 1093-1095.

³⁰ Así, BARROS (2020), p. 710, nota 15; BARROS (2008), pp. 417-418; y BARROS y ROJAS (2010), p. 525. Tempranamente, también, TAPIA (1941), pp. 382-383.

Un segundo camino, diferente al anterior, que intenta explicar el lugar de la culpa en las obligaciones de resultado, se encuentra en la distinción entre la así denominada “función integradora” y “función promotora” de la diligencia debida. De acuerdo a este planteamiento, la diligencia desempeñaría una función integradora cuando forma parte del contenido de la prestación, mientras que desempeñaría una función promotora cuando está orientada solamente a permitir el cumplimiento de la prestación, pero sin formar parte de la misma. En las obligaciones de resultado la pregunta por la culpa resultaría solamente relevante en la promoción del cumplimiento contractual (función promotora de la diligencia), en el sentido de exigir del deudor cierta diligencia y cuidado en los actos preparatorios orientados a permitir el efectivo cumplimiento de la prestación, en particular en lo que respecta a la superación de las dificultades, impedimentos u obstáculos que se oponen al mismo. La falta de esa diligencia promotora resultaría en este sentido solo relevante para los efectos de definir la existencia de una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, que es, en definitiva, la única excusa de responsabilidad por incumplimiento de una obligación de resultado que admiten quienes adhieren a esta doctrina, para quienes, en tanto no se acredite ese caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento se imputa a la culpa presunta del deudor.³¹

Un tercer camino, finalmente, consiste en prescindir derechamente de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad contractual en el incumplimiento de esta especie de obligaciones, entendiendo que a su respecto rige un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa, que admite como única excusa el caso fortuito o fuerza mayor, esto es, una causa extraña, lo que en realidad configura un problema de causalidad.³²

Evaluados en sus efectos jurídicos, las diferencias entre uno y otro planteamiento son puramente dogmáticas, referidas a la formulación sistemática de la responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de resultado en el derecho chileno, sin que se expresen, en principio, en diferentes efectos prácticos. Las consecuencias específicas de asumir una u otra de las construcciones doctrinales expuestas son en ese sentido funcionalmente equivalentes, ya que frente a la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de una obligación de resultado los seguidores de uno u otro planteamiento están de acuerdo en ordena a admitir como única excusa o causal de exoneración de responsabilidad del deudor la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, que configura una causa extraña.³³ Si bien las primeras dos formulaciones doctrinarias tienen la ventaja -a lo menos aparente- de no abandonar el modelo clásico de atribución de responsabilidad por culpa, que es indiscutiblemente el que se generalizó en el derecho chileno sobre la base de la reglas que regulan

³¹ En este sentido, véase, DE LA MAZA y VIDAL (2020), pp. 37 y ss.; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 619-620; VIDAL y BRANTT (2013), pp. 415-416, 420-421; VIDAL y BRANTT (2012), pp. 279 y ss.; VIDAL (2010), pp. 581-583; BRANTT (2010), pp. 206 y ss.; PEÑAILILLO (2009), pp. 341 y ss.; GARCÍA (2002), pp. 138 y ss. y 153 y ss., todos los cuales siguen en la materia los planteamientos de la doctrina española, en particular de Díez-PICAZO (2008), pp. 121-122, 270-271, 282; JORDANO (1991), pp. 26 y ss. y, especialmente, BADOSA (1987), pp. 61 y ss.

³² Así, PIZARRO (2017), pp. 97 y ss.; PIZARRO (2014), p. 839; PIZARRO (2008), p. 263; FUEYO (1991), pp. 382-385. Sobre el caso fortuito o fuerza mayor como una causa extraña que supone un problema de causalidad, véase también CORRAL (2023), p. 520; CORRAL (2010), p. 132; BARAONA (1997), p. 175. Para un análisis crítico respecto a este tratamiento, CAMPOS (2020), pp. 30-31; BRANTT (2010), pp. 212 y ss.

³³ Véase, en ese sentido, BARROS (2020), pp. 710-711, 731 y 1094; BARROS (2008), pp. 417; BARROS y ROJAS (2010), p. 525; DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 620; VIDAL (2010), pp. 581-582; BRANTT (2010), p. 208; PEÑAILILLO (2009), pp. 340, 342-344.; GARCÍA (2002), pp. 153 y ss., 183-184; PIZARRO (2017), pp. 78, 99-100; PIZARRO, (2008), p. 263.

la materia en el Código Civil, con ello se opaca la circunstancia que la pregunta por el juicio negativo de valor de la conducta del deudor no juega en verdad ninguna función en el juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de resultado, el que parece ser en verdad por completo objetivo, concentrándose solamente en la efectiva falta de consecución del resultado o fin contractualmente prometido.

A lo señalado resulta posible agregar que la asignación de un lugar a la culpa como elemento o requisito autónomo en la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de resultado se enfrenta a la insalvable dificultad referida a la pregunta sobre la “ausencia de culpa” como causal de exoneración de responsabilidad en esta especie de obligaciones, ya que asumir que el incumplimiento de una obligación de resultado da lugar a una presunción de culpa tiene, como corolario necesario y lógico, aceptar que la “ausencia de culpa” o “falta de negligencia” configura una excusa admisible del deudor, a lo que, sin embargo, parece no estarse dispuesto. Existe en ese sentido una cierta inconsistencia en todo planteamiento que asume que el incumplimiento de una obligación de resultado da lugar a una presunción de culpa, pero solo admite el caso fortuito o fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad, ya que la asunción de una presunción de culpa en caso de incumplimiento implica aceptar -correlativamente- que esa presunción puede destruirse o revertirse acreditando el empleo de la diligencia debida.³⁴

Adicionalmente, constituye una obviedad que, en razón de sus requisitos, para los efectos de dar por configurada una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor siempre resulta necesario efectuar una valoración en concreto de la conducta debida y efectiva del deudor, para así determinar si en atención a todas las circunstancias del caso concreto un evento resulta realmente imprevisible, irresistible y exterior.³⁵ En el derecho civil chileno siempre se ha sostenido en ese sentido que “el caso fortuito descansa sobre la valuación de la conducta del agente frente al suceso dañoso”³⁶ y que “ineludiblemente la respuesta a la pregunta de si un determinado suceso puede ser calificado como una hipótesis de caso fortuito requiere interrogar, previamente, acerca de cuál era la conducta debida del deudor”.³⁷ Sin embargo, ello es una consecuencia de la naturaleza necesariamente circunstanciada que tiene la evaluación de los hechos que eventualmente configuran un caso fortuito. En razón de esa naturaleza, la evaluación de si uno o más hechos configuran un caso fortuito presupone siempre atender a todas las circunstancias fácticas del caso concreto, a la naturaleza de la relación obligatoria y aquello que razonablemente puede exigirse al deudor. Pero a partir de esa sola circunstancia no resulta posible asignar un lugar central a la culpa o negligencia como elemento autónomo y positivo en la configuración del supuesto jurídico de la responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de resultado. Esa responsabilidad se configura en realidad fundamentalmente a partir de la sola

³⁴ Así, PIZARRO (2017), p. 98.

³⁵ En ese sentido, véase, CORRAL (2023), pp. 494-495; TAPIA (2020), pp. 19 y ss. y 47 y ss.; CAMPOS (2020), pp. 14 y ss; ABELIUK (2014), pp. 970-973; RAMOS (2004), pp. 264-266; ALESSANDRI (1988), pp. 80-82 y CLARO (1937), pp. 537-538, donde siempre se termina destacando el carácter esencialmente circunstanciado y relativo del caso fortuito o fuerza mayor, el que por definición implica siempre una evaluación en concreto de los hechos y lo que resulta exigible al deudor, atendidas las particulares circunstancias del caso.

³⁶ COUSTASSE y ITURRA (1958), p. 13.

³⁷ TAPIA (1941), p. 20.

constatación de la no consecución del resultado práctico o fin prometido, al margen de todo juicio de valor respecto de la conducta del deudor. El juicio de valor solamente aparece de manera eventual y accesoria de lado de la excusa del deudor, solo en el evento de que éste alegue la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, lo que puede no ser el caso, de manera que nunca llegue a ser tematizado en el juicio de responsabilidad contractual si el deudor actuó con diligencia o negligencia, centrándose la discusión efectiva en la sola falta de obtención del fin o resultado práctico perseguido.

En razón de lo anterior, lo único que se consigue con los planteamientos que buscan encontrar un lugar central y fundamental a la culpa es opacar la circunstancia de que la responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de resultado no está en verdad condicionada a un juicio negativo de valor que implica la calificación de la conducta del deudor como negligente o culpable, razón por la cual se trata de una responsabilidad sin culpa que, por lo mismo, reviste el carácter de objetiva. Por eso, salvo por un encadenamiento a consideraciones puramente conceptuales del pasado y una excesiva atracción por la unidad conceptual, todo indica la pertinencia de abandonar el modelo de la responsabilidad contractual por culpa en esta clase de obligaciones. Lo cierto es que autónomamente considerada la culpa o negligencia no tiene en verdad rendimiento práctico alguno en el régimen de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado, no resultando posible equiparar la relevancia y centralidad que la misma tiene en la configuración de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de medios. Por eso, la responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de resultado es en realidad escrita u objetiva, esto es, prescinde completamente de la culpa o negligencia del deudor como requisito de la responsabilidad y admite como única excusa el caso fortuito o fuerza mayor, lo que configura principalmente una cuestión de causalidad: el daño no es atribuible a riesgos que están dentro de la esfera de acción y control del deudor, sino que a una causa extraña que está fuera de ese perímetro.

C. Obligaciones de garantía: responsabilidad absoluta o a todo evento

Las obligaciones de garantía constituyen una categoría equívoca y relativamente descuidada por la doctrina civil. En ellas el deudor asume íntegramente las consecuencias adversas que se siguen de la materialización de un determinado riesgo, incluso cuando ello se sigue de un caso fortuito o fuerza mayor, que configura una causa extraña. Por eso, en esta clase de obligaciones el deudor asegura a todo evento un determinado resultado o fin que envuelve un interés del acreedor, asumiendo siempre las consecuencias negativas que se siguen de la frustración o no consecución de ese resultado. Una obligación de garantía es de esta manera todavía más exigente que una obligación de resultado, ya que en ellas el deudor asegura a todo evento un específico fin económico o propósito práctico al acreedor, de manera que frente a su frustración no le resulta posible exonerarse de responsabilidad por daños ni aun acreditando la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. En esta especie de obligaciones el deudor se compromete así a responder prácticamente siempre frente al acreedor por la no obtención del resultado garantizado, con independencia de la causa o razón que pueda estar en el origen de su eventual frustración.³⁸

³⁸ FABRE-MAGNAN (2019), p. 593; TERRÉ et al (2019), p. 908, con referencia a GROSS, Bernard (1964).

En atención al alcance de los riesgos asumidos por el deudor en una obligación de garantía, la misma da lugar a la más extensa y estricta de las responsabilidades por daños en el derecho de contratos, lo que tiene por consecuencia que en principio el deudor no disponga de excusa o defensa alguna que le permita exonerarse de responsabilidad. La única excusa que en principio podría eventualmente permitirle al deudor liberarse de responsabilidad en el evento de la no consecución del fin práctico garantizado es la culpa o hecho del propio acreedor, pudiendo asumirse que ese es eventualmente el único riesgo no asumido por el deudor en esta especie de obligación.³⁹ Sin embargo, ello depende del particular modo en que la obligación de garantía se encuentra configurada por la ley o el contrato, cuestión que plantea en general un problema de interpretación legal o contractual, con el propósito de precisar cual es el alcance de la garantía asumida por el deudor frente al acreedor.⁴⁰

En consideración a la significativa extensión de la responsabilidad asumida por el deudor en una obligación de garantía, la misma resulta calificable como una responsabilidad estricta en el más puro sentido de la expresión, configurando un verdadero supuesto de responsabilidad absoluta o a todo evento, con la salvedad más arriba señalada respecto de la culpa o hecho del propio acreedor.⁴¹ Atendida su extensión y particular modo de configuración, en las obligaciones de garantía la responsabilidad civil no está condicionada a que con su comportamiento el deudor le cause u ocasione propiamente un daño o perjuicio al acreedor, siendo lo determinante el alcance de la garantía asumida. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de medios y de resultado, en esta especie de obligaciones la responsabilidad contractual no se funda propiamente en la relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y el daño experimentado por el acreedor, sino que en la extensión del riesgo asumido por el deudor frente al acreedor, lo que en general exige un acto de interpretación de la respectiva norma legal o cláusula contractual que es fuente de la específica obligación de garantía.⁴²

En el derecho contractual chileno la más típica obligación de garantía suele identificarse con la obligación de saneamiento de la evicción y de vicios redhibitorios que contrae el vendedor en el contrato de compraventa (Código Civil, artículo 1837). Sin embargo, se ha advertido que la obligación de saneamiento no da lugar a una acción de responsabilidad civil en sentido estricto o propiamente tal, lo que se muestra especialmente en los efectos que se siguen de la sola existencia de un vicio redhibitorio, los cuales son esencialmente restitutorios (Código Civil, artículo 1860), estando por el contrario la acción propiamente indemnizatoria condicionada a que el vendedor haya conocido o debido conocer los vicios en razón de su profesión u oficio, de modo que su responsabilidad por daños está condicionado a un juicio negativo de valor sobre su conducta (Código Civil, artículo 1861).⁴³ De esta manera, los efectos que se siguen del incumplimiento de la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios al margen de la culpa se asimilan en realidad a las consecuencias propias de la resolución por inexecución contractual, la que, de conformidad con una tendencia cada vez más generalizada en la doctrina

³⁹ LARROUMET (1999), p. 33.

⁴⁰ Al respecto, SCHOPF (2020), pp. 698-701.

⁴¹ Véase NICHOLAS (1995), p. 340.

⁴² LARROUMET (1999), pp. 92-93.

⁴³ BARROS, (2020), pp. 1093-1094; BARROS Y ROJAS (2010), p. 521.

nacional, exige únicamente el incumplimiento grave o esencial como presupuesto fundamental de aplicación, con presidencia de toda culpa o dolo del deudor.⁴⁴ En esas circunstancias, la extensión de la garantía que la ley impone al vendedor mediante las obligaciones de saneamiento por vicios redhibitorios no presenta en verdad particularidad alguna respecto de cualquier obligación cuyo incumplimiento pueda tenerse por grave o esencial, al no extenderse a los perjuicios que se siguen del vicio redhibitorio, los que solo pueden hacerse efectivos ejerciendo la respectiva acción indemnizatoria cuando el vendedor conocía o debía conocer los vicios.

Sin perjuicio de ello, sobre la base de una regulación análoga, en el derecho comparado se ha entendido consistentemente que frente a la existencia de un defecto o vicio redhibitorio, el fabricante o vendedor profesional que comercializa cosas o bienes de una misma clase o categoría, debe ser tratado exactamente del mismo modo que el vendedor que efectivamente conocía o debía conocer el vicio o defecto, sin que le resulte admisible excusarse de responsabilidad por daños invocando que el desconocimiento se debe a una causa extraña que no cae bajo su esfera de riesgos. De esta manera, por la vía de una interpretación extensiva de la ley, en el derecho comparado la obligación de saneamiento es transformada en los supuestos indicados en una genuina obligación de garantía, que se extiende también a los daños o perjuicios que se siguen de la verificación objetiva del vicio o defecto redhibitorio, incluso cuando su existencia se debe a un caso fortuito o fuerza mayor.⁴⁵ En principio, atendida la función de garantía que también entre nosotros se atribuye a la obligación de saneamiento por vicios o defectos redhibitorios, me parece que las mismas consideraciones deberían resultar pertinentes para el derecho chileno, fortaleciéndose de esta manera la posición jurídica del comprador de una cosa viciosa o defectuosa frente al vendedor, en particular cuando éste último es un fabricante especializado o comerciante profesional o habitual, del que legítimamente puede esperarse que entregue cosas libre de vicios o defectos que no ocasione daños a quien las ha comprado, debiendo, en caso contrario, responderse civilmente por los perjuicio ocasionados.

Al margen de la discusión de las hipótesis en que es el propio legislador el que efectivamente configura una obligación de garantía, la mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen la posibilidad de que el deudor asuma frente al acreedor todos los riesgos por los daños o perjuicios que puedan seguirse de la frustración de un determinado fin económico o propósito práctico perseguidos por el contrato o alguna de sus cláusulas, incluido cuando ello se debe a un caso fortuito o fuerza mayor, configurándose así por la intención común de las partes una auténtica obligación de garantía. Un contratante puede en ese sentido garantizar a todo evento al otro, por ejemplo, que dispone de la solvencia financiera o de las competencias técnicas necesaria para ejecutar una determinada prestación, que es el propietario de ciertos bienes, que éstos tienen determinadas cualidades o que está en condiciones de obtener los permisos necesarios para la realización de un determinado proyecto empresarial.⁴⁶ La principal ventaja de esa posibilidad radica en que permite al deudor garantizar a todo evento la

⁴⁴ Sobre el incumplimiento grave o esencial como presupuesto básico de la resolución por incumplimiento, con prescindencia de la culpa, véase en el derecho chileno, especialmente, CORRAL (2023), pp. 570-571; MEJÍAS (2011), pp. 21 y ss. y 281 y ss.; VIDAL (2009), pp. 347 y ss.; y, BARROS (2008), pp. 421 y ss.

⁴⁵ KÖTZ (2015), pp. 363-367, con referencia al derecho alemán y derecho francés respectivamente.

⁴⁶ Véase KÖTZ (2015), pp. 361 y ss.

veracidad de ciertas circunstancias actuales o asumir todos los riesgos por determinados eventos futuros frente al acreedor, pudiendo éste último descansar sobre esa garantía, cuestión que favorece la fluidez del tráfico jurídico y el desarrollo de las relaciones contractuales en general, al permitir un particular modo de organización y coordinación de los intereses de las partes contratantes, que es muchas veces el que efectivamente se ajusta a sus necesidades específicas.⁴⁷ Atendida la naturaleza de los intereses puramente particulares típicamente comprometidos en la relación contractual y los principios que articulan el derecho privado, no parecieran existir inconvenientes en reconocer a las partes la posibilidad de convenir obligaciones de esa especie en nuestro ordenamiento jurídico.⁴⁸

En el derecho chileno un supuesto en que los contratantes pactan convencionalmente una obligación de garantía puede de hecho encontrarse en las denominadas declaraciones y garantías contractuales, tomadas del derecho anglosajón (*representations and warranties*), en que una parte efectúa una declaración respecto de la otra, en que asegura o garantiza la verdad de ciertos hechos o estado de cosas, pasando esa declaración a formar parte de la relación obligatoria bajo la forma de una obligación contractual de garantía.⁴⁹ En los contratos de compraventa de sociedades las señaladas declaraciones y garantías contractuales han pasado a ser verdaderas cláusulas usuales o de estilo, de manera que resulta común que el vendedor asegure al comprador cuál es la real situación económica, financiera y legal de la empresa vendida, incluyendo aseveraciones en torno a la existencia o ausencia de contingencias tributarias, medioambientales o de cualquier otra especie, que inciden en el valor de la compañía y la proyección de sus flujos futuros.⁵⁰ De la función de esas declaraciones de garantía, cual es asegurar la efectividad de ciertas cualidades del negocio con el propósito de relevar al adquirente de la carga de verificar la corrección de tales afirmaciones, se sigue que la responsabilidad por daños del vendedor está dada por la sola falsedad o inexactitud de las aseveraciones efectuadas, sin que le resulte posible exonerarse de responsabilidad invocando excusa alguna, razón por la cual se trata inequívocamente de una obligación de garantía. Esa circunstancia se funda en que a las declaraciones y garantías contractuales, en cuanto fuente de obligaciones de garantía, subyace una atribución objetiva de los riesgos contractuales respecto de la veracidad de los hechos y circunstancias declaradas, de cuya verificación se libera por completo a la contraparte contractual, de manera que si las declaraciones efectuadas resultan falsas o equivocadas, habrá lugar a una indemnización de perjuicios por los daños resultantes, sin que al deudor le resulte posible invocar la propia diligencia o la existencia de una causa extraña constitutiva de un caso fortuito o fuerza mayor para los efectos de liberarse de responsabilidad.⁵¹

De igual manera, constituyen también una fuente convencional de obligaciones de garantía en el

⁴⁷ Véase TAPIA (2010), p. 597, respecto del contenido de la obligación de garantía.

⁴⁸ Véase, SCHOPF (2020), pp. 701 y ss., sobre la posibilidad y límites de los contratantes para configurar convencionalmente obligaciones de garantía.

⁴⁹ BARROS y ROJAS (2010), pp. 517 y ss. Sobre las declaraciones y garantías contractuales en el derecho chileno, véase también VAN DER SCHRAFT (2022), pp. 217 y ss.; RECARTE (2020), pp. 565 y ss.; CARDENAS y REVECO (2018), pp. 148 y ss.; QUEZADA (2015), pp. 17 y ss.; y, ALCALDE (2008b), pp. 243 y ss.

⁵⁰ CARDENAS y REVECO (2018), p. 149; ALCALDE (2008b) p. 243.

⁵¹ BARROS y ROJAS (2010), pp. 518-520, 524-525.

derecho chileno aquellas que surgen de las denominadas cláusulas de indemnidad por reclamos de terceros, las que tiene por objeto transferir de una parte a la otra un riesgo específico, el que está típicamente constituido por el riesgo de uno de los contratantes de resultar civilmente responsable frente a terceros ajenos a la convención en razón de accidentes ocurridos con motivo u ocasión de la ejecución de un contrato u otra circunstancia específica descrita en el acuerdo.⁵² Entre otros casos, las cláusulas de indemnidad son relativamente comunes en los contratos de construcción, estipulándose que el constructor se obliga a mantener indemne al mandante en el evento de que terceros ajenos al contrato interpongan acciones indemnizatorias en su contra, fundadas en accidentes ocurridos con motivo u ocasión de la ejecución de las obras.⁵³ En atención a la función de las cláusulas de indemnidad, las que tiene por propósito asegurar y otorgar certeza a su beneficiario de que no experimentará pérdida patrimonial alguna en el evento de materializarse el específico riesgo descrito en el acuerdo, el que es íntegramente transferido y asumido por el otorgante de la estipulación, la misma es inequívocamente fuente de una obligación de garantía, resultando suficiente la efectiva materialización del riesgo asegurado para que el deudor se vea obligado a pagar una compensación por daños al acreedor, sin que le resulta posible excusarse de responsabilidad alegado un caso fortuito o fuerza mayor que configura una causa extraña.⁵⁴

En atención a lo expuesto, en la medida que en las obligaciones de garantía se expande el ámbito de los riesgos por daños asumidos por el deudor y se limitan significativamente sus excusas, las que quedan prácticamente reducidas a cero, configurándose de esta manera una responsabilidad que en verdad resulta ser absoluta o a todo evento, todo indica que tanto por razones sistemáticas, como por consideraciones pragmáticas, lo más adecuado es tratar las obligaciones de garantía como una categoría autónoma, que va más allá de las obligaciones de resultado. Las obligaciones de garantía determinan el más estricto de los regímenes de responsabilidad que puede asumir el deudor por los daños que se siguen de la frustración del fin económico o propósito práctico que persigue un determinado contrato o una estipulación específica, no existiendo razón alguna que se opongan al reconocimiento de esa especie de obligaciones en nuestro derecho privado.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE UN RÉGIMEN DIFERENCIADO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE CONTRATOS CHILENO

La circunstancia que la calificación de la obligación como una obligación de medios, de resultado o de garantía incida en la configuración de la responsabilidad contractual en los términos expuestos, tiene una consecuencia relevante en la manera en que tradicionalmente se comprende la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico. En nuestro derecho privado, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales, la responsabilidad contractual se estructura tradicio-

⁵² SCHOPF (2020), pp. 686 y ss. Sobre las cláusulas de indemnidad en el derecho contractual chileno, véase también PIZARRO y MUÑOZ (2021), pp. 141 y ss.; CORRAL (2019), pp. 203 y ss. y CARDENAS y REVECO (2018), pp. 162 y ss.

⁵³ Véase SCHOPF (2020), pp. 687-688; CORRAL (2019), pp. 209-210; CARDENAS y REVECO (2018), pp. 162-164, para los supuestos típicos en que suelen estipularse cláusulas de indemnidad en la práctica contractual.

⁵⁴ SCHOPF (2020), pp. 691 y ss.; CARDENAS y REVECO (2018), p. 165.

nalmente en torno al principio de la culpa.⁵⁵ En virtud de ello, la condición más básica para atribuir responsabilidad al deudor es que el incumplimiento de la obligación contractual le resulte imputable en razón de haber actuado de una manera culpable o dolosa, lo que puede tenerse por constitutivo de un defecto de conducta. A lado de la infracción de la obligación contractual y su imputación en base a la culpa o el dolo, nuestro derecho privado exige la concurrencia de otros requisitos o elementos adicionales, los cuales deben siempre concurrir para configurar la responsabilidad contractual del deudor. En base a una interpretación de las disposiciones legales pertinentes (Código Civil, artículos 1547, 1551, 1556, 1557 y 1558), la doctrina nacional tiende a coincidir en la definición de esos requisitos o elementos, asumiendo la existencia de un modelo único y no diferenciado de atribución de responsabilidad civil en el derecho de contratos, en que los requisitos o elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son por regla general siempre unos y los mismos, sin importar la naturaleza de la obligación contratada.⁵⁶ La razón de esa construcción unitaria de la responsabilidad contractual en base al principio de la culpa puede encontrarse en la perspectiva tradicionalmente predominante en los ordenamientos jurídicos continentales, dentro de los cuales se incluye el derecho chileno, en cuya virtud el contrato es preferentemente concebido como una fuente de deberes contractuales para los contratantes, de cuya infracción solo se responde cuando la misma resulta imputable, siendo el juicio negativo de valor de la conducta que asume la forma de la culpa o el dolo el criterio más clásico y esencial para efectuar esa imputación. La responsabilidad contractual asume de esta manera la forma de un juicio de reproche por la infracción de un deber de comportamiento que ha causado un daño a otro, lo que obliga a la reparación mediante una indemnización de perjuicios.⁵⁷

La señalada perspectiva del contrato como fuente de deberes contractuales, según ya se señaló, puede ser sin embargo complementada con una perspectiva funcional del contrato, de conformidad con la cual éste es concebido como un instrumento que permite el intercambio y la cooperación entre particulares, para los efectos de cumplir determinados propósitos prácticos o fines económicos, los cuales apuntan siempre a satisfacer el interés en el intercambio de los contratantes. A la luz de esa premisa, lo determinante no es solamente el deber de conducta contraído por el deudor, sino también los riesgos que éste asume respecto de la efectiva satisfacción del interés del acreedor, cuestión que determina cuándo el deudor es en definitiva responsable por los daños sufridos a causa de la frustración de ese interés contractual. La naturaleza de los riesgos que pueden llevar a la frustración del fin económico o propósito práctico del contrato o de alguna de sus cláusulas pueden ser de distinta naturaleza, estando algunos de ellos bajo la esfera de acción y control del deudor, y otros, por el contrario, fuera de esa misma esfera de acción y control, constituyendo por lo mismo causas extrañas. En principio, esos riesgos se encuentran siempre explícita o implícitamente asignados entre los contratantes por la convención, configurándose la responsabilidad contractual solo cuando los daños sufridos son la consecuencia directa e inmediata de la efectiva realización de un riesgo asumido por

⁵⁵ Véase BARROS (2008), p. 415, para el derecho chileno; y, RANIERI (2009), p. 572; BRIESKORN (2010), pp. 150-177, en general para los ordenamientos jurídicos de tradición continental, como ordenamientos legales en que la responsabilidad contractual se construye tradicionalmente a partir del principio de la culpa.

⁵⁶ Véase, entre otros, ALCALDE (2018), p. 481; ABELIUK (2014), pp. 950-951; RAMOS (2004), pp. 242-243; ALESSANDRI (1988), pp. 78 y ss.; y, CLARO (1937), pp. 497 y ss. y 728 y ss.

⁵⁷ Véase ALCALDE (2018), pp. 466 y ss.; Díez-PICAZO (2008), pp. 647-648, 711 y ss.; LARENZ (1987), pp. 276 y ss.

el deudor frente al acreedor. Por el contrario, cuando ese no es el caso, es el acreedor el que asume el riesgo y debe soportar consecuentemente la pérdida patrimonial experimentada, exonerándose de responsabilidad al deudor. A la luz de esta perspectiva, el criterio central para delimitar y atribuir responsabilidad por daños en el derecho de contratos es el riesgo aceptado o asignado explícita o implícitamente a cada parte por la convención, cuestión que, según se ha expuesto en este texto, presupone un acto de interpretación contractual y se expresa en la calificación de la respectiva obligación contractual como una obligación de medios, una obligación de resultado o una obligación de garantía.

En vez de atender a la relación obligatoria surgida del contrato solo como fuente de deberes contractuales, en que la responsabilidad se funda en un juicio de recriminación por haberse infringido un deber de conducta culpablemente, la responsabilidad contractual es concebida bajo esta perspectiva como un reflejo de la distribución o reparto entre los contratantes de los riesgos de frustración de la finalidad económica o propósito práctico del contrato o de alguna de sus cláusulas, sin la necesidad de formular un juicio de reproche, el que resulta más bien ajeno a un instrumento de intercambio y cooperación entre personas particulares, principalmente orientado a la satisfacción de intereses patrimoniales privados, como lo es el contrato.⁵⁸

En atención a la enorme variedad de los fines o propósitos que pueden perseguirse por un contrato o sus diferentes cláusulas, los distintos riesgos que pueden frustrarlos y la diferente asignación que puede efectuarse explícita o implícitamente de los mismos por los contratantes, la formulación dogmática de la responsabilidad contractual tiene que efectuarse necesariamente de una manera también diferenciada, capaz de hacerse adecuadamente cargo de esos diferentes supuestos. En principio, puede asumirse que esa formulación dogmática se expresa en la configuración de un régimen diferenciado de responsabilidad contractual, en el que las obligaciones de medio dan lugar a una responsabilidad por culpa o negligencia, las obligaciones de resultado dan lugar a una responsabilidad estricta u objetiva y las obligaciones de garantía generan correlativamente una responsabilidad absoluta o a todo evento. De esta manera, la responsabilidad contractual no se configura sobre la base de un presupuesto único, sino que, sobre la base de supuestos diferenciados, de manera tal que en nuestro derecho de contratos conviven en realidad diferentes modelos de atribución de responsabilidad, fundados en supuestos también diferentes.⁵⁹

La construcción diferenciada de la responsabilidad contractual en los términos referidos es consistente con el desarrollo y la tendencia generalizada de la mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales, los cuales si bien parten de la premisa de la configuración unitaria de la responsabilidad contractual sobre la base de la culpa, consagran inmediatamente una serie de excepciones de significativa generalidad a ese principio, en que la responsabilidad contractual se construye objetivamente

⁵⁸ Respecto de la atribución de responsabilidad contractual según la asignación explícita o implícita de riesgos en el contrato, véase, especialmente, GÓMEZ (2007), pp. 6-7 y PANTALEÓN (1991), p. 1020.

⁵⁹ En esta línea, por un sistema más diferenciado de responsabilidad contractual en el derecho chileno, consistentemente, PIZARRO (2017), p. 75; PIZARRO (2014), pp. 825, 837 y ss.; PIZARRO (2008), pp. 255 ss.; y, también, FUEYO (1991), pp. 380-385. Un muy temprano y desapercibido anticipador de esta línea en el derecho chileno parece ser CLARO (1937), p. 730, quien sostiene al ocuparse de la responsabilidad contractual que “es necesario que los hechos de que depende esta responsabilidad sean imputables al deudor, es decir, que se hayan producido por su dolo o su culpa”, agregando seguidamente que, “la misma imputabilidad puede resultar sin que haya dolo o culpa de su parte, si la inejecución es debida a un simple hecho del deudor”.

en base a la sola actividad del deudor o a la garantía por éste asumida frente al acreedor, dando así lugar a la configuración de régimen diferenciado de responsabilidad contractual.⁶⁰ De igual manera, en la vereda contraria, los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, si bien parten de la premisa de que la responsabilidad contractual es por completo objetiva, fundamentándose en la sola garantía o actividad del deudor frente al acreedor, conocen también supuestos de extraordinaria generalidad y relevancia en que la responsabilidad contractual se basa en la culpa o negligencia -típicamente cuando el contenido de la promesa del deudor consiste en actuar con el debido cuidado- dando así lugar, en último término, a un régimen igualmente diferenciado de responsabilidad contractual.⁶¹ En la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados la responsabilidad contractual por frustración del propósito práctico o fin del contrato se construye de esta manera diferenciadamente, lo que -al margen de consideraciones puramente conceptuales y dogmáticas- no es sino el reflejo de las diferentes expectativas que las partes tienen la una de la otra en sus relaciones recíprocas en el tráfico jurídico, en función del tipo de contratos suscritos y la naturaleza de las distintas obligaciones a las que el mismo da lugar. En el derecho de contratos chileno, ello no debiera ser en principio diferente, construyéndose la responsabilidad contractual también diferenciadamente, precisamente en función de la calificación de la obligación como una obligación de medio, de resultado o de garantía. Esta distinción constituye una base apropiada para una construcción diferenciada de la responsabilidad contractual, precisamente al reflejar adecuadamente lo que una parte puede esperar de la otra en una determinada relación obligatoria, en atención al reparto de riesgos entre los contratantes que le resulta inherente. Las normas generales sobre responsabilidad contractual contenidas en el título XII del libro IV del Código Civil chileno resultan a su vez lo suficientemente flexibles y abiertas para una construcción de esa clase, al formular criterios de responsabilidad, más que normas jurídicas por completo concluyentes.

V. CONCLUSIONES

La calificación de una obligación como una obligación de medios, una obligación de resultado o una obligación de garantía depende no solamente del deber de comportamiento contraído por el deudor, sino que preponderantemente del riesgo por éste asumido respecto del efectivo cumplimiento del propósito práctico o fin económico del contrato, que conlleva la satisfacción del interés del acreedor envuelto en el intercambio contractual. De esta manera, la señalada calificación da cuenta de una manera particularmente clara de que el objeto de la obligación y la relación obligatoria considerada en su conjunto pueden ser comprendidos no solamente desde la perspectiva del deber de conducta del deudor, sino también, complementariamente, desde la perspectiva del interés contractual del acreedor. Las dos perspectivas no son excluyentes, sino que complementarias, permitiendo un análisis más adecuado de la relación obligatoria surgida del contrato, la que refleja de mucho mejor manera los fines económicos que en la práctica persiguen las partes al suscribir el contrato.

⁶⁰ Véase ZIMMERMANN (2018), pp. 1436 y ss.; KÖTZ (2015), pp. 359 y ss.; RANIERI (2009), pp. 572 y ss.; y, BRIESKORN, (2010), pp. 177 y ss., todos con referencias comparadas.

⁶¹ Véase TREITEL y PEEL (2020), pp. 937-940; MCKENDRICK (2019) pp. 364-365; BURROWS (2016), pp. 107-108; NICHOLAS (1995), pp. 340-341. Desde una perspectiva comparada, véase también ZIMMERMANN (2018), pp. 1437-1438; KÖTZ (2015), pp. 369 y ss.; RANIERI (2009), pp. 708 y ss.

La importancia de calificar una obligación contractual como de medios, de resultado o de garantía se muestra especialmente cuando el interés del acreedor es insatisfecho, provocándole un daño o perjuicio, siendo entonces necesario determinar quién debe soportar ese daño, lo que depende del respectivo reparto de riesgos entre los contratantes respecto de la frustración del propósito práctico o fin económico del contrato, cuestión que precisamente es capturada por la antes señalada calificación de la obligación. De conformidad a lo señalado, la responsabilidad contractual solo puede tenerse por configurada cuando el riesgo cuya materialización lleva a la insatisfacción del interés del acreedor está dentro del perímetro que define la esfera de riesgos asumida por el deudor, debiendo en caso contrario el daño ser soportado por el propio acreedor. La responsabilidad contractual es concebida de esta manera como un genuino instrumento de reparto de riesgos entre los contratantes, que mira bidimensionalmente a ambas partes de la relación obligatoria surgida del contrato.

En atención al diferente reparto de riesgos que subyace a la calificación de la obligación contractual como una obligación de medios, de resultado o de garantía es que la responsabilidad contractual se plantea también de manera diferentes en cada una de esas clases de obligaciones, cuando se produce la frustración del interés contractual del acreedor. La responsabilidad es por culpa o negligencia en las obligaciones de medios, estricta u objetiva en las obligaciones de resultado y absoluta o a todo evento en las obligaciones de garantía. Lo anterior significa que la importancia de calificar la obligación contractual como una obligación de medios, una obligación de resultado o una obligación de garantía radica en verdad en que esa calificación determina el régimen de responsabilidad contractual del deudor por los daños que se siguen de la frustración de un determinado interés contractual, determinando las excusas o causales de exoneración de que éste dispone frente al acreedor. La calificación de la obligación como de medios, de resultado o de garantía es de esta manera particularmente relevante no en el primer nivel de la relación obligatoria de origen contractual referido a la deuda, sino que en el segundo nivel de esa misma relación referido a la responsabilidad.

Lo antes señalado da cuenta de que la responsabilidad contractual no está constituida por un supuesto único de responsabilidad por culpa, como se ha asumido tradicional y preponderantemente entre nosotros, sino que, por el contrario, existe un continuo diferenciado de supuestos que determinan el alcance de la responsabilidad contractual del deudor por los daños que se siguen de la frustración del interés en el intercambio del acreedor. De esta manera, en realidad, en el derecho de contratos conviven diferentes regímenes de atribución de responsabilidad contractual del deudor, los que configuran un continuo que va desde la responsabilidad por culpa en las obligaciones de medio, pasando por la responsabilidad estricta u objetiva en las obligaciones de resultado, para culminar en una responsabilidad absoluta o a todo evento en las obligaciones de garantía. Ello no es sino un reflejo de lo que una contratante puede razonablemente esperar del otro en atención a la naturaleza del contrato suscrito y las obligaciones a las que el mismo da lugar. Una construcción de esa clase resulta pertinente para el derecho de contratos chileno, el que ha ido reconociendo paulatina y progresivamente las categorías de las obligaciones de medio, de resultado y de garantía, las que tienen precisamente el efecto jurídico indicado. Las disposiciones legales regulatorias de la responsabilidad contractual contenidas en el Título XII del Libro IV del Código Civil chileno son lo suficientemente flexibles y abiertas para ese propósito, al contener más bien criterios de responsabilidad y no normas jurídicas precisas y concluyentes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones*, 6ª edición (Santiago, Thomson Reuters), t. I y II.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2008a): “La causa de la relación obligatoria”, en: *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, Legal Publishing).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2008b): “La cláusula de ‘declaraciones y garantías’ en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 17).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2018): *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988): *Teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur).
- BADOSA COLL, Ferrán (1987): *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997): “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 24 núm. 1).
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de contratos”, en: *Estudios de derecho civil II* (Santiago, Legal Publishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2008): “Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales”, en: *Estudios de derecho civil III* (Santiago, Legal Publishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2009): “El contrato y el hecho que causa daño como antecedente de la responsabilidad”, en: *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, Legal Publishing).
- BARROS BOURIE, Enrique y ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás (2010): “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, en: *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2010): *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad contractual* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- BRIESKORN, Konstanze (2010): *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- BURROWS, Andrew (2016): *A Restatement of the English Law of Contract* (Oxford, Oxford University Press).
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2020): *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos* (Santiago, Ediciones DER).
- CARBONNIER, Jean (2004): *Droit civil 2. Les biens. Les obligations* (Paris, Puf).
- CARDENAS VILLAREAL, Hugo (2010): “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado”, en: De La Maza Gazmuri, Iñigo (compilador), *Responsabilidad Médica* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- CARDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo (2018): *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Santiago, Thomson Reuters).
- CLARO SOLAR, Luís (1936): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Nascimento), t. X.

- CLARO SOLAR, Luís (1937): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Nascimento), t. XI.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): *Contratos y daños por incumplimiento* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019): “Un aproximación a la recepción de las ‘cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros’ en el derecho de contratos chileno”, en: Ramírez Gastón, Germán y Varsi Rospigliosi, Enrique (editores), *Congreso Internacional de Derecho civil* (Lima, Instituto Pacífico – Universidad de Lima).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2023): *Curso de derecho civil. Obligaciones* (Santiago, Thomson Reuters).
- COUSTASSE, Eduardo y ITURRA, Fernando (1958): *El caso fortuito ante el derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): *Cuestiones de derecho de contratos* (Santiago, Thomson Reuters).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2020): *Contrato y caso fortuito* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DEMOGUE, René (1925): *Traité des obligations en général. Source des obligations* (Paris, Librairie Arthur Rousseau), t. V.
- DÍEZ-PICAZO, Luís (2008): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª edición (Cizur Menor Navarra, Civitas-Thomson Reuters), t. II.
- FABRE-MAGNAN, Muriel (2019): *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 5ª edición (Paris, PUF).
- FUEYO LANERI, Fernando (1991): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARCIA GONZÁLEZ, Alejandro (2002): *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medio y de resultado* (Santiago, Cono Sur-Lexis Nexis).
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2007): “El incumplimiento contractual en el derecho español”, en: *InDret* (núm. 3).
- JIMENEZ BLANCO, Pilar (2013): “Contenido y condiciones de las obligaciones contractuales: tipología en derecho comparado”, en: Sánchez Lorenzo, Sixto (editor), *Derecho contractual comparado*, 2ª edición (Cizur Menor Navarra, Civitas-Thomson Reuters).
- JORDANO FRAGA, Francisco (1991): “Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de alguna jurisprudencia reciente”, en: *Anuario de Derecho Civil* (fas. núm. 1).
- KÖHLER, Helmut (2020): *BGB Allgemeiner Teil*, 41ª edición (München, C. H. Beck).
- KÖTZ, Hein (2015): *Europäisches Vertragsrecht*, 2ª edición (Tübingen, Mohr Siebeck).
- LARENZ, Karl (1987): *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14ª edición (München, C. H. Beck), t. I.
- LARROUMET, Christian (1999): *Teoría general del contrato* (traducción de Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis), t. II.
- LETELIER CIBIE, Pablo (2017): “La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y resultado sobre la función y prueba de la culpa del deudor”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 29).
- McKENDRICK, Ewan (2019): *Contract Law*, 13ª edición (London, Red Globe Press).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011): *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).

- MORALES MORENO, Antonio (1983): “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en: *Anuario de Derecho Civil* (fas. núm. 4).
- MORALES MORENO, Antonio (1997): “Comentario art. 35”, en: Díez-Picazo, Luis (director), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor Navarra, Thomson-Civitas).
- MORALES MORENO, Antonio (2006): *La modernización del derecho de obligaciones* (Cizur Menor Navarra, Thomson-Civitas).
- NEUNER, Jörg (2020): *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12ª edición (München, C. H. Beck).
- NICHOLAS, Barry (1995): “Fault and Breach of Contract”, en: Beatson, Jack y Friedmann, Daniel (editores), *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, Clarendon Press).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991): “El sistema de responsabilidad contractual”, en: *Anuario de Derecho Civil* (fas. núm. 3).
- PELLEGRINO, Mario (1997): “Subjektive oder objektive Vertragshaftung? Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht”, en: *ZEuP*.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009): “Responsabilidad contractual objetiva”, en: *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, Legal Publishing).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXI).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2014): “El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 núm. 3).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2017): *Responsabilidad civil médica* (Santiago, Thomson Reuters).
- PIZARRO WILSON, Carlos y MUÑOZ VILLAGRA, Karen (2021): “La cláusula de indemnidad por reclamos de terceros”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (vol. 89 núm. 250).
- QUEZADA FUENTES, Ricardo (2015): “La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios”, en: *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado* (núm. 8).
- RAMOS PAZOS, René (2004): *De las obligaciones* (Santiago, Lexis Nexis).
- RANIERI, Filippo (2009): *Europäisches Obligationenrecht*, 3ª edición (Wien & New York, Springer).
- RECART APFELBECK, Joaquín (2020): “Sobre el conocimiento del comprador, antes de la firma del contrato o del cierre, de la falsedad de las declaraciones y garantías”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 47 núm. 2).
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno (2014): “Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la strict liability”, en: *Revista de Derecho Civil* (vol. I núm. 4).
- SCHAPP, Jan (1986): *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre* (Tübingen, J. C. B. Mohr-Paul Siebeck).
- SCHOPF OLEA, Adrián (2020): “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, en: *Estudios de derecho civil XV* (Santiago, Thomson Reuters).
- TAPIA SUAREZ, Orlando (1941): *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes* (Memoria de prueba, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Concepción).

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2010): “Incumplimiento contractual y obligaciones de garantía”, en: *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2020): *Caso fortuito o fuerza mayor*, 3ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves y CHÉNÉDÉ, François (2019): *Les Obligations*, 12ª edición (Paris, Dalloz).
- TREITEL, Guenter y PEEL, Edwin (2020): *The Law of Contract*, 15ª edición (London, Thomson Reuters – Sweet & Maxwell).
- VAN DER SCHRAFT GREVE, Mónica (2022): “Las representaciones y garantías en los contratos, su reconocimiento en la jurisprudencia y las controversias a que han dado lugar”, en: Letelier, Macarena (directora), *30 años de desarrollo institucional del arbitraje y de la mediación* (Santiago, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000): “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (núm. XXI).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “El Incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en: *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, Legal Publishing).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2010): “Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (a propósito de una sentencia de la Corte Suprema N° ingreso 1771-2008)”, en: *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro y BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2012): “Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 19 núm. 1).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro y BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2013): “Obligación, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, (vol. 40 núm. 2).
- ZIMMERMANN, Reinhard (2018): “Art. 9:501 (1): Right to Damages (General)”, en: Jansen, Nils y Zimmermann, Reinhard (editores), *Commentaries on European Contract Law* (Oxford, Oxford University Press).

Naturaleza jurídica de la obligación de seguridad laboral frente al problema de la objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo: una interpretación como obligación de medios

Legal nature of the occupational safety obligation facing the problem of objectivization in case-law of the employer's liability for accidents at work: an interpretation as an obligation to provide safety at work

Katiusca Andrea Venegas Fierro

Concepción, Chile.

Correo electrónico: kvenegas@pjud.cl. <https://orcid.org/0009-0001-4322-6128>.

Recibido el 21/04/2023

Aceptado el 12/06/2023

Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.04>

RESUMEN: El presente artículo pretende abordar la naturaleza y contenido del deber de seguridad contenido en el artículo 184 del Código del Trabajo. En el artículo se argumentará que el artículo configura una obligación de medios y, por consiguiente, corresponde al empleador responder de culpa leve, debiendo adoptar las medidas razonables de cuidado y prevención de accidentes.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, accidentes del trabajo, culpa, obligación de seguridad, obligación de medios, riesgo.

ABSTRACT: This article aims to address the nature and content of the duty of safety contained in Article 184 of the Labour Code. This paper will argue that the aforementioned article is an obligation of means and, therefore, the employer is liable for slight negligence and must take reasonable measures of care and accident prevention.

KEY WORDS: Liability, accidents at work, fault, occupational safety obligation, obligation of means, risk.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 184 del Código del Trabajo consagra en términos generales la obligación de seguridad del empleador, la cual se entiende incorporada en el contrato de trabajo. En cuanto a su naturaleza jurídica, la obligación de seguridad es una obligación de medios,¹ de manera que el empleador no puede garantizar que el trabajador se verá libre de todo daño. El deber de cuidado del empleador corresponde a una obligación de seguridad, que a diferencia de las obligaciones de garantía, no tiene por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino que establece un deber de cuidado que debe ser apreciado conforme a las circunstancias, y consiste en adoptar las medidas razonables de prevención sin que pueda exigírsele una efectiva y absoluta evitación de accidentes laborales.² ³ La expresión “eficazmente” que utiliza el artículo 184 del Código laboral apunta al grado de diligencia en el cumplimiento de este deber.⁴ Los riesgos laborales se distribuyen entre empleador y trabajador. El empleador que prueba su diligencia, acredita el cumplimiento de la obligación de seguridad.⁵

En efecto, ante la contingencia del accidente del trabajo o enfermedad profesional, el derecho chileno contempla dos mecanismos que coexisten y se complementan el uno al otro. Por una parte, se establece – desde antiguo – un seguro obligatorio, que resguarda al trabajador y a su familia contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, reconociendo y otorgando ciertas prestaciones determinadas por la ley N°16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y que, en síntesis, se traducen en prestaciones médicas, por incapacidad temporal, por invalidez y por sobrevivencia. Tal seguro se financia esencialmente con cotizaciones empresariales que se calculan como un porcentaje de la renta imponible del trabajador; el que, a su vez, se compone

¹ En este sentido, PINTO (2019), p. 395.

² BARROS (2010), p. 705.

³ En el mismo sentido, FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, citada por LANATA (2019), pp. 87-88.

⁴ En el mismo sentido, PRADO (2011), p. 210.

⁵ PIZARRO (2008), p. 262.

de un porcentaje fijo y uno variable, determinado en función de la actividad y riesgo de la empresa o actividad empleadora.⁶

Se trata, entonces, de un sistema que indemniza a las víctimas de un accidente, en forma independiente de las responsabilidades subjetivas que pudiesen existir.⁷

Pero a su vez, el régimen del seguro social coexiste con el régimen general de responsabilidad civil.⁸ La ley N°16.744, en su artículo 69 dispone expresamente que *“Cuando, el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar, y b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”*.

En consecuencia, la ley abiertamente permite que el trabajador víctima del accidente, además de obtener las prestaciones propias del seguro social, pueda perseguir la eventual responsabilidad que le cabe al empleador o a un tercero, en la ocurrencia del accidente o enfermedad, remitiéndose a las normas del derecho común, en particular, a las que regulan la responsabilidad contractual o extracontractual, según quien ejerza y en contra de quien se dirija la acción.⁹

A diferencia del seguro social, la responsabilidad civil tiene por antecedente la culpa del empleador, la que cuando es perseguida por el propio trabajador víctima del accidente o enfermedad profesional, adoptará el carácter contractual, dado que se funda en el incumplimiento de la obligación de seguridad que le impone la ley y el contrato de trabajo al empleador, siendo la obligación contractual esencial o básica en esta materia la que contempla el artículo 184 del Código del Trabajo.¹⁰

En consecuencia, el ámbito de la responsabilidad es más restringido que el del seguro social, el que por su naturaleza opera a todo evento, cumpliéndose los demás requisitos legales; en tanto que la primera se limita a la esfera de cuidado del empleador, sin ser de carácter estricta u objetiva, pues

⁶ PRADO (2011), p. 203.

⁷ LANATA (2019), p. 49.

⁸ CORRAL (2010), p. 5.

⁹ Sobre el particular, cabe hacer presente que pese a la amplia discusión doctrinaria, en cuanto a la competencia judicial y el procedimiento aplicable a las demandas por responsabilidad civil derivada de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de justicia han entendido, sobre la base del artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, que si quien acciona de responsabilidad civil es el trabajador o sus causas habientes, en contra del empleador, es competente para conocer del asunto el Juez laboral correspondiente y la responsabilidad es de naturaleza contractual; en tanto que, si quien demanda son las denominadas víctimas por repercusión, ya sea en contra del empleador o de un tercero responsable, la responsabilidad que se invoca es de naturaleza extracontractual, y por lo tanto la demanda debe ser conocida por un tribunal civil. Empero, tal interpretación no está exenta de críticas, principalmente por quienes entienden que no se justifica tal distinción, ya que las denominadas víctimas por repercusión no hacen más que invocar la infracción de un deber de seguridad que emana del contrato de trabajo, por lo que se dice que éste cede en beneficio de terceros.

¹⁰ En este sentido, PINTO (2019), p. 392.

para que nazca la obligación de indemnizar el citado artículo 69 de la ley N°16.744 exige como factor de imputación la culpa o dolo del empleador.¹¹

Sin embargo, pese a la letra de la ley, en la práctica nos encontramos con innumerables fallos en que tanto los tribunales inferiores como los superiores de justicia han ido objetivando la responsabilidad del empleador en esta materia, en particular imponiendo un elevado estándar de diligencia que debe cumplir y acreditar para eximirse de la responsabilidad que se le atribuye,¹² o bien, para estimar cumplida la obligación de seguridad que le impone el contrato de trabajo. Por otro lado, se ha estimado por una buena parte de la jurisprudencia que la obligación de seguridad que pesa sobre el empleador es de aquellas que se califican por el resultado, lo que conlleva a que la sola existencia del resultado dañoso – accidente del trabajo o enfermedad profesional – constituya en la práctica el incumplimiento mismo de la obligación de seguridad. Como corolario de lo anterior, siendo la responsabilidad de carácter contractual (para el caso que quien accione sea la víctima o sus causahabientes), en virtud del artículo 1547 del Código Civil la culpa del empleador se presume.¹³

En suma, todas estas circunstancias han derivado en la práctica en una especie de responsabilidad objetiva del empleador en el accidente o enfermedad profesional, sin que pueda más que alegar y acreditar un caso fortuito, o la culpa exclusiva de la víctima en la ocurrencia del accidente.

II. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR FRENTE AL TRABAJADOR. OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD Y CULPA DEL EMPLEADOR

La legislación especial en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se agota en las normas de la ley N°16.744, de manera que en el estudio de la responsabilidad civil del empleador debemos remitirnos por completo a las normas comunes del derecho civil, y en particular, a los requisitos de la responsabilidad contractual, como se explicará en lo sucesivo.

Dentro de los elementos de la responsabilidad contractual, dos de ellos nos merecen especial análisis, en atención a los fines del presente trabajo. Tales elementos son el incumplimiento de una obligación emanada del contrato de trabajo, en particular, de la obligación de seguridad que pesa sobre el empleador, y la culpa de éste último.

¹¹ BARAHONA (2011), p. 158.

¹² Al respecto, AEDO (2014), p. 719-720, pone de relieve este problema en la concepción normativa de la culpa. Por una parte, señala el autor el reproche frente a la construcción de deberes por parte del juez, porque ello lo transformaría en una suerte de legislador. Pero además, y con independencia de la fuente de tales deberes jurídicos, el autor critica que en los hechos el juez pueda elevar el nivel o grado del estándar de diligencia siempre un poco más allá del estándar normativo, “...y, en ausencia de este, siempre puede colocar dicho estándar hacia una conducta que importe mayor exigencia, abandonando precisamente la función propia de la culpa, como criterio de distribución de riesgos, conforme a un patrón medio o, si se quiere, con arreglo al patrón de la culpa leve.” Plantea el autor que aunque el juez, en los hechos, pueda elevar el estándar de diligencia, ello supone una distorsión de la idea de culpa y una pésima asignación del costo social. Por tanto, no comparte dicha modificación del estándar, aunque se constante en ciertos casos.

¹³ DIEZ (2005), p. 78.

A. Obligación de seguridad. Artículo 184 del Código del Trabajo

1. Incumplimiento del deber de cuidado

El artículo 184 del Código del Trabajo sienta las bases de la obligación de seguridad de la cual es deudor el empleador, al establecer que “*El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales*”.

Se ha entendido que el artículo 184 consagra un principio general en materia de responsabilidad del empleador, pero en caso alguna regula un régimen de responsabilidad, ya sea estricto o subjetivo.

La ocurrencia de un accidente laboral o enfermedad profesional viene a constituir, en principio, la manifestación del incumplimiento de este deber/obligación por parte del empleador.¹⁴ Así, se ha sostenido que la concreción de los riesgos laborales han sido consecuencia de no haberse adoptado por parte del empleador todas las medidas de seguridad tendientes a proteger la vida y la salud de los trabajadores; o bien, que las adoptadas no fueron suficientes o *eficaces*. En este sentido, para que nazca este tipo de responsabilidad debe existir incumplimiento de la obligación subjetiva que le impone el contrato de trabajo de proteger eficazmente la vida y salud del trabajador, que normalmente será resultado de la ejecución del trabajo en condiciones riesgosas, lo que hace necesario un estudio detallado de cuál o cuáles fueron las obligaciones incumplidas.¹⁵

De este modo, el empresario ocupa la posición jurídica del deudor y el trabajador la del acreedor de la seguridad. Asimismo, el deber de protección constituye una auténtica obligación, y no un mero deber jurídico.¹⁶

Ahora bien, se ha discutido en doctrina si la obligación de seguridad del empleador es realmente de carácter contractual, o más bien legal, con las importantes consecuencias que de ello se deriva; principalmente, en la determinación del régimen de responsabilidad aplicable a la acción que intentará el trabajador víctima del accidente.

Al respecto, se ha sostenido que se trata de una obligación de naturaleza contractual que constituye uno de los aspectos de la naturaleza extrapatrimonial que se advierte en el contrato de trabajo, formando parte del contenido contractual, de manera que su vulneración debiese acarrear responsabi-

¹⁴ DIEZ (2005), p. 78.

¹⁵ LANATA (2019), p. 50.

¹⁶ PINTO (2019), p. 389.

lidad civil contractual.^{17 18} Se agrega que tal obligación se enmarca dentro del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, al margen de lo meramente patrimonial.

Por otro lado, se ha dicho que se trata de una obligación de naturaleza mixta, por tratarse de un deber de seguridad que forma parte del contrato de trabajo, por un lado, sin necesidad de estipulación expresa, y, por otro lado, al tratarse de un deber de seguridad impuesto por el legislador, que involucra no solo el interés del trabajador, sino un interés público que tiene por fin obtener el mantenimiento de la salud laboral colectiva. Por ello, se ha estimado que, en definitiva, el deber se entiende incorporado a la relación contractual, a efectos de hacer efectiva la responsabilidad del empleador, ocurrido el accidente.¹⁹

En un sentido similar, Hernán Corral postula que estamos ante un “cúmulo” de acciones de responsabilidad cuando el trabajador es afectado por un hecho dañoso que puede ser calificado, a la vez, de incumplimiento del contrato de trabajo y de delito o cuasidelito civil por transgresión de los deberes de cuidado impuestos en general en beneficio de aquéllos con quienes convivimos.²⁰

Jorge Barahona²¹ entiende que bajo la mira conjunta de la Constitución, el Código Civil y el Código del Trabajo, los deberes de seguridad en el trabajo tienen una doble naturaleza: contractuales y legales, lo que produce un concurso de normas que dan lugar a acciones semejantes pero no idénticas en cuanto al estatuto jurídico por las que se rigen.

2. Contenido de la obligación de seguridad

El empleador debe custodiar en el trabajo los derechos constitucionales a la vida y a la salud del trabajador.²²

Delimitar el alcance y los contornos del deber de seguridad del empleador, así como el contenido del mismo, debiese ser la primera tarea a realizar frente a una acción indemnizatoria enderezada por el trabajador víctima del accidente o enfermedad profesional. Ello, por cuanto, siendo el factor de atribución de la responsabilidad del empleador la culpa o el dolo, sólo será posible emitir un juicio de reproche a la conducta del empresario en la medida en que se tenga certeza de cuáles fueron las medidas preventivas que éste debió adoptar en la realización de las labores productivas de la empresa, a fin de salvaguardar la vida y la integridad física y psíquica de sus dependientes.

¹⁷ PRADO (2011), p. 201.

¹⁸ En el mismo sentido, BARAHONA (2011), p. 149.

¹⁹ PINTO (2019), p. 39.

²⁰ CORRAL (2010), p. 6.

²¹ BARAHONA (2011), p. 151.

²² NUÑEZ (2013), p. 58.

En definitiva, se trata de responder a la siguiente interrogante, ¿Qué medidas de seguridad estaba obligado a adoptar el empleador? Pues en principio, todas las que fueren necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.²³

El artículo 184 del Código del Trabajo sienta las bases de un deber indeterminado, cuyo contenido nos parece que debiese ser determinado en cada caso concreto, en función del riesgo creado o aumentado^{24 25} por la actividad productiva en la cual labora el trabajador, y demás circunstancias casuísticas.²⁶

Como se lee de un fallo dictado por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa Rit O-4893-2017, el deber de seguridad se materializa con el cumplimiento de una serie de exigencias legales, tales como existencia de un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad -artículo 153 Código del Trabajo-, que debe contener las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en el medio laboral y las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deben observarse en el establecimiento donde desempeña sus labores; capacitación de los trabajadores con el fin de permitirles mejores condiciones de vida -artículo 179 del Código del Trabajo-; adopción y mantención de medidas de higiene y seguridad en la forma, dentro de los términos y con las sanciones que señala la ley -artículo 210 del código precitado-; funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y de un Departamento de Prevención de riesgos profesionales -artículo 66 ley Nº16.744-, entre otras. Asimismo, los deberes básicos del empleador referidos a tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, lo lleva a la adopción de acciones dentro de la empresa destinadas a llenar de contenido tales deberes, entre las cuales se puede mencionar una evaluación permanente de los riesgos de la empresa, una definición de las funciones a realizar por los trabajadores en razón de su peligrosidad, selección de éstos de acuerdo con esta realidad, instrucción y capacitación conforme con las contingencias advertidas, entrega de elementos de protección a los trabajadores y de los equipos e instrumentos idóneos para operar, mantención de sistemas de reacción eficientes y eficaces en caso que se declare una emergencia, evaluación frente a cada accidente de sus causas para evitar su ocurrencia futura, respeto de todas las normas legales, reglamentarias e internas, que regulan aspectos de seguridad laboral.²⁷

Pero además, una visión integral de la prevención de riesgos laborales supone que ésta no se limita a la evitación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino que comprende, además, el deber de proporcionar al trabajador un ambiente de trabajo adecuado para proteger eficazmente su derecho a la salud. Tal protección incluye todas las medidas necesarias, desde el personal competen-

²³ LANATA (2019), p. 51.

²⁴ MUNITA (2021), p. 186. En relación al mecanismo de la imputación objetiva, el autor sostiene que “... *nadie puede responder su no ha generado un riesgo creado más allá del permitido y tolerado socialmente; del mismo modo, nadie debe cuidar de los intereses de otro y deberá conducirse socialmente, confiando en que los demás cumplirán también sus respectivos roles, afirmándose la exclusión de responsabilidad desde el principio de auto-responsabilidad*”.

²⁵ Ver CÁRDENAS (2004), p. 551, acerca del criterio del riesgo general de la vida, y pp. 554-555, sobre el criterio del incremento del riesgo, a propósito de la imputación objetiva.

²⁶ Ver VARGAS (2011), pp. 412-415.

²⁷ Espindola con ISS Servicios Generales Limitada (2018).

te, hasta el medio ambiente y la organización del trabajo, a fin de conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano, que favorezca no sólo la salud física de los dependientes, sino también la salud mental óptima en relación con el trabajo. En este sentido el deber de seguridad del empleador consiste en la prevención de riesgos laborales, lo que se traduce en asegurar y conservar la íntegramente la seguridad y salud de los dependientes en el trabajo.²⁸

En síntesis, y siguiendo la distinción efectuada por Enrique Barros,²⁹ el empleador está sujeto a deberes de cuidado que provienen de tres fuentes: la ley, regulaciones administrativas y reglamentos internos de seguridad laboral; los usos normativos de prevención de riesgo en la industria respectiva; y los deberes generales de cuidado que responden al estándar del empresario razonable y diligente.

Deberes de cuidado exigidos por la ley. Ante todo, la conducta del empleador debe sujetarse a las disposiciones legales y reglamentarias en materia de higiene y seguridad laboral, comprendiéndose en ella, además, las disposiciones del reglamento interno respectivo. Partiendo por la afiliación y cotización en el sistema del seguro social de la ley N°16.744, pasando por normas sobre saneamiento básico de los lugares de trabajo, condiciones ambientales, protección frente a la contaminación ambiental; inclusive, la existencia de obligaciones para el empleador en casos de riesgos sobrevinientes.³⁰

El inmenso bosque normativo en materia de seguridad laboral muchas veces dificulta su estudio. Sólo a modo ejemplar, podemos citar: El Título III del Código del Trabajo; Código Sanitario: Título III. De la higiene y seguridad de los lugares de trabajo; Decreto 594 de 29.04.2000, que aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo; Ley N°16.744 sobre Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; Decreto 54 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Reglamento para la constitución y funcionamiento de comités paritarios de higiene y seguridad. 11.03.1969; Decreto 109 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Reglamento para la calificación y evaluación de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. 07.06.1968; Decreto 76 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Reglamento para la aplicación del artículo 66 bis de la Ley N°16.744 sobre la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios que indica.

Deberes de cuidado exigidos por los usos normativos de la actividad. Enrique Barros entiende que la prevención de riesgos es una disciplina especial de la gestión empresarial. Los estándares informales o codificados privadamente son criterios especialmente útiles para determinar los deberes de conducta, pues expresan la experiencia acumulada en una materia que ha sido de especial atención en el desarrollo de buenas prácticas empresariales.

²⁸ NUÑEZ (2013), p. 58.

²⁹ BARROS (2010), pp. 706-709.

³⁰ Según el artículo 184 bis del Código del Trabajo, y sin perjuicio del deber general establecido en el artículo 184, cuando en el lugar de trabajo sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador deberá: a) Informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo, así como las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo. b) Adoptar medidas para la suspensión inmediata de las faenas afectadas y la evacuación de los trabajadores, en caso de que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar.

Deberes de cuidado contruidos de conformidad con el estándar del empresario diligente. Pueden señalarse como tales el tener personal competente para las labores que requiere la empresa (puesto que el empresario responde si el accidente se debe a la incompetencia de otros trabajadores de la empresa), equipamiento adecuado, seguridad del espacio donde se trabaja, una organización industrial eficiente, entre otras.

Sobre lo último, el citado autor plantea que la mayoría de los casos de responsabilidad civil por accidentes laborales parece tener por antecedente un defecto de organización que el demandante atribuye al empleador. Este defecto se refiere especialmente al establecimiento de un sistema de seguridad proporcionado al riesgo, a instrucciones apropiadas y a un mecanismo de supervisión para comprobar que el sistema y las instrucciones funcionan apropiadamente. Agrega que a menudo los fallos se limitan a inferir la falta en la organización del mero hecho de que haya ocurrido el accidente, con el riesgo de transformar así el régimen de responsabilidad en uno de corte estricto, en base a presunciones que en los hechos resultan indestructibles, alterándose así el estatuto de responsabilidad por culpa que establece la ley.³¹

La Excma. Corte Suprema, en fallo dictado con fecha 19 de noviembre de 2019 en causa Rol N°6.523-2018, ha sostenido que: “QUINTO: (...) Este precepto legal – artículo 184 – contiene un concepto jurídico indeterminado, cual es el deber de seguridad del empleador, que ha de traducirse en la adopción de medidas adecuadas de protección de la vida y salud de los trabajadores, así como la entrega de elementos de protección necesarios para prevenir los riesgos laborales, y cuya medida de cumplimiento se establece en cada caso concreto conforme a los hechos que se acrediten y a la culpa que sea atribuible al empleador en los resultados dañosos de un accidente del trabajo(...) SEXTO: (...) Lo peculiar de la responsabilidad civil por culpa en la organización reside en la condición de que la conducta de la empresa debe haber infringido un deber de cuidado, establecido en la ley, los usos normativos o por el juez, en consideración de la conducta que se puede esperar de la organización empresarial, atendidas las circunstancias”.³²

a) Deberes y obligaciones de la empresa en la prevención de riesgos

Desde otro punto de vista, y siguiendo la distinción hecha por Pedro Contador,³³ en materia de prevención de riesgos es posible distinguir deberes referentes a la higiene y seguridad en las faenas (aspecto técnico del concepto amplio de prevención de riesgos); y deberes referentes a la prevención de riesgos propiamente tal (aspecto administrativo de la prevención).

i. Deberes relacionados con la higiene y seguridad industrial

Los deberes asociados a la higiene y seguridad son los siguientes: a) Obligación contenida en el artí-

³¹ BARROS (2010), p. 709.

³² Cabrera con Ascensores Chile S.A. (2019).

³³ CONTADOR (1993), pp. 95-125.

culo 68 inciso 1° de la ley 16.744; b) Obligación del artículo 68 inciso 3° de la ley 16.744; c) Obligación contenida en el artículo 66 inciso 5° de la ley 16.744.

ii. Deberes relacionados con la prevención de riesgos propiamente tal

Los deberes asociados a la prevención de riesgos, son los siguientes: a) Obligación de mantener al día los reglamentos internos de higiene y seguridad en el trabajo; b) Deber de informar sobre los riesgos.

3. Naturaleza de la obligación de seguridad

Sin duda que podemos calificar la obligación de seguridad como aquellas de hacer, por cuanto consiste en el despliegue o ejecución de acciones encaminadas a resguardar la seguridad de los trabajadores en la obra o faena. Pero el punto objeto de discusión es si se trata de una obligación de medios o de resultado, con las consecuencias prácticas que de ello se deriva.³⁴

Creemos que aquí se encuentra en gran medida la explicación al porqué del carácter objetivo o estricto que se ha ido dando jurisprudencialmente a la responsabilidad del empleador en materia de accidentes del trabajo. La jurisprudencia tanto de tribunales de primera instancia, como de las Cortes de Apelaciones, conociendo recursos de nulidad, así como de la Corte Suprema, en recursos de unificación de jurisprudencia, ha entendido que la obligación de seguridad que impone el contrato de trabajo al empleador es de aquellas que se califican por el resultado, en términos que el empleador se constituye en deudor de una obligación de garantía, y a partir de ello, debe librar al trabajador de todo riesgo; de manera que, bajo esta interpretación, la sola producción del accidente del trabajo revela el incumplimiento de este deber de seguridad,³⁵ incumplimiento que se presume culpable, por aplicación del artículo 1547 del Código Civil.

En este escenario, el empleador que quiere eximirse de su responsabilidad deberá acreditar que el accidente ha tenido lugar por caso fortuito, o bien, por hecho exclusivo del trabajador, de manera que el incumplimiento no le resulta imputable; pero en ningún caso podría alegar el cumplimiento de su obligación de seguridad, ya que al ser ésta una obligación de resultado, la sola producción del accidente o enfermedad dejar ver su incumplimiento.³⁶

En oposición a la interpretación expuesta, creemos que la obligación de seguridad del empleador es una obligación de medios, ya que el empleador no puede resultar obligado a librar al trabajador de absolutamente todos los riesgos. La vida en sociedad y el desarrollo de actividades económicas y productivas necesariamente supone riesgos que muchas veces escapan de la prevención, inclusive si se exige y se satisface el estándar más elevado de diligencia, como ocurre en materia de riesgos laborales en que se ha entendido que el empleador responde de la culpa levisima.

³⁴ Ver LETELIER (2017), pp. 140-145.

³⁵ SIERRA (2011), p. 7.

³⁶ BARAHONA (2011), p. 157.

Retomaremos este punto más adelante. Por ahora, expondremos los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que se han esbozado para calificar la obligación de seguridad ya sea como obligación de medios o de resultado.

a) Obligación de seguridad como obligación de medios

Si consideramos que la obligación de seguridad del artículo 184 es de medios, la ocurrencia del accidente constituiría una presunción de la infracción, debiendo el empleador demostrar que ha obrado con la diligencia debida, en el sentido de acreditar que efectivamente adoptó todas las medidas de seguridad destinadas a proteger al trabajador; con ello, el empleador acredita el cumplimiento de la obligación de seguridad laboral.^{37 38}

En este sentido, Enrique Barros³⁹ explica que el deber de cuidado del empleador corresponde a una obligación de seguridad, que tiene por objeto la integridad física y psíquica del trabajador, agregando que las obligaciones de seguridad, a diferencia de las de garantía, “no tienen por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino establecen un deber de cuidado, que debe ser apreciado según las circunstancias”.⁴⁰

En la misma línea, Patricia Fuenzalida⁴¹ sostiene que se trata de una obligación de medios y lo que se impone al empleador es la carga de adoptar no sólo las medidas de seguridad que la normativa vigente y la propia actividad comercial o industrial exigen, “sino todas aquellas que aparezcan como necesarias, idóneas y posibles para lograr el fin buscado, cual es, proteger de manera lo más completa la vida y salud de los trabajadores a su cargo”, entendiéndola autora que la expresión “eficazmente” pretende que el empleador asuma un rol activo en la protección de los trabajadores, que no se limite al mero cumplimiento formal de la norma.

Pamela Prado⁴² se inclina por la postura de considerar que la diligencia del empleador es especialmente relevante en el cumplimiento de la obligación de seguridad, ya que como ella es susceptible de ser calificada como de medios, la diligencia del empleador se encuentra situada en la prestación debida, siendo ella tanto promotora como integradora del deber de prestación.

En apoyo de este criterio, la Corte de Apelaciones de Valdivia señaló lo siguiente: “TERCERO (...) la obligación del empleador es una obligación de medios, consistentes en adoptar las medidas razonables de prevención, por lo que la circunstancia de haberse accidentado el trabajador con ocasión del trabajo

³⁷ PIZARRO (2008), p. 263.

³⁸ CHAVARRÍA (2014), pp. 69-70.

³⁹ BARROS (2010), p. 705.

⁴⁰ En este mismo sentido, LANATA (2019), p. 50.

⁴¹ FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, citada por LANATA (2019), pp. 87-88.

⁴² PRADO (2011), p. 210.

no se sigue que exista responsabilidad del empleador, pues debe existir una conducta ilícita de su parte, que incida en el daño que se trata de indemnizar, como son los incumplimientos o las omisiones de las obligaciones de seguridad o protección que le impone la ley (...).⁴³

b) Obligación de seguridad como obligación de resultado

Al parecer, la jurisprudencia se ha inclinado mayormente por considerar que la obligación de seguridad del empleador es de resultado, apuntando a que la expresión “eficazmente” que utiliza el artículo 184 del código de la materia alude a un efecto de resultado.

Así, se ha sostenido lo siguiente: “Particularmente, sobre el vocablo “eficazmente” utilizado en el inciso primero del artículo 184 ya referido, se ha sostenido que apunta a un efecto de resultado (...) De esta manera, el incumplimiento del empleador y/o del dueño de la obra se presentará cuando ocurra una enfermedad profesional, ya sea porque ambos o uno de ellos no adoptó las medidas necesarias de seguridad o porque las adoptadas no fueron eficaces, surgiendo el deber de reparación como consecuencia de la obligación que se asume al celebrar el contrato de trabajo o el de subcontratación.”⁴⁴

La Excm. Corte Suprema de justicia ha señalado reiteradamente: “7° (...) “El citado artículo 184 del Código del Trabajo, que establece el principio rector en materia de obligaciones de seguridad del empleador, en concordancia con el artículo 68 de la Ley N° 16.744, pone de carga del empleador acreditar que ha cumplido con este deber legal de cuidado si el accidente ha ocurrido dentro del ámbito de actividades que están bajo su control, debiendo en principio presumirse su culpa por el hecho propio, correspondiendo probar la diligencia o cuidado a quien ha debido emplearlo, en el caso sub lite, a la empresa demandada en su calidad de empleadora. En otras palabras, si se verifica un accidente del trabajo se presume que el empleador no tomó todas las medidas necesarias para evitarlo, o que las adoptadas fueron insuficientes o inapropiadas, presunción que surge de la obligación de seguridad impuesta por el legislador y que se califica como de resultado (...).”⁴⁵

Puede entenderse que la producción de un accidente del trabajo o enfermedad profesional supone por sí misma una infracción al deber de protección en cuestión, debiendo el empleador demandado acreditar en juicio que ha obrado con la diligencia debida. Empero, bajo esta concepción, la prueba de la diligencia del empleador no supone la prueba del cumplimiento de su obligación, sino más bien la vía para exonerarse de responsabilidad, debiendo probar que el riesgo laboral se ha concretado por caso fortuito, o bien, por “culpa” exclusiva del trabajador.⁴⁶

En este sentido, la ocurrencia de un accidente laboral, más que una presunción *iuris tantum* de in-

⁴³ Ramírez con Constructora Kramm Limitada (2010).

⁴⁴ Martínez con Sociedad de Servicios de Astilleros y Maestranza SpA y otro (2021).

⁴⁵ Aedo con Nazar Logística Limitada, Sociedad de Transportes Nazar Limitada y Nazar Cargo Ltda (2014).

⁴⁶ LANATA (2019), p. 87.

cumplimiento contractual –como lo es si se considera a la obligación de seguridad como de medios– sería en sí mismo el hecho que prueba objetivamente la infracción del contrato.⁴⁷

B. Culpa del empleador. Responsabilidad por culpa

1. La responsabilidad del empleador es siempre “subjética”

La norma del artículo 69 de la ley N°16.744 parte del supuesto de que el accidente o enfermedad profesional se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora, y sólo en ese caso el trabajador podrá reclamar las “demás” indemnizaciones que correspondan. Es decir, la responsabilidad civil del empleador es siempre “subjética”, como tradicionalmente se le ha denominado a aquella en la cual es factor de imputación es el dolo o la culpa del agente; en oposición a la responsabilidad “objetiva” o estricta, en que el éste responde por la sola producción del daño, con independencia de la negligencia o diligencia que pudo haber empleado.^{48 49}

En materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, no basta la ocurrencia del riesgo laboral, sino que se requiere siempre de la culpa o dolo del empleador como factor de imputación. El carácter objetivo o de procedencia “a todo evento” se agota en las prestaciones que contempla seguro social, pero no se comunica a la responsabilidad civil.

Otra cosa es la aplicación práctica que ha hecho en los últimos años la jurisprudencia, que como hemos señalado, elevando el estándar de diligencia exigido al empleador y entendiendo la obligación de éste como aquellas de garantía, ha venido objetivando la responsabilidad del empleador en esta materia.

2. Grado de culpa de la cual responde el empleador y la distribución de riesgos laborales

En relación con el grado de diligencia o cuidado que corresponde aplicar, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, corresponde a la culpa levisísima, que ha sido definida como la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Lo anterior, por cuanto aun de estimarse que el empleador responde de culpa leve y no levisísima (por tratarse de un contrato de carácter bilateral), no cabe duda que el estándar de diligencia exigido difiere de aquél necesario para cumplir una obligación de carácter patrimonial, en

⁴⁷ SIERRA (2011), p. 7.

⁴⁸ En este sentido, LANATA (2019), pp. 50-51.

⁴⁹ DÍAZ (2007), p. 82, “En la responsabilidad objetiva se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, no se mira su culpabilidad, se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta que este daño se produzca para que el autor del hecho dañino esté obligado a indemnizar. Así, el problema de la responsabilidad se traduce en un asunto de causalidad y no de imputabilidad; basta encontrar la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido, no siendo necesaria la relación de reprochabilidad entre el autor del hecho y el hecho mismo⁸. Estando la clave en determinar cuándo un daño merece ser indemnizado”.

atención a la entidad de los bienes jurídicos protegidos, nada menos que la vida e integridad física y psíquica del trabajador.^{50 51 52}

Así, por ejemplo, en lo relativo al deber del empleador de proporcionar los elementos de seguridad al trabajador que se desempeña en faenas peligrosas, éste no se cumple con sólo tener a disposición de tales trabajadores dichos elementos en una bodega, sin que nadie parezca controlar si los toma o no, sino que debe hacerse una entrega personal y controlada para cada comienzo de labor, vigilando además, en cuanto sea posible, su uso.⁵³

Ahora bien, es importante considerar que en el juicio de culpa de la entidad empleadora se debe tener en cuenta la especial naturaleza de la obligación de seguridad que se supone incumplida y cuyo contenido trasciende una simple prestación de un contrato patrimonial, puesto que se inserta en el deber de cuidado a la vida y salud de un ser humano, quien en este caso se encuentra desarrollando labores de manera subordinada a otro, quien en definitivo se verá beneficiado con los frutos del trabajo humano.⁵⁴

Lo anterior explica el porqué de la exigencia contenida en el artículo 184 ya citado, en cuanto impone un deber de cuidado eficaz y adecuado, lo que, en atención a la naturaleza de la prestación en cuestión, no puede sino implicar, a lo menos, cumplirla con la suma diligencia y cuidado.

Pero además, creemos que el alto estándar de diligencia que se exige al empleador en materia de seguridad laboral encuentra sustento en los riesgos que éste asume en el desarrollo de su actividad. Si el artículo 69 ya mencionado exige la culpa del empleador como factor de atribución, es porque supone que éste no asume la totalidad del riesgo laboral, pero sí la mayor parte de los mismos, puesto que el artículo 184 del Código del Trabajo lo obliga a proteger *eficazmente* la vida y salud de los trabajadores; de ahí entonces que el empresario esté obligado a emplear aquella esmerada diligencia que se espera de un hombre juicioso, por cuanto él, siendo dueño de la obra, empresario, beneficiario de los frutos del trabajo humano, es quien está en mejor posición de evitar la concretización del riesgo, tanto porque dispone que mayores recursos económicos, como porque es de su cargo la adopción de medidas encaminadas a tal fin, así como la dirección y organización del trabajo. No obstante, lo anterior no significa que el trabajador esté exento de toda obligación en materia de seguridad, ya que, por su parte, debe acatar fielmente las instrucciones impartidas por su empleador; y, en términos generales, evitar la exposición imprudente al daño, debiendo asumir todas las medidas de autocuidado que le sean posibles.⁵⁵

⁵⁰ LANATA (2019), p. 60.

⁵¹ LANATA (2019), p. 84.

⁵² En el mismo sentido, DIEZ (2005), p. 88.

⁵³ *Calderon con Empresa Constructora Acm Ltda* (2006).

⁵⁴ DIEZ (2005), p. 89.

⁵⁵ En este sentido AEDO (2014), p. 714, sostiene que la culpa se emplea como herramienta de distribución de riesgos en una

En definitiva, en palabras de Enrique Barros, la responsabilidad por culpa se sostiene en un juicio acerca de lo que razonablemente se puede esperar de quien tiene un deber de cuidado. En circunstancias que ninguna regulación profesional o legal puede aspirar a la exhaustividad, el más general de los criterios de determinación de los deberes de cuidado es el estándar de la persona razonable, la responsabilidad por culpa supone que el juez se ponga en la situación de un empresario prudente y diligente y compare, sobre la base de los hechos de la causa, si el demandado observó ese estándar de conducta. En otras palabras, el juicio de culpabilidad requiere comparar la conducta efectiva con la que debió observarse en concreto.⁵⁶

3. Caso fortuito y “culpa” de la víctima

Como señalamos al tratar sobre la naturaleza de la obligación de seguridad, la jurisprudencia de los últimos años sobre la materia ha venido configurando una especie de responsabilidad objetiva del empleador, estimando que la obligación de seguridad que pesa sobre éste es de aquellas que se califican por el resultado, de manera que la ocurrencia del accidente o enfermedad profesional constituye el incumplimiento mismo de la obligación; incumplimiento que en sede contractual se presume culpable, siendo resorte del empleador acreditar el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima para exonerarse de responsabilidad. Refuerza lo anterior el elevado estándar de diligencia que se le exige acreditar al demandado, y que en la mayoría de los casos resulta casi imposible de satisfacer, considerando que el sentenciador muchas veces entiende que el deber del empleador consiste en librar al trabajador de absolutamente todos los riesgos laborales.

Sobre el caso fortuito, sólo señalaremos brevemente que la Dirección del Trabajo⁵⁷ ha determinado que para que un hecho constituya fuerza mayor o caso fortuito, es preciso que reúna tres elementos copulativos: inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Entiende que la inimputabilidad consiste en que el suceso o hecho que se invoca como constitutivo del caso fortuito provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, o sea, que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su producción. En cuanto a la imprevisibilidad, precisa que ésta consiste en que el hecho invocado en tal calidad, dentro de los cálculos ordinarios y corrientes, no se haya podido prever. Es decir, guarda relación con lo acostumbrado o desacostumbrado del acontecimiento que se invoca como constitutivo del caso fortuito; en otros términos, sucesos que, racionalmente, no han podido preverse por la manera como se presentan. Por último, en cuanto a la irresistibilidad, entiende que tal circunstancia consiste en no ser posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ninguna de las partes haya podido preverlo y evitarlo, ni aun cuando se opongan al hecho imprevisto las defensas idóneas para lograr tal objetivo. Si únicamente hace más difícil o gravoso el cumplimiento, no se estará en presencia de un hecho que pueda ser calificado como caso fortuito.

sociedad. Concretamente, estima que la culpa delimita un radio de actividades de las que el potencial autor del daño debe hacerse cargo, reservando un ámbito en el que la propia víctima debe asumir su propio cuidado. El mismo autor concluye que la culpa, entendida como reproche por la vulneración de un estándar de comportamiento, conforme a un patrón medio, se traduce en un mecanismo de distribución de riesgos sociales, estableciendo un ámbito en que el potencial dañante debe responder y un ámbito en que la propia víctima debe adoptar medidas de precaución (p. 724).

⁵⁶ BARROS (2010), p. 709.

⁵⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO (1997): Dictamen Ordinario N°7.173, de 24 de noviembre de 1997.

a) Exposición imprudente del trabajador al daño

Sin duda, una de las defensas más esgrimidas por los empleadores ante una demanda indemnizatoria es aquella que sostiene que el accidente se produjo por culpa o imprudencia del trabajador, habiendo cumplido el empleador con su deber de cuidado, ya sea porque aquel se apartó de las instrucciones expresas del empleador, o bien porque no hizo correcto uso de los elementos de seguridad, o simplemente fue negligente en el cumplimiento de su cometido.

En el ámbito del seguro social, la culpa del trabajador tiene como consecuencia la imposición de una multa. Así lo dispone el artículo 70 de la ley N°16.744: “Si el accidente o enfermedad ocurre debido a negligencia inexcusable de un trabajador se le deberá aplicar una multa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 68°, aún en el caso de que él mismo hubiere sido víctima del accidente. Corresponderá al Comité Paritario de Higiene y Seguridad decidir si medió negligencia inexcusable”.

Tratándose de la responsabilidad civil, el artículo 2.320 del Código Civil se refiere expresamente a la exposición imprudente de la víctima al daño, declarando que en tal supuesto, la apreciación del daño está sujeta a reducción. Esta figura es la que se conoce como “compensación de culpas”.

Ahora bien, cabe preguntarse si en la producción de un accidente o enfermedad laboral, la exposición imprudente de la víctima incide en la culpa del empleador, atenuándola; o bien, si es un problema de causalidad, y por lo tanto, exonera de responsabilidad al empleador.⁵⁸

Si el accidente o enfermedad profesional ha sido ocasionado únicamente por el hecho imprudente de la víctima, podría sostenerse lisa y llanamente que la responsabilidad civil del empleador no se configuraría, por falta del nexo causal, siendo entonces un problema de causalidad. En cambio, si la imprudencia de la víctima unida a la negligencia del empleador, han ocasionado el infortunio laboral, entonces podríamos hablar hipotéticamente de concurrencia de culpas, o bien de compensación de ellas, y por ende, podría eventualmente la responsabilidad del empleador ser atenuada.^{59 60}

Jorge Barahona⁶¹ entiende que si es la propia víctima la que ha contribuido con su hecho o culpa a causar exclusiva – o al menos parcialmente – el daño, el demandado debe ser exonerado absolutamente de responsabilidad, o cuando menos la condena en su contra debe ser reducida. Agrega que, para poder hablar de que el comportamiento de la víctima tenga relevancia en la producción de un

⁵⁸ Ver SAN MARTÍN (2016), pp. 14-26.

⁵⁹ Al respecto AEDO (2012), pp. 512-513, explica que la doctrina más moderna considera que en la participación de la víctima sólo puede hablarse de causalidad y que, cuando se emplea la expresión “culpa de la víctima”, se lo hace en un sentido impropio. Agrega el autor que el “argumento de fondo es que no puede hablarse, técnicamente de culpa, pues la culpa encierra un deber de cuidado hacia otro y, como indica Barros, no existe, por tanto, un deber de cuidado propio. La culpa de la víctima se fundaría así, según este autor, en el principio de igualdad que debe regir en las relaciones entre privados”.

⁶⁰ Para BAHAMONDES y PIZARRO (2012), p. 42, el deber de cuidado respecto de los demás también se aplicaría a la víctima para sí misma y respondería, de igual manera, a la necesidad de conducirse con la prudencia que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios, tanto en sus acciones como en sus omisiones.

⁶¹ BARAHONA (2011), p. 163.

daño, sea como factor de exoneración total, sea como elemento de atenuación de responsabilidad del demandado, deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Un hecho (comportamiento) activo imprudente de la víctima;
- b) Comportamiento que debe tener la virtualidad de constituirse en causa exclusiva del daño; (problema de causalidad)
- c) O alternativamente que el comportamiento de la víctima, sin ser causa exclusiva del daño, al menos concurra a producirlo.

En cuanto a la aplicación del artículo 2.330 ya citado, el mismo autor se pregunta si la referida norma es aplicable en la responsabilidad contractual, es decir, si la exposición imprudente de la víctima permite reducir el monto de la indemnización o exonerar totalmente al empleador. Así, sostiene que el fundamento final de la disposición se basa en un principio general, que deriva de que entre el año causado y el hecho que se le imputa al demandado debe existir una razonable relación de causalidad, que si está interferida por la actuación propia de la víctima, la condena debería ser eliminada o al menos atenuada, de manera que aun no siendo posible la aplicación directa del artículo 2.330 en el ámbito de la responsabilidad contractual, al menos indirectamente puede tener cabida, a partir de la causalidad.

Al respecto, en un fallo del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero⁶² se estimó que el accidente laboral se produjo exclusivamente por imprudencia del trabajador, razonando el tribunal lo siguiente: *“DECIMO NOVENO: Que la seguridad laboral no sólo es de cargo del empleador, sino que también de los trabajadores quienes deben ser agentes activos de la seguridad laboral, velar por su propia seguridad y una de sus obligaciones fundamentales de la no exposición al riesgo. Es preciso señalar que el artículo 184 del Código del Trabajo impone al empleador la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, también la ley impone al trabajador la obligación de acatar y llevarlas a la práctica las normas de seguridad que determine el empleador y que normalmente se encuentran señaladas en el Reglamento Interno (...) En tal contexto, el empleador no pudo prevenir ni evitar el accidente, por cuanto no se le puede exigir su presencia o la de un encargado de seguridad en todo lugar por cada trabajador y momentos en que se desarrollan las labores en una empresa (...)”*

Por otro lado, en un caso de accidente laboral, el Tribunal de primera instancia estableció que el accidente no se produjo exclusivamente por culpa del empleador, atendida la exposición imprudente al daño por parte de la víctima, considerando ésta última como un problema de concausas.⁶³

Finalmente, se debe tener presente que, con independencia de la discusión dogmática, la culpa de la víctima –trabajador requiere que éste al menos tenga consciencia de los riesgos derivados de la actividad. Para atribuir culpa a la víctima, los riesgos deben encontrarse en la esfera de control de ella; por consiguiente, supone que ésta los genere o los asuma en el contexto de una actividad que es

⁶² Barra con Aserradero El Estero Ltda. y otro (2016).

⁶³ Gonzáles con Sermainco SpA y otro (2018).

potencialmente peligrosa.⁶⁴ De ahí entonces, la importancia del cumplimiento de parte del empleador del deber de informar oportuna y convenientemente al trabajador sobre los riesgos que entrañan las labores a desarrollar, así como las medidas preventivas y los procedimientos de trabajo seguro.

III. NUESTRA POSTURA

A. La responsabilidad “objetiva” del empleador: un problema jurisprudencial

Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, pese al tenor literal del artículo 69 de la ley N°16.744, que exige culpa o dolo del empleador para que el trabajador víctima del accidente o enfermedad laboral pueda perseguir las restantes indemnizaciones conforme al derecho común, en la práctica nos encontramos con una corriente jurisprudencial que impone al empleador una responsabilidad objetiva, resolviendo demandas indemnizatorias sobre la base de entender que la obligación de seguridad inserta en la relación laboral es de aquellas que se califican por el resultado. Con ello, el empleador se constituye en deudor de una obligación de seguridad, cuyo objeto no es otro que garantizar y resguardar al trabajador de todo riesgo laboral, de manera que la sola ocurrencia del accidente o enfermedad constituye el hecho revelador del incumplimiento de esta obligación; incumplimiento que a la luz del artículo 1547 del Código Civil se presume culpable, trasladando la carga probatoria al empleador, quien deberá acreditar su diligencia, y, en su caso, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño.⁶⁵

Bajo esta interpretación, el empleador demandado se ve impedido de acreditar el cumplimiento de su obligación de seguridad, ya que la sola producción del evento dañoso se mira como el incumplimiento de ésta, y su defensa quedaría limitada a la inimputabilidad de dicho incumplimiento.

B. Hacia una correcta interpretación del artículo 184 del Código del Trabajo. La obligación del empleador es una obligación de medios

Nos parece que el problema de la objetivación de la responsabilidad del empleador tiene su punto de partida en la naturaleza jurídica que se atribuye a la obligación de seguridad. En nuestro concepto, el artículo 184 del Código del Trabajo consagra una *obligación de medios*, cuyo contenido, en términos generales, no es otro que el de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.⁶⁶

Por su parte, la expresión “eficazmente” a la cual recurre la jurisprudencia y la doctrina para calificar a esta obligación por el resultado, apunta más bien al grado de diligencia que debe satisfacer el empleador, es decir, la magnitud de su responsabilidad y acuciosidad con que éste debe dar cumplimiento a

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 128-2016, 21 de noviembre de 2016, citado en MUNITA (2021), p. 186.

⁶⁵ DIEZ (2008), p. 165.

⁶⁶ BARROS (2010), p. 705.

su obligación de prevención y seguridad, agotando todas las medidas que, en particular y en atención a la actividad de su giro, le sean exigibles bajo el estándar de la culpa levisima.^{67 68}

En este entendido, entonces, la pregunta que debemos formularnos es la siguiente; ¿A qué se obliga concretamente el empleador? ¿A librar al trabajador de absolutamente todos los riesgos? ¿O sólo le corresponde la adopción de todas aquellas medidas que razonablemente le resulten exigibles? Si consideramos que el empleador debe librar al trabajador de todo riesgo laboral, estamos asumiendo que su obligación es de garantía, que se califica por el resultado y que todo accidente o enfermedad de tipo laboral constituye incumplimiento de su deber. ¿Pero realmente es posible que el empleador pueda hacerse cargo de absolutamente todos los riesgos laborales? Nos parece que no; inclusive en cumplimiento de un elevado estándar de diligencia, existen ciertos riesgos que escapan de la esfera de cuidado del empleador, como lo sería típicamente una mala ejecución de las labores por parte de un trabajador con experiencia en el rubro y pleno conocimiento de las labores que ejecuta. Siendo así, existe una imposibilidad de prever en términos absolutos todos los riesgos que pudieran afectar a los trabajadores.

La lógica ordena considerar una protección razonable de acuerdo a la actividad empresarial y a las facultades normales de fiscalización y control que le compete al empleador. Los estándares de diligencia y eficacia están dados en relación a las faenas y labores encomendadas, de manera tal que abarcan desde la capacitación de los trabajadores y su equipamiento, hasta la adecuación de los espacios físicos y del proceso productivo. De esta manera, la protección que se impone al empleador a través de los diversos mecanismos que prevé la ley, debe tener en cuenta la calidad como profesional del trabajador, su experiencia y capacitación en el desarrollo de tareas similares, y el grado de dificultad de la encomienda, su peligrosidad, entre otras, determinando la necesidad de capacitación especializada o simulaciones previas.

En este sentido, compartimos lo sostenido por Gabriela Lanata⁶⁹ en cuanto a que no se trata de exigirle al empleador la eliminación de todo riesgo, pues incluso entendiendo que el empleador responde hasta por la culpa levisima, ello no puede significar que está obligado a obtener la desaparición de todo riesgo, cuestión que evidentemente constituiría la imposición de una obligación imposible de cumplir. De ahí que la ley solo haya exigido que se adopten las medidas adecuadas y no que se asegure un ambiente de trabajo exento de todo peligro.

Por otro lado, la vida en sociedad, así como el desarrollo de actividades económicas y productivas necesariamente supone riesgos que en ciertos casos escapan de la esfera de cuidado del deudor de seguridad. En materia de riesgos laborales, la legislación consagra un seguro social de carácter objetivo, de manera que, en lo que a la responsabilidad civil se refiere, las contingencias laborales se distribuyen entre el trabajador y el empleador, aunque éste último es quien asume mayor riesgo en

⁶⁷ FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia, citada por LANATA (2019), pp. 87-88.

⁶⁸ En el mismo sentido, PRADO (2011), p. 210.

⁶⁹ LANATA (2019), pp. 50-51.

la actividad, ya que es sin duda quien se encuentra en mejor posición para evitar la concreción de los mismos, sin que ello signifique que el trabajador esté exento de velar por la no producción del daño.

Se trata, al fin y al cabo, de acreditar que el accidente o la enfermedad se produjeron a pesar de haber cumplido cabalmente con todas las obligaciones posibles en materia de prevención de riesgos. Al no configurarse el factor de imputación exigido por la ley, mal puede ser responsable de los perjuicios que puedan haberse ocasionado al trabajador, sin que ello obste a su derecho a obtener las prestaciones tarifadas que se contemplan para cada caso en la ley N°16.744 y en su respectiva reglamentación.

En la misma línea, reiteramos que la imposición al empleador de evitar todo tipo de riesgo supone configurar un deber de satisfacción o cumplimiento prácticamente imposible, y que llevado al extremo podría incluso atentar contra el derecho a la seguridad jurídica que consagra el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República, además de impedir el legítimo ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, al imponer al empleador una carga imposible de cumplir.

Desde otro punto de vista, no debemos olvidar la evolución normativa que ha tenido la materia en análisis^{70 71 72}. En efecto, la actual ley sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales consagra la teoría del riesgo social y sobre ello establece un régimen de seguro social a todo evento, en paralelo al régimen de responsabilidad civil por culpa o dolo del empleador. Así, se abandona el sistema de responsabilidad patronal directa que previamente existía en la materia.

La primitiva ley N°3.170 de 30.12.1916 consagraba la teoría del riesgo profesional, que en síntesis, hacía responsable al empresario por la sola ocurrencia del infortunio laboral, con independencia del reproche a la conducta del mismo, y ello por haber generado una situación de riesgo y además aprovecharse del trabajo del dependiente. En este entendido, la indemnización era siempre de cargo del patrón, así como los gastos médicos, permitiéndose el aseguramiento del riesgo profesional en una sociedad mutua o en una sociedad chilena de seguros. En suma, la sola ocurrencia del accidente acarrea la responsabilidad del patrón.

Otro tanto ocurría bajo el amparo de la ley N°4.055 de 26.09.1924, en que el empresario respondía de las consecuencias dañosas de los infortunios laborales con un criterio objetivo, calificado por los resultados dañosos y con ausencia de criterios de culpa o dolo, pudiendo asimismo, recurrir a los seguros.

En ambos regímenes de antaño la responsabilidad del empleador era manifiestamente objetiva, con prescindencia de la culpa o dolo de aquél; y más aún, las indemnizaciones regidas por el derecho común eran incompatibles con las prestaciones reguladas por ambas leyes, debiendo la víctima optar entre una u otras.

⁷⁰ Ver GAJARDO (2015), p. 163.

⁷¹ DIEZ (2007), pp. 98-99.

⁷² Ver DOMINGUEZ (2011), pp. 21-27.

En contraste a lo anterior, la actual legislación compatibiliza un régimen de seguro social que opera en todo evento, salvo las excepciones legales, que coexiste con la responsabilidad civil que pudiere corresponder al empleador conforme al derecho común. Luego, las prestaciones del seguro social vienen a ocupar el lugar de las prestaciones a que el empleador resultaba obligado directamente y por la sola ocurrencia del infortunio laboral, bajo el amparo de las leyes antecesoras a la actual ley 16.744, satisfaciendo con ello el carácter “objetivo” que tales estatutos le asignaban a la responsabilidad del empleador, pero ahora bajo el establecimiento de un seguro social.

Ello explica que el citado artículo 69 de la ley 16.744 exija culpa o dolo del patrón para hacerlo deudor de las indemnizaciones que correspondan con arreglo al derecho común, puesto que tales indemnizaciones escapan del ámbito de las prestaciones que deben otorgarse con carácter objetivo y a todo evento, por cubrir con ello la contingencia que se materializa, y atienden más bien a reprochar la conducta del empleador que ha sido a lo menos negligente y a resarcir a la víctima de todos aquellos perjuicios que no fueron cubiertos por el seguro de accidentes y enfermedades profesionales.

Finalmente, creemos que la jurisprudencia debiese dar a la obligación de seguridad el carácter que tiene, y que no es otro que el un deber de actuación, la obligación de adoptar todas aquellas medidas de seguridad que conforme a las exigencias del caso concreto se imponen al empleador, desplegando aquellas acciones concretas destinadas al desarrollo de un trabajo seguro, determinadas según la naturaleza de la actividad específica que se desarrolla. No puede exigirse al empleador que libere al trabajador de absolutamente todos los riesgos labores, ya que se estaría imponiendo a una de las partes una carga imposible de cumplir, en términos que la sola existencia del daño o resultado traería aparejada la obligación indemnizatoria; y ello porque bien se sabe que *“a lo imposible nadie está obligado”*. En consecuencia, la responsabilidad civil del empleador se funda en su culpa o dolo dado que no tiene por antecedente una obligación de garantía que dé lugar a responsabilidad por el sólo hecho de producirse el daño, pues la función de garantía está dada para el seguro de accidentes del trabajo, en su calidad de seguro de daños. La naturaleza de la obligación contemplada en el artículo 184 del Código del Trabajo es de seguridad y se diferencia de la de garantía en que no tiende a que el acreedor quede indemne de todo daño, sino que contempla un deber de cuidado que debe ser apreciado en base a si las medidas se ajustaron a los requerimientos que exigía la situación fáctica, lo que supone entonces emitir un juicio sobre la conducta desarrollada.⁷³

Por último, si el empleador logra acreditar en el juicio en que se persigue su responsabilidad civil, que ha cumplido con todas las medidas de seguridad que razonablemente pueden esperarse que adopte, en atención a la naturaleza de la actividad que constituye su giro, y los riesgos que de ella se derivan, entonces con ello ha probado el cumplimiento de su obligación, con las consecuencias que de ello se deriva, en el sentido que la respectiva demanda indemnizatoria debiese ser rechazada por falta de un elemento de la responsabilidad contractual, que no es otro que el incumplimiento de una obligación emanada del contrato.

⁷³ Lagos con Preserva e Ilustre Municipalidad de Talcahuano (2013).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AEDO BARRENA, Cristián (2012): “El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la Responsabilidad civil: Un enfoque desde la imputación objetiva”, en: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII, Jornadas nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián (2014): “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 núm. 2).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia; PIZARRO WILSON, Carlos (2012): “La exposición de la víctima al daño: Desde la culpabilidad a la causalidad”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 39 núm. 2).
- BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge (2011): “La culpa de la Víctima en los Accidentes del Trabajo: Dogmática y jurisprudencia chilenas”, en: Rodríguez Pinto, María Sara; Barrientos Camus, Francisca (editoras), *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Santiago, U. de los Andes, núm. 20).
- BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2004): “Reflexiones sobre la Teoría de la imputación objetivas y su aplicabilidad en el ámbito del Derecho Civil”, en: Varas Braun, Juan y Turner Saelzer, Susan (coordinadores) *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia* (Valdivia, Lexis Nexis)
- CHAVARRÍA González, Carmen (2014): “La diligencia como elemento de la naturaleza de las obligaciones”, en: *Revista de Estudios Ius Novum* (núm. 7).
- CONTADOR ABRAHAM, Pedro (1993): *La prevención de Riesgos en la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales N°16.744* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): “Concurrencia de Acciones de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en los daños causados por Accidentes del Trabajo”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 14).
- DÍAZ TOLOSA, Regina (2007): “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol.14 núm.1).
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2005): “La culpa del empresario por accidentes del trabajo: Modernas tendencias jurisprudenciales”, en: Baraona González, Jorge; Zelaya Etchegaray, Pedro (Editores), *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Santiago, U. de los Andes, núm. 10).
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2008): “La Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 31 núm. 2).
- DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005): “Responsabilidad civil y seguridad social”, en: *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Santiago, U. de los Andes, núm. 10).
- DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): “Los accidentes del Trabajo. Historia y visión general de su régimen actual”, en: *Cuadernos de extensión jurídica* (Santiago, U. de los Andes, núm. 20).
- GAJARDO HARBOE, María (2015): *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, Colección Tratados y Manuales* (Santiago, Thomson Reuters).

- MUNITA MARAMBIO, Renzo (2021): “Comentario de sentencia. Culpa de la víctima y conciencia de riesgos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 27 de agosto de 2019”, en: *Revista de Derecho – Facultad de Derecho UCSC* (núm. 39).
- LANATA FUENZALIDA, Ruth Gabriela (2019): “Responsabilidad Contractual y Extracontractual por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales” (Santiago, DER ediciones).
- LETELIER CIBIÉ, Pablo (2017): “La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado sobre la función y prueba de la culpa del deudor”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 29).
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2013): *Prevención de Riesgos Laborales en Chile. Alcance y contenido del artículo 184 del Código del Trabajo* (Santiago, Librotecnia).
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2019): “El problema del alcance del deber de protección eficaz del empleador en Chile”, en: Céspedes Muñoz, Carlos (director) *Temas actuales de Derecho Patrimonial. Tercer Congreso de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción* (Santiago, Thomson Reuters).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 31 núm. 2).
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2011): “Nuevas cuestiones de Responsabilidad Civil por Accidentes del Trabajo”, en: Zúñiga Tejo, Alexander (coordinador) *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al Jurista René Abeliuk Manasevich* (Santiago, Universidad Andrés Bello).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2016): “Culpa concurrente de la víctima y daño por rebote o repercusión”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 47 núm. 2).
- SIERRA HERRERO, Alfredo (2011): “La Responsabilidad del Empleador por Enfermedades Profesionales de sus Trabajadores. Enfoque Jurisprudencia.”, en: Rodríguez Pinto, María Sara; Barrientos Camus, Francisca (editoras) *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Santiago, U. de los Andes, núm. 20).
- VARGAS MIRANDA, Rafael (2011): *Serie Doctrina y Jurisprudencia. Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (Compilación, sistematización y coordinación), Primera Parte: Concepto y aspectos generales Ley 16.744. El deber de seguridad* (Santiago, Editorial Metropolitana).

Jurisprudencia citada

- Aedo Gallardo, Hugo con Nazar Logística Limitada, Sociedad de Transportes Nazar Limitada y Nazar Cargo Ltda (2014): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2014, rol 2547-2014.
- Barra Matamala, Enrique con Aserradero El Estero Ltda. y otro (2016): Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero, 8 de junio de 2016, rol O-17-2014.
- Cabrera Rubio, Paulina con Ascensores Chile S.A. (2019): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2019, rol 6523-2018.
- Calderon, Rafael con Empresa Constructora Acm Ltda. (2006) Corte Suprema, 12 de octubre de 2006, rol 3995-2006.
- Espindola Díaz, Antonio con ISS Servicios Generales Limitada (2018): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de marzo de 2018, rol O-4893-2017.
- González Cabrero, Miguel con Sermainco SpA y otro (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, 28 de septiembre de 2018, rol O-169-2018.

Martínez con Sociedad de Servicios de Astilleros y Maestranza SpA y otro (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 19 de mayo de 2021, rol O-1658-2019.

Mora Aliaga, Miguel con Jumbo Administradora S.A. y otras (2017): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2017, rol 6885-2017.

Lagos Riquelme, María con Preserva e Ilustre Municipalidad de Talcahuano (2013): Corte Suprema, 06 de marzo de 2013, rol 5889-2010.

Ramírez Santibáñez, Víctor con Constructora Kramm Limitada (2010): Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de diciembre de 2010, rol 202-2010.

Normas citadas

Constitución Política de la República.

Código Civil de Chile.

Código del Trabajo.

Ley N°3.170, sobre Indemnizaciones por Accidentes del Trabajo, de 30 de diciembre de 1916.

Ley N°4.055, sobre reforma la Ley de Accidentes del Trabajo, de 26 de septiembre de 1924.

Ley N°16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, de 01 de febrero de 1968.

Dictamen Ordinario N°7.173 de la Dirección del Trabajo, de 24 de noviembre de 1997.

*Wikipedia, ChatGPT y otros en el proceso jurisdiccional. Su utilización por abogados y jueces**

Wikipedia, ChatGPT and others in the jurisdictional process. Its use by lawyers and judges

Ignacio Soba Bracesco

Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.
Correo electrónico: ignaciosoba@usal.es. <http://orcid.org/000-0002-5894-6902>.

Recibido el 22/04/2023
Aceptado el 12/06/2023
Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.05>

RESUMEN: Desde que la tecnología se ha convertido en un verdadero desafío para los sistemas de justicia, el presente trabajo reflexiona sobre el uso de Wikipedia y de Chat GPT en el proceso judicial por los distintos actores legales. A partir de evidencia que demuestra su utilización por tribunales de diversas jurisdicciones se alerta sobre los cuidados y prevenciones que deben adoptarse. La calidad de la información que proviene de estas fuentes y la necesidad de asegurar la racionalidad en el proceso judicial son parte de una discusión que será cada vez más recurrente.

PALABRAS CLAVES: Tecnología, Wikipedia, ChatGPT, proceso judicial, sistemas de justicia.

ABSTRACT: Since technology has become a real challenge for judicial systems, this article reflects on the use of Wikipedia and GPT Chat in the judicial process by different legal actors. Based on evidence that demonstrates its use by courts of various jurisdictions, alerts are given about the care and prevention that must be adopted. The quality of the information that comes from these sources and the need to ensure rationality in the judicial process are part of a discussion that will be increasingly recurrent.

KEY WORDS: Technology, Wikipedia, GPT Chat, judicial process, justice systems.

* Este aporte es fruto del desarrollo y revisión de algunas ideas, publicaciones e investigaciones previas, vinculadas a la prueba pericial, el conocimiento privado del juez, el hecho notorio, etc. Se agradece también el fructífero intercambio que se tuvo con respecto a algunos de estos temas en el Seminario "Hecho notorio, internet y nuevos retos del derecho probatorio" organizado por la Cátedra Manuel Serra Domínguez de la Universidad de Barcelona (diciembre, 2022), y en el cual participaron -entre otros- los queridos Vicente Pérez Daudí, Joan Picó i Junoy y Nuria Mallandrich Miret.

I. INTRODUCCIÓN. EL CASO DE WIKIPEDIA COMO UN ANTECEDENTE A TOMAR EN CUENTA DE CARA AL FUTURO

Estudios a nivel comparado, así como algunos hallazgos propios que se documentan en el capítulo segundo del presente trabajo, corroboran lo que se podía intuir: los abogados litigantes y los jueces acuden a *Wikipedia* para nutrir la elaboración de sus escritos o resoluciones judiciales.

Lo que aquí se ha podido constatar respecto de *Wikipedia* entiendo que sirve -como antecedente- para tener una idea de cómo interactuará el sistema de justicia con relación a las nuevas herramientas de tecnología (como a comienzos del año 2023 se podía considerar a *ChatGPT* o sistemas similares). Es más, cuando a mediados del año 2022 comencé a escribir este trabajo, no se había difundido *ChatGPT* masivamente, lo que cambió radicalmente a fines de ese año y comienzos del siguiente.¹ Y así será en el futuro con otras tecnologías.

De alguna manera el estudio y la investigación de lo que ha sucedido en las primeras décadas del siglo veintiuno con relación a *Wikipedia* nos sirve de experiencia, y se podría extrapolar -con cuidado, por supuesto, tomando en cuenta las múltiples diferencias- para explicar otras interacciones entre sujetos del proceso y aquella tecnología que nos ofrece acceder a información.

Además de servir de base de futuras reflexiones sobre tecnología (o tecnologías) de la información, jueces y decisión jurisdiccional, considero que también es útil en el caso de abogados litigantes. En ese sentido, si bien respecto de estos es más difícil tener una idea cabal, desde el punto de vista cuantitativo, acerca del uso de la herramienta *Wikipedia*, igualmente se puede afirmar que sí se la utiliza (como utilizarán *ChatGPT*, chatbots similares y otras tecnologías). Por supuesto que lo que se puede esperar de la fundamentación de sus escritos no es idéntico a lo que se espera de las decisiones de los jueces.² Su argumentación está y estará signada por la defensa de los intereses particulares (parciales) de sus clientes. Aunque, claro, esa nota de parcialidad requiere ser armonizada con el principio o regla de la buena fe, la lealtad y la colaboración, que también hacen al estándar de buen litigante.^{3 4}

¹ Ya han comenzado a aparecer, incluso, jueces que -quizás con cierto esnobismo y apresuramiento- han hecho uso de la herramienta de moda en sus sentencias. De esto da cuenta, por ejemplo, algunas notas de prensa que refieren al caso del juez colombiano que utilizó el *chatbot* para consultar acerca de ciertos derechos vinculados a la salud de niños autistas en la normativa colombiana (sentencia del Juzgado 1° Laboral del Circuito Cartagena, de 30 de enero de 2023, que he podido consultar): *ÁMBITO* (2023), *FRANCE24* (2023), entre otras. Mientras en algunos ámbitos (por ejemplo, académicos) el *chatbot* se ha prohibido, en la justicia de otros países de Iberoamérica se comienzan a encontrar otros ejemplos. En ese sentido, y a modo ilustrativo, el caso del que se tiene noticia en Santa Cruz-Bolivia sobre su uso en una audiencia: *CORREO DEL SUR* (2023).

² Como ejemplo de su utilización por parte de los abogados se puede hacer mención a la sentencia AA con BB y CC (2021) que pronunció la Suprema Corte de Justicia (Uruguay). Surge de los resultandos de dicho fallo que la parte recurrente en casación, en un proceso de disolución de unión concubinaria, señaló que existió -por varias razones- una errónea valoración de la prueba pasible de ser controlada a través del mencionado recurso. Con relación a *Wikipedia* señala la sentencia que expresó el recurrente: "Se prescindió de la información en la biografía en *Wikipedia* del Sr. DD, en la cual se indica que desde el 2008 es pareja de la actora". Se entendió que no se valoró como parte de la prueba de la vida en pareja la información que provenía del perfil público de *Wikipedia* (se agrega que tampoco se consideró una entrevista periodística, fotografías y otros elementos de juicio).

³ Todo esto, a su vez, se puede relacionar con el estudio de las narrativas en los procesos jurisdiccionales, las cuales no escapan a los postulados de la coherencia narrativa, la dimensión analítica, y también la dimensión ética [CRUZ ARENHART y MARINONI (2015), pp. 332-334; TARUFFO (2008), pp. 197-202].

⁴ También se puede aludir a los *Principles of Transnational Civil Procedure* [AMERICAN LAW INSTITUTE y UNIDROIT (2006)], destacando a estos efectos el principio 11, cuando establece que en la fase inicial del proceso las partes deberán presentar los hechos relevantes, los argumentos jurídicos, la pretensión, las pruebas, con razonable detalle. Posteriormente, en las *European Rules of*

No se puede obviar aquello que nos recuerda Atienza que resulta trasladable a lo que aquí se plantea: “... los jueces argumentan (o, al menos, ése es su deber institucional) a favor de una cierta tesis porque consideran que, de acuerdo con el Derecho, eso es lo correcto; los abogados, porque eso favorece los intereses de su cliente y porque los jueces pueden considerarlo correcto (o sea, argumentan con el propósito de que sus argumentos sean recogidos, aceptados, por los jueces). Hay, además, otra faceta característica de la argumentación de los abogados (de cara a su cliente) que obedece al modelo del esquema finalista: las premisas consisten en la fijación de un determinado objetivo (maximizar los intereses de los clientes), que constituye la razón operativa; la razón auxiliar son los medios jurídicos que permitirían alcanzar el objetivo, y la conclusión, el deber o la necesidad de realizar una determinada acción”.⁵

Wikipedia,⁶ donde podemos creer que participamos instantáneamente del conocimiento de ilustrados enciclopedistas, es un sitio que requiere de un sinnúmero de precauciones, aclaraciones y advertencias. Estas se imponen cuando reflexionamos acerca de su utilización en procesos jurisdiccionales.

Algo similar se puede alertar respecto de ChatGPT y tecnologías afines. Quizás se podría tildar de paradoja de Epiménides, pero si le preguntamos al chatbot, esto nos contestaba en abril de 2023 a preguntas formuladas de la siguiente manera:⁷

Civil Procedure [EUROPEAN LAW INSTITUTE y UNIDROIT (2020)] se ha establecido algo similar: “Rule 47. Careful Conduct of litigation by the Parties. Parties must present their claims, defences, factual allegations and offers of evidence as early and completely as possible and as appropriate to the careful conduct of litigation in order to secure procedural expedition”. Esto es, una regla especial, dentro de la parte III) dedicada al *case management*, en la cual se establece que las partes deben asumir una conducta cuidadosa, diligente, en el litigio. Esto se traduce concretamente en un deber de presentar sus reclamos, defensas, alegaciones de hecho y ofrecimiento de prueba lo antes posible, de manera completa y según corresponda a un desarrollo cuidadoso del litigio a fin de asegurar la actuación procesal expeditiva.

⁵ ATIENZA (2006), p. 224.

⁶ COMOGLIO (2019), p. 157, ha reflexionado sobre cuán confiable es Wikipedia y, luego de reseñar cómo se construye su contenido, así como sus diferencias con el conocimiento enciclopédico clásico, ha señalado que si bien (Wikipedia) tiene valor epistémico, este es sin duda limitado (v.gr., puede resultar muy útil para respuestas sencillas o servir de ayuda cuando el tiempo de investigación es escaso). Me atrevo a agregar que estas apreciaciones pueden llegar a variar a partir de la incorporación, en el futuro, de herramientas de inteligencia artificial que -aunque no sustituyan al juez/a humano- impacten en la elaboración de la decisión cuanti-cualitativamente [algo de esto también se expresa en el magnífico aporte sobre inteligencia artificial de NIEVA FENOLL (2018), pp. 110-113].

⁷ Al hacer preguntas a ChatGPT o utilizarlo de otra manera se debe tener en cuenta la forma en que se interactúa, cómo se redacta, la fecha, la versión y todo lo que de algún modo hace a *machine learning* o modelos similares que hay en la inteligencia artificial. Asimismo, para hacer todavía más fuerte la paradoja, y en algo así como un círculo vicioso, se podría consultar lo que Wikipedia informa respecto a ChatGPT: <https://es.wikipedia.org/wiki/ChatGPT> (consultado el 22 de abril de 2023).



La información experta que proporciona ChatGPT es fiable?



Como modelo de lenguaje, ChatGPT tiene acceso a una gran cantidad de información y puede proporcionar respuestas a preguntas y consultas en una variedad de temas. Sin embargo, la fiabilidad de la información proporcionada por ChatGPT depende en gran medida de la calidad y precisión de la información que ha sido procesada por el modelo.



Aunque el modelo ha sido entrenado en una gran cantidad de datos y ha sido diseñado para minimizar errores, es posible que en algunas ocasiones la información proporcionada por el modelo no sea completamente precisa o no esté actualizada.

Por lo tanto, es importante tener en cuenta que la información proporcionada por ChatGPT no debe ser considerada como asesoramiento profesional y siempre es recomendable verificar la información obtenida a través de fuentes adicionales. En última instancia, la responsabilidad de tomar decisiones basadas en la información obtenida a través de ChatGPT recae en el usuario.

8



Pueden los jueces utilizar ChatGPT en sus sentencias?



Como modelo de lenguaje, ChatGPT puede proporcionar información y conocimientos en diversos temas. Sin embargo, actualmente no se considera que los modelos de lenguaje como ChatGPT tengan la capacidad de tomar decisiones legales o hacer juicios.



En consecuencia, no es apropiado que los jueces utilicen ChatGPT como herramienta para fundamentar sus decisiones legales. Las decisiones legales deben basarse en la legislación, la jurisprudencia y los hechos pertinentes del caso, y deben ser tomadas por los jueces después de un análisis riguroso y cuidadoso de estos elementos.

En resumen, aunque ChatGPT puede ser una fuente útil de información, no debe ser utilizado como base para las decisiones legales.

9

⁸ Figura 1.

⁹ Figura 2.

II. DOS MUNDOS QUE SE TOCAN: EL SISTEMA DE JUSTICIA, WIKIPEDIA, CHATGPT ET AL

La información abunda, puede ser hasta excesiva, pero ¿es realmente información? Lo que tiene apariencia de información, puede no ser más que pinceladas de algo que no se puede apreciar en toda su magnitud. Puede que, en puridad, estemos ante fuentes de conocimiento que no son de calidad o que carecen de fiabilidad. Incluso, aun siendo atendibles, puede que no las comprendamos cabalmente. Es que hay mucha información, y en esa inmensa cantidad de información la habrá fiable y poco fiable. Por ejemplo, veamos que Thompson y Hanley¹⁰ han señalado que los artículos de *Wikipedia* no sólo reflejan el estado del conocimiento, sino que lo moldean (*shapes science*), se utilizan como artículos de revisión, resumiendo un área de la ciencia y destacando las contribuciones de investigación a la misma (a pesar de que hay guías en materia de publicación que desaconsejan citar *Wikipedia* o fuentes que acrediten conocimiento generalmente aceptado), habiéndose encontrado -según los autores- evidencia causal de que cuando se agregan artículos científicos como referencias a *Wikipedia*, esos artículos incluso acumulan más citas académicas.

En similar sentido, también citando alguno de estos trabajos sobre *Wikipedia* se encuentran Thompson et al.¹¹ Allí se destaca el papel causal que *Wikipedia* puede desempeñar en la formación de conocimientos y comportamientos al moldear en cierto modo la actividad científico-académica. Pero *Wikipedia* no sólo contribuye en aumentar la citación académica, allí se menciona un estudio de Hinnoosaar et al en el cual se señala que *Wikipedia* influye en los lugares que los turistas eligen visitar: se comprobó que añadir más información sobre sitios turísticos a la página de *Wikipedia* de una ciudad conduce a un mayor turismo de pernoctación en esa ciudad. A la vista de estos resultados, añaden los autores THOMPSON et al, no cabe duda de que *Wikipedia* está configurando el conocimiento público y especializado.¹²

En general, los autores analizan cómo se carga y actualiza colaborativamente la información en *Wikipedia*, aunque en ocasiones, para cada entrada individual esto depende del esfuerzo de una o dos personas. Se alienta a que la actualización de *Wikipedia* o iniciativas similares no dependa de meros impulsos individuales, sino que también trabajen en ello, formalmente, grupos técnicos de ciertas organizaciones gubernamentales o de sociedades científicas. En esa línea, recuerdo lo expresado por Comoglio, cuando señala que el problema no es tanto de fiabilidad de la información accesible en línea, sino de la posibilidad de control sobre el contenido de la información que ingresa al proceso informalmente (sin una adquisición formal en el proceso).¹³

A nivel judicial el uso de *Wikipedia* despertó muy rápidamente la curiosidad y la inquietud de los juristas. Si la pregunta es si los jueces leen *Wikipedia*,¹⁴ la respuesta es que sí lo hacen, como hacen muchas

¹⁰ THOMPSON Y HANLEY (2018).

¹¹ THOMPSON et al (2022), p. 16. Agradezco especialmente a Gabriel Hernán Quadri por compartir generosamente su conocimiento y darme noticia de este interesante trabajo.

¹² THOMPSON et al (2022), p. 16.

¹³ COMOGLIO (2019), p. 170.

¹⁴ Una interrogante similar se plantea Luis Cordero cuando se pregunta qué lee la Corte Suprema (en Chile). Agradezco a Ramón

otras personas. Distinto es, según veremos, para qué la leen y qué uso le dan (al menos el uso que se explicita, porque aquel que permanece en la sombra de la justificación de las decisiones difícilmente lo podamos conocer).

A los pocos años de ser creada, en 2007, el *New York Times* publicó una nota titulada *Courts Turn to Wikipedia, but Selectively* (i.e., Tribunales acuden a Wikipedia, pero selectivamente),¹⁵ en la cual se decían cosas muy interesantes: “More than 100 judicial rulings have relied on Wikipedia, beginning in 2004, including 13 from circuit courts of appeal, one step below the Supreme Court. (The Supreme Court thus far has never cited Wikipedia.). “Wikipedia is a terrific resource,” said Judge Richard A. Posner of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, in Chicago. “Partly because it so convenient, it often has been updated recently and is very accurate.” But, he added: “It wouldn’t be right to use it in a critical issue. If the safety of a product is at issue, you wouldn’t look it up in Wikipedia]. En una traducción libre: [Más de 100 fallos judiciales se han basado en Wikipedia, desde 2004 (la nota es de 2007), incluidos 13 de tribunales de apelación de circuito, un escalón por debajo de la Corte Suprema. (Hasta ahora, la Corte Suprema nunca ha citado Wikipedia). “Wikipedia es un excelente recurso”, dijo el juez Richard A. Posner de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos, en Chicago. “En parte porque es muy conveniente, a menudo se la actualiza y es muy precisa”. Pero, agregó: “No sería correcto utilizarla en un asunto crítico. Si la seguridad de un producto está en juego, no lo buscaría en Wikipedia”.

Por su parte, Thompson *et al* expresan que las citas a Wikipedia en las opiniones judiciales de EE.UU. aparecieron por primera vez en 2004 y que en mayo de 2010, había al menos 117 casos estatales y 326 casos federales en los que las opiniones judiciales citaban a Wikipedia. Para septiembre de 2021, había 6.901 referencias a Wikipedia en documentos indexados en la base de datos JLR (“*Journals and Law Reviews*”) de US Westlaw. Y a la inversa, señalan que Wikipedia también se incluye información sustancial sobre casos judiciales individuales (unas 3.315 sentencias de la Corte Suprema de EE.UU. tenían páginas en Wikipedia en septiembre de 2021).¹⁶

Todo esto hace que los autores se planteen si el uso de Wikipedia por parte de los abogados litigantes influye en el razonamiento del juez o si directamente los jueces acuden a dicho sitio para buscar eventuales precedentes.¹⁷ Los autores corroboran su hipótesis luego de analizar jurisprudencia irlandesa, en donde revela un incremento en la citación de aquellos casos que se incluyen en Wikipedia, particularmente entre los tribunales de primera instancia, donde -según indican- la carga de trabajo y las exigencias de agilidad son mayores.¹⁸

En Uruguay, en tanto, según información obtenida de la *Base de Jurisprudencia Nacional* del Poder

García Odgers por hacerme conocer ese interesante enfoque publicado en *El Mercurio legal*. Véase: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904249&Path=/OD/CC/>.

¹⁵ NEW YORK TIMES (2007). También se hace referencia a la misma en BARGER (2013), p. 54.

¹⁶ THOMPSON *et al* (2022), p. 16.

¹⁷ THOMPSON *et al* (2022), pp. 18-19.

¹⁸ THOMPSON *et al* (2022), pp. 24-25.

Judicial, hay -a 21 de abril de 2024- cuatro sentencias que refieren puntualmente a *Wikipedia* como parte de su fundamentación.¹⁹

Esta Base incluye fundamentalmente las sentencias de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales de Apelaciones. Aunque se han ido incorporando sentencias de tribunales inferiores no se tiene noticias de que esto se haya efectuado de modo exhaustivo en la mencionada Base; por esta razón debe tomarse con precaución el dato ya que entre las decisiones de primera instancia puede que también haya casos en los que se ha utilizado *Wikipedia* como parte de la motivación.

Veamos los casos detectados en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y Tribunales de Apelaciones uruguayos (con referencias a *Wikipedia* en sus considerandos):

Datos de tribunal y sentencia	Referencia a <i>Wikipedia</i>
Suprema Corte de Justicia, sentencia n° 177/2023, de 09/03/2023. ²⁰ Se trata de la sentencia que resuelve el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia que se comenta a continuación.	Si bien se comparte con la recurrente que la comparativa que realiza el Tribunal respecto a las ciudades de YYYY en Alemania y ZZZZ en Uruguay, para determinar el nivel de vida en ambas, no puede ser de manera alguna tomada en cuenta para la toma de decisión final, lo cierto es, que este no fue el único elemento que la Sala considero para definir el litigio y negar la radicación de los menores en Alemania. En este sentido resulta innecesario expedir opinión sobre en cuál de las ciudades existe un mejor nivel de vida, ya que exorbita claramente el objeto de decisión al cual debe arribarse en los presentes autos. No obstante, deviene imperioso realizar ciertas apreciaciones. La fuente que toma en cuenta la Sala (“Wikipedia”), no es una fuente fidedigna a los efectos de arribar a las conclusiones a la cuales arriba. En primer lugar, este sitio web es una enciclopedia libre, políglota y editada de manera colaborativa. Sus más de 59 millones de artículos en 328 idiomas han sido redactados en conjunto por voluntarios de todo el mundo. Ergo, la información que de ella surge no es contrastada con rigor científico, sino que se nutre de los aportes de voluntarios quienes aportan información al sitio. Por tanto, lo que allí surja no reviste las características de certero y validable <i>per se</i> . La comparativa de dos ciudades que hace la Sala, nunca puede ser basada en lo que surge de un sitio web. No se trata de una prueba allegada a la causa, que pueda ser valorada en la dilucidación del caso concreto. En definitiva, tal comparativa no reviste ninguna nota de seriedad para ser considerada en el presente caso. El estilo de vida, la educación impartida, la perspectiva económica de una ciudad como YYYY en Alemania no puede ser analizada a través de lo que un portal web refiere.

¹⁹ Véase: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>.

²⁰ AA con BB (2023).

<p>Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno, sentencia n° 38/2022, de 30/03/2022.²¹</p>	<p>Se utiliza para obtener información geográfica, en un proceso en el que se discutía acerca de la autorización de viaje y residencia en el exterior de dos niños: “Según lo define Wikipedia, “Lorsch es un pequeño pueblo en el sudoeste de Alemania (60 km al sur de Fráncfort) en el distrito de Kreis Bergstraße en Hesse”. Tomando las cinco principales ciudades alemanas, se observa que se encuentra a 600 km. de Berlín; 207 km. de Colonia; 377 km de Múnich; 542 km de Hamburgo, y 60 km de Frankfurt del Meno, que viene a ser el punto de referencia más cercano. La población de Lorsch (12.000 personas, aproximadamente) es tres veces inferior a la de la ciudad de Minas (38.000)”.</p>
<p>Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º Turno, sentencia n° 5/2017, de 01/02/2017.²²</p>	<p>El caso refiere a una reclamación laboral vinculada al rubro casinos. Se utiliza para definir un anglicismo. “El término “slot” es un vocablo del idioma inglés. Pero utilizado, según indica la experiencia de lo que normalmente ocurre, repetidamente en nuestro idioma. Dicho término en cualquiera de múltiples acepciones con que se utiliza al traducirse al idioma español, según el diccionario que se considere, alude la existencia de “ranura”, o parte de una máquina, con carácter general; y también a una parte de un ordenador o PC y también con el uso del slot se alude a la operación de insertar una moneda, “meter una moneda en una ranura” (vide wikipedia org, slot y diccionario español en línea, reverso net/slot). Lo que da idea de que vinculado a las tareas de la actora se ubicaban máquinas informatizadas, de juego, comúnmente denominadas slots”.</p>
<p>Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, sentencia n° 71/2011, de 09/03/2011.²³</p>	<p>Se emplea para distinguir conceptos informáticos, uno de ellos en inglés. “Como dice la apelante, la distinción entre chat y correo electrónico no es menor y ello porque en definitiva, esa distinción implica, primero determinar de cuál de los supuestos se trató y luego de tratar de asimilarlo con supuestos legislados expresamente.- Según surge de Wikipedia on line, el chat (término proveniente del inglés que en español equivale a charla) también conocido como cibercharla designa una comunicación escrita realizada de manera instantánea a través de Internet entre dos o más personas, ya sea de manera pública a través de los llamados chats públicos (mediante los cuales cualquier usuario puede tener acceso a la conversación) o privada, en las que se comunican solo dos personas a la vez”.</p>

²¹ AA C con B (2023).

²² Cabral con Carrasco Nobile S.A. (2017).

²³ González con Federación Uruguaya de Cooperativas de Ahorro y Crédito (2011).

En otros países de Iberoamérica, y sin pretensión de exhaustividad, utilizando el buscador que ofrece vLex, podemos encontrar algunos otros pronunciamientos interesantes, que serán relevados a continuación:²⁴

País, datos de tribunal y sentencia	Referencia a Wikipedia
Chile. Corte Suprema, Sala Tercera Constitucional, 05 de julio de 2018, Número de expediente: 38838-2017. ²⁵	En el considerando noveno de esta sentencia se descarta específicamente a Wikipedia como fuente de información probatoria relevante para el caso: <i>“En cuanto a la aplicación de penicilina con benzatina, no existe en autos ningún antecedente confiable que demuestre que el paciente era alérgico a esa sustancia, así como tampoco respecto de la inconveniencia de suministrarla en un caso de rinofaringitis aguda y amigdalitis purulenta. Las menciones que se hacen en las epicrisis carecen del nivel de certeza necesario para poder determinar su origen y fundamento, impresionando más bien como una referencia aportada por la persona que condujo al paciente a esos centros médicos. En tanto, la literatura médica aportada y aquella otra obtenida de Wikipedia tampoco sirven para tener por acreditada la relación causal entre la inoculación de penicilina con benzatina y el aumento que experimentó el paciente de sus crisis convulsivas, pudiendo deberse tanto a los continuos cuadros infecciosos respiratorios que ha padecido y a su enfermedad de base, esto es, la epilepsia criptogénica refractaria, razón por la que se decide rechazar la acción”.</i>

²⁴ Por supuesto que se pueden encontrar otros fallos de interés procesal que sin referir a Wikipedia utilizan conocimiento extraído de sitios web. Se puede destacar en ese sentido la sentencia nº 307/2021 de 8 de julio de 2021 (ponente María Sanahuja Buenaventura), de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona que gentilmente me fuera proporcionada por el Prof. Joan Picó i Junoy. En esa sentencia la Audiencia Provincial refiere a definiciones y criterios de ceguera, deficiencia visual y discapacidad visual que obtiene del sitio web de la ONCE (Organización Nacional de Ciegos Españoles). Agradezco al Prof. Picó i Junoy haberme facilitado, además, el trabajo de fin de grado de Carla González Rodríguez, titulado *Juez y hechos: límite procesal de los conocimientos generales del juez* (2022), que muestra la importancia de debatir acerca del uso en las decisiones judiciales de la información que se encuentra en Internet. Resulta gratificante que los más jóvenes o quienes hacen trabajos de grado y posgrado se dediquen a la muy oportuna reflexión acerca de estos temas.

²⁵ Mena y Saez con Servicio de Salud Talcahuano (2017).

<p>Colombia. Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá, sentencia SC3729-2021, de 26 de agosto de 2021.²⁶</p>	<p>El caso, relativo a un reclamo de responsabilidad civil médica, da cuenta de un agravio en el que el recurrente criticó el uso por el sentenciador de “literatura” médica proveniente de Wikipedia. El recurrente cuestionó, en particular, “una fuente a la que calificó de peligrosa, toda vez que permite a “cualquier persona” realizar publicaciones sin rigor alguno”. El Tribunal, en sentido contrario, considera que ad quem “no derivó de ella “conclusiones aparentemente científicas”, sino que empleó algunos datos alojados en esa plataforma para definir conceptos que, por ser propios de la medicina, no son del conocimiento de los profanos a la materia, y en ello no se advierte irregularidad. De ningún modo derivó de tales alusiones, inferencias o juicios de valor en torno a la responsabilidad atribuida a la demandada, su falta de demostración o la inexistencia de dicha fuente obligacional, de ahí que su utilización no comporta una equivocación reprochable ante esta sede que, de configurarse, se debió refutar por la vía del error de derecho. Por consiguiente, la labor desplegada por el sentenciador al valorar los medios probatorios permanece inalterada frente a los planteamientos valorativos del impugnante que, adicionalmente, deja sin ataque fundamentos basilares de la decisión, los cuales también dieron lugar a la desestimación del recurso de alzada y, por ende, a la negativa de las pretensiones de la demanda, como que la infección intrahospitalaria por la bacteria <i>K. pneumoniae</i> fue adquirida en el mes de septiembre de 2006, época para la cual ya se había producido y consolidado el daño neurológico”.</p>
<p>Colombia. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, SP19623-2017, Radicación N° 37638, Aprobado acta No. 396, 23 de noviembre de 2017.²⁷</p>	<p>Se criticó, a través de la vía recursiva, que se hubiese empleado por un tribunal inferior la definición de bomba clúster que contiene Wikipedia, utilizada por el Tribunal, ya que -según se señaló- “no tiene mayor seriedad conceptual y mucho menos probatoria”. Es más, se expresó que el tipo de bombas que describe Wikipedia no existían para la época de los hechos. Sin embargo, se señala que más allá de esa referencia, el poder destructivo de la bomba surge de la prueba de obrados, en particular, los expertos en balística forense de la fiscalía.</p>

²⁶ Céspedes y Wilson con Administradora Country S.A. (2021).

²⁷ Fiscalía con Romero y Jiménez (2017).

<p>España. Audiencia Provincial de Madrid, sección 26. SAP M 6264/2022, de 27 de abril de 2022.</p>	<p>Se señala que la información que pueda aparecer en <i>Wikipedia</i> -sobre herpes labial- es ajena a la causa. Se trata de un proceso penal por un delito de lesiones (cometidas contra una mujer que según los policías que concurrieron al lugar tenía una herida en el labio, y no un herpes como alegó la defensa). Se rechazó que se tratase de un herpes, pero no sobre la base de lo que pudiera aportar <i>Wikipedia</i>, ya que respecto de ello se dijo que no se debía utilizar en el proceso concreto, salvo hubiese sido incorporado ese conocimiento a través de prueba pericial.</p>
<p>México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sala primera. Número de resolución: 1a./J. 138/2011 (9a.), de 1 de diciembre de 2011. Publicada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 2, 914</p>	<p>Se menciona por parte del abogado que promueve el amparo que tanto el Juez de origen como el tribunal de alzada utilizaron el contenido de <i>Wikipedia</i> para acreditar las características de ciertas armas de fuego y la responsabilidad de los procesados. Considera la defensa que la información contenida en dicha página “no hace referencia alguna a los hechos ocurridos el ...; así como tampoco tiene un parámetro de fiabilidad en cuanto a su contenido, siendo una página de libre modificación. La utilización de <i>Wikipedia</i>, como prueba en el juicio causa perjuicio a los quejosos, viola sus garantías porque es sólo a través de la aplicación del conocimiento extraído de la página de Internet que es posible encuadrar la acusación del Ministerio Público al tipo legal”.</p>

<p>Perú. Corte Suprema de Justicia, sala Penal Permanente, 21 de septiembre de 2021 (Expediente: 001636-2019).²⁸</p>	<p>La sentencia es un muy buen ejemplo de análisis acerca del uso judicial de Wikipedia. Pese a la extensión, vale la pena la cita textual: “... de la revisión de la sentencia impugnada también se advierte que el Colegiado Superior, para sustentar su decisión, acudió a citas bibliográficas del portal web Wikipedia. Sobre el particular debemos señalar lo siguiente: 15.1 El acogimiento, en las decisiones judiciales, de fuentes bibliográficas o académicas requiere de un análisis previo de fiabilidad de la información, calidad de sus contenidos (con controles adecuados de calidad) y respeto de los derechos de autor en las fuentes a las cuales los operadores jurídicos acuden. 15.2 Por la naturaleza de los fallos judiciales, la información bibliográfica o editorial a la que se acude debe cumplir con mínimos estándares de calidad, veracidad y rigurosidad académica, a fin de evitar el uso de información sesgada, adulterada, parcialmente publicada o que no cuenta con la autorización de su autor para su publicación virtual. 15.3 Algunas fuentes bibliográficas virtuales, que reúnen las características descritas precedentemente, las encontramos en los portales web de las revistas académicas de las universidades nacionales e internacionales, públicas o privadas, o en repositorios institucionales académicos. (...) 15.5 Con relación al portal web Wikipedia, al cual acudió la Sala Superior, este Tribunal comparte el razonamiento de M. de los Ángeles Fernández Flecha y Julio del Valle: Aunque hay excelentes artículos que no solo transmiten información pertinente sobre un asunto determinado sino que, además, la desarrollan, muchas veces con un solvente nivel de precisión conceptual, no se trata, sin embargo, de una norma consistente y extensible a todo lo publicado en Wikipedia y, de hecho, no aporta una garantía de ausencia de errores. En todo caso, una vez que se corrobora con un experto que un artículo de tal fuente es de calidad, podemos valernos de las fuentes bibliográficas en las cuales se inspiró dicho artículo y que aparecen referidas en las notas a pie de página o en la sección de referencias bibliográficas del texto. Ir a estas fuentes, si están disponibles, y ampliar nuestro saber con información adicional sería lo más recomendable. 15.6 Para que los operadores jurídicos acudan a una información bibliográfica adecuada, en los términos descritos precedentemente, es necesario que las Cortes Superiores de Justicia de la República garanticen que sus operadores jurisdiccionales (magistrados y servidores judiciales) tengan un acceso adecuado a los mecanismos virtuales de revisión de información bibliográfica de calidad, con las limitaciones naturales para cada caso. Por ello, corresponde exhortar a las Presidencias de las Cortes Superiores de Justicia de la República a adoptar las acciones que resulten pertinentes para tal fin”.</p>
---	--

²⁸ Fiscalía con Cuyubamba (2021).

No obstante lo que ya es una comprobada utilización judicial de *Wikipedia* a nivel internacional, comparto la preocupación de la jueza Guzman,²⁹ de la Corte Suprema de Texas cuando expresa que *Wikipedia* es una enciclopedia colaborativa -aspecto que ya he destacado- y que se puede editar de forma anónima y continua. *Wikipedia* sirve adecuadamente a los jueces sólo como un compendio, una fuente de fuentes (*source for sources*), y no como fuente de autoridad para decidir asuntos disputados. Coincido, también, con su opinión respecto a que los tribunales (*i.e.*, los jueces y juezas) deben adoptar una actitud vigilante ante fuentes de dudosa confiabilidad. En esa opinión se incluye también una referencia concreta a las características de *Wikipedia* conforme lo señalado por el propio sitio. Y si bien se reconoce que puede ser útil como punto de partida “*starting point for serious research*” para la realización de investigaciones ulteriores y serias, nunca lo es como punto de llegada o punto final (*endpoint*) en materia de conocimiento.

En efecto, los términos de uso de *Wikipedia* -al menos aquellos que aplican en Uruguay- incluyen varias advertencias al usuario del sitio. Por ejemplo, en el n° 3 indican que el contenido que aloja *Wikipedia* puede incluir material objetable, cuestionable, erróneo (se dice, también, engañoso, etiquetado incorrectamente o de cualquier otro modo objetable). Llegan, más que a aconsejar, a pedir que el usuario del sitio utilice el sentido común y el juicio apropiado “*We therefore ask that you use common sense and proper judgment when using our services*”. Se agrega que el contenido es solo para fines informativos generales y no debe tomarse como consejo profesional. Destacan en los n° 14 y 15, respectivamente, sus *disclaimers* y la limitación de responsabilidad. Expresamente manifiestan que no ofrecen ninguna garantía de que los contenidos sean libres de errores (*error-free*). Declaran que no son responsables del contenido, y que el uso de *Wikipedia* es a riesgo de quien la consulta.³⁰ *ChatGPT*, en tanto, no tiene términos y condiciones. Ante la pregunta realizada en abril de 2023 respecto del tema, responde entre otras cosas que como modelo de lenguaje de código abierto, *ChatGPT* no tiene sus propios términos y condiciones. Sin embargo, el uso de *ChatGPT* puede estar sujeto a los términos y condiciones de la plataforma o herramienta que se utiliza para interactuar con el modelo. Asimismo, y sin ser muy insistente con las preguntas, esto responde con relación a las pautas o directrices de la empresa que ha creado el citado *chatbot*: “*El modelo de lenguaje ChatGPT fue desarrollado por OpenAI, una empresa de investigación de inteligencia artificial con sede en Estados Unidos. OpenAI ha publicado una serie de documentos técnicos y artículos sobre el modelo, así como también ha proporcionado acceso al modelo a través de una API. En cuanto a las pautas o directrices específicas para el uso de ChatGPT, OpenAI ha establecido un conjunto de principios éticos que guían su trabajo en inteligencia artificial. Estos principios incluyen el compromiso de desarrollar sistemas de inteligencia artificial que sean seguros, confiables y éticos, y que beneficien a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, debido a que el modelo es de código abierto y puede ser utilizado por cualquier persona o entidad sin restricciones, no es posible garantizar que todas las respuestas proporcionadas por el modelo sean siempre precisas, confiables o éticas. Por lo tanto, es importante que los usuarios sean críticos y verifiquen la información obtenida a través de ChatGPT antes de tomar decisiones basadas en ella*”.

²⁹ Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.). Supreme Court of Texas. NO. 15-0790. D Magazine Partners, L.P. D/B/A D Magazine, Magazine Limited Partners, L.P., and Allison Media, Inc., petitioners, v. Janay Bender Rosenthal, respondent (Justice Guzman). Opinión de 17 de marzo de 2017.

³⁰ *Wikipedia. Terms of use* (versión de 16 de junio de 2014). https://foundation.wikimedia.org/wiki/Terms_of_Use/en (consultado el 8 de enero de 2022).

Veamos juntos uno de tantos intercambios (sic) de esos que han estado circulando en los últimos tiempos entre las personas y el *chatbot*. A modo ilustrativo, pongo de ejemplo una serie de preguntas que le formulé a *ChatGPT* el 24 de marzo de 2023 respecto del lugar de nacimiento del famoso cantante de tango Carlos Gardel.³¹ El *chatbot* informa que la “*mayoría de los expertos e investigadores*” afirman que Gardel nació en Toulouse-Francia. Ante esa información preliminar se le pregunta (lo que también se le podría preguntar a cualquiera que lanzara una afirmación similar): ¿cómo se determina qué es una mayoría de expertos? ¿se trata de expertos que han investigado sobre el tango o sobre Gardel en particular? ¿cuál es el origen de esos expertos? ¿esa es la opinión de la mayoría de expertos en Uruguay (ya que están quienes afirman que Gardel nació en Tacuarembó-Uruguay)? ¿Me puedes dar un listado preciso de expertos que sostienen que Gardel nació en Toulouse-Francia y un listado preciso de expertos que sostienen que nació en Tacuarembó-Uruguay? Ante las respuestas recibidas, y asumiendo la actitud crítica que se propugna en el presente trabajo, cabe también plantearse: ¿es realmente un tema de mayoría? ¿la afirmación del *chat* considera el contenido de las supuestas investigaciones? ¿los llamados expertos son verdaderos expertos (ej. historiadores)? Al final, el *chatbot* reconoce que se equivocó al utilizar el término “*mayoría*”, porque no pudo determinar cuantitativamente, con precisión, la comunidad de expertos en cuestión.

Esto es, reitero, un solo ejemplo entre muchísimos otros que han mostrado algo de las limitaciones, opacidad y falta de fiabilidad de las funcionalidades del *chatbot*.

Pero más allá de *Wikipedia*, *ChatGPT* u otros hay algo que hace a nuestro comportamiento como usuarios, como público, como personas que utilizan en distintos ámbitos ese tipo de herramienta. Con mucha más facilidad que antaño se puede acceder a revistas supuestamente especializadas, a conferencias de quienes parecerían ser los sabios más encumbrados, *fake news* (noticias falsas), información alterada, manipulada, posverdad (para aquellos que entienden que es posible de algún modo acceder o aproximarse a la verdad, también podría haber algo más allá de la verdad),³² lo *deep fake* (término que se utiliza para referir a archivos de audio y video que se crean utilizando inteligencia artificial, permitiendo clonar o manipular voces, generar rostros o cuerpos sintéticos, etc.), información proveniente de pseudociencias, y un largo etcétera.

La desinformación, como también la manipulación, la conspiración, los discursos prefabricados que apelan a las emociones, a prejuicios muchas veces latentes, prenden fácilmente en muchas personas. Hace falta no sólo decir que se tiene un pensamiento verdaderamente crítico y atento a los dogmas, sino ejercerlo.

³¹ Para acceder a una parte de dicho intercambio se puede leer lo publicado en mi cuenta personal de Twitter, a través del siguiente enlace: <https://twitter.com/IgnacioSoba/status/1639401581593661440?s=20> (@IgnacioSoba, 24 de marzo de 2023).

³² Según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, posverdad viene de *pos-* y *verdad*, trad. del ingl. *post-truth*, y se la define lexicográficamente como la “*Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. Los demagogos son maestros de la posverdad*”, véase: www.rae.es. Para BLANCO ALFONSO (2020), p. 170: “...una delimitación conceptual entre noticia falsa y posverdad nos ayudará a comprender adecuadamente ambos fenómenos que, si bien son yuxtapuestos, aluden a realidades de naturaleza diferente: una noticia falsa o *fake news* es un mensaje con apariencia de noticia periodística que, sin embargo, ni se procesa ni se distribuye por los cauces convencionales del periodismo. Se trata de una realidad contable y segregable, al contrario que la posverdad o *post-truth*, concepto que apela a una realidad intangible al denotar un contexto o clima social en el que las emociones tienen más fuerza que los hechos demostrados en la configuración de la opinión pública”.

En lo virtual (ahora, además, se podría decir en los metaversos) y en lo real, el saber y el poder se fusionan, el mundo de la desinformación y del *fake* se construye por personas (a las que muchas veces se suman increíbles recursos tecnológicos, intereses económicos, estrategias de marketing, etc.), y está destinado a otras tantas personas, con distinta formación y capacidad crítica.

Acaso, y sin que suene a estar atrapados en medio de una confabulación, ¿de lo que más hay que sospechar es de mucho de lo que se quiere tildar -sin más- de notorio o evidente? Pues bien, hay que prestar atención también respecto del camino que recorre la supuesta notoriedad, y visualizar quiénes son aquellos que la defienden (porque en algunos casos importan las credenciales de esos mensajeros), así como -fundamentalmente- que es lo que se espera que sea considerado como notorio.³³ No me parece que el camino sea convertirnos en escépticos radicales respecto de la verdad.³⁴ Tampoco caer en la tentación de la sospecha o de la realidad como el juego de interpretaciones en conflicto.³⁵

Sin embargo, concebir la verdad como correspondencia, no nos puede llevar a negar que podemos encontrar(nos) vulnerables (hoy en día vulnerables digitales), víctimas, sujetos de una falsa sensación de seguridad, en el sentido de creer que estamos informados de lo que sucede en el mundo exterior, cuando no lo estamos.

III. EL (SUPUESTO) CONOCIMIENTO EXPERTO AL ALCANCE DE UN CLICK (ALGUNAS REFLEXIONES FINALES)

Debemos ocuparnos de la interrogante de cómo gobernamos nuestro contacto como abogados, jueces, juristas en general, con las herramientas digitales y esa marea de información que se encuentra en internet, que se incorpora a *Wikipedia*, o aquella otra que algunos extraen de inteligencias artificiales como *ChatGPT* u otros modelos de interacción basados en aprendizaje automático y manejo masivo de datos.

Podemos enfrentar este desafío de similar modo a cómo enfrentamos, en general, la incorporación del conocimiento extrajurídico en el proceso jurisdiccional: no siendo deferentes ni asumiendo una posición acrítica. El conocimiento extrajurídico se incorpora de regla a través de expertos y la prueba pericial (lo que por supuesto nos traslada a ese otro tema, en el que el control de la información extrajurídica que ingresa al proceso mediante expertos también es muy desafiante para los juristas). El obtener información de quienes no revisten el estatuto de “experto” en un proceso jurisdiccional hace que no se pueda, en principio, aplicar los controles previstos para ese tipo de medio de prueba a esa otra forma de incorporar información extrajurídica accesible mediante un simple *click*. Mucha cautela entonces.

³³ Su eventual vinculación con la argumentación en torno a hechos notorios merece un análisis separado. Sobre el hecho notorio se puede consultar, de mi autoría, SOBA BRACESCO (2022) y las obras allí citadas.

³⁴ GONZÁLEZ LAGIER, (2013), pp. 25-27.

³⁵ VATTIMO (2010), pp. 21 y ss.

Se debe partir de reconocer nuestras limitaciones y que por esas limitaciones accedemos de una determinada manera a la información. El comportarnos de manera escéptica es clave, sabiendo que existe la charlatanería en el mundo real y que esta no se puede evadir tampoco en el plano digital (¿es la inteligencia artificial una charlatana más?).

Este contacto con el saber se gobierna también mediante una capacitación adecuada de los sujetos del proceso en cuestiones que hacen, por ejemplo, a la epistemología. Debemos encontrar la forma de capacitar acerca de cómo se constituye o construye la información que utilizamos en el proceso, cuál es eventualmente su respaldo o base empírica, su respaldo teórico (en la comunidad o comunidades científicas, técnicas, universitarias, etc.), de dónde se extrae, quién (o quiénes) la aportan, controlan, supervisan, actualizan, quién la financia, cómo llega hasta nosotros, etc. Algo parecido a la capacitación que reclamamos para detectar pseudociencias (y que necesitamos para evitar que ingresen al proceso o para valorarlas, cuando superan los filtros de control), para entender el alcance de una prueba de ADN, para comprender los problemas que trae invocar una estadística, para valorar la prueba científica, para entender que existen distintos tipos de generalizaciones (y que aquellas que se basan, por ejemplo, en el sentido común puede que tengan una base difusa y difícil de corroborar), etc.

En resumen, la capacitación acerca de cómo conocemos, cómo nos informamos, cómo razonamos en el proceso, nos permite mirar más de cerca las cosas e interactuar de otra manera tomando consciencia de los matices y las sutilezas. Una capacitación adecuada ayuda a evitar la ya mencionada charlatanería: a hacer esto también se aprende, dentro y fuera de las cortes o tribunales.

Sabemos que el contacto con la tecnología sucede y que no se puede evitar. Lo sabemos no ya por una mera intuición, sino por los antecedentes de *Wikipedia* que han sido relevados en la jurisprudencia a nivel comparado, por lo que ha comenzado a pasar con *ChatGPT*, y porque es parte del mundo que rodea al sistema de justicia y del cual el sistema de justicia obviamente es parte. Incluso ese contacto algunos lo pueden llegar a provocar, usando justificativos como la economía procesal, cuando se dice que es más rápido, más simple, más eficiente acceder de ese modo a la información, en sustitución de mecanismos más engorrosos o para los que se necesita disponer de más tiempo en el proceso (tampoco se puede descartar las ansias de algunos por el protagonismo, queriendo ser los primeros en utilizar una determinada tecnología en el ámbito de la justicia). Ante todo esto hay que acudir a lo que es la esencia misma del proceso jurisdiccional y el Derecho procesal que se ha construido hasta el momento: las garantías del debido proceso.

Todo este contacto entre el sistema de justicia y la información que se consigue mediante *clicks*, se gobierna (o intenta gobernar) recordando que el proceso es un espacio de garantías (o debería serlo y seguir siendo).

El Derecho procesal, el proceso jurisdiccional, las garantías deben ser tiempo institucional de calidad. Una pausa dedicada a escuchar de determinada manera a las personas y resolver sus problemas. Un espacio distinto al que se produce en redes sociales, en programas mediáticos con panelistas (incluso especializados), o en general en los medios de prensa. Un entramado institucional de controles y de

ejercicio de la contradicción en un marco de tolerancia, tanto para el debate jurídico como para el debate fáctico, el razonamiento probatorio en general o la incorporación del citado conocimiento extrajurídico.

Todo ese entramado de diseño institucional, que muchas veces cuesta mucho trabajo y recursos construir e implementar, apuesta -quizás como ideal regulativo- a que el proceso no sea una herramienta opaca y acrítica. Ello hace que lo que suceda en el proceso tienda a no ser un acto de fe, sino un espacio para la adopción de decisiones que se aspira que sean racionales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ÁMBITO (2023): “Polémica en Colombia con un juez que usó ChatGPT para una sentencia”, disponible en: <https://www.ambito.com/mundo/inteligencia-artificial/polemica-colombia-un-juez-que-uso-chatgpt-una-sentencia-n5643297>
- ATIENZA, Manuel (2006): *El derecho como argumentación* (Barcelona, Ariel).
- BARGER, Coleen M. (2013): “Challenging Judicial Notice of Facts on the Internet Under Federal Rule of Evidence 201”, en: *University of San Francisco Law Review* (núm. 48).
- BLANCO ALFONSO, Ignacio (2020): “Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública. Una aproximación desde la fenomenología”, en: *Revista de Estudios Políticos* (núm. 187).
- COMOGLIO, Paolo (2019): “Internet, Wikipedia e la crisi del notorio”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho procesal* (vol. 5 núm. 9).
- CORREO DEL SUR (2023): “¿Fallo judicial a través de ChatGPT?: Vocales utilizaron una inteligencia artificial en una audiencia”, disponible en: https://correodelsur.com/seguridad/20230418_fallo-judicial-a-traves-de-chatgpt-vocales-utilizaron-una-inteligencia-artificial-en-una-audiencia.html.
- CRUZ ARENHART, Sergio y MARINONI, Luiz (2015): *La prueba* (Santiago de Chile, Thomson Reuters – La Ley).
- FRANCE 24 (2023): “Juez colombiano usa inteligencia artificial de ChatGPT en un caso”, disponible en: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20230202-juez-colombiano-usa-inteligencia-artificial-de-chatgpt-en-un-caso>
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2013): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (México, Fontamara).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2018): *Inteligencia artificial y proceso judicial* (Madrid, Marcial Pons).
- SOBA BRACESCO, Ignacio (2022): “El hecho notorio en el derecho procesal comparado (desafiando los límites de la obviedad)”, en: Fernández Ramírez, Lucía, Martínez Morales, Santiago, y Soba Bracesco, Ignacio (coordinadores), *La prueba. Un cruce de caminos* (Buenos Aires-Montevideo, IJ Editores-FCU).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- THE NEW YORK TIMES (2007): “Courts Turn to Wikipedia, but Selectively”, disponible en: <https://www.nytimes.com/2007/01/29/technology/29wikipedia.html>.
- THOMPSON, Neil y HANLEY, Douglas (2018): “Science Is Shaped by Wikipedia: Evidence From a Randomized Control Trial”, en: *MIT Sloan Research Paper* (núm. 5238 vol. 17).

THOMPSON, Neil, FLANAGAN, Brian, RICHARDSON, Edana, MCKENZIE, Brian, LUO, Xueyun (2022): "Trial by Internet: A Randomized Field Experiment on Wikipedia's Influence on Judges' Legal Reasoning", en vías de publicación en: Tobia, Kevin (editor), *Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence* (Cambridge, Cambridge University Press).

VATTIMO, Gianni (2010): *Adiós a la verdad* (traducc. de D'Meza, María Teresa, Barcelona, Gedisa).

Jurisprudencia citada

González, Betina con Federación Uruguaya de Cooperativas de Ahorro y Crédito (2011): Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, de 09 de marzo de 2011, rol 71/2011.

AA con BB (2011): Suprema Corte de Justicia de la Nación, sala primera, de 01 de diciembre de 2011, rol 1a./J. 138/2011 (9a.).

Cabral, María con Carrasco Nobile S.A. (2017): Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno, de 01 de febrero de 2017, rol 5/2017.

Fiscalía con Romero Pradilla, César y Jiménez Valencia, Johan (2017): Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, de 23 de noviembre de 2017, rol SP19623-2017.

Mena Saez, Mario y Saez Espinoza, María con Servicio de Salud de Talcahuano (2018): Corte Suprema, Sala Tercera Constitucional, de 05 de julio de 2018, rol. 38838-2017.

Fiscalía con Cuyubamba Charri, ober (2019): Corte Suprema de Justicia, sala Penal Permanente, de 21 de septiembre de 2021, rol 001636-2019.

Céspedes Cristo, Jorge y Wilson Barranca, Ginna con Administradora Country S.A. (2021): Tribunal Superior, Sala Civil de Bogotá, de 26 de agosto de 2021, rol SC3729-2021.

AA con BB (2022): Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno, de 30 de marzo de 2022, rol 38/2022.

AA con BB (2022): Audiencia Provincial de Madrid, sección 26, de 27 de abril de 2022, rol SAP M 6264/2022.

AA con BB (2023) Suprema Corte de Justicia de Uruguay, de 09 de marzo de 2023, rol 177/2023.

La autonomía de la voluntad de los cónyuges para convenir la compensación económica

The autonomy of the will of the spouses to agree the economic compensation

Claudia Daniela Bustos Carrasco

Concepción, Chile.

Correo electrónico: clbustoscarrasco@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0007-7146-4610>

Recibido el 29/05/2023

Aceptado el 25/06/2023

Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.06>

RESUMEN: El presente artículo examina la naturaleza de la compensación económica para resolver el alcance que tiene la autonomía de voluntad en el pacto de compensación económica, en particular si puede pactarse modalidades de pago de la compensación como una renta vitalicia en favor del beneficiario. En el artículo se defiende la hipótesis de que, en tanto la compensación económica es una institución sui generis, vela por finalidades propias que hacen incompatible que la autonomía de la voluntad pueda acordar modalidades en términos absolutos, debiendo el juez velar por el resguardo del cónyuge más débil.

PALABRAS CLAVE: Compensación económica, convenio de compensación, autonomía de la voluntad.

ABSTRACT: This article examines the nature of economic compensation to resolve the scope of the autonomy of will in the economic compensation agreement, particularly if compensation payment modalities such as a life annuity can be agreed upon in favour of the beneficiary. The article defends the hypothesis that, while economic compensation is a sui generis institution, it ensures its own purposes that make it incompatible that the autonomy of will, can agree modalities in absolute terms, and the judge must ensure the protection of the weaker spouse.

KEY WORDS: Economic compensation, compensation agreement, autonomy of will.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, el 17 de noviembre de 2004, y durante sus primeros años, fueron múltiples los estudios doctrinales dedicados a exponer y explicar la compensación económica. Lo anterior motivado por el hecho de que, como es sabido, si bien se le reconoce a la Ley N° 19.947 el mérito de introducir importantes reformas en materia de Derecho de Familia, tales como el divorcio vincular y la instituto en estudio, desafortunadamente esta sólo se limitó a definir los supuestos a considerar para determinar su existencia y cuantía, la forma de su establecimiento y su forma de pago,¹ pero no se reguló un concepto, ni se introdujo otra norma que permitiera determinar su naturaleza jurídica y otros aspectos relevantes, tarea que quedó entregada en mayor medida a la doctrina nacional y a la labor de los tribunales superiores de justicia.

A casi veinte años de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947, varios de los criterios que la doctrina nacional de la época consideraba asentados en relación a la compensación económica, se han ido flexibilizando o limitando a través de la labor de los tribunales de familia y tribunales superiores, ajustándose a la realidad de las familias chilenas y al principio rector del artículo 3 del referido cuerpo legal.

En lo que respecta a la libertad de los cónyuges para determinar la procedencia, monto y formas de pago de la compensación económica, de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia nacional sobre el tema, se puede advertir que en un comienzo, fundado en el tenor literal del artículo 63 de la Ley N° 19.947 y el prominente avance de la autonomía privada en Derecho de Familia, se admitió una amplia libertad para el acuerdo. Posteriormente, la jurisprudencia ha ido estableciendo límites a esta facultad, con miras a evitar la desnaturalización de la institución y dar protección al cónyuge más débil, conclusión que *a priori* me parece acertada, pero que muchas veces se funda en presupuestos errados, como expondré en este estudio.

Para un estudio adecuado de la cuestión, conviene comenzar por el análisis de la naturaleza de la compensación económica, que arrojará luces sobre el alcance del pacto o acuerdo relativo a la misma.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Ciertamente uno de los aspectos más controversiales tras la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la institución de la compensación económica, fue la determinación de su naturaleza jurídica, discusión que motivó decenas de estudios en torno al tema y que, al menos aparentemente, parece encontrarse zanjada en la actualidad.

¹ En efecto, de la lectura de los escasos seis artículos que componen el Párrafo 1º, titulado “*De la compensación económica*”, del Capítulo VII “*De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*”, los artículos 61 y 62 están dedicados a fijar los supuestos que permitan determinar la existencia y cuantía de la compensación económica; los artículos 63 y 64, por su parte, se refieren a las formas de su establecimiento; y finalmente, los artículos 64 a 66 del mismo cuerpo legal tratan sobre sus formas de pago.

Y es que precisar la naturaleza jurídica de la instituto resulta ser un aspecto de sumo relevante, toda vez que no sólo nos permitirá determinar el régimen supletorio aplicable, sobre todo aún considerando la escasa regulación que a su respecto comprende la Ley N° 19.947, sino que, en lo tocante a este estudio, el análisis de la naturaleza jurídica de la compensación económica nos permitirá, por un lado, descartar la tesis del carácter resarcitorio de la misma, que hasta ahora ha venido sosteniendo reiteradamente parte de la jurisprudencia nacional y, por otro, descubrir que a partir del correcto análisis de la naturaleza jurídica la institución es igualmente posible arribar a la misma conclusión: que la libertad de los cónyuges para convenir la compensación económica no es absoluta.

En este contexto, son principalmente tres las tesis que se han planteado para explicar la naturaleza jurídica de la compensación económica,² a las que me referiré brevemente: A. Naturaleza jurídica alimenticia; B. Naturaleza jurídica indemnizatoria; C. Naturaleza propia o *sui generis*.

A. Naturaleza jurídica alimenticia de la compensación económica

“La primera tesis, defendía que se estaba en presencia de alimentos, especialmente porque las cuotas en las que se divide, conforme al artículo 66, se consideran alimentos para efectos de su cumplimiento; de otro lado, porque para determinar la cuantía de la compensación económica algunos criterios que implican modos de subsistencia, tales como la situación patrimonial de los cónyuges, entre otros.”³

La tesis ha tendido a ser abandonada hoy en día. En efecto, ya del análisis de la historia de la Ley N° 19.947 y en particular, del Primer Informe de Comisión de Constitución, ante el Senado, se desprende que no obstante proponerse inicialmente la instituto con características similares a una pensión de alimentos, la noción alimenticia o asistencial fue rápidamente descartada en la discusión en sala, principalmente con miras a evitar la subsistencia del conflicto matrimonial tras el divorcio de los cónyuges.⁴ Ya en ese entonces la ministra directora del Servicio Nacional de la Mujer, Adriana Delpiano,

² Podemos reconocer otras, tales como aquella que considera que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica variable, no obstante estas tesis no han sido mayormente admitidas por la doctrina y jurisprudencia nacional. En este sentido, hay quienes sostienen que, partiendo de la base de entender la compensación económica como un derecho de familia y, como tal, de carácter extrapatrimonial, la naturaleza jurídica de la compensación económica varía dependiendo de cuáles sean los presupuestos del artículo 62 de la Ley 19.947 que hacen procedente la institución, situación que debe ser valorada por el juez en el caso en concreto, de manera de compatibilizar la autonomía privada de los cónyuges y la protección del cónyuge más débil. De esta forma, *“un beneficio económico –que cumple la compensación económica cuando es meramente resarcitoria– se puede renunciar libremente, como son la mayoría de los criterios que determinan su procedencia y su cuantía, estos últimos establecidos en el artículo 62 inciso 1o LMC; mas no se puede renunciar a los criterios asistenciales por cuanto ellos son los que protegen al denominado cónyuge más débil”* [BARCÍA Y RIVEROS (2011), p. 108].

³ CÉSPEDES Y VARGAS (2008), p. 443. En el mismo sentido, VARAS Y TURNER (2005), p. 507, señalaban que las circunstancias contenidas en los N° 2, 4, 5 y 6, del artículo 62 inciso 1 de la Ley N° 19.947, tienen un marcado carácter asistencial, como consecuencia de lo cual, para efectos de precisar la naturaleza jurídica de la instituto en estudio, *“el análisis particular de las circunstancias enumeradas por el artículo 62 inciso 1 de la LMC no contribuye a esta labor pues deja de manifiesto la dispar entidad de las mismas, algunas propias de una entidad resarcitoria, otras de una asistencial”*.

⁴ En efecto, el ex senador José Antonio Viera-Gallo advirtió que los términos en que fue planteada la propuesta en torno a la compensación económica, razonaban en torno al derecho de alimentos, no obstante *“la legislación extranjera apunta, en cambio, a las compensaciones entre los cónyuges por el desequilibrio económico que se producirá entre ellos”*. En el mismo sentido el en ese entonces Ministro de Justicia José Antonio Gómez, manifestó que *“este sistema está operando en muchos países, y tiene la gran ventaja de que pone fin tempranamente a la discusión económica para no perpetuar el conflicto familiar, como ocurre con los alimentos, en que las solicitudes de rebajas o de aumentos producen enfrentamientos constantes, que lo único que hacen es perpetuar odiosidades”*. A favor de la noción asistencial de la compensación económica se manifestó, por su parte, el ex senador Alberto Espina, quien sugirió *“que las prestaciones se consideren alimentos, teniendo en vista también el aspecto tributario, puesto que los alimentos no están afectos a impuestos”*, situación que no obstante no prosperar esta moción, fue resuelta más tarde y con

“sugirió precisar que no se trataría de una pensión de alimentos, sino de una pensión compensatoria, a favor de aquel cónyuge que ha dedicado parte importante de su vida al cuidado de sus hijos, y que por esta razón se puede ver perjudicado en sus oportunidades económicas futuras”,⁵ poniendo el foco luego en el menoscabo económico que sufriría el cónyuge más débil al momento de la ruptura matrimonial y dándose entonces al artículo 62 su tenor actual.

Adicionalmente, son múltiples los argumentos que se han esbozado para rechazar el carácter alimenticio de la compensación económica, tales como que la causa de esta radica en las circunstancias que describe el artículo 61 de la Ley N° 19.947 y no en el estado de necesidad del otro cónyuge;⁶ que la compensación económica es inmodificable, aunque varíen las circunstancias, situación contraria a lo que ocurre con los alimentos, que son esencialmente variables de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 del Código Civil; que los alimentos encuentran su justificación en el deber de socorro que tienen los cónyuges por mandato de los artículos 131 y 134 del Código Civil, en cambio la compensación económica supone el término del matrimonio, por lo tanto, la extinción de aquel deber;⁷ entre otros argumentos.

La Excelentísima Corte Suprema ha resuelto reiteradamente, refiriéndose a la compensación económica que: “la naturaleza jurídica de dicho instituto es la de ser reparatoria y la determinación de su procedencia no está relacionada con la evaluación de las necesidades futuras ni con las facultades económicas del obligado al pago, ergo, no tiene carácter alimenticio”.⁸ No obstante, como se puede advertir una vez más, la Corte Suprema suele contraponer al carácter asistencial o alimenticio de la compensación económica, una supuesta naturaleza jurídica reparatoria, sin perjuicio de que, como he planteado, no es posible encuadrar la institución en estudio dentro de las categorías de derechos patrimoniales que prevé el Derecho Civil.

B. Naturaleza jurídica resarcitoria de la compensación económica

Una parte de la doctrina nacional, “sobre la base de los propios términos empleados por el legislador, “compensar” el “menoscabo económico”, ha sostenido la vinculación de esta institución con la noción de indemnización, atribuyéndole una naturaleza jurídica reparatoria”.⁹

Lo anterior se ve reforzado igualmente por la terminología muchas veces empleada en la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.947, no obstante, la historia de la ley ha sido fuerte y reiteradamente

efecto retroactivo mediante la Ley N° 20.239, que liberó a la compensación económica del impuesto a la renta.

⁵ Primer Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Historia de la Ley N° 19.947, p. 106.

⁶ A este respecto se ha sostenido que “los alimentos tiene por objeto responder a las necesidades de manutención hacia el futuro de los cónyuges y, en definitiva, responden al deber de socorro entre los cónyuges (...) por ende, son las necesidades del alimentario y las facultades económicas del alimentante las que determinan el monto de los alimentos. En la compensación de que tratamos, se pretende, en alguna medida, resarcir al cónyuge demandante de ella pérdida patrimonial ya producida, lo que aleja de ella todo carácter alimenticio” [DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2007), p. 189].

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE (2005), p. 90.

⁸ Berenguela con Arriagada (2019).

⁹ GUERRERO (2008), p. 203.

criticada por la doctrina nacional, atendida su ambivalencia y carencia de conocimientos técnicos, que de poco ha servido para obtener certezas sobre la materia.

Dentro de los partidarios de esta tesis, podemos encontrar a su vez un sin número de subvariantes, casi tantas como autores han escrito sobre el tema. Si bien la doctrina coincide en su mayoría en torno a que no puede sostenerse abiertamente que la compensación económica participaría de la naturaleza jurídica de la indemnización propia de la responsabilidad civil,¹⁰ hay quienes la han pretendido asimilar al lucro cesante, con la salvedad que no apuntaría a lo dejado de obtener, sino a la oportunidad de obtener;¹¹ o bien, a una indemnización por pérdida de una chance o de una oportunidad laboral;¹² hay quienes sostienen por su parte, se trataría de una indemnización por sacrificio o por afectación lícitas de derechos, como las que se pagan en caso de expropiación o imposición de servidumbres legales;¹³ el SII en su oportunidad la asimiló a la reparación del daño moral,¹⁴ con miras a sostener que no correspondería a renta para efectos de pago de impuestos;¹⁵ mientras otros han pretendido apuntar a un carácter “reparatorio” o “compensatorio”, distinto del concepto puramente “indemnizatorio”,¹⁶ propio de la responsabilidad civil, tanto porque es imposible restituir a la víctima el valor dañado, similar a lo que ocurre con la reparación del daño moral, como porque no existe culpa del demandado;¹⁷ entre otros varios postulados que no abordaré en detalle en este estudio.

Lo propio ha hecho parte de la jurisprudencia nacional, que reiteradamente ha identificado a la compensación económica como una “indemnización”¹⁸ propiamente tal, admitiendo que esta gozaría de “un carácter resarcitorio de ciertos perjuicios”¹⁹ o de una naturaleza “reparadora”²⁰ o “compensatoria”, incluso aseverando que se trataría más propiamente una indemnización por “lucro cesante”;²¹ argumentos que se emplean muchas veces para negar el carácter asistencial de la compensación económica o bien, para aseverar que esta debe ser valorizada en dinero, en una suma única y determinada,

¹⁰ En este sentido se ha sostenido que “en cuanto a su régimen, nos parece que, desde luego, no pertenece propiamente a la reparación a que apunta la responsabilidad civil y, por ende, no cabe aplicarle supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente si se tiene presente que los requisitos que se exigen para su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria” [DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), p. 67].

¹¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), p. 65.

¹² COURT (2009), pp. 71-72.

¹³ CORRAL (2007), pp. 148-149.

¹⁴ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005).

¹⁵ Situación que, como precisé anteriormente, fue zanjada luego a través de la Ley N° 20.239, que libera de impuesto a la renta las compensaciones económicas que se generen al término del matrimonio. Lo curioso del pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos, es que la doctrina no se detuvo mayormente a analizar el planteamiento del ente administrativo, asumiendo que la asimilación se realizaba sólo para efectos tributarios [GUERRERO (2008), p. 198].

¹⁶ Lo anterior, sin perjuicio de que la RAE considera sinónimos los conceptos de “indemnizar”, “reparar” “resarcir” y “compensar”, de manera que igualmente evocaría la idea de responsabilidad civil. No obstante hay quienes insisten en que se diferenciarían en cuanto a la extensión de la reparación del daño.

¹⁷ DOMÍNGUEZ AGUILA (2007), p. 192.

¹⁸ Tamayo con Santelices (2006).

¹⁹ Duval con Saavedra (2008).

²⁰ Ponce con Venegoni (2020).

²¹ Berengueta con Arriagada (2019).

no obstante no participar la institución de la naturaleza jurídica propia de una indemnización.

Más allá de las razones por las que suele atribuirse a la compensación económica una naturaleza jurídica resarcitoria, no puede admitirse esta afirmación como cierta, lisa y llanamente, porque que no concurren a su respecto las características comunes a toda acción resarcitoria propia de la responsabilidad civil, por las razones que se expondrán.

Desde la perspectiva de las críticas, no se está en presencia, técnicamente hablando, de un daño. En efecto, tradicionalmente se ha entendido por daño o perjuicio “*todo detrimento que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral*”,²² elemento esencial de la indemnización propia de la responsabilidad civil. Por el contrario, lo determinante para que proceda la compensación económica, no es propiamente el daño, sino el “*menoscabo económico*”, tanto así que se ha sostenido en doctrina que aun cuando concurren las circunstancias del artículo 61 de la Ley N° 19.947 esto: “*no hace nacer automáticamente el derecho a la compensación, desde que el menoscabo no se identifica con el no haber trabajado y, consiguientemente, con lo que se dejó de percibir o la oportunidad de hacerlo. La concurrencia de estas condiciones, unidas al divorcio o nulidad, confiere un título legal para pedir la compensación, quedando pendiente la comprobación del menoscabo, para lo cual es decisivo el artículo 62 de la LMC, que permite determinar si ese cónyuge - el del artículo 61 - experimentará, o no, un menoscabo a causa del divorcio o la nulidad*”.²³

Si bien es cierto la jurisprudencia en muchas ocasiones ha dado al menoscabo económico una tratativa similar al daño y, en particular, al lucro cesante,²⁴ entendido este como el detrimento que sufre una persona en su patrimonio, consistente en la privación de una ganancia futura,²⁵ lo cierto es que esta noción ha sido paulatinamente descartada, como consecuencia las profundas incongruencias que trae consigo admitir la naturaleza jurídica resarcitoria de la compensación económica.

Puede conceptualizarse el menoscabo económico como “*la carencia de medios del cónyuge beneficiario para enfrentar su vida separada y futura, dada por la disparidad económica de los cónyuges*”,²⁶ de manera que este no sólo se ocupa de la privación de una ganancia futura, sino que se trata de un concepto más amplio, que también comprende las dificultades que podrá enfrentar el cónyuge beneficiario para reanudar su vida separada cuando no logró autonomía económica suficiente, por haberse configurado a su respecto las circunstancias del artículo 61 de la N° 19.947. Por ello suele aseverarse que la noción de menoscabo económico es extremadamente compleja²⁷ y comprende una dimensión pasada y futura de la condición del cónyuge beneficiario.

²² ABELIUK (2009a), p. 814.

²³ VIDAL (2008), p. 282.

²⁴ Adicionalmente a los fallos ya citados, podemos mencionar a modo ejemplificador, la sentencia *Bustos con Fernández* (2007), en que los ministros, si bien no emplean expresamente el término, hacen una exhaustiva valoración del menoscabo económico, tal y como si estuviéramos frente a una indemnización por lucro cesante y que recomiendo revisar a modo ilustrativo.

²⁵ ABELIUK (2009a), pp. 814-815.

²⁶ CÉSPEDES (2010), p. 119.

²⁷ VIDAL (2008), p. 292.

En segundo lugar, tampoco pueda razinarse en clave de daños, o de responsabilidad civil, en la medida que el menoscabo económico no es imputable necesariamente al deudor de la compensación. Si bien se trata de un concepto circunstancial y relativo,²⁸ el menoscabo económico habitualmente no es ocasionado por un incumplimiento o un delito o cuasidelito imputable al cónyuge deudor, sino más bien al proyecto de vida que implica el matrimonio y la confianza de que este durará por toda la vida, lo que motiva muchas veces a uno de los cónyuges a decidir, por voluntad propia o de común acuerdo, no desarrollar una actividad remunerada o hacerlo sólo parcialmente para dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común.²⁹

Por último, el acreedor de la compensación no tiene necesariamente el carácter víctima. Como se precisó anteriormente, habitualmente es el propio cónyuge beneficiario quien voluntariamente decide postergarse profesionalmente para dedicarse al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común con miras al bienestar de la familia. Es más, los tribunales superiores de justicia han resuelto reiteradamente que existe derecho a la compensación económica aún cuando el cónyuge beneficiario haya consentido en su situación,³⁰ argumentándose que *“debe tenerse presente que aunque la mujer hubiese trabajado, ello no influiría en la compensación económica desde el punto de vista del menoscabo, porque lo que interesa para el legislador es el deterioro manifestado pecuniariamente, que sufre la mujer como consecuencia de haberse dedicado a la crianza de los hijos y a las labores propias del hogar común, de manera que no interesa tampoco el argumento de la demandante, en cuanto a que ella eligió libremente dedicarse a los hijos y no trabajar”*.³¹ De esta forma, no es posible ante esta hipótesis, recurrir a la teoría de los actos propios, a la exposición imprudente al daño tratándose del artículo 2330 del Código Civil, ni a ninguna otra causal eximente de responsabilidad a fin, para reducir o evitar la sentencia condenatoria tratándose de una demanda de compensación económica.

En cuarto lugar, la culpa del deudor de la compensación económica, no es un elemento relevante para determinar su existencia. En efecto, tradicionalmente se ha sostenido que atendido el tenor literal del

²⁸ CÉSPEDES (2010), p. 124. Como señala PIZARRO (2009), pp. 325-326: Se *“debe partir de la idea que el matrimonio constituye un proyecto de vida familiar que exige ventajas y sacrificios por ambos cónyuges. Un pacto destinado a un fin común y consentido para la construcción de bienestar familiar. Es usual, y Chile no es la excepción, que la mujer asuma una función protagónica en el hogar postergando su desarrollo individual. La crianza de los hijos y la organización o ejecución de las tareas del hogar quedan entregadas a la mujer. Estas tareas están justificadas por ese proyecto común matrimonio, quedando la mujer amparada en el estatuto protector matrimonial. De ahí la justificación y causa de la postergación de la mujer en el plano laboral remunerado (...) Sin embargo (...) el fracaso del proyecto matrimonial excluye la causa de la función asumida durante el matrimonio por la mujer”*.

²⁹ Opción que en la realidad chilena, aún a casi veinte años de la entrada en vigencia de la Ley 19.947, continúa asumiendo preferentemente la mujer, quienes según las estadísticas de género del INE del año 2015, representamos una tasa de participación laboral que alcanza al 46,2% y dedicamos en promedio 3,3 horas más del día a realizar labores no remuneradas en el hogar, lo que muchas veces trae consigo la postergación personal y/o profesional. Véase a este respecto las estadísticas de género del INE, disponible en el siguiente link: <https://www.estadisticasdegenero.cl/indicadores/salud-y-estilo-de-vida/>.

³⁰ Criterio que mantienen casi unánimemente los tribunales de justicia. En este sentido la Corte de Apelaciones de Concepción, en el año 2007 ya resolvía, reconociendo este supuesto, que *“si bien se ha sostenido que sea por opción personal, sea porque las circunstancias del matrimonio se lo exigieron, la mujer siempre tiene derecho a compensación económica si se dan los otros requisitos, porque es legítimo y aún deseable para muchos matrimonios que ella permanezca en el hogar cuidando a los hijos o atendiendo a las labores propias de la familia (R.D.A. Actualidad Jurídica N°15, pág.85 U.del Desarrollo), de todas mane ras nada la exime de la carga de probar la concurrencia de las demás exigencias, vale decir, que estuvo en condiciones de desarrollar una actividad remunerada y que sufrió un detrimento o menoscabo económico por haberse dedicado total o parcialmente al hogar e hijos, siendo este último elemento el requisito esencial y la justificación de la institución y, por ende, constitutivo de requisito de la acción”* [Tablaeda con Medina (2007)].

³¹ Pacheco con González (2022).

artículo 61 de la Ley N° 19.947, para que haya lugar a la compensación económica deben concurrir tres requisitos copulativos: “a) el demandante de la compensación económica ha debido dedicarse durante el matrimonio al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común; b) debe además acreditar que por causa de lo anterior no pudo desarrollar una actividad económica o si lo hizo, fue en menor medida de lo que podía y quería; c) que de ello resulte un menoscabo económico”.³² Como indican Varias y Turner, sólo para efectos de “determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía”, reza el artículo 62 de la Ley N° 19.947, se considerará, entre otras circunstancias “la buena o mala fe”, no obstante debe entenderse referida a cualquiera de los cónyuges, ya que la norma no la restringe sólo al cónyuge beneficiario.³³

Cabe precisar finalmente respecto de este punto, que si bien el artículo 62 inciso 2 de la Ley N° 19.947 permite denegar o disminuir prudencialmente el monto de la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal del divorcio sanción o divorcio culposo reglamentado en el artículo 54, el legislador empleó la expresión “podrá”, de manera que en todo caso será facultativo para el juez denegar o disminuir prudencialmente el monto de la prestación.

En quinto lugar, el carácter indemnizatorio también se puede descartar si se atiende a las circunstancias que señala el artículo 62 para efectos de fijar la cuantía.³⁴ La doctrina ha sostenido que la expresión del artículo 62, en el sentido que el juez “considerará especialmente” estas circunstancias para efectos de determinar la cuantía de la compensación no se compadece con los criterios que la doctrina sostiene para determinar el quantum indemnizatorio.³⁵

En último término, la compensación económica no puede considerarse una indemnización de perjuicios, puesto que no es posible restituir al afectado al estado anterior a la lesión. Como enseña Vidal: “la compensación económica no cubre lo que ese cónyuge dejó de percibir por haberse dedicado a la familia, ni la oportunidad de percibirlo; sino que la compensación económica representa una suma de dinero que permita remediar la disparidad o carencia que causa el término del matrimonio, y así evitar el empeoramiento o consecuencias nocivas de esa disparidad o carencia en el futuro”,³⁶ lo anterior en razón de que no es posible cuantificar con certeza, aritméticamente, el costo de la oportunidad laboral

³² DOMÍNGUEZ AGUILA (2007), p. 185.

³³ VARAS Y TURNER (2005), pp. 47-48. Sobre el punto CORRAL (2007), p. 162 ha sostenido: “no parece que pueda tener incidencia en el caso del divorcio, ya que la denegación o atenuación del derecho a compensación económica en caso de culpa del cónyuge beneficiario fue objeto de una norma a parte (artículo 62 inciso 2 LMC)”

³⁴ Si bien se discutió en su oportunidad la relación que existía entre los artículos 61 y 62 de la Ley N° 19.947, mayoritariamente se ha admitido que mientras el artículo 61 de la Ley N° 19.947 contiene los presupuestos de procedencia de la compensación económica, el artículo 62 “cumple una doble función, orientada a auxiliar al artículo 61 en la determinación e la existencia del menoscabo y para cuantificar la compensación” PIZARRO (2009), p. 326.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, para quienes “según el artículo 61 de la Ley 19.947, existen dos grupos de presupuestos: el primero, referido a la compensación económica propiamente tal: 1. No haber podido desarrollar actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería. 2. Que el impedimento anterior, sea consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común. El segundo grupo, refiere al menoscabo económico y su cuantía, para lo cual ha de considerarse especialmente según en forma textual expresa el artículo 62” González con Pacheco (2022).

³⁵ CÉSPEDES Y VARGAS (2008), p. 450, quienes señalan: “la extensión de la indemnización de perjuicios está medida en función de la magnitud del daño, sin que tenga influencia alguna la buena o la mala fe del cónyuge deudor”.

³⁶ VIDAL (2008), p. 274.

perdida a causa de haberse dedicado el cónyuge beneficiario a alguna de las circunstancias descritas en el artículo 61 de la Ley N° 19.947, no obstante lo resuelto erróneamente por la Corte Suprema al asimilarla al lucro cesante.

En sede de responsabilidad civil, en cambio, rige el principio general de la reparación integral del daño, de manera que en principio,³⁷ se busca dejar a la víctima o acreedor en el mismo estado anterior a la ocurrencia del incumplimiento o delito o cuasidelito, según sea el caso, generador del daño. Lo anterior fluye del artículo 1437 y los artículos contenidos en el Título XII, del Libro IV del Código Civil, particularmente el artículo 1556, tratándose de la responsabilidad contractual; y de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, tratándose de la responsabilidad extracontractual.

Atendido los argumentos expuestos, resulta evidente que la compensación económica no participa, en caso alguno, de las características comunes a la indemnización de perjuicios propia de la responsabilidad civil, de manera que la tesis que tantas veces la jurisprudencia nacional ha empleado para reconocer que el carácter dispositivo de la compensación económica no es absoluto, aún cuando se intente matizar a través de términos sinónimos, debe ser descartada de plano.

C. Naturaleza jurídica propia o *sui generis* de la compensación económica

Habiéndose desechado casi unánimemente la tesis asistencial o alimenticia y no siendo posible calificar la naturaleza jurídica de la compensación económica como resarcitoria, por las razones expuestas, puede argumentarse que la institución en análisis tiene una naturaleza híbrida, *sui generis*. En la discusión parlamentaria que procedió su aprobación, la parlamentaria Cecilia Pérez Díaz defendía que la compensación económica “*sin duda es una figura híbrida*”, argumentando que “*a veces la pureza jurídica debe ceder ante la necesidad social de la institución*”.³⁸ En este mismo sentido, la jurisprudencia ha reconocido que: “*la institución de compensación económica incorporada por la Ley N° 19.947 a las relaciones de los cónyuges, no tiene la naturaleza de una pensión alimenticia, porque no está destinada a habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, como tampoco es una indemnización de perjuicios, porque no representa una suma o cantidad dineraria para resarcir un perjuicio ocasionado, desde que también debe abarcar el deterioro futuro como consecuencia de la separación de los padres, y la dedicación de uno de ellos a la crianza, desarrollo y establecimiento, sino que tiene una naturaleza peculiar que se obtiene de entenderla como un contenido pecuniario que busca resarcir los perjuicios o deterioros que sufre una persona en su formación integral y enriquecimiento personal e individual como consecuencia de dedicarse al cuidado de los hijos, a la crianza, desarrollo y establecimiento de los mismos, o a las labores del hogar*”.³⁹

³⁷ Preciso “en principio”, porque esta regla puede encontrar excepciones, por ejemplo, cuando la víctima se expuso imprudentemente al daño de acuerdo al artículo 2330 del Código Civil en sede extracontractual o bien cuando concurren causales de exención de responsabilidad o cláusulas modificadoras de la responsabilidad.

³⁸ Primer Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Historia de la Ley N° 19.947, p. 21.

³⁹ González con Pacheco (2022).

En la doctrina, es la tesis que ha defendido Vidal.⁴⁰ Una definición más completa y que se hace cargo igualmente de el fundamento y la finalidad que persigue la institución nos la entregan Céspedes y Vargas, para quienes la compensación económica es “una obligación impuesta por la ley que se concede en los eventos previstos por ella, de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar su vida separada”.⁴¹

Que la compensación económica sea una obligación legal implica, como tiende a admitir progresivamente la doctrina y jurisprudencia,⁴² por una parte, que la ley es su “fuente mediata, directa, de las obligaciones, sin que de parte del acreedor o del obligado se haya efectuado acto alguno que provoque el nacimiento de la obligación”,⁴³ aseveración que permite salvar gran parte de las incongruencias que genera la tesis resarcitoria; y por otra, que la compensación económica se encuentra regulada por la Ley y, particularmente, por la Ley N° 19.947. A la misma conclusión ha arribado Carmen Domínguez Hidalgo, para quien “no cabe aplicarle supletoriamente el régimen común de los daños. Ello resulta evidente si se tiene presente que los requisitos que se exigen para su procedencia no son los comunes a toda acción resarcitoria. Se rige, por tanto, por las normas que se regulan en la ley, y es a partir de ellas que la doctrina y jurisprudencia tendrán que ir configurando los principios que la disciplinan”.⁴⁴

Es precisamente este carácter propio de la naturaleza jurídica de la compensación económica, el de ser una obligación legal y que por tanto, encuentra su regulación en la Ley N° 19.947, el que a mi juicio permite argumentar fundadamente por qué la autonomía de la voluntad de los cónyuges para convenir la compensación económica no es absoluta, sino que debe observar necesariamente ciertos requisitos y principios que le son propios a la instituto. Es más, como expondré, bastaría sólo este argumento, comprensivo de todas las demás fundamentaciones dadas por la magistratura, para arribar a la misma conclusión.

III. CARÁCTER DISPOSITIVO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Como consecuencia de ser concebida la compensación económica como un derecho de carácter patrimonial, se consideró mayoritariamente que se estaba frente a un derecho disponible absolutamente para los cónyuges, de manera que estos gozaban de plena libertad para determinar su establecimiento, cuantía y formas de pago, conclusión coherente con el tenor literal del artículo 63 de la Ley N° 19.947. Lo anterior es consecuencia, principalmente, del progresivo reconocimiento del principio

⁴⁰ VIDAL (2008), p. 268 señala que la compensación económica es: “un derecho de origen legal a favor del cónyuge que por dedicarse durante el matrimonio a la familia no desarrolló una actividad remunerada o lo hizo en una menor medida de la que podría y quería y el divorcio o la nulidad le causa un menoscabo económico (...), correlativamente la compensación económica es una obligación que pesa sobre el otro cónyuge”.

⁴¹ CÉSPEDES Y VARGAS (2008), p. 451.

⁴² Véase a su respecto sentencia *Stolzembach con Marchessi* (2012); y CORRAL (2013), p. 507.

⁴³ ABELIUK (2009b), p. 52.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), p. 67

de la autonomía privada en materia de familia,⁴⁵ que no sólo ha permitido a los cónyuges poner término al vínculo matrimonial, sino además regular en sede de separación y divorcio, sus relaciones mutuas y para con sus hijos, de acuerdo a los artículos 21 y 55 de la Ley Nº 19.947.

Fluye igualmente el carácter dispositivo de la compensación económica de algunas otras características que le son propias, por ejemplo, no procede por el sólo mérito de la sentencia de nulidad o divorcio, sino sólo en la medida en que se acredite un menoscabo económico, provocado por alguna de las circunstancias descritas en el artículo 61 de la Ley Nº 19.947; consecuentemente, no puede concederla el juez de oficio según se desprende del artículo 64 de la Ley Nº 19.947. Además, los primeros llamados a regularla son los cónyuges y sólo subsidiariamente el juez, de acuerdo a los artículos 63 y 64 inciso 1 de la Ley Nº 19.947, carece de una naturaleza alimenticia, como analizaremos más adelante, de manera que no le son aplicables los artículos 334 y 335 del Código Civil,⁴⁶ entre otros aspectos que refuerzan la conclusión a la que ha arribado la doctrina nacional en este sentido.

Es a partir de estos argumentos que se admitió sin reparos inicialmente la posibilidad de convenir la compensación económica: *“por los cónyuges, sin más límites que los derivados de su voluntad, lo que implica que puedan renunciar al derecho, pactar el monto y las cuotas que estimen e, incluso, puedan establecer el pago de una renta vitalicia. Así fluye de los artículos 63 y 64 NLMC que resulta ser un nuevo avance en el principio de la autonomía privada en el Derecho de Familia”*.⁴⁷

Del mismo modo, la Corte de Apelaciones de San Miguel en el año 2007, resolvía que: *“la compensación económica tiene un carácter patrimonial, que admite incluso la renuncia de las partes a ella, lo que permite a contrario sensu colegir que su otorgamiento por el demandado reconvencional constituye una opción libre para concederla y en ese contexto se armoniza con los principios del derecho de familia por sobre la norma estricta del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil”*.⁴⁸

No obstante, con el correr de los años se han planteado situaciones que hacen a lo menos cuestionable que se admita tan ampliamente el carácter dispositivo de la compensación económica y, en particular, la libertad absoluta que los cónyuges tendrían para determinar su procedencia, monto y forma de pago, según pasaremos a analizar.

A. Alcance de la libertad de los cónyuges para determinar la compensación económica

Coherente con el espíritu de la ley, se desprende del artículo 63 de la Ley 19.947 que, en primera instancia, son los cónyuges los llamados a regular la compensación económica. La norma citada dispone que: *“si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”*; y sólo *“a falta de acuerdo”*, reza el artículo

⁴⁵ CÉSPEDES (2008), p. 12.

⁴⁶ CÉSPEDES (2008), p. 13.

⁴⁷ LEPÍN (2012), p. 9.

⁴⁸ Cabezas con Silva (2007).

64, “corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto”. Más tarde, a partir de los artículos 65 y 66 se establecen algunas limitaciones en cuanto a la forma de pago de la prestación, en el sentido que la compensación económica debe ser fijada en una suma única y determinada de dinero,⁴⁹ independiente de la modalidad de pago que se adopte, limitación que deberá observar el juez a falta de acuerdo entre los cónyuges en la determinación de la compensación económica.⁵⁰

A partir del conjunto de normas que antecede, la doctrina y jurisprudencia arribó a lo menos a dos conclusiones relevantes de mencionar. En primer lugar, como adelanté, los primeros llamados a determinar la compensación económica son los propios cónyuges y, sólo a falta de acuerdo, lo corresponde determinarla al juez,⁵¹ criterio que continúa a la fecha manteniendo el excelentísimo tribunal, para cuyos ministros: “la compensación económica tiene su origen genuinamente en la voluntad de las partes, es un acuerdo voluntario en defecto del cual procede la determinación que hagan los tribunales de justicia”.⁵² Y en segundo término, que las limitaciones previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley Nº 19.947 sólo competen al juez, pero no a las partes cuando convienen en la compensación económica, quienes tendrían absoluta libertad en su establecimiento, afirmación a partir de la cual se ha sostenido por parte de la doctrina que: “puede establecerse que éste se haga como una renta vitalicia, ya que las limitaciones (...) en cuanto a que la cuantía debe corresponder a un monto único pagadero de contado o un número determinado de cuotas, no es aplicable a los cónyuges, sino sólo al juez, conforme lo dispuesto en los arts. 65 y 66 NLMC”.⁵³

No obstante, si bien aún la jurisprudencia es escasa,⁵⁴ como veremos, los tribunales superiores de justicia han ido manifestando un cambio de posición en torno a esta noción absolutista del carácter dispositivo de la compensación económica. En este sentido, nuestra Excelentísima Corte Suprema ha resuelto que: “el tribunal debe verificar si se dan las circunstancias legales que hacen posible la compensación económica, conforme los artículos 61 y 62 de la ley. De manera que no por tratarse de una materia patrimonial queda entregada por entero a las partes, ya que incluso en el caso del artículo 63, siendo mayores de edad los cónyuges no pueden convenir libremente y a su arbitrio, comoquiera que igual el

⁴⁹ A esta conclusión ha arribado reiteradamente la Corte Suprema para cuyos ministros “no pueden sino concluirse que aún cuando la legislación entrega amplia libertad al juez para fijar la forma de pago de la compensación, sea como capital en suma única, bajo las modalidades que establece el artículo 65 de la misma ley o en cuotas periódicas con una duración determinada, su monto siempre debe ser fijado en la sentencia y la forma de enterarlo variarán de acuerdo al mérito del proceso” [Krag con Milet (2006)]. En el mismo sentido la doctrina nacional mayoritaria, para quienes “ésta es la regla que debiera gobernar el pago de las prestaciones económicas, es decir, la entrega de un monto único o, a lo sumo, la dación en pago de especies –muebles o inmuebles– o acciones de propiedad del deudor. Ésta es la solución ideal y que verdaderamente permite cumplir con la finalidad del legislador, de poner término de una sola vez al conflicto entre los cónyuges que se divorcian, limitando su relación en lo patrimonial a lo que refiere a los hijos comunes”. Por todos, VIDAL (2009), p. 79.

⁵⁰ Excepción a esta regla, hace la forma de pago introducida por la Ley 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008, que reforzando la visión asistencial de la institución en estudio, prevé en su artículo 80 una forma de pago adicional de la compensación, consistente en el traspaso de fondos de capitalización obligatoria hasta el límite del 50% existente en la cuenta del cónyuge deudor y que hubiere acumulado durante el matrimonio.

⁵¹ RAMOS (2010), p. 128.

⁵² Cummins con Bañados (2020). Véase también la sentencia Krag con Milet (2006).

⁵³ LEPÍN (2012), p. 12.

⁵⁴ Escasa, no porque se trate de un tema enteramente zanjado, sino porque, en principio, es difícil que un acuerdo alcanzado voluntariamente por las partes luego se judicialice.

acuerdo así alcanzado debe ser aprobado por el tribunal. Lo que equivale a reconocer que estas no son materias enteramente disponibles”.⁵⁵

B. Compensación económica como una renta vitalicia

1. Admisibilidad de la renta vitalicia pactada, como forma de pago de la compensación económica convenida por los cónyuges

Como venimos señalando, la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria, inicialmente, no advirtió mayores inconvenientes en admitir que los cónyuges pudiesen pactar una pensión vitalicia a título de compensación económica, atendido el carácter patrimonial de la misma y el entendido que las limitaciones de los artículos 65 y 66 de la Ley 19.947 sólo alcanzaban al juez y no a los cónyuges, como se precisó.

En un reciente fallo de la Excelentísima Corte Suprema,⁵⁶ a propósito de una compensación económica acordada bajo la modalidad de renta vitalicia en audiencia preparatoria y aprobada por el juez de familia en la instancia, el voto disidente razonó el problema en los siguientes términos: *“La compensación económica tiene por finalidad reparar al cónyuge que la solicita de la pérdida de carácter patrimonial que experimentó, pues por no haber trabajado o haberlo hecho en menor medida que lo que quería y podía no estuvo en condiciones de incorporar bienes a su patrimonio, lo que se erigirá como un serio obstáculo para que pueda hacer frente a la vida futura, por lo mismo, la determinación de su procedencia no está relacionada con la evaluación de sus necesidades futuras ni con las facultades económicas del obligado al pago, ergo, no tiene carácter alimenticio; por lo tanto, los jueces del fondo al otorgar como compensación económica una suma determinada de dinero “hasta que muera una de las partes”, lo que implica otorgarle una naturaleza jurídica que no tiene, a juicio de la disidente, interpretaron de manera errada lo que dispone el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil”*.⁵⁷ Siguiendo este razonamiento, parece de toda lógica que si se admite casi unánimemente por la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria que la compensación económica no tiene una naturaleza alimenticia, puedan ser rechazados los acuerdos que la desnaturalicen y la transformen en una suerte de pensión de alimentos. En efecto, admitir el carácter alimentario de la compensación importaría contrariar no sólo los múltiples esfuerzos por definir la naturaleza jurídica de la institución, sino también el espíritu general del legislador, en especial a que el espíritu sería el de acompañar el término del vínculo y no perpetuar la relación entre los cónyuges. Si se atiende a la historia del establecimiento de la ley, el ex Ministro de Justicia, José Antonio Gómez Urrutia, precisaba en el 1º Informe de la Comisión Constitucional que: *“desde el momento en que se produce la ruptura de un matrimonio, debería evitarse que la relación se extienda en el tiempo, porque tenderá a deteriorarse cada vez más. Fijar una compensación como aquí*

⁵⁵ Cummins con Bañados (2020).

⁵⁶ Los ministros optaron por rechazar el recurso de casación en el fondo, cuestionado la admisibilidad del recurso, sin entrar al fondo del mismo, de lo que si se hace cargo en el voto disidente la ministra Gloria Ana Chevesich R.

⁵⁷ Cerda con Vera (2016).

está planteada, sin fijar tiempo, significará que se mantendrá esta colisión de intereses durante muchos años.⁵⁸ Y fue principalmente esta idea central, en torno a zanjar, dentro de lo posible, las materias que pudiesen causar conflicto entre las familias chilenas con posterioridad al quiebre matrimonial, lo que impidió que prosperaran iniciativas como la de admitir expresamente que el juez pueda fijar rentas vitalicias a título de compensación económica o que pudiese solicitarse la modificación o cese de la prestación, en el caso que se modificasen las condiciones que motivaron su fijación,⁵⁹ como se permite en otras latitudes.⁶⁰

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha resuelto recientemente que una compensación económica acordada en estos términos y aprobada judicialmente por el tribunal de familia *“no reúne las características y requisitos para constituir un acto tal, (...) por no ajustarse a exigencias propias del acto que fija la ley como la fijación o determinación de una cuantía o monto. En las obligaciones de dar un género -como dinero- la falta de determinación de la cantidad implica ausencia de objeto según artículos 1445 N° 3 y 1461 inciso 2° del Código Civil”*.⁶¹

Finalmente respecto a este punto, cabe recordar que, al decir de nuestro máximo tribunal, *“la compensación económica refleja uno de los principios rectores del Derecho Matrimonial, el de la protección del interés del cónyuge más débil, consagrado en el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil, a quien el artículo 61 reconoce el derecho a compensación por el menoscabo que le ocasiona el divorcio o nulidad”*,⁶² argumento que refuerza a mi juicio la idea que estamos ante una materia que no puede quedar entregada enteramente a la voluntad de los cónyuges.

Coincido con los argumentos expuestos por la ministra Gloria Ana Chevesich, ministra redactora del fallo, en torno a que admitir que fundado en la autonomía de la voluntad de los cónyuges las partes puedan acordar que la compensación económica se pague a través de una renta vitalicia, importa desnaturalizar la institución, a la que, como veremos, casi unánimemente se le ha negado el carácter asistencial y que, por tanto, un acuerdo alcanzado en estos términos debe ser rechazado por el juez. Adicionalmente aleja a la figura de los principales objetos para la cual fue prevista: la protección del

⁵⁸ Primer Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Historia de la Ley N° 19.947, p. 107.

⁵⁹ Propuestas introducidas por la ex Ministra Carmen Adriana Delpiano Puelma, no obstante concebirse desde sus orígenes la figura como una compensación temporal que, en principio, se concedería por un máximo de 5 años (Primer Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Historia de la Ley N° 19.947, p. 7 y 106).

⁶⁰ El Código Civil español, por ejemplo, que sirvió de inspiración para las modificaciones introducidas al Derecho de Familia por la Ley 19.947, admite expresamente que se acuerde o fije por el juez una pensión indefinida o incluso una renta vitalicia a título de compensación económica. Se esta forma el artículo 97, inciso 1, del Código Civil español reza lo siguiente: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*. En el mismo sentido, el artículo 99 del Código Civil español dispone: *“En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”*. Como contrapartida de lo anterior, se admite la posibilidad de que la compensación sea *“modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen”*, según se desprende el artículo 100 del mismo cuerpo legal.

⁶¹ Berenguela con Arriagada (2019).

⁶² Mella con Sánchez (2020).

cónyuge más débil y evitar la dilación en el tiempo de los conflictos familiares tras el quiebre matrimonial.⁶³

Fijar un monto global de compensación económica y luego dividirla en cuotas, como una especie de renta vitalicia, atendidas las expectativas de vida del cónyuge beneficiario plantea, como señala Corral,⁶⁴ un serio inconveniente adicional, porque no por ello dejamos de estar ante una prestación aleatoria (nunca tendremos certeza de los años de vida que tendrá el cónyuge acreedor), como porque igualmente esta solución perpetúa el conflicto familiar en el tiempo y expone al cónyuge más débil a una serie de dificultades propias de esta modalidad de pago en caso de incumplimiento del cónyuge deudor, como analizaremos.

2. Inconvenientes prácticos de admitir a la renta vitalicia, como forma de pago de la compensación económica acordada por los cónyuges

Además de lo inconveniente que podría resultar para el cónyuge deudor acordar una compensación económica bajo la modalidad de renta vitalicia, considerando que en la discusión parlamentaria se descartó la posibilidad de poder modificar y/o solicitar el cese de la prestación atendidos eventuales cambios de circunstancias, una compensación económica acordada en estos términos generaría grandes dificultades para el cobro en caso de incumplimiento del cónyuge deudor, de manera que probablemente el cónyuge beneficiario se encontrará impedido de obtener el cumplimiento forzado de la obligación convenida, materia en la que nos detendremos especialmente.

a) Procedimiento para el cobro de la compensación económica y su carácter de crédito quirografario

La jurisprudencia no ha tenido dificultades para admitir que la compensación económica pactada pueda exigirse judicialmente, e incluso ejecutivamente, dependiendo de la suerte del título: “Esta clase de compensación puede ser estimada como el resultado de una convención o contrato típico, que cuenta con regulación legal, y como tal tiene fuerza obligatoria para las partes, quienes, una vez acordada su procedencia y modalidades deben cumplirlo,(...) tal como dispone el artículo 1545 del Código Civil” concluye la Excelentísima Corte Suprema, agregando luego que “el cónyuge acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación comprometida voluntariamente a título de compensación económica, pues como derecho de contenido patrimonial, una vez aprobado el acuerdo regulador, queda sometido al derecho común propio de las obligaciones”.⁶⁵ Lo anterior importa admitir que “el acuerdo regulador convenido por las partes es un contrato generador de derechos y obligaciones, sin que mute la naturaleza

⁶³ Mismo argumento que recogen algunos autores para sostener que por regla general, la forma de pago preferente de la compensación económica será el pago de una suma única en cuotas, excepcionalmente pagadera en cuotas. En este sentido VIDAL (2009), p. 78, “la finalidad perseguida por el legislador es que el conflicto patrimonial entre los cónyuges se solucione de una sola vez o a lo sumo dentro de un corto plazo, apareciendo teóricamente como regla en esta materia el pago en dinero de contado y como excepción cualesquier otra de las modalidades previstas por la LMC y leyes especiales”

⁶⁴ CORRAL (2007), p. 178.

⁶⁵ Mella con Sánchez (2020).

de ese pacto la circunstancia de su aprobación judicial en el contenido de una sentencia definitiva”⁶⁶ de manera que para obtener el cumplimiento de la prestación, el cónyuge acreedor deberá ejercer una acción ejecutiva u ordinaria según las reglas generales.⁶⁷

Desde luego, un procedimiento ejecutivo no garantiza el cumplimiento de la compensación. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas, durante el año 2020 se ingresaron un total de 689.195 demandas en procedimientos ejecutivos a los tribunales del país, lo que representa más del 60% de las causas ingresadas en todo el año a los tribunales competentes; y se terminaron sólo un total de 329.753 causas.⁶⁸ Similar es el panorama tratándose de los procedimientos ordinarios, que experimentaron un total de 58.521 de causas ingresadas y 33.852 causas terminadas, durante el mismo año.⁶⁹ Por otro lado, la naturaleza del crédito que obtendrá el cónyuge beneficiario será la de un crédito quirografario o de quinta categoría, de acuerdo al artículo 2472 del Código Civil, por lo tanto, no gozará de ningún privilegio para el cobro. Vidal ha puesto de relieve la dificultad que este carácter quirografario tendría para los efectos del cobro de la cláusula.⁷⁰

Podría sostenerse que el inconveniente se subsana acordando los cónyuges en el acta de avenimiento o la escritura pública, seguridades para el pago o bien, pensar en la aplicación, respecto del acuerdo, de la regla del inciso final del artículo 66 de la Ley Nº 19.947, según el cual “la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento”, de manera de permitir al cónyuge acreedor solicitar apremios y recurrir al procedimiento simplificado de cobranza de alimentos en caso de incumplimiento. No obstante, esta solución tampoco está libre de controversias, toda vez que continúa siendo discutida la constitucionalidad del arresto como apremio frente a esta hipótesis y que igualmente se discute si el juez tiene facultades de subsanar el acuerdo alcanzado por

⁶⁶ Mella con Sánchez (2020).

⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del 7º Juzgado Civil de Santiago, argumentando, para efectos de rechazar excepción de incompetencia deducida por la parte ejecutada que “al respecto, la Ley 19968 establece, en su artículo 8º, que son competencia de los tribunales de familia “15) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil”. Así, no aparecen directamente comprendidas las acciones que emanan del incumplimiento de un acuerdo de compensación económica, pues, si bien el artículo 66 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil señala que la cuota en que se haya fraccionado la compensación económica se considerará como alimentos para efectos de su cumplimiento, cabe notar que no estamos en presencia del pago de una cuota y que, más allá de la naturaleza jurídica que se pudiera atribuir a la compensación económica, lo cierto es que lo demandado en autos es una prestación de contenido patrimonial. Por tanto, dado el contenido patrimonial de la prestación y que, como vimos, no existe una disposición especial que radique la competencia del asunto en los juzgados de familia, debe regir lo dispuesto en el artículo 45 del Código Orgánico de Tribunales y, por tanto, este tribunal es competente para conocer la acción intentada” [Lagos con Coydan (2017)].

⁶⁸ Informe Anual de Estadísticas Judiciales - 2020, Instituto Nacional de Estadísticas, p. 12, disponible en el link: https://www.ine.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusion/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales-2019.pdf?sfvrsn=25a4f678_2

⁶⁹ La dificultad para el cónyuge beneficiario se agrava aún más si se considera que de acuerdo a las estadísticas del Poder Judicial, durante igual periodo calendario, las causas ejecutivas tuvieron una duración promedio de 267 días corridos y las ordinarias de 256 (estadísticas disponibles en el link: <https://numeros.pjud.cl/Competencias/Civil>); sumado al costo asociado y a la dificultad que representa para los acreedores el cobro efectivo de un crédito, atendidas las maniobras que suelen emplearse en la práctica para burlar el derecho de prenda general del acreedor, de manera que aún cuando obtengamos un número total de causas terminadas, ellas no reflejan que necesariamente hayan terminado exitosamente para el acreedor.

⁷⁰ Señala VIDAL (2009), p. 77: “así, el trabajador a quien el cónyuge deudor debe una indemnización de naturaleza laboral o con causa en el contrato de trabajo o su terminación, al ser titular del crédito de primera clase, prefiere al acreedor de la compensación económica. El beneficiario afectado por el incumplimiento de la obligación de compensación estaría situado en el mismo lugar que el banco con el que el deudor contrató un préstamo de consumo, salvo que este acreedor tenga una hipoteca o una prenda puesto que preferirá al acreedor de compensación”.

los cónyuges, en caso, por ejemplo, de omitirse estas seguridades para el pago, como analizaremos más adelante.

b) Constitucionalidad de la orden de arresto por incumplimiento en el pago de la compensación económica

Quienes admiten la orden de arresto como legítimo apremio ante el incumplimiento en el pago de la compensación económica fijada en cuotas, suelen fundamentar la afirmativa lisa y llanamente en el tenor literal del artículo 66 de la Ley N° 19.947, que en su inciso final dispone que: *“la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago”*.⁷¹

Este es lisa y llanamente el razonamiento que ha llevado a la jurisprudencia nacional mayoritaria a admitir que, en la especie, no habría infracción al artículo 7 N° 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁷² que prohíbe la prisión por deudas,⁷³ toda vez que estaríamos ante la única situación de excepción que prevé la norma, esto es, ante *“deberes alimentarios”*, por mandato expreso del artículo 66 de la Ley 19.947; por lo tanto, la orden de arresto decretada en esta hipótesis tampoco vulneraría los principios y garantías de los artículos 5 inciso 2 y 19 N° 7° b) de la Constitución Política de la República, haciendo improcedente los recursos de amparo motivados por esta causa.

No obstante lo anterior, la materia continúa siendo controvertida. Pueden encontrarse algunas sentencias que se palntean en contra de la línea principal.⁷⁴ Recientemente, el voto de minoría del ministro Sr. Simpértigue, disidente en fallo de la Corte de Suprema de 9 de enero de 2023, partiendo de la base que la compensación económica no tiene una naturaleza jurídica alimenticia, concluye que: *“el artículo 7.7 de la Convención Americana prohíbe la detención por deudas, con la sola excepción del incumplimiento de deberes alimenticios que, como este juez viene de señalar, no es el caso, como quiera que en derecho las cosas son lo que per se y no lo que de ellas se diga. Cuando el citado artículo 66 inciso segundo reza que “se considerará”, no hace otra cosa que reconocer que la compensación económica en referencia no es pensión alimenticia y que para él solo efecto de su cobro se fingirá serlo. De manera que, para el caso que en la especie la compensación haya sido establecida*

⁷¹ En la causa *Millar con Tercer Juzgado de Familia de Santiago* (2018), se falló favorablemente esta opción y se declaró: *“es la propia ley la que permite considerar “alimentos” para efectos de su cumplimiento a las cuotas impagas por concepto de compensación económica y pudiendo decretarse el arresto nocturno, el arraigo y la suspensión de la licencias para conducir vehículos motorizados, como medidas de apremio al estar contempladas expresamente en el artículo 14 de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones alimenticias para el caso de no cumplimiento de los alimentos decretados, por lo que no es posible considerar que la resolución recurrida sea arbitraria e ilegal”*.

⁷² La Convención Americana de Derechos Humanos o también denominado Pacto de San José de Costa Rica, fue ratificado por Chile el 05 de enero de 1991, mediante la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, acto a través del cual la abolición de la prisión por deudas adquiere rango constitucional por mandato del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

⁷³ Artículo 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica: *“Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”*.

⁷⁴ Véase al respecto la disidencia del ministro suplente Zepeda en sentencia *Zernott con Juzgado de Familia de Valparaíso* (2020); y la disidencia del ministro Cerda en sentencia *Araya con Juzgado de Familia de Viña del Mar* (2017).

por sentencia judicial, la carta constitucional y el derecho internacional dejan vedado un apremio como el que ha dado origen a esta cautela”⁷⁵

En un intento de unificar este criterio, el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias, de 27 de septiembre de 2012⁷⁶ y 21 de noviembre de 2013⁷⁷ respectivamente, resolviendo en ambas rechazar los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidos respecto del inciso final del artículo 66 Ley N° 19.947, en relación con el apremio de arresto que prevé el artículo 14 de la Ley 14.908. Los argumentos esbozados por el Tribunal Constitucional para admitir la constitucionalidad del arresto fueron múltiples y de distintas índoles, a los que me referiré brevemente.

Se funda la constitucionalidad del arresto, en primer lugar y siguiendo la tesis del jurista José Luis Guerrero Becar, en el supuesto carácter asistencial,⁷⁸ no alimenticio de la compensación económica, que permitiría situar a la misma en la excepción prevista en el Pacto de San José de Costa Rica, referente a los “*deberes alimenticios*”; por otro lado, concluye la magistratura complementado los artículos 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas⁷⁹ y 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, que la proscripción de la prisión por deudas sólo alcanzaría al *ius puniendi* del Estado, respecto del incumplimiento de obligaciones contractuales, pero tratándose de obligaciones legales como la de estudio; y resuelve finalmente que el arresto no es equivalente a la prisión o la detención, tanto porque no responde al propósito de investigar un delito ni de castigarlo, como porque sería “*medida restrictiva de libertad, mínimamente invasiva*”, medida que considera “*proporcional*” para legitimar el arresto, en el marco de los artículos 19, N° 1, inciso final y 19, N° 7 inciso 2 de la Carta Fundamental.

Si bien resulta valorable la intención del Tribunal Constitucional de dar certeza jurídica sobre la materia, coincidimos con Corral en el sentido que los esfuerzos argumentativos estuvieron dirigidos a legitimar la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, más que analizar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.⁸⁰

⁷⁵ *Adema con Juzgado de Familia de Punta Arenas* (2023).

⁷⁶ *Stolzembach con Marchessi* (2012).

⁷⁷ *Cerda con Saavedra* (2013).

⁷⁸ Fundado en la historia de la Ley N° 19.947, el artículo 3 y 60 del mismo cuerpo legal y otras leyes especiales dictadas con posterioridad y reconociendo que “*el que la compensación económica no tenga una naturaleza alimenticia no implica que no pueda tener un fundamento asistencial*”, José Luis Guerrero Becar sostiene que “*las prestaciones asistenciales para hacer frente a estados de necesidad pueden entregarse por el Estado o por los propios particulares. El Estado actúa como prestador directo en diversas ocasiones, como las pensiones mínimas de vejez o gratuidad en atención de salud a sectores de estados recursos, pero también es posible que sean los propios particulares los que entreguen esta protección y prestación derivados de relaciones contractuales o familiares que al reponerse requieren de protección para el más débil (...)* En materia de familia, terminada la relación matrimonial es perfectamente posible que el legislador, atendido el término del deber de socorro que corresponde a los cónyuges, pero precavido a la posibilidad de un cónyuge más débil, esto es, un cónyuge que se encuentre en un estado de necesidad originado durante el matrimonio o con ocasión de su término, contemple una nueva institución asistencial, con justificación distinta a la del vínculo de parentesco como en los alimentos, pero que se base en un estado de necesidad que el legislador estima necesario enfrentar, reparar o compensar, y esta función cumpliría la compensación económica, previamente porque no puede perdurar luego del matrimonio el derecho de alimentos” [GUERRERO (2008), pp. 207-209].

⁷⁹ Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas: “*Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*”.

⁸⁰ CORRAL (2013), pp. 518-519: “*la multiplicidad de argumentos que se ofrecen en pro de la constitucionalidad de la medida de apremio*

Respecto del primer argumento expuesto por la magistratura constitucional, como vengo adelantando, se ha descartado casi unánimemente por la doctrina y jurisprudencia nacional que la compensación económica tenga una naturaleza jurídica alimenticia y/o asistencial y aún cuando se admitiera la tesis del José Luis Guerrero Becar, la interpretación restrictiva de la excepción prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos tampoco haría procedente la orden de arresto, ya que no estaríamos propiamente ante una pensión de alimentos, sino ante una ficción legal. A este respecto se ha sostenido que *“la ficción legal de considerar “alimentos” a la compensación económica fijada en cuotas para efectos de su cumplimiento, es absolutamente improcedente para decretar cualquier restricción a la libertad de las personas. De lo contrario, podrían promulgarse leyes que, por ejemplo, consideraran alimentos las cuotas de un crédito de consumo para efectos de su pago y, así, apremiar a los deudores de ellos”*,⁸¹ prevención que también advierte el disidente, ministro Venegas, en el fallo de 27 de septiembre de 2012 del Tribunal Constitucional.

Forzado resulta igualmente limitar la proscripción de la prisión por deudas únicamente al *ius puniendi* del Estado, esto es, a materias penales,⁸² distinción antojadiza que la norma no prevé. También lo sería sostener que a partir del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, que se refiere expresamente a *“obligaciones contractuales”*, la prohibición del Convención Americana de Derechos Humanos sólo alcanzaría a este tipo de obligaciones, pero no a obligaciones legales.⁸³ Finalmente, la Convención tampoco limita el alcance de la prohibición a un tipo específico de privación o restricción de libertad, pasando por alto la magistratura constitucional que, de decretarse nuevos apremios, por mandato del artículo 15 de la Ley 14.908, el juez podrá ampliar el arresto hasta por treinta días, siendo cuestionable que la medida pueda ser calificada como *“mínimamente invasiva”*.

Siguiendo a Lepin, no existiendo además una remisión expresa al artículo 14 de la Ley 14.908: *“se debe interpretar el artículo 66 NLMC en el sentido que se pueden aplicar los apremios regulados en la citada ley, menos los apremios personales. Ambos artículos son normas de carácter excepcional, por tanto de aplicación restrictiva (...) No resulta suficiente el argumento dado por la Corte, en el sentido que se trata de una facultad legal otorgada al juez de familia, tratándose de normas que como se aprecian no señalan expresamente el arresto, que implica la privación de la libertad de una persona, no pueden sino sujetarse a la Constitución Política de la República y a los Tratados Internacionales vigentes”*.⁸⁴ En el mismo sen-

puede dar, paradójicamente, la impresión de cierta vacilación o incertidumbre entre los mismos ministros que quisieron salvar la previsión legislativa”.

⁸¹ CÉSPEDES (2013), p. 5.

⁸² Ilógica resultaría igualmente la interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional en este sentido *“pues, en este caso, si sólo fuera posible prohibir la prisión por deudas en el ámbito de lo penal, la excepción no tendría sentido excepto en aquellos países que han tipificado como delito el no pago de pensiones de alimentos como es el caso de España. En el resto de los países donde ese delito no existe, esta excepción carecería de sentido, pues como en Chile, los arrestos son apremios y no sanciones penales”* [PÉREZ DE ARCE (2016), p.120].

⁸³ Como afirma CORRAL (2013), p. 529: *“qué sucederá si aún afectado pide la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ésta finalmente decida demandar al estado de Chile por incumplimiento del artículo 7.7. de la Convención. Si la Corte condenara a Chile, y diera una interpretación diferente a la norma que prohíbe la detención por deudas, se produciría un conflicto jurisprudencial de proporciones”*.

⁸⁴ LEPÍN (2013), pp. 548-549.

tido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta a propósito de una orden de arresto decretada por el pago del total de la compensación económica acordada por los cónyuges, luego de hacerse efectiva la cláusula de aceleración pactada.⁸⁵

Los inconvenientes expuestos hacen menos aconsejable aún admitir que se acuerde como forma de pago de la compensación económica una pensión vitalicia, no solo porque es una forma de pago ajena a la naturaleza jurídica de la institución, como veníamos exponiendo, sino que además, porque por sí sola genera una serie de inconvenientes prácticos, principalmente en el cobro de la misma, perpetuando indefinidamente el conflicto matrimonial y vulnerando el principio de protección al cónyuge más débil consagrado en el artículo 3 de la Ley N° 19.947, atendido que muy posiblemente el cónyuge beneficiario se encontrará impedido de obtener el cumplimiento forzado de la obligación asumida por el deudor.

IV. APROBACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA: ¿EXAMEN DE FONDO U HOMOLOGACIÓN?

Como consecuencia de concebir a la compensación económica como un derecho patrimonial, absolutamente disponible para los cónyuges, se admitió mayoritariamente por la doctrina nacional que la aprobación judicial del acuerdo de compensación económica que prevé el artículo 63 de la Ley 19.947, debía limitarse única y exclusivamente a su homologación.

Los argumentos en que se sustentó esta conclusión son, principalmente, que la compensación económica no tiene una naturaleza alimenticia,⁸⁶ y el tenor literal de los artículos 63, 55 y 21 de la Ley 19.947. Respecto de este último conjunto de normas, se ha sostenido que “si se trata de un divorcio unilateral, rige lo anteriormente señalado, esto es, se aplica el artículo 63”,⁸⁷ que exigiría únicamente la “aprobación judicial”, no obstante si se acuerda la compensación económica en el marco de un divorcio de común acuerdo, “como requisito de admisibilidad de la acción, el artículo 55 inciso 2 de la LMC señala que “en este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”. De esta manera, esta norma nos reenvía al artículo 21 de la LMC”, lo que nos llevaría a concluir que: “de

⁸⁵ Fernández con Juzgado de Familia de Antofagasta (2017). Declaró la Corte: “al no darse los supuestos del artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, pues se pide el pago total de la compensación económica y no cuotas, no pudiendo estimarse que las que adeude el recurrente de amparo sean consideradas alimentos para los efectos de la Ley sobre Abandono y Pago de Pensiones Alimenticias, por lo que deberá acogerse el recurso de amparo deducido en autos”.

⁸⁶ Para quienes la compensación económica tiene una naturaleza asistencial, en cambio, el juez, amparado en el principio de la protección del cónyuge más débil y el principio de la actuación de oficio, ambos principios propios del Derecho de Familia, puede subsanar errores u omisiones, incluso modificar el acuerdo alcanzado por los cónyuges en materia de compensación económica si los considerara incompletos o insuficientes, aplicando por analogía el artículo 31 de la Ley 19.947. En este sentido VIDAL (2009), p. 71.

⁸⁷ LEPÍN (2012), p. 13.

la sola lectura del señalado artículo 21 apreciamos que no aparece ninguna referencia a la compensación económica, por lo que este aspecto no podría ser objeto del juicio de suficiencia que deber realizar el tribunal respecto del convenio regulador presentado por las partes”.⁸⁸ De manera que en cualquier caso la aprobación judicial sólo se traduciría en un requisito formal, negando al juez examen de fondo del acuerdo alcanzado por los cónyuges, que encontraría su “justificación en un aspecto extrafamiliar: impide la transferencia de bienes entre cónyuges, normalmente prohibida, para impedir el fraude a terceros”,⁸⁹ acción que sería cautelada por el juez de familia.

No obstante lo anterior, con el correr de los años y con el objeto de dar cumplimiento al mandato del artículo tercero de la Ley 19.947 y a preservar la naturaleza jurídica de la compensación económica, la jurisprudencia ha tendido a reconocer la labor del juez en el control de este tipo de acuerdos. En ese sentido nuestra Excelentísima Corte recientemente ha reconocido que: “la exigencia de aprobación judicial del acuerdo sobre compensación económica es también un importante control de estos requisitos y, en particular, del quantum de la indemnización y tiempo del pago si se hace en cuotas (...) Por ello, el tribunal debe pronunciarse y, al momento de la aprobación, debe considerar aspectos como el ingreso estimado, su naturaleza y entidad, atendiendo antecedentes, parámetros o pautas mínimas en cumplimiento de su cometido de cautelar el derecho e interés de ambas partes. La compensación económica -como indemnización de perjuicios que es- debe constituir resarcimiento justo pero suficiente”.⁹⁰

En la doctrina, reconociendo el mandato del artículo 3 de la Ley 19.947, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo por su parte, refiriéndose al mencionado artículo 63, ha precisado que el juez tiene la facultad de revisar íntegramente el convenio de compensación, pudiendo, por ejemplo, modificar el monto, entre otras condiciones, para la protección del cónyuge más débil.⁹¹ A nuestro juicio, se puede argumentar además que aun cuando el tenor literal del artículo 63 de la Ley Nº 19.947 se limita a indicar que los acuerdos alcanzados por los cónyuges en la materia “se someterán a la aprobación del tribunal”, sin prever expresamente un juicio de suficiencia por parte del juez de familia, ello no descarta necesariamente que no puede existir un rechazo o una “desaprobación” del tribunal, que supone necesariamente un análisis previo, a lo menos de la concurrencia de los requisitos que le son esenciales a la institución. Es más, de haber pretendido el legislador limitar la intervención judicial habría señalado lisa y llanamente “será aprobado por el tribunal”, y no habría empleado la voz “someter”,⁹² que

⁸⁸ CÉSPEDES Y VARGAS (2008), p. 456.

⁸⁹ CÉSPEDES (2008), p. 17.

⁹⁰ Berengueta con Arriagada (2019). En la causa Briones con Soto (2013), de la Corte de Apelaciones de Concepción, se resolvió en un sentido similar: “No basta, sin embargo, dicho acuerdo sino que se requiere aprobación. Al efecto se ha escrito: “Pero la autonomía negocial que tienen los cónyuges no es absoluta y está sujeta a control judicial. Por eso la ley encarga al juez la aprobación del convenio que regula la compensación.” (H.C.T., La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial, en Revista Chilena de Derecho, volumen 34, número 1, enero-abril, 2007, p. 35)”.

⁹¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), p. 72 señala: “en ejercicio de esta facultad, y por ampliación de lo dispuesto en el artículo 3º que lo mandata a resolver las “materias de familia reguladas por esta ley... cuidando de proteger siempre el interés del cónyuge más débil”, puede revisar íntegramente el convenio, en términos que si efectivamente quiere dejar mejor posicionado al cónyuge más débil, aumentando la prestación acordada, tendría fundamento para hacerlo. Todo ello con mayor razón aún si se tiene presente que esta es la figura con la que en esta ley, por esencia, se le quiere proteger”.

⁹² La voz “someter” según la RAE, tiene las siguientes acepciones: “1. Sujetar, humillar a una persona, una tropa o una facción; 2. Conquistar, subyugar, pacificar un pueblo, provincia; 3. Subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona; 4.

trae implícita la idea de supeditar el acuerdo a la decisión de un tercero.

De los antecedentes expuestos hasta este punto, resulta claro concluir que la jurisprudencia nacional se ha ido progresivamente inclinando por rechazar la libertad absoluta que tendrían los cónyuges para convenir la compensación económica, reconociendo que, a lo menos, en esta labor, deben observarse ciertos límites o requisitos, cuyo cumplimiento debe cautelar el juez en cumplimiento con el mandato de los artículos 3 y 63 de la Ley N° 19.947. No obstante concordar con esta conclusión, tal y como adelantamos en la introducción a este estudio, muchas veces los tribunales superiores han fundamentado su argumentación sobre algunos supuestos errados. Hagamos una revisión sumaria de tales argumentos.

En primer lugar, se recurre como argumento al principio de protección del cónyuge más débil. Siendo la compensación económica la manifestación más clara del principio consagrado en el artículo 3 de la Ley N° 19.947, los tribunales superiores de justicia han recurrido a él para efectos de limitar la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de convenir la compensación económica y de reconocer la facultad del juez de familia de analizar el fondo del acuerdo alcanzado para decidir aprobar la escritura pública o acta de avenimiento respectiva. En segundo lugar, como se analizó anteriormente, durante la discusión parlamentaria de la norma se esbozó, como principios fundamentales inspiradores de la instituto en estudio, no solo dar cumplimiento al mandato del artículo 3 de la Ley N° 19.947, sino además “concretar la determinación de la cuestión económica en un sólo momento (...) razona sobre la idea que el monto de la compensación debe ser fijado en la sentencia y en una suma única y total que no admite revisión futura”.⁹³

En tercer lugar, se recurre como argumento al mandato expreso del artículo 63 de la Ley N° 19.947. La norma, en su parte final, exige expresamente someter el acuerdo alcanzado por la partes en la materia “a la aprobación del tribunal”, de manera que el juez de familia tendrá que, a lo menos, verificar la concurrencia de los presupuestos previstos en los artículos 61 y 62 del mismo cuerpo legal para proceder a su aprobación.⁹⁴ Se agrega que, como hemos visto supra, que la compensación económica carece de una naturaleza asistencial o alimenticia, hipótesis que ha sido mayoritariamente admitida por la doctrina y jurisprudencia nacional, como analizaremos prontamente.

En quinto lugar, el argumento que nos parece discurtible, es el considerar que la compensación tiene una aparente naturaleza jurídica resarcitoria. En oposición a la afirmación anterior, del análisis de la jurisprudencia existente en torno al tema, salta a la vista que en reiteradas ocasiones los tribunales de justicia han afirmado que la compensación económica tendría una naturaleza jurídica resarcitoria, indemnizatoria o reparatoria,⁹⁵ que buscaría resarcir el daño o perjuicio que importaría el menoscabo

Proponer a la consideración de alguien razones, reflexiones u otras ideas; 5. Encomendar a alguien la resolución de un negocio o litigio; 6. Hacer que alguien o algo reciba o soporte cierta acción”.

⁹³ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), p. 64.

⁹⁴ Cummins con Bañados (2020).

⁹⁵ En este sentido, a modo ilustrativo podemos mencionar los siguientes fallos: 1) Duval con Saavedra (2008); 2) y Ponce con Venegoni (2020).

económico ocasionado por no “desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio” o bien haberlo hecho “en menor medida de lo que quería y podría”, como consecuencia de “haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común” en los términos del artículo 61 de la Ley N° 19.947, incluso asimilándola en ocasiones al lucro cesante.⁹⁶

De los argumentos expuestos, si bien comparto el criterio respecto a los cuatro primeros fundamentos esbozados por la jurisprudencia para admitir que los cónyuges no tienen libertad absoluta para convenir la compensación económica; estimo es un grave error aseverar, para arribar a esta conclusión, que la compensación económica tendría una naturaleza jurídica resarcitoria, reparatoria, indemnizatoria o cualquiera sea el término que se emplee y que evoque la idea de responsabilidad civil.

V. LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES PARA CONVENIR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Como vengo exponiendo, la autonomía de la voluntad de los cónyuges para pactar un acuerdo de compensación económica encontraría su límite en la naturaleza misma de la institución, siendo esta una obligación legal, regulada especialmente por la Ley N° 19.947 y que, consecuencialmente, está provista ciertos elementos esenciales que le son propios y que deberán necesariamente observar los cónyuges a la hora de convenir el monto y forma de pago de la prestación en los términos del artículo 63 de la Ley N° 19.947.

Lo anterior no importa en caso alguno negar el carácter dispositivo de la compensación económica y la posibilidad que concede a los cónyuges el legislador para, preferentemente, acordar el monto y forma de pago de la misma, sino sólo admitir que en derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice que son, como consecuencia de lo cual los cónyuges deberían observar las características que le son propias a la institución, tal y como, en sede patrimonial, las partes no podrían prescindir del precio en una compraventa, por tratarse de un elemento esencial del contrato y, en caso contrario, degeneraría este en un acto jurídico distinto del pretendido.

La afirmación anterior trae consigo importantes consecuencias y permite fundar sin contradicciones y de manera uniforme las recientes sentencias de los tribunales superiores sobre la materia, en los siguientes términos:

1) No es posible acordar que la compensación económica adopte la forma de pago de una renta vitalicia, porque estamos ante una obligación legal, regulada especialmente por la Ley N° 19.947 y, a su respecto, a partir del artículo 65 y la historia de su establecimiento, se desprende que ésta debe ser valorizada en dinero y fijada en una suma única y determinada.

2) El acuerdo suscrito por cónyuges en términos del artículo 63 de la Ley N° 19.947 es susceptible de revisión y modificación por el juez, toda vez que estamos ante una obligación legal, regulada es-

⁹⁶ Berenguela con Arriagada (2019).

pecialmente por la Ley N° 19.947, que en su artículo 63 exige someter el acuerdo a la aprobación del tribunal y tiene a su respecto además aplicación el principio rector de Derecho de Familia previsto en el artículo 3, que no solo consagra el principio de protección del cónyuge más débil, sino que además mandata al juez en su inciso 3 a resolver “*la cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges*”. Siguiendo esta misma lógica, frente a la compensación económica pactada por los cónyuge bajo la modalidad de renta vitalicia y cuya ineficacia es alegada por el deudor diez años después, reconociendo que dicha modalidad desnaturaliza la institución, la excelentísima Corte Suprema resolvió que: “*el acto calificado como acuerdo de compensación económica y aprobado solo en todo aquello que no fuere contrario a derecho, no reúne las características y requisitos para constituir un acto tal, particularmente, al no estar determinada su causa única y necesaria: la existencia de perjuicio cierto sufrido por el cónyuge en cuyo favor se constituye. Asimismo, por no ajustarse a exigencias propias del acto que fija la ley como la fijación o determinación de una cuantía o monto*”. Agrega luego que “*en las obligaciones de dar un género -como dinero- la falta de determinación de la cantidad implica ausencia de objeto según artículos 1445 N° 3 y 1461 inciso 2° del Código Civil. La norma especial reitera esta exigencia así como la indicación de una época o tiempo en que se cumplirá la prestación compensatoria, apareciendo incompatible con ello la idea de un pago de por vida en favor del beneficiario. Nuestro derecho no conoce hipótesis de compensaciones económicas vitalicias, situación que sólo puede enmarcarse en otro tipo de actos jurídicos distintos. El artículo 65 de la Ley 19.947 al establecer las modalidades que puede utilizar el juez al determinar o aprobar un acuerdo, indica dos variantes para la forma de pago de la compensación ninguna de las cuales puede ser homologada a una compensación con pago vitalicio*”.⁹⁷ Si bien la Corte razona sobre la base errada de tener la compensación económica una naturaleza jurídica resarcitoria, mas no de una obligación legal, rescato del fallo el hecho de que reconoce que, no obstante los cónyuges hagan uso de la facultad que les confiere el artículo 63 de la Ley N° 19.947, estos encuentran como límite a la autonomía de la voluntad, la naturaleza jurídica misma de la institución.⁹⁸

Admiten los excelentísimos ministros que siendo la compensación económica una institución regulada por la Ley N° 19.947, debe ésta reunir ciertos requisitos y características que le son propias y que no son modificables por la voluntad de las partes, tales como, en la especie, que debe necesariamente consistir en el pago de una suma única y determinada de dinero. La correspondiente sentencia de reemplazo concluyó en consecuencia que las partes “*intentaron un acuerdo de compensación económica pero sin observar las formas exigidas para el valor de ese acto atendida su naturaleza. La ineficacia del acuerdo de compensación por su informalidad lo hace un acto anulable*”, resolviendo finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo alcanzado en estos términos que “*la obligación que se propuso constituir y que, por tal inobservancia no le hace producir efectos civiles, fue voluntariamente cumplida por quien la asumió durante una década, por lo que tal acto, si bien ineficaz para crear una obligación civil o perfecta, fue idónea para generar una obligación natural en los términos del artículo 1470 N° 3 del Código Civil, porque procede de un acto anulable por omitir las formas que la ley exige para*

⁹⁷ Berengela con Arriagada (2019).

⁹⁸ Berengela con Arriagada (2018).

*que produzca efectos civiles. Como tal, si bien la obligación –por afectarle tal anulabilidad– no confería acción para exigir su cumplimiento, si es cumplida voluntariamente, autoriza para retener lo ya pagado a la acreedora que, además, probablemente percibió de buena fe”.*⁹⁹

Como consecuencia de lo expuesto, es posible afirmar que, atendida la naturaleza de obligación legal que tiene la compensación, un acuerdo de compensación económica que no reúna los requisitos o condiciones previstas por la Ley Nº 19.947, como podría ser, por ejemplo, que se acuerde la modalidad de pago de renta vitalicia, no sólo es susceptible de revisión y modificación por el respectivo juez de familia, atendidos los artículos 3 y 63 del mismo cuerpo legal, sino que aún en caso de aprobarse el acuerdo en éstos términos, el acto será ineficaz para constituir un acuerdo de compensación económica como tal.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Si bien la compensación económica constituye uno de los principales méritos de la Ley Nº 19.947, para nadie es un misterio que esta omitió aspectos relevantes respecto a la institución, tales como incluir elementos que pudieran permitir determinar su naturaleza jurídica, e incurrió además en una serie de imprecisiones que la doctrina y jurisprudencia han sido llamadas a resolver desde su entrada en vigencia hace ya casi veinte años.

Es en este contexto que, a partir del tenor del artículo 63 de la Ley Nº 19.947 y la progresiva admisión de la autonomía privada en Derecho de Familia, se estimó, inicialmente sin reparos que siendo la compensación económica un derecho patrimonial, era este absolutamente disponible para los cónyuges, de manera que estos podían libremente, entre otras cosas, determinar su procedencia, monto y formas de pago. No obstante, la aplicación práctica de la instituto demostró a la magistratura de los tribunales superiores de justicia que tal mecanismo protector del cónyuge más débil no podía quedar del todo entregado a la voluntad de las partes, de manera que progresivamente comenzaron a dictarse fallos que fueron limitando la autonomía de la voluntad de los cónyuges para arribar a este tipo de acuerdos. Habituales se han vuelto los fallos en que la magistratura ha resuelto, por ejemplo, que no es posible ni conveniente que los cónyuges acuerden una compensación económica adoptando la modalidad de pago de la renta vitalicia, aspecto no cuestionado mayormente durante los primeros años Ley Nº 19.947; y que el juez debe tener un rol protagónico al momento de decidir otorgar la autorización judicial que prevé el artículo 63 de la Ley Nº 19.947 y no limitarse únicamente a su homologación.

Para fundar tales resoluciones, la jurisprudencia nacional ha recurrido a distintos argumentos, de diversa índole, a saber: 1) El principio del artículo 3 de la Ley Nº 19.947; 2) La historia de la Ley; 3) La necesidad de aprobación judicial; 4) El consenso en torno a que la compensación económica carece de una naturaleza asistencial o alimenticia; 5) O bien, la aparente naturaleza jurídica resarcitoria de la compensación económica.

⁹⁹ Berengela con Arriagada (2019).

Llama profundamente la atención que los tribunales de justicia aseveren tan recurrentemente y de forma tan categórica que la compensación económica tiene una naturaleza jurídica resarcitoria, ya que, como vimos, no participa en absoluto de las características comunes a toda acción de indemnización de perjuicios, propia de la responsabilidad civil. A nuestro juicio, por el contrario, que la compensación económica es una obligación legal, tesis que tanto la doctrina como la jurisprudencia progresivamente han ido aceptando; y es precisamente este carácter el que justifica que estemos ante una materia que si bien es disponible para los cónyuges, no en los términos absolutos concebidos desde sus inicios.

De esta forma, siendo la compensación económica una obligación legal, especialmente regulada por la Ley N° 19.947, aún cuando esta sea acordada en los términos del artículo 63, los cónyuges deberán necesariamente observar los elementos o requisitos que le son propios y que están establecidos en el estatuto que la regula, esto es, la Ley N° 19.947. Tal afirmación no importa negar en caso alguno el carácter dispositivo de la compensación económica, sino solo reconocer que en el ejercicio de la libertad de que disponen los cónyuges para convenir la prestación encuentra su límite en la naturaleza jurídica misma de la institución, esto es, en su carácter de obligación legal.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ABELIUK MANASEVICH, René (2009a): *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- ABELIUK MANASEVICH, René (2009b): *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- BARCÍA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina (2011): “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 37).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2008): “El carácter dispositivo de la compensación económica”, en: *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (vol. 10).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2010): “Menoscabo económico: ¿Disparidad patrimonial entre los cónyuges? Sentencia Excma. Corte Suprema de 07 de diciembre de 2009”, en: *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (vol. 14).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2013): “Procedencia del arresto nocturno en la compensación económica”, en: *Revista Derecho en la UCSC. Academia y Extensión*.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y VARGAS ARAVENA, David (2008): “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España”, en: *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile* (vol. 35 núm. 3).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007): “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, en: *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile* (vol. 34 núm. 1).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): “Constitucionalidad del apremio previsto para los alimentos en contra de un deudor de una o más cuotas de la compensación económica en materia de nulidad de matrimonio o divorcio. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 2012, Rol N° 2102”, en: Fernandois, Arturo y García, José Francisco (editores) *Sentencias*

- destacadas 2012. *Anuario de doctrina y jurisprudencia*, Instituto Libertad y Desarrollo (Santiago, ediciones Libertad y Desarrollo).
- COURT MURASSO, Eduardo (2009): *Curso de Derecho de Familia: Matrimonio, Regímenes matrimoniales, Uniones de hecho* (Santiago, Legal Publishing).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2007): “La compensación económica en la nueva legislación de Matrimonio Civil”, en: *Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo* (vol. 7 núm. 15).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, en: *Seminario del Colegio de Abogados*, charla efectuada el 13 de octubre de 2005 (Santiago, Revista del Abogado).
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2005): “Compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil”, en: *Seminario del Colegio de Abogados*, charla efectuada el 13 de octubre de 2005 (Santiago, revista del abogado).
- GUERRERO BECAR, José (2008): “Menoscabo y compensación económica. Justificación de una visión asistencial”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia* (vol. 11 núm. 2).
- LEPÍN MOLINA, Cristian (2012): “La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 18 núm. 1).
- LEPÍN MOLINA, Cristian (2013): “¿Es procedente el arresto por incumplimiento del pago de compensación económica? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema ROL Nº 11.410-2011”, en: *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* (vol. 20 núm. 1).
- PÉREZ DE ARCE MOLINA, Rircardo (2016): *La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica*, Tesis de Magister, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2009): “La cuantía de la compensación económica”, en: *Revista de Derecho Universidad de Valdivia* (vol. 12 núm. 1).
- RAMOS PAZOS, René (2010): *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial jurídica de Chile), t. I.
- VARAS BRAUN, Juan y TURNER SÆLZER, Susan (2005): “Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función”, en: Varas Braun, Juan y Turner Saelzer, Susan (coordinadores) *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia 2005* (Santiago, LegalPublishing).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008): “La noción de menoscabo económico en la compensación económica por ruptura matrimonial”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 31 núm. 2).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (vol. 12).

Jurisprudencia citada

- Tamayo Díaz, Jorge y Santelices Pastene Raquel (2006): 15º Juzgado Civil de Santiago, rol C-12814-2004, 04 de mayo de 2006, vlex-578123442.
- Krag Dubois, Jorge y Milet Jorquera, Ana (2006): Corte Suprema, rol 3495-2006, 20 de diciembre de 2006, vlex-251250290.

- Bustos Martínez, Raúl y Fernández Donoso, Isabel (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, rol 676-2006, 26 de enero de 2007, CL/JUR/6686/2007.
- Tabaeda Liewald, Jaime y Medina Ibar, Elsa (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, rol 439-2007, 17 de julio de 2007, vlex-563924842.
- Cabezas López, Sergio y Silva Castañeda, Irma (2007): Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1286-2007, 06 de septiembre de 2007, CL/JUR/5507/2007.
- Duval Délano, Mónica y Saavedra Larraín, Omar (2008): Corte Suprema, rol 3506-2008, 02 de julio de 2008, vlex-41119570.
- Stolzembach y Marchessi Durán, Cristián (2012): Tribunal Constitucional, rol 2102-2011, 27 de septiembre de 2012, vlex-400951866.
- Briones Peña, Karin y Soto Díaz, Edgardo (2013): Corte de Apelaciones de Concepción, rol 525-2012, 30 de enero de 2013, vlex-581436826.
- Saavedra Vergara, Teresa y Cerda Tapia, Ricardo (2013): Tribunal Constitucional, rol 2265-2012, 21 de noviembre de 2013, vlex-477692002.
- Cerda Navarrete, Nelson y Vera Sandoval, Marta (2016): Corte Suprema, rol 27638-2016, 13 de octubre de 2016, vlex-651088029.
- Fernández Maureira, Gregory y Juzgado de Familia de Antofagasta (2017): Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 4-2017, 10 de enero de 2017, vlex-657531281.
- Lagos González, Paulina y Coydan Rodríguez, Oscar (2017): 7° Juzgado Civil de Santiago, rol C-10136-2016, 26 de enero de 2017, vlex-683879677.
- Araya Martínez, Luis y Juzgado de Familia de Viña del Mar (2017): Corte Suprema, rol 39635-2017, 26 de septiembre de 2017, vlex-693742093.
- Berenguela Cantori, Augusto y Arriagada Mella, Ana (2018): Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1131-2017, 24 de abril de 2018, LTM16.306.762.
- Millar Mella, Jorge y Tercer Juzgado de Familia de Santiago (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2068-2018, 18 de octubre de 2018, vlex-742975265.
- Berenguela Cantori, Augusto y Arriagada Mella, Ana (2019): Corte Suprema, rol 10627-2018, 28 de mayo de 2019, LTM16.306.762.
- Cummins Marín, Santiago y Bañados Morandé, Ana (2020): Corte Suprema, rol 3954-2019, 27 de febrero de 2020, vlex-840765323.
- Ponce Gaete, Jorge y Venegoni Bastías, Alejandra (2020): Corte Suprema, rol 17507-2019, 30 de julio de 2020, vlex-846879475.
- Mella Lillo, María y Sánchez Sánchez, Mario (2020): Corte Suprema, rol 32752-2018, 21 de octubre de 2020, vlex-850677738.
- Zernott Cereceda, Emilio y Juzgado de Familia de Valparaíso (2020): Corte Suprema, rol 132245-2020, 03 de noviembre de 2020, vlex-851349144.
- González Astudillo, Enrique y Pacheco Barrera, Eliana (2022): Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 29-2022, 19 de abril de 2022, CL/JUR/14918/2022.
- Adema Galetovic, René y Juzgado de Familia de Punta Arenas (2023): Corte Suprema, rol 343-2023, 09 de enero de 2023, vlex-917643564.

Otros documentos citados

Primer Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Historia de la Ley N° 19.947.

Servicio de Impuestos Internos (2005): Dictamen ordinario N° 4.606, de 18 de noviembre de 2005.

Informe Anual de Estadísticas Judiciales - 2020, Instituto Nacional de Estadísticas, p. 12, disponible en el link: https://www.ine.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusión/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales-2019.pdf?sfvrsn=25a4f678_2

Estadísticas de género del INE, disponible en el siguiente link: <https://www.estadisticasdegenero.cl/indicadores/salud-y-estilo-de-vida/>.

Las relaciones de convivencia y el precario Análisis de la sentencia de Corte Suprema de 6 de julio de 2021, Rol N° 90760-2020; Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 23 de junio de 2020, Rol N° 488-2019; Juzgado de Letras de Calbuco de 24 de abril de 2019, Rol N° C-201- 2018, caratulada Marta Montero Toledo con José Héctor Ruíz González, acerca de la acción de precario

*Cohabitation relationships and precariousness
Analysis of the Supreme Court judgement of
6 July 2021, Rol N° 90760-2020; Court of Appeals
of Puerto Montt of 23 June 2020, Rol N°
488-2019; court of first instance of Calbuco of 24
April 2019, Case No. C-201- 2018, case of Marta
Montero Toledo v. José Héctor Ruíz González,
regarding the Precarious action*

Boris Loayza Mosqueira

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
Correo electrónico: boris.loayza@mail.udp.cl. <https://orcid.org/0000-0002-8903-3620>

Recibido el 2/08/2022
Aceptado el 17/11/2022
Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.07>

RESUMEN: La idea que subyace a la regulación del precario del artículo 2195 inciso 2° consiste en resolver la tensión entre los intereses del dueño de la cosa y el precarista. Dicha solución debe privilegiar al dueño, a menos que el precarista esté legitimado por un antecedente jurídico suficiente. El problema radica, entonces, en otorgar dicho carácter a meras situaciones de hecho, como la relación de convivencia invocada en la sentencia que se comenta.

PALABRAS CLAVE: Acción de precario, título, relación de convivencia.

ABSTRACT: The idea behind the regulation of precariousness of the Article 2195, paragraph 2° consists in resolving the tension between the interests of the owner of the thing and the precarious possessor. This solution must favour the owner, unless the precarious possessor is legitimised by a sufficient legal precedent. The problem then lies in granting such a character to mere factual situations, such as the cohabitation relationship invoked in the judgment under discussion.

KEY WORDS: Precarious action, right, cohabitation relationships.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas –acaso el más frecuente– de la acción de precario es respecto a la forma en que el demandado justifica su ocupación. En efecto, es común en las sentencias de nuestros tribunales que la discusión se presente en términos de si el demandado está, o no, legitimado para detentar el bien de propiedad del demandante. En este sentido, se suele sostener por parte de la Corte Suprema que el título (o razón justificante) debe tener una entidad suficiente para privar al dueño de la facultad de uso de la cosa.¹ Y esto tiene sentido al advertir que la idea que subyace a la acción del precario consiste en disciplinar la tensión entre los intereses del dueño y el precarista.

Planteada la cuestión en estos términos, la pregunta es ¿cuándo la tenencia del demandado está justificada? En mi opinión, (i) cuando se presente un título o vínculo jurídico que le permita al ocupante la tenencia material de la cosa, siempre y cuando dicha vinculación se encuentre (ii) vigente y, además, (iii) le imponga al dueño una obligación: la de tolerar la tenencia por parte del demandado.

Es bajo este escenario que se presenta la sentencia caratulada *Marta Montero Toledo con José Héctor Ruíz González*. En ella es posible advertir la discusión central que, como se sostuvo más arriba, conocen nuestros tribunales tratándose del precario, esto es, si el título invocado por el demandado –la relación de convivencia que mantuvo con la demandante– es, o no, uno capaz de justificar la tenencia que hace de la cosa.

La intención de este comentario consiste mostrar el, en mi opinión, error de la Corte Suprema al resolver el presente caso. Para lograr dicho objetivo, en primer lugar, se expondrán los hechos de la sentencia y la cuestión controvertida. Luego, me referiré brevemente a la inteligencia de la expresión “*sin previo contrato*” del inciso 2° del artículo 2195. En tercer lugar, se analizará el caso resuelto por la Corte Suprema.

¹ Echeverría con Lira (2016), Gutiérrez y otros con Zurita (2017), Valencia con Valencia (2018).

II. EL CASO Y LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

A. El Caso

El caso es el siguiente. Marta Montero interpuso ante el Juzgado de Letras de Calbuco una acción de precario en contra de José Ruíz, fundada en la tenencia que este último hace de un inmueble de su propiedad, ubicado en la comuna de Calbuco, sin un título que ampare su ocupación y por ignorancia o mera tolerancia suya. En su demanda solicitó que se ordenara la terminación de dicha situación y que el demandado hiciera abandono del inmueble que ocupa desde febrero de 2018, no obstante sus reiterados requerimientos en orden a que desocupara el bien.

Por su parte, el demandado solicitó el rechazo de la demanda por dos razones. En primer lugar, porque la demandante no es propietaria indiscutida y absoluta del bien inmueble, ya que, en la causa Rol C-3019-2018 seguida ante el 2° Juzgado Civil de Puerto Montt (que se encontraba en tramitación a la fecha de la sentencia de la Corte Suprema), se discutió la existencia de una comunidad de bienes entre las partes, dentro de la cual se encontraría el bien inmueble objeto del juicio, puesto que la cosa fue adquirida durante su convivencia y con sus recursos económicos. En segundo lugar –la razón principal que interesa a este comentario– porque la tenencia que hace del inmueble no es por mera tolerancia de la demandante, dado que ocupa el inmueble desde el año 1982, producto de una relación sentimental y de convivencia prolongada que mantuvo con la demandante; relación de la que nacieron dos hijas.

El Juzgado de Letras de Calbuco, en sentencia de 24 de abril de 2019, acogió la acción de precario al tener por acreditados todos sus presupuestos, condenando al demandado a restituir la propiedad, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Ante esto, el demandado interpuso un recurso de casación en el fondo, fundado en la infracción al artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, ya que, a su juicio, no concurrirían los elementos del precario, en particular, que su tenencia no obedecería a una meramente tolerada ni mucho menos a una ignorada por la demandante. Particularmente, por la existencia de una relación de convivencia que mantuvo con la demandante.

En sentencia de 6 de julio de 2021, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo deducido, rechazando la acción de precario y la consiguiente restitución del inmueble.

B. La cuestión controvertida

Por lo que respecta a la cuestión controvertida, esta se extrae del considerando quinto de la sentencia comentada, donde se lee lo siguiente: *“Que así expuestos los antecedentes del proceso y las alegaciones del recurrente de casación, se observa que la controversia jurídica radica en determinar si los hechos asentados en la causa se encuadran dentro de la hipótesis de mera tolerancia que habilita al dueño de una propiedad para accionar de precario contra el o los ocupantes”*.

En efecto, el problema central del fallo está en determinar si la relación de convivencia entre las partes es un título que justifica la tenencia del bien inmueble o si, por el contrario, esta se explica nada más que en la mera tolerancia de la propietaria, lo que la habilitaría para ejercer la acción de precario del artículo 2195 inciso 2° del Código Civil.

III. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA EXPRESIÓN “SIN PREVIO CONTRATO”

Si hay algo que resulta evidente al considerar el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil es que la tenencia que hace el precarista debe ser realizada “*sin previo contrato*”. Lo que, sin embargo, no es tan evidente es qué es lo que deba entenderse por dicha expresión. Por lo mismo, es útil considerar las palabras de Íñigo de la Maza, para quien es posible advertir al menos dos problemas que atañen a dicha voz.

El primero consistiría en dilucidar cuál es el sentido en que el precepto emplea la expresión “*contrato*”; uno técnico de acuerdo con la definición del artículo 1438 del Código Civil o, bien, uno más extensivo que abarque títulos diversos. El segundo problema estaría en determinar si la voz “*previo contrato*” debe referirse a aquellos que de alguna manera justifiquen la tenencia material del bien por parte del precarista o si, por el contrario, su interpretación es más restrictiva, comprendiendo solo a aquellos que además de resultar idóneos para poner la cosa en poder del demandado, resulten ser oponibles al verdadero propietario.²

Ambas cuestiones se pueden extraer de una sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012,³ en la cual se lee lo siguiente:

“Por su parte la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso 2° del artículo 2195 citado se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aún cuando no sea de origen convencional o contractual y que ese título resulte oponible al propietario, de forma que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que puede eventualmente no tener sobre aquella ese derecho real”.

Lo que enseña este y otros fallos,⁴ además de lo que se puede aprender de la doctrina,⁵ es que la Corte Suprema ha utilizado una noción expansiva de la voz “*contrato*” y, por el contrario, una noción restrin-

² DE LA MAZA (2010), p. 179.

³ *Inmobiliaria e Inversiones Tres Cantos Limitada con Melgarejo y otra* (2012).

⁴ *Lepiman con Lepiman* (2020); *Agrícola San Juan Ltda. con Céspedes* (2017); *Banco Falabella con Heresmann* (2016).

⁵ ROSTIÓ (2013), pp. 32-36.

gida de la expresión “previo contrato” del artículo 2195 inciso 2°.

Pues bien, para efectos de este comentario basta considerar nada más que el primero de los dos problemas, esto es, aquel por el sentido de la expresión “contrato”. La sentencia objeto de este trabajo sigue la jurisprudencia citada. Según la Corte:

“el precario es una cuestión de hecho, y constituye un impedimento para su establecimiento el hecho que asista al tenedor alguna clase de justificación para la ocupación del bien cuya restitución se pide, y que sea aparentemente seria y o grave, y que vincule al actual dueño con el ocupante, y o, a este último con la cosa”.

De este modo, surge la siguiente pregunta: ¿cuáles son, entonces, los límites de dicha expresión? En efecto, no cabe duda de que por “contrato” se debe entender cualquier título que pueda justificar la tenencia del precarista, sin embargo, tampoco cabe duda de que no cualquier título puede ser capaz de justificar dicha tenencia, sino que debe tratarse de un vínculo “jurídico”, que permita a las partes la detentación material del bien (sea porque naturalmente lo permita o, bien, porque accidentalmente las partes lo pactaron). Pero eso no basta; además, se requiere que dicho vínculo jurídico se encuentre vigente y, finalmente, que obligue al dueño a tolerar dicha ocupación por parte del demandado.

Es este el problema de la sentencia en comento, dado que la Corte entiende que el título que permite amparar la detentación del inmueble es la relación de convivencia habida entre las partes.

IV. LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA Y EL PRECARIO

Para considerar el error de la Corte Suprema conviene prestarle atención a la sentencia de 27 de diciembre de 2017.⁶ En ella se puede apreciar que lo que subyace a la disciplina del precario es una tensión entre los intereses del dueño y del precarista. La Corte Suprema lo explica de la siguiente manera:

“La situación que busca regular el precario es una en que, como sucede en este caso, se contraponen el derecho de dominio por una parte y la mera tenencia por otra; y la pregunta que busca responder el inciso segundo del mencionado artículo es ¿cuál ha de prevalecer? La respuesta que arroja la correcta inteligencia del precepto es que ha de predominar la del dueño, salvo que la tenencia se encuentre justificada. Pero no justificada en abstracto, pues esto limitaría la protección del dominio en términos que no resultan consistentes con el ordenamiento jurídico nacional, sino en términos concretos, es decir, respecto del titular del derecho de dominio”.

De las palabras de la Corte se puede apreciar, por una parte, el problema presente en los fallos del tribunal a propósito del precario y, por otra, su solución. El problema se refiere a la legitimidad del demandado que, frente a una demanda de precario, invoca algún antecedente en procura de enervar

⁶ *Agrícola San Juan Ltda. con Céspedes* (2017). En el mismo sentido: *Ilustre Municipalidad De Antofagasta con Collao* (2018).

la acción. La solución, en cambio, consiste en que se debe proteger al dueño de la cosa, salvo que al demandado le asista alguna vinculación aparentemente seria o grave que lo vincule con el dueño o con la cosa misma.

La cuestión, por lo tanto, es considerar cuáles son las condiciones que debe cumplir dicha justificación para poder enervar la acción de precario. En opinión de la Corte, basta una relación de convivencia. Así se desprende de su razonamiento:

“UNDÉCIMO: Que volviendo al caso que nos ocupa, y muy particularmente al título que invoca el demandado como justificación de la tenencia, es un hecho de la causa que el inmueble objeto del precario ha sido ocupado por éste y que reside en la propiedad pues mantuvo durante varios años una relación sentimental y de convivencia con la demandante, la que habría finalizado en un tiempo anterior pero muy próximo a la interposición de la demanda. Es decir, el demandado ha residido allí en razón de su convivencia sentimental con la demandante, producto de la cual nacieron dos hijas, ya mayores de edad.

DUODÉCIMO: Que, en las condiciones antes anotadas, la situación fáctica establecida en la causa no se encuadra dentro de la hipótesis de ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño. Muy por el contrario, la tenencia del inmueble se justifica en la relación de convivencia preexistente, en cuya virtud el demandado aparece autorizado para ocupar el inmueble por la propia actora, en virtud de la convivencia que ambos mantuvieron. Consecuencialmente, al contrario de lo expuesto en la demanda de precario, los hechos dan cuenta de un claro vínculo entre la propietaria y el ocupante de la cosa, lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada”.

Esto, a mi juicio, es un error. El error consiste en considerar que el demandado está legitimado para ocupar la cosa. La razón es que el título que invoca no es un antecedente jurídico que le imponga a la dueña la obligación de respetar dicha ocupación, sino, más bien, una mera situación de hecho sustentada nada más que en su mera tolerancia. Si bien, como lo entiende la doctrina, tal justificación no debe ser un contrato en los términos del artículo 1438, sí debe tratarse de una vinculación o “nexo jurídico”, esto es, una relación entre sujetos que produzca consecuencias jurídicas.

Este es, en mi opinión, el primer error de la sentencia: considerar que una simple relación de convivencia –esto es, una relación de coexistencia física y pacífica entre individuos que deben compartir un espacio– es título suficiente para enervar la acción de precario. Y es un error, porque la misma Corte entiende que la defensa del demandado debe fundarse en la “ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño”⁷ y, si algo es evidente, es que una relación de convivencia no puede ser considerada como un nexo jurídico. No lo es porque la relación existente entre los sujetos, a diferencia de lo que sucede con el matrimonio (arts. 133 y ss. del Código Civil), no genera

⁷ Así también lo ha entendido la Corte Suprema en sentencia *Neira con Vallejos* (2017), al sostener la Corte que el precarista fue introducido al inmueble como “consecuencia del vínculo jurídico existente con la cónyuge del antecesor en el dominio”.

consecuencias jurídicas.⁸ Entender las cosas de otra forma desdibujaría la comprensión del título y privaría al dueño de la acción del inciso 2° del 2195.

Sin embargo, no basta que la legitimación del demandado sea jurídica, sino que, además, debe tratarse de un título vigente al momento de ejercerse la acción de precario.⁹ Acá se advierte la que, en mi criterio, es la segunda equivocación de la Corte.

Suponiendo que la relación de convivencia pudiera considerarse como un nexo jurídico entre las partes, dicha situación, en palabras de la Corte Suprema, “*habría finalizado en un tiempo anterior pero muy próximo a la interposición de la demanda*”. El punto es que la Corte entiende que el demandado aparece “autorizado” por la demandante por su relación preexistente, sin embargo, es precisamente porque finalizó que la tenencia del demandado solo puede explicarse por la mera tolerancia de la demandante. En este punto se aprecia la relación existente en los requisitos del precario y por qué la Corte Suprema hace presumir que, ante la ausencia de título, la tenencia solo se justificaría por la ignorancia o mera tolerancia del propietario.¹⁰

El tercer error de la Corte al resolver el presente caso se advierte al considerar que, incluso de entender que la relación de convivencia es un vínculo jurídico y que se encuentra vigente, dichas condiciones no bastan, pues también se requiere que el antecedente invocado por el demandado sea capaz de imponerle al dueño la obligación de tolerar dicha ocupación.¹¹ Y la relación de convivencia habida entre las partes, no lo hace.¹²

De este modo, creo que la Corte se equivoca, pues considera que una relación de hecho es suficiente para enervar el precario, en términos que tal situación es, precisamente, una simple situación de hecho, no un “vínculo o nexo jurídico”. En segundo lugar, aunque se aceptara que dicha situación tiene un componente “jurídico”, la situación entre las partes no se encuentra vigente, precisamente porque terminaron su relación sentimental. Finalmente, y aun cuando entendiéramos que no es necesario que se encuentre vigente, no se puede considerar que tal vinculación le imponga al propietario la obligación de respetar la tenencia. Lo único que se puede desprender de dicha relación de convivencia es que, precisamente, por su existencia, la tenencia se justifica nada más que en la mera tolerancia del propietario, debiendo la acción ser plenamente procedente.

⁸ Tratándose del matrimonio como antecedente interpuesto ante la acción de precario, ver: DE LA MAZA (2022).

⁹ RAMOS (1987), pp. 14-15. En el mismo sentido: ROSTIÓ (2013), p. 45.

¹⁰ *Contreras con Lopez y otros* (2006). En el mismo sentido: RAMOS (1987), pp. 16-17; LARROUCAU y ROSTIÓ (2013), p. 79.

¹¹ DE LA MAZA y LOAYZA (2023).

¹² En el mismo sentido, HALABÍ y SAFFIRIO (1996), p. 78. Para los autores “*el concubinato por sí solo no constituye un título capaz de enervar la acción de precario, puesto que él no siempre dará lugar a una comunidad de bienes (...)*”.

V. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que la expresión “contrato” se puede interpretar en términos amplios, no lo es menos que la correcta inteligencia del precario exige adecuar dicho concepto a ciertos límites.

Bajo este escenario, la sentencia que se comenta adolece de un error. El error consiste en considerar que las relaciones de convivencia pueden, sin más, servir de antecedente suficiente en cuya virtud la acción del inciso 2º del artículo 2915 resulta improcedente.

Tomarse en serio la disciplina del precario, como una tensión entre los intereses del dueño y el precarista, exige adoptar una posición más prudente a la hora de valorar las defensas del demandado, y descartar aquellas defensas como la invocada en este caso, esto es, una relación de convivencia fundada nada más que en la mera tolerancia de la propietaria.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010): “Contrato de promesa como título frente a demanda de precario”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 14).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2022): “El matrimonio como defensa frente a la acción de precario”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (vol. 90 núm. 252).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LOAYZA MOSQUEIRA, Boris (2023): “Previous contract? ‘Precario’ and the Adequacy of the Use of a Promise Agreement as a Defense”, en: *Latin American Legal Studies* (vol. 11 núm. 1).
- HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos (1996): *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- LARROUCAU, Jorge y ROSTIÓN, Ignacio (2013): “Del juicio de precario”, en Barcia, Rodrigo (coordinador), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- RAMOS PAZOS, René (1987): “Del precario”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (Año LIV núm. 180).
- ROSTIÓN CASAS, Ignacio (2013): *El precario en la jurisprudencia chilena* (Santiago, Thomson Reuters).

Jurisprudencia citada

- Contreras Guerrero, Agustín con López Durán Femis y otros (2006): Corte Suprema, 18 de mayo de 2006, rol 1309-2004.
- Inmobiliaria e Inversiones Tres Cantos Limitada con Rubén Melgarejo y otra (2012): Corte Suprema, 25 de julio de 2012, rol 4765-2012.
- Banco Falabella con Heresmann (2016): Corte Suprema, 9 de marzo de 2016, rol 37539-2015.
- Echeverría con Lira (2016): Corte Suprema, 4 de octubre de 2016, rol 12017-2015.

Gutiérrez Muñoz, Palmenia y otros con Zurita Vásquez José (2017): Corte Suprema, 3 de agosto de 2017, rol 11720-2017.

Neira con Vallejos (2017): Corte Suprema, 12 de septiembre, rol 52956-2016.

Ruz Aguayo, María Adriana Agrícola San Juan Ltda. con Céspedes Veloso José Pablo (2017): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2017, rol 47648-2016.

Ilustre Municipalidad De Antofagasta con Collao Pérez Yasna (2018): Corte Suprema, 23 de agosto de 2018, rol 8396-2018.

Valencia Castañeda, Miguel Enrique con Valencia Salinas Miguel Ángel (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, rol 24936-2017.

Lepiman con Lepiman (2020): Corte Suprema, 20 de octubre de 2020, rol 90775-2020.

Comentario sobre sentencia recurso de protección, Corte Suprema, 26 de mayo de 2021

Commentary on the Judgment given in the remedy of protection, Supreme Court, 26 May 2021

Seren Ataoğlu Colonnello

Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.
Correo electrónico: serenataogluconnello@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5485-0586>.

Recibido el 20/09/2022
Aceptado el 25/10/2022
Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.08>

RESUMEN: La Corte Suprema ha insistido en que el derecho al olvido no existe en el sistema jurídico chileno. A partir de una sentencia sobre este tipo de casos, se analiza la argumentación de la Corte y se reconstruye la concepción irenicista de la Constitución que parece subyacer a esta decisión y al conjunto de las sentencias precedentes.

PALABRAS CLAVE: Recurso de protección, derecho al olvido, concepción irenicista.

ABSTRACT: The Supreme Court has insisted that the right to be forgotten does not exist in the Chilean legal system. Based on a judgement on this type of case, we analyse the Court's reasoning and reconstruct the irenicist conception of the Constitution that seems to underlie this decision and the preceding judgements as a whole.

KEY WORDS: Remedy of protection, right to be forgotten, irenicist conception.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema confirmó un criterio sostenido desde hace tiempo: no existe el derecho al olvido en el derecho chileno. En casos anteriores la Corte usó el mismo criterio (rol N° 41260-2019; rol N° 14034-2019; rol N° 25159-2018; rol N° 39972-2017, 22243-2015, entre otros) y hay al menos un caso posterior donde se insiste en él (rol N°135543-2020). Este fallo se comenta por haberse escrito conforme a una estructura más o menos prototípica en este tipo de casos. Así, la sentencia no se valora en su singularidad, sino que en su capacidad de ilustrar un modo de resolver un tipo de caso. Desde una perspectiva evaluativa, el razonamiento puede ser juzgado positiva o negativamente. En cambio, en una perspectiva descriptiva y analítica es necesario *explicar* el razonamiento jurídico. Esta perspectiva es la que adopto. Para ello uso el aparato conceptual de la Escuela de Génova.¹ Así, en este comentario defenderé que el razonamiento de la Corte puede describirse y analizarse usando la distinción entre lagunas textuales y metatextuales.

El análisis lo ejecuto en cinco pasos. En primer lugar, defino las operaciones de interpretación y construcción jurídica. En segundo lugar, defino la noción de laguna metatextual. En tercer lugar, elucido la expresión '*no existe el derecho al olvido en nuestra legislación*'. En cuarto lugar, reconstruyo la argumentación de la Corte conforme a los conceptos preestablecidos y en quinto lugar, como conclusión presento una hipótesis explicativa del razonamiento.

II. ¿QUÉ SON LA INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA?

La distinción entre disposiciones y normas afirma que la autoridad normativa no crea derecho, sino que solo formula disposiciones. Las normas son producidas por la interpretación. Toda disposición debe ser interpretada y esta actividad es una traducción desde el lenguaje de las fuentes formales al lenguaje de las normas.

La interpretación puede ser declarativa o correctora según sea el grado de ajuste entre el significado ordinario de las palabras de las disposiciones y el significado normativo atribuido por el intérprete. Si la norma producida se ajusta al significado ordinario las palabras, la interpretación es declarativa. Si, en cambio, la norma no se ajusta al significado ordinario, la interpretación es correctora.

La diferencia entre la interpretación declarativa y correctora depende de dos criterios; los usos justificativos vigentes en una comunidad jurídica en un momento determinado y el tipo de norma producida. *Prima facie*, cuando la justificación es lingüística y la norma es explícita, la interpretación es declarativa; mientras que cuando la justificación es analógica, teleológica o intencionalista y da lugar a una norma implícita, la interpretación es correctora.

La expresión 'construcción jurídica' designa la actividad de crear normas ante la ausencia de fuentes

¹ Obras clave de la Escuela Genovesa que defiende estas ideas son: GUASTINI (2014), CHIASSONI (2011).

formales. Al carecer de disposiciones, el juez crea derecho cuando justifica la existencia de una norma implícita. Nuevamente, la diferencia entre la interpretación (correctora) y la construcción depende de la cultura jurídica.

III. ¿QUÉ ES UNA LAGUNA METATEXTUAL?

Las lagunas de disposiciones son creadas por el legislador, ya que a él le corresponde la tarea de elaborar el lenguaje de las fuentes formales del derecho. En cambio, las lagunas normativas son creadas por el intérprete.²

Según Chiassoni, la ausencia de una norma explícita genera una laguna textual, porque la creación de la laguna depende de la interpretación de las disposiciones o textos normativos existentes. Mientras que la ausencia de una norma implícita, genera una laguna metatextual, porque la creación de la laguna no depende una interpretación, sino que de la inaplicación de técnicas de integración o construcción jurídica.

En la sentencia comentada se producen problemas en diferentes niveles. Se produce una laguna textual, porque el documento llamado 'Constitución' no contiene la expresión 'derecho al olvido', entonces, falta una norma explícita que pueda ser producida mediante interpretación declarativa. Luego, se genera una laguna porque falta una norma implícita, ya que se considera prohibido hacer una interpretación correctora para derivar una norma que regule el caso. Luego, ante tal carencia normativa surge una laguna meta-textual, porque la Corte usa otra regla prohibitiva: el juez no puede crear una norma implícita para construir el derecho en cuestión. Por ello el juez que crea una laguna meta textual constitucional y afirma que la Constitución es irremediablemente incompleta.

IV. ¿QUÉ SIGNIFICA LA EXPRESIÓN 'NO EXISTE EL DERECHO AL OLVIDO EN NUESTRA LEGISLACIÓN'?

En el considerando cuarto de la sentencia comentada se afirma: *“Cuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, se debe precisar que el denominado “derecho al olvido” no está establecido en nuestra legislación, por lo que la decisión de otorgar la cautela jurisdiccional que se invoca en autos, debe ser analizada bajo el prisma de los derechos que se pueden ver afectados, el de la libertad de información y el derecho a la honra o en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada. (Corral Talciani, Hernán. “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”. Revista Jurídica Digital UANDES 1(2017), 43-66. Versión online: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/7>.”*

A partir de este considerando, la frase interesante de la Corte Suprema es la siguiente: *“el denominado ‘derecho al olvido’ no está establecido en nuestra legislación”* (considerando cuarto). Se pueden listar cuatro significados de la expresión:

² Todas las categorías y distinciones usadas de esta sección provienen de CHIASSONI (2011) y CHIASSONI (2020).

En primer lugar, la expresión significa que no hay una disposición que contenga las palabras '*derecho al olvido*' en el documento constitucional. Esta es una afirmación empírica que es verdadera. La afirmación implica que no es posible hacer una interpretación porque falta un texto que interpretar. En segundo lugar, la expresión significa que no existe una norma explícita en el sistema jurídico que asegure el '*derecho al olvido*' como un derecho fundamental. Esta no es una afirmación empírica, sino que metodológica. Lo que se quiere decir es que no es posible realizar una actividad de interpretación declarativa sobre el texto de la constitución. Así, lo que la Corte descarta es la posibilidad de realizar una interpretación declarativa (conforme a cierto código interpretativo) sobre las disposiciones existentes y, a partir de esa actividad, arribar a una norma explícita. Hay que notar que la afirmación tiene una carga ideológica. Tras ella hay un compromiso axiológico con un propósito interpretativo de los materiales constitucionales. Con esta afirmación hay, a fin de cuentas, una laguna constitucional textual.

En tercer lugar, la expresión significa que no existe una norma implícita en el sistema jurídico que asegure el '*derecho al olvido*' como un derecho fundamental. Esta es una afirmación metodológica y dice que es imposible hacer una interpretación correctora a las disposiciones existentes y con ella formular una norma implícita y también una afirmación ideológica sobre el modo de entender la Constitución. Hay, en este caso, una laguna constitucional metatextual.

En cuarto lugar, la expresión significa que: a) es prohibido usar técnicas de interpretación que permitan atribuir el '*derecho al olvido*' a las disposiciones constitucionales vigentes; b) que es prohibido usar técnicas de construcción jurídica que permitan salvar la ausencia de disposiciones y crear una norma implícita que establezca el '*derecho al olvido*' como derecho fundamental. Esta afirmación está restringida a un método porque sostiene que no es posible crear derecho por medio de técnicas de interpretación y/o construcción jurídica y, en este sentido, es un fragmento de la primera y de la segunda afirmación.

Ya que los juristas no están interesados en los datos empíricos sobre el derecho, el primer significado siempre estará vinculado a alguno de los otros. Los significados dos y tres son las claves para explicar la sentencia. Ambos tienen un componente metodológico y carga ideológica. Además de afirmaciones metodológicas, son también tesis de política jurídica. Ellas expresan un compromiso con una concepción del legislador, de las disposiciones jurídicas y del juez. La concepción del legislador como entidad racional da sustento a la visión de las disposiciones como una obra terminada (coherente) y ella implica tres ideas: i) El legislador comunica reglas bien determinadas; ii) El legislador usa conceptos jurídicos precisos y palabras carentes de ambigüedad para construir esas reglas y; iii) Todo lo no dicho expresamente por el legislador no está regulado. Entonces, las disposiciones sirven de límite a la actividad del adjudicador. Finalmente, la visión del juez es la *boca de la Constitución*. La cuarta afirmación, adicionalmente, está comprometida con una visión ideológica sobre la imposibilidad de la creación judicial del derecho, incluso ante disposiciones que la dogmática y la jurisprudencia considera flexibles o elásticas, porque consagran derechos fundamentales.

V. ¿CÓMO RAZONA LA CORTE SUPREMA?

Una reconstrucción descriptiva y breve de la sentencia tiene que dar cuenta de los argumentos presentados entre los considerandos cuarto y séptimo. En apariencia ahí la Corte realiza dos operaciones metodológicas complementarias: la especificación de normas indeterminadas y la solución a una colisión entre derechos fundamentales. Ahora, si se observa con cuidado, la Corte no realiza ninguna de ellas.

En el considerando cuarto, la Corte se explaya sobre el derecho al olvido a pesar la de la objeción procesal del considerando tercero. La Corte descarta que este derecho esté establecido en nuestra legislación y afirma que su ausencia conlleva el análisis del recurso bajo la posible afectación de otros derechos: *“la libertad de información y el derecho a la honra o en su caso, como sostienen algunos autores, el derecho a la vida privada”*.

Los considerandos quinto y sexto (primera parte) especifican de forma parcial la libertad de información de la Constitución. Para ello, la Corte usa dos nociones: ‘hecho de interés público’ de la ley de prensa (quinto) y ‘relevancia jurídica’ como noción dogmática. Aquí, de forma oblicua, se plantea que la relevancia jurídica resuelve el conflicto entre la libertad de información y la privacidad a favor del primer derecho, aunque es claro que la privacidad no es especificada.

La segunda parte del considerando sexto aborda tres criterios dogmáticos para resolver la colisión entre el derecho al olvido y la libertad de información. Conforme a estos criterios, prima la libertad de información si: a) la noticia fue publicada lícitamente en su tiempo; b) el medio de comunicación mantiene la noticia actualizada o contextualizada evitando que el paso del tiempo la torne incorrectas o incompletas y, entonces, lesiva de los derechos de los afectados y; c) si el medio de comunicación reduce la accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación (en un motor de búsqueda) cuando el afectado no es una persona pública pero estuvo vinculado, en su día, a un suceso de trascendencia pública. Nótese que el argumento es una forma de contrafáctico, porque el derecho al olvido no existe.

El considerando séptimo trata dos asuntos. En la primera parte se insiste en la prioridad de la libertad de expresión por sobre el derecho a la honra en virtud de la relevancia pública de la información. Y señala que, en el derecho al olvido, es el transcurso del tiempo el requisito básico y esencial que determina que la noticia carezca de relevancia en la actualidad. Nótese que la honra no se especifica. Mientras que, en la segunda parte, se razona sobre la suficiencia del lapso que ha transcurrido entre los hechos y la solicitud de retiro y estima que dos años es un tiempo insuficiente para producir el efecto de quitar relevancia a los hechos.

La síntesis de la argumentación permite observar al menos tres problemas metodológicos. Todos organizados en torno a lo que la Corte dice que hace, pero no hace: resolver conflictos entre derechos fundamentales.

En primer lugar, operaciones de especificación incompletas y ausentes. En la cultura jurídica nacional los derechos a la libertad de información, a la honra y a la privacidad son principios jurídicos y, más generalmente, normas abiertas o indeterminadas. De este modo, no es posible usarlos como premisa mayor de un silogismo judicial sin especificarlos previamente. Esta operación permite, mediante técnicas de interpretación/construcción jurídica, derivar desde el principio una regla implícita idónea para componer un silogismo judicial. Entonces, cuando la Corte razona sobre la libertad de información usando conceptos dogmáticos y material legislativo como la ley de prensa, realiza la operación de especificación de ese derecho, pero de forma muy incompleta porque, entre otras razones, desatiende casi por completo los hechos y no da razones de sus elecciones conceptuales. Luego, el derecho a la honra y a la privacidad no son especificados.

En segundo lugar, especificación incompleta de un derecho inexistente. No queda claro cuál es el propósito de razonar sobre un derecho que no es parte de la legislación. Aquí hay una contradicción pragmática en el razonamiento. Por un lado, se afirma que el derecho no existe y por el otro lado, se analizan los requisitos que debe cumplir el derecho para aplicarse a un caso.

En tercer lugar, ausencia de operaciones de solución de conflicto entre derechos. La Corte enuncia dos conflictos; la libertad de información y el derecho a la honra o, en su caso, el derecho a la vida privada (considerando cuarto) y los supuestos de colisión entre el derecho al olvido y la libertad de expresión para mantener noticias pasadas en las hemerotecas digitales (considerando sexto). Estos conflictos no fueron solucionados con los test asentados en la cultura jurídica: proporcionalidad y/o razonabilidad.

VI. CONCLUSIÓN

El significado de la frase de la Corte Suprema '*no existe el derecho al olvido en nuestra legislación*' implica la incompletitud de la Constitución. Hay dos lagunas diferentes; una textual y una metatextual. Entonces cabe preguntarse por qué la Corte crea estas lagunas. Esa pregunta es sorprendente, porque la doctrina y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de construir derechos fundamentales implícitos. Y aquí la Corte se niega a integrar la Constitución.³

¿Cómo reconstruir el razonamiento y dar cuenta de la ideología que le subyace? Creo posible hipotetizar que la Corte usa un modelo irenista débil de las relaciones entre derechos fundamentales.⁴ Un modelo irenista de las relaciones entre derechos fundamentales es una reconstrucción descriptiva y abstracta de la práctica de los jueces constitucionales. Conforme a esta reconstrucción, la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional carece de 'verdaderos' conflictos de derechos fundamentales. Así, lo que afirma el modelo irenista es que el fenómeno que generalmente llamamos 'conflicto de derechos' pueden abordarse como: a) situaciones residuales o irrelevantes y/o b) situa-

³ Aceptan los derechos fundamentales implícitos sin atribuirlos a interpretación correctora o a construcción jurídica, por ejemplo, GARCÍA Y CONTRERAS (2013).

⁴ CELANO (2008), p. 269.

ciones de conflicto aparente, es decir, una vez que se han reconstruido los derechos fundamentales y sus relaciones el conflicto se desvanece.⁵ En palabras de Celano, este modelo asume la coherencia entre los derechos fundamentales (explícitos en la Constitución) pero no adhiere al postulado de la plenitud que acompaña al modelo irenista fuerte.⁶ Así, el modelo puede resumirse con cinco tesis:

- 1.- Los materiales constitucionales interpretados *prima facie*, pueden entrar en conflicto.
- 2.- Los conflictos pueden ser resueltos mediante ponderación.
- 3.- La ponderación es una técnica argumentativa que llega a un resultado ya predeterminado por el contenido de los materiales jurídicos (rectamente entendido) en potencial conflicto.
- 4.- Al final de las operaciones de interpretación de los materiales jurídicos hay armonía entre los diferentes resultados interpretativos a los que dan lugar las disposiciones constitucionales relevantes.
- 5.- Está prohibido integrar las normas constitucionales, porque el contenido de los materiales jurídicos (rectamente entendido) es coherente y la integración daña esa coherencia.

La Corte diseña una jerarquía de derechos *ad-hoc* que se organiza conforme a la noción de ‘relevancia de la información’. No pondera como si realmente existiera un conflicto, sino que solo hace un análisis normativo de los requisitos que, *en abstracto*, exigen los derechos. Esta jerarquía *funda* la preferencia por la libertad de información y *explica* la revisión de los requisitos del derecho al olvido a pesar de su no pertenencia al sistema jurídico chileno y a la ausencia de un análisis fáctico del caso. Además, ella no se compromete con la plenitud de las normas en juego y por ello la Corte deja sin colmar las lagunas constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- BAYÓN, Juan Carlos (1991): *La normatividad del derecho, deber jurídico y razones para la acción* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- CELANO, Bruno (2008): *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (Barcelona, Marcial Pons).
- CHIASSONI, Pierluigi (2020): *Legal gaps*. Conferencia dictada en el Consejo de Estado Colombiano el primero de octubre de 2020. Manuscrito inédito.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en: *Estudios constitucionales* (vol. 11 núm. 2).
- GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

⁵ LUQUE (2013), p. 46 y BAYÓN (1991), p. 390.

⁶ CELANO (2008), p. 270 nota al pie 31.

LUQUE, Pau (2013): “La concepción irenista de la constitución. Sobre la posibilidad de una reconstrucción armónica del contenido ético-sustantivo del estado constitucional”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (núm. 38).

Jurisprudencia citada

Grazaiani le-fort Aldo con Empresa El Mercurio S.A.P. (2015): Corte Suprema, de 21 de enero de 2016, rol 22243-2015.

Ramírez con MarkMonitor Inc. (2017): Corte Suprema, de 4 de diciembre de 2017, rol 39972-2017.

Espina Salas, Jaime Eduardo con Empresa Periodística El Mercurio S.A. – Grupo Copesa S.A. y Bío Bío Comunicaciones S.A. (2018): Corte Suprema, de 21 de enero de 2019, rol 25159-2018.

Ramos con Sociedad Periodística Araucanía S.A (2019): Corte Suprema, de 19 de mayo de 2020, rol 41260-2019.

Villagrán con Diario El Lector del Maule (2019): Corte Suprema, de 5 de agosto de 2019, rol 4034-2019.

Abreu con Wikimedia Chile (2020): Corte Suprema, de 3 de enero de 2022 rol 135543-2020.

CONTENIDO

- 3 Revisitando el contrato de donación entre vivos**
Reviewing the contract of gift between living persons
Jaime Ramírez Cifuentes
- 23 Entre proyectos y realidades constitucionales en Chile: gradualidad, in flexión y ruptura. Parte I: Estado, ciudadanía y derechos entre 1811-1973**
Between constitutional projects and realities in Chile: gradualism, inflection and rupture. Part I: State, citizenship and rights between 1811-1973
Dr. José Antonio González Pizarro
- 56 Las obligaciones de medios, de resultado y de garantía en la configuración de la responsabilidad contractual en el derecho civil chileno**
Obligations of means, of result and of guarantee in the configuration of contractual liability in Chilean civil law
Adrián Schopf Olea
- 84 Naturaleza jurídica de la obligación de seguridad laboral frente al problema de la objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo: una interpretación como obligación de medios**
Legal nature of the occupational safety obligation facing the problem of objectivization in case-law of the employer's liability for accidents at work: An interpretation as an obligation to provide safety at work
Katusca Andrea Venegas Fierro
- 108 Wikipedia, ChatGPT y otros en el proceso jurisdiccional. Su utilización por abogados y jueces**
Wikipedia, GPT Chat and others in the jurisdictional process. Its use by lawyers and judges
Ignacio Soba Bracesco
- 126 La autonomía de la voluntad de los cónyuges para convenir la compensación económica**
The autonomy of the will of the spouses to agree on the economic compensation
Claudia Daniela Bustos Carrasco
- 155 Las relaciones de convivencia y el precario. Análisis de la sentencia de Corte Suprema de 6 de julio de 2021, Rol N° 90760-2020; Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 23 de junio de 2020, Rol N° 488-2019; Juzgado de Letras de Calbuco de 24 de abril de 2019, Rol N° C-201-2018, caratulada Marta Montero Toledo con José Héctor Ruíz González, acerca de la acción de precario**
Cohabitation relationships and precariousness Analysis of the Supreme Court judgement of 6 July 2021, Rol N° 90760-2020; Court of Appeals of Puerto Montt of 23 June 2020, Rol N° 488-2019; court of first instance of Calbuco of 24 April 2019, Case No. C-201- 2018, case of Marta Montero Toledo v. José Héctor Ruíz González, regarding the Precarious action
Boris Loayza Mosqueira
- 164 Comentario sobre sentencia recurso de protección, Corte Suprema, 26 de mayo de 2021**
Commentary on the Judgment given in the remedy of protection, Supreme Court, 26 May 2021
Seren Ataoğlu Colonnello