

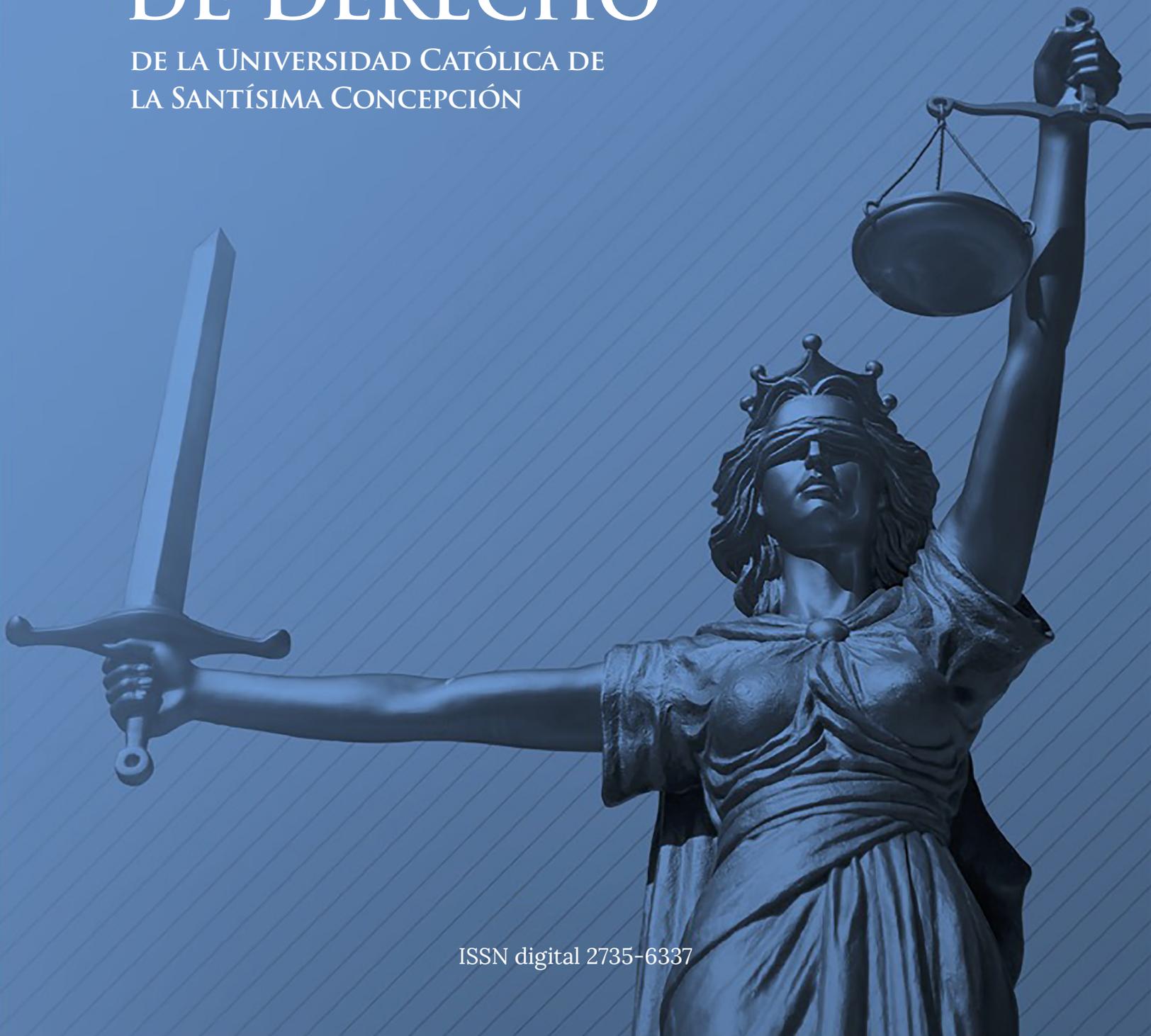


UCSC

EDICIÓN N° 45 | 2024

REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN



ISSN digital 2735-6337

REVISTA DE DERECHO

DE LA 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 Guiñez, 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

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 45 correspondiente al segundo semestre del año 2024, de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. El trabajo por alcanzar los estándares más altos continúa. A la fecha, se ha sumado la indexación de DOAJ y se está a la espera de la respuesta de Redalyc.

Como podrá ver el lector, se han mantenido una serie de cambios a la página web, y al formato de los artículos, introducidos desde la versión de 2023, para adaptar la revista a los más altos estándares de publicación.

En cuanto al número 45, han sido aceptados y publicados trabajos de Derecho privado, laboral y administrativo, de autores provenientes de Chile, Italia y Perú, todos trabajos de gran calidad académica.

En primer lugar, un artículo de Luis Huamán Ordóñez, relativo al proceso contencioso-administrativo, en el que explica el papel que juega éste, especialmente en la jurisprudencia peruana, en la protección de los derechos fundamentales. Empleando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y de los tribunales superiores de justicia, indaga la configuración de la tutela a partir de la aplicación horizontal. Le sigue el trabajo de la profesora Fabiana Tuccillo, de la Universidad de Napoli Federico II. La autora hace un análisis, histórico y dogmático del artículo 844 del Código Civil italiano de 1942, introducido para regular las relaciones vecinales, particularmente desde la óptica de las inmisiones que son tolerables e intolerables. Un tercer trabajo, también de corte histórico dogmático, es el que nos ofrece el profesor Patricio Carvajal, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que aborda el origen del artículo 75 del Código de Bello que consagra la protección de la vida que está por nacer. El profesor Carvajal nos muestra el derrotero histórico de la norma, que permitiría precisar el sentido y alcance de la misma.

Un cuarto trabajo, de Derecho laboral, es el publicado por el profesor de nuestra casa de estudios Andrés Varela y la egresada Jazmín Crisóstomo, y que versa sobre la protección de los trabajadores

frente al empleador sometido a procedimientos concursales. El artículo reflexiona sobre la pertinencia y suficiencia de las normas protectoras, tanto del Derecho laboral, como del Derecho concursal, considerado la jurisprudencia entre los años 2014 y 2024. Un quinto trabajo, es el presentado por los profesores Claudio Agüero y Allan Gajardo, ambos de la Universidad Alberto Hurtado. El trabajo se denomina “Tres concepciones sobre la vulnerabilidad”, en el que aborda conceptualmente las concepciones de vulnerabilidad, que los autores identifican como intrínseca, extrínseca y disposicional. También analizan dicha concepción desde la perspectiva de Dworkin y Rawls y se reflexiona sobre la necesidad de construir dicha concepción sin referencia a valores.

El lector encontrará un sexto trabajo de Jaime Ramírez, profesor de la Universidad San Sebastián. En él se explora el seguro de responsabilidad civil, pero particularmente aquel que es tomado por profesionales del derecho por daños que puedan ocasionar tanto a sus clientes, como a terceros a propósito del ejercicio profesional.

Contamos con dos interesantísimos comentarios de sentencia. Byan Precht, de la Universidad Autónoma de Chile, doctorando en Derecho de la Universidad de los Andes, analiza la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de febrero de 2021, rol 792-2017, que dejó sin efecto una medida prejudicial que dejaba sin efecto dos actos administrativos. El autor argumenta que dicha sentencia es una manifestación de la tutela judicial efectiva frente a un contencioso administrativo que carece de regulación expresa. Y, el segundo, de Mauricio Pino, de la Universidad Central aborda la sentencia de la Corte Suprema de 9 de noviembre de 2023, rol 105.065-2023, que analiza la reflexión que hace la sentencia sobre los neuroderechos y la reforma constitucional que se tradujo en la protección de la actividad cerebral y la información proveniente de ella.

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, especialmente a Sebastián González Mendoza, coordinador de redacción, quien junto con Jazmín Cifuentes, Jorge Miranda, Gabriel Melendes y Gedeon Gallardo han trabajado silenciosa, leal e incansablemente.

CRISTIAN AEDO BARRENA
Director

El proceso contencioso-administrativo como primer nivel de protección de los derechos fundamentales: plena jurisdicción, tutela urgente y amparo constitucional

The contentious-administrative process as the first level of protection of fundamental rights: full jurisdiction, urgent protection, and constitutional protection

Luís Alberto Huamán Ordóñez

Lima, Perú.

Correo electrónico: 2021814047@unh.edu.pe. <https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

Recibido el 05/07/2024

Aceptado el 14/11/2024

Publicado el 28/11/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.01>

RESUMEN: El autor del presente ensayo analiza el papel actual del proceso contencioso-administrativo en la tutela del ciudadano entendiendo que la jurisprudencia reconoce que este medio de protección jurisdiccional del particular ha ido transitando, aunque de manera pausada, desde un enfoque enteramente revisor o anulatorio a otro de plena jurisdicción en donde, en cuanto a este último, se le atribuyen al juez diversas competencias en función al mandamiento constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sobre el sustento del control jurídico de las anomalías de la ad-

ABSTRACT: The author of this essay analyzes the current role of the contentious-administrative process in the protection of the citizen, understanding that jurisprudence recognizes that this means of jurisdictional protection of the individual has been moving, although slowly, from an entirely reviewing or nullifying approach to another of full jurisdiction where, as for the latter, various powers are attributed to the judge based on the constitutional mandate to judge and enforce what is judged on the basis of legal control of the anomalies of the administration. Thus, on the basis of a rich

ministración. Es así que, sobre la base de una frondosa línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional a lo que se aúna la de la Corte Suprema de Justicia de la República y de las Cortes Superiores del Perú, indaga sobre dicha transformación y su incidencia en la eficacia vertical de los derechos fundamentales y el equilibrio de poderes llegando a establecer que el control jurisdiccional de la administración se realiza para asegurar la sana interacción entre los poderes públicos sin que ello implique transgredir las atribuciones de cada órgano de poder estatal descartando, de plano, la idea de una intromisión judicial al respecto. Con el uso de las técnicas hermenéutica, sociológica e histórica, llega a la conclusión de que la lectura de la plena jurisdicción, así como el asumirse que el proceso contencioso-administrativo conlleva a asegurar la supremacía de la Constitución y la inserción de una tutela urgente no constitucional constituyen insumos de relevancia en la identificación de este proceso judicial como primer nivel de tutela de derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Actividad administrativa, proceso contencioso-administrativo, tutela urgente, plena jurisdicción, derechos fundamentales.

line of jurisprudence of the Constitutional Court, which is combined with that of the Supreme Court of Justice of the Republic and the Superior Courts of Perú, it investigates this transformation and its impact on the vertical effectiveness of rights fundamentals and the balance of powers, establishing that jurisdictional control of the administration is carried out to ensure healthy interaction between public powers without implying transgressing the powers of each organ of state power, discarding, outright, the idea of interference judicial in this regard. With the use of hermeneutic, sociological and historical techniques, he reaches the conclusion that the reading of full jurisdiction, as well as the assumption that the contentious-administrative process leads to ensuring the supremacy of the Constitution and the insertion of urgent protection non-constitutional constitute relevant inputs in the identification of this judicial process as the first level of protection of fundamental rights.

KEY WORDS: Administrative activity, contentious-administrative process, urgent guardianship, full jurisdiction, fundamental right.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la actividad administrativa ha planteado y seguirá planteando varios retos sustantivos y procesales en el plano del Derecho administrativo que no siempre han aparecido en un orden consecutivo y mucho menos, siendo sinceros, de manera armónica en el Perú.

Uno de ellos, sin que sea el primero o el más importante, ha sido el enfocado en diferenciar que la actividad administrativa no siempre será la del Derecho administrativo entendiendo que ello, no siempre es un ejercicio fácilmente deducible en la actualidad, habiendo quedado desfasados, de facto, muchos manuales de texto que siguen relacionando el acto administrativo a dicha actividad. Nos viene bien la posición de la jurisprudencia:

“(...) el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma, o ejecute un acto administrativo. No obstante, conforme el petitorio de la demanda lo que en realidad pretende la demandante es el pago de la deuda que actualmente mantiene con ella la Municipalidad demandada, lo cual corresponde ser dilucidado en la vía ordinaria.

(...) en este sentido, la resolución cuyo cumplimiento solicita la demandante no se encuentra sujeta a los preceptos del Derecho Público o, lo que es lo mismo, no ha sido realizada en el ejercicio de la función administrativa. De modo que el origen de la obligación dineraria cuyo pago pretende la demandante no es el acto cuyo cumplimiento se solicita, sino más bien un contrato suscrito con la demandante, en donde la Administración no actúa ejerciendo sus potestades públicas administrativas”¹

Por su parte, la transformación de la noción de función administrativa a partir de la liberalización de la economía que hace posible que algunos particulares, inclusive con el uso de técnicas extrañas al Derecho administrativo como la de tercerización y otras propias de la materia tales como la delegación o la concesión, asuman funciones clásicamente atribuidas al Estado. El que el acto administrativo sea la joya de la corona de la disciplina administrativa, aunque sin merecerlo² con los problemas sustantivos y procesales de entendimiento que ello trae consigo. Otro más, es que el uso común -o si se quiere decir práctico- del amparo en el juzgamiento de la administración ha llevado a dotarle de preferencia frente al contencioso-administrativo generando problemas de falta de resolución de las controversias y la saturación de la logística judicial. Más allá, el que no toda la actividad administrativa va a ser juzgada por el juez contencioso-administrativo ya que obran otros órdenes jurisdiccionales que, por mandamiento legal o por la propia práctica, se terminan imponiendo. La lista, en realidad, no destaca por ser definitiva atendiendo a que responde a la propia dinámica que afronta la disciplina administrativa en un entorno V.U.C.A (del inglés *Volatility, Uncertainty, Complexity y Ambiguity*) de proyección global.

Más allá del listado pedagógico que es ofrecido líneas arriba, lo cierto es que estos no son los únicos retos que afronta el Derecho administrativo tanto como el Derecho procesal administrativo en el contexto nacional.

Para nuestro caso, en función al tema a tratar como parte del presente ensayo, recibe interés la transformación de la tutela judicial frente a la administración pública y su relación con la eficacia vertical de los derechos fundamentales que ha pasado, por pura necesidad práctica como veremos, del juez de amparo al juzgador contencioso-administrativo.

De este modo, en el presente estudio se analizará empíricamente, bajo una investigación cualitativa, de nivel descriptivo y con diseño hermenéutico e histórico, el tránsito de la tutela del particular del amparo hacia el contencioso-administrativo y su incidencia en la protección del administrado motivando el desarrollo del presente estudio.

¹ STC N° 4260-2005-PC/TC (2005), fundamentos 3° y 5°.

² CASSAGNE (2023), p. 19.

II. LAS ANOMALÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho objetivo en general y el administrativo en específico, se han encargado de tejer una larga y frondosa teorización³ con el sano propósito de dotar de racionalidad al ejercicio de la actividad administrativa como expresión concreta del poder del Estado extendiendo dicha preocupación al fuerte rechazo a la potencial aparición de arbitrariedad en las organizaciones administrativas. Conforme al juego de luces y sombras desde el cual lo veamos, curiosa o contradictoriamente han sido y son constitucionalistas⁴ los intervinientes en este arduo esfuerzo. La justificación aludida no es vacua, puesto que responde a la exigencia de que perdure, con total fuerza y entereza, la vocación servicial de la administración como organización moderna al abocarse a *“la realización de los intereses propios de la organización política en su conjunto, y su alcance material es por tanto sumamente contingente”*.⁵ Nadie niega que, en tiempos pretéritos, ya existía una organización administrativa que -con rango menor- cubría las actividades reales. Sargón, Asurbanipal, Hammurabi, Tiglatpileser III, entre otros reyes de los florecientes inicios de la civilización humana en el oriente medio, expresan la necesidad de contar con una estructura que se aboque a los diarios asuntos del reino: el gobernante albergaba *“en su persona todos los poderes, religioso, político, militar, judicial, pero en la práctica es asistido por un aparato administrativo, que se caracteriza por tener una estructura jerárquica permeable y competencias definidas de manera general, no claramente circunscriptas”*.⁶

Consecuentemente, tenían dicha organización para afianzar política, territorial y sociológicamente su poder real de modo que lo escrito y lo contable, así como el acceso a los medios materiales que aseguraban la operatividad de sus ejércitos se convirtieron en formas subliminales de ejercer su poderío.⁷

La gran diferencia con el producto de la Revolución francesa radica en que la administración moderna operará desde la Ley en un plano de objetividad del poder y de la consiguiente confección de sus límites.

El mito de la Carta de 1215 nos es enseñado, con una indulgente visión cándida en las aulas universitarias cuando, en realidad, no fue verdaderamente sino producto (en la no contada realidad que siempre encumbren las edulcoradas ficciones jurídicas) de disonancias entre la nobleza y el rey que fueron resueltas como un pacto entre pares sin que hubiera espacio para considerar al pueblo más que en consolidar las costumbres ya establecidas no pasando de ser *“un tratado personal entre el rey y los ba-*

³ ATIAS (2023).

⁴ La referencia es a Sieyes, Vedel, Bonard, Duguit, Bon, entre otros.

⁵ REAL FERRER (2003), p. 126.

⁶ FAIST (2008), p. 26.

⁷ De modo tal que, en palabras de McNEILL (1989), p. 1, *“la política pública tenía que tener en cuenta las relaciones con los posibles proveedores de metal que vivían fuera del alcance del control administrativo directo”*.

rones”;⁸ por otra parte, la denominada “conspiración de la pólvora” de 1605 no es sino la confrontación entre poderes fácticos, en la lucha entre católicos y protestantes hizo famoso a un desprevenido Guy Fawkes al ser descubierto en el sótano de la Cámara de los Lores en el intento de atentado católico contra el Parlamento inglés en la lucha contra Jacobo I motivando a que, en el futuro, sea motivo de inspiración al cómic de Alan Moore en un mundo distópico y posteriormente al filme V de Vendetta de 2005.

A diferencia de la voceada proyección beneficiosa de la Carta de 1215 y de la “conspiración de la pólvora”, donde se generó un pacto de equilibrio entre el Parlamento y el rey que dura hasta la fecha, de plano aquí se quiebra la equiparación entre poder personal y gobierno divino, propia del período milenario precedente a 1789:

“Llegados a este punto resta lo más difícil, a saber, ¿cuál es el cometido que ha asumido el ejecutivo revolucionario? Por supuesto que no se limita a garantizar la ejecución de las leyes emanadas del legislativo. Irá mucho más allá. Personificará la dirección política del Estado y acometerá la ingente tarea de conformación social que exige la Revolución. La tarea del ejecutivo es tan simple como espeluznante: definirá, con el concurso del legislativo, cuáles son los intereses generales y se aplicará a su defensa y consecución. La materialización de los valores triunfantes, como la igualdad, exigirá la reconstrucción de toda la arquitectura social. Para ello monopolizará privilegios y prerrogativas antes dispersos en el clero o la aristocracia, secularizará la función pública y asumirá la prestación de servicios que le eran ajenos, como la educación o la sanidad. Por su parte, la concepción centralista y omnicompreensiva de lo público, del Estado, unido a su vocación servicial a los intereses de la clase dominante, harán del mismo un gigantesco dispensador de servicios en los que, estratificadamente, se acumularán los principios propios del Estado-policía, los del liberal y, progresivamente, los del benefactor. En eso consistirá la función de administrar. Paralelamente, y de modo imperceptible, la función ejecutiva se desdobra: la decisión política, la definición de los intereses acaba en un determinado momento y no requiere, por sí sola, un excesivo aparato; después viene la puesta en práctica, la verdadera ejecución, la gestión-administración, y aquí sí que se necesita una organización fuerte, impecable y, si se me apura, implacable”⁹

De algún modo, pese a los años que separan este evento del escenario actual donde el propio modelo de separación de poderes nunca llegaría a hacerse efectivo en los estrictos términos pensados por los revolucionarios dado que ha devenido en “una llave maestra para abrir o clausurar debates”,¹⁰ ese corte tangencial explica el extenso halo de misticismo que (aún) se cierne sobre el 14 de julio galo.¹¹

Dicha teorización ha alumbrado diversos institutos de los que destaca, por su larga proyección, el de la actividad administrativa de Derecho administrativo que bien, para enteros efectos didácticos, podemos equiparar a los roles que tenemos las personas en la comunidad.

⁸ EVANGELISTA (2017), p. 8.

⁹ REAL FERRER (2003), p. 126.

¹⁰ OSPINA (2020), p. 77.

¹¹ MICHELET (1898).

Esta figura se constituye en un eje emblemático del propio Derecho administrativo pues permite la aplicación sustantiva de la disciplina tanto como excluye otras muchas expresiones del actuar de la administración -las de justicia militar, arbitral, las de justicia electoral, las actuaciones de gobierno, etc.- conllevando a enarbolar la legitimidad del actuar administrativo y reforzando el papel del control jurídico imputable al proceso contencioso-administrativo en caso de que se detecte, a pedido de parte,¹² algún proceder administrativo contrario al Derecho objetivo de modo que “[e]ste control se ejercerá a impulso del demandante, el cual, al plantear su pretensión, delimita el objeto de conocimiento del Tribunal”.¹³

A la par de la legitimidad que ha sido construida sobre una ficción jurídica, la teorización ha ido hilvanando la idea de las anomalías de la actividad administrativa en un intento de calzar el ejercicio de lo administrativo a la necesaria sintonía entre autoridad y libertad, no siempre posible de mantenerse. Por supuesto, la confección positiva no las delinea con dicha rotulación, sino que las enarbola desde un esquema dual de invalidez y nulidad como causa y consecuencia sosteniendo, como puente, a la figura del vicio administrativo teniendo en consideración el “*modestísimo lugar que ocupa dentro de la teoría de las nulidades en esta rama singular del Derecho*”¹⁴ lo que no solo tiene proyección sustantiva sino también irradiación procesal en función a la teoría de la apariencia:

“la apariencia tiene un papel y una influencia en el análisis que hace el juez cuando debe decidir sobre la recepción, una demanda de nulidad de un acto administrativo. En efecto, la apariencia es el primer elemento que el juez administrativo percibe para tal efecto. Le permite determinar a priori, si puede o no conocer la disputa. La forma en que el juez analiza la apariencia del acto es esencial; el aspecto externo del acto es susceptible de interpretación, ya que el juez evaluará subjetivamente la apariencia del acto, dependiendo de las circunstancias, de acuerdo con su voluntad o su falta de voluntad para crear efectos jurídicos. Se centrará en una apariencia que pueda justificar su posición en cuanto a la admisibilidad de la demanda”.¹⁵

A esta construcción, producida desde un enfoque estructural de la actividad administrativa, tardíamente en la historia del Derecho administrativo se ha superpuesto una visión de mayor amplitud para expresiones no formales del proceder administrativo no siempre reconducibles a la idea de un procedimiento como son la inactividad administrativa y las actuaciones ejecutivo-materiales e inclusive es posible de englobar a las hoy denominadas “*actuaciones informales*”.¹⁶ Finalmente, resulta conveniente traer a la memoria que el ejercicio regular de la actividad administrativa, por sí mismo, no es enjuiciable. Tal situación ha llevado a sostener desde la jurisprudencia foránea que, de ninguna manera, “*las decisiones atinentes a la política administrativa constituyan una materia justiciable*”¹⁷ de

¹² Incluyendo aquí a la administración, que deja de lado su papel de “*persona poderosa*” para ser un justiciable más.

¹³ TORNOS (1990), p. 104.

¹⁴ FERNÁNDEZ (1969), p. 77.

¹⁵ CAMBERO (2018), p. 259.

¹⁶ SCHULTE (1993); STOBER y GONZÁLES-VARAS (1995); y GARCÍA-ÁNDRADE (2022).

¹⁷ *Alaguibe, Ana María c/ AFIP s/ contencioso* (2023), considerando 7°.

modo tal que solo se someten a los jueces contencioso-administrativo, residualmente las actuaciones contrarias al carácter servicial de la organización jurídico-pública entendiendo, como neutras, las demás actuaciones administrativas sujetas a potestades administrativas.

III. EL PROCESO DE AMPARO COMO TÉCNICA PROCESAL DE CONTROL JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN ANTES DE LA LEY N°27.584

Para el caso peruano, la historia del contencioso-administrativo es una singularidad en la construcción del Derecho procesal.

Una vez señalado que el contencioso-administrativo se dirige al cuestionamiento de las anomalías de la actividad administrativa de Derecho administrativo, procede indicarse que la ausencia de un proceso específico para cuestionar el proceder de la administración ha sido el motor que ha obligado, casi compulsivamente, a que el ciudadano acuda a la tutela constitucional, con especial referencia al amparo. Al operar de ese modo, se creó una sinonimia de difícil separación entre uno y otro, más aún si se tiene en consideración que, histórica y sociológicamente, en el fujimorato “*se instrumentalizó el amparo para evitar todo posible control frente a las arbitrariedades cometidas por dicho régimen*”.¹⁸ Bien se puede sostener que, ya para el año 1993, se regulaba, aunque inconexamente, un contencioso-administrativo en un Código Procesal privado como primer esfuerzo de positivización de la materia.¹⁹

No obstante, la configuración no era la más feliz, al dedicar los esfuerzos del control jurídico de la administración a los actos administrativos²⁰ y al silencio negativo administrativo²¹ en un enfoque reducido de protección judicial. La insuficiencia del cuadro de las actuaciones administrativas susceptibles de ser llevadas a juicio y correlativamente el reducido espacio de planteamiento de pretensiones de anulación, harían imposible dicho trabajo reforzando, en los hechos, el acudir a la tutela constitucional pese a entenderse, desde la literatura científica, como un medio extremo de justicia;²² los Tribunales no hicieron mucho por revertir la situación manteniéndose en la línea de una permisiva y cómoda interpretación literal de la ley adjetiva.

IV. EL MODELO DE PLENA JURISDICCIÓN DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ACTUAL

Las renovadas aguas del Derecho procesal peruano serían el espacio idóneo para el desmontaje del contencioso-administrativo revisor entonces vigente y una reconstrucción del modelo procesal en dicha materia.

¹⁸ ABAD (2015), p. 294.

¹⁹ JIMÉNEZ (2020), p. 49.

²⁰ LEDESMA (2009).

²¹ LUNA (2024).

²² LANDA (2005), p. 366.

Para el caso nacional, el cierre del período del gobierno dictatorial y la apertura democrática se convirtieron en un espacio histórico para la madurez del Derecho administrativo a nivel sustantivo, gestando la codificación del modelo sustantivo y procesal administrativos. Desde dicha perspectiva, el marco de protección del ciudadano se expande frente a toda actuación administrativa de Derecho administrativo: la técnica de plena jurisdicción, nacida del Consejo de Estado francés,²³ se abre paso de manera renovada en consonancia con la eficacia vertical de los derechos fundamentales. Merced a ella se termina promoviendo diversas herramientas pensadas en proteger al particular de los embates prohibidos de la administración que se van introduciendo en la versión original de la ley del proceso contencioso-administrativo, siendo toda una novedad en el escenario procesal peruano.²⁴ También aparecen en los reparos legislativos de las diversas reformas²⁵ dadas por la presión de la suscripción de tratados internacionales de libre comercio que exigen, para su celebración, que el Estado peruano asuma compromisos de apertura frente a medios procesales de tutela de las personas, incluyendo aquí el del espacio administrativo y procesal administrativo.

En este punto, no solo el Tribunal Constitucional interviene al respecto, sino que también se va consolidando el trabajo de la Corte Suprema que, para esto último, reconoce la necesidad de brindar un espacio de tutela del administrado cuando detecta las anomalías de la administración:

“(…) en el proceso contencioso administrativo, por la naturaleza propia de la plena jurisdicción y en tanto una de las partes -la administración pública- tiene facultades exorbitantes y están en juego intereses que no son dispositivos sino de orden público, se puede establecer en los casos de procedimientos sancionadores, cautelares o en función de la especialidad o de la entidad, que la carga de la prueba sea asumida por la misma administración. Esto entraña una responsabilidad mayor para el juzgador al evaluar estas situaciones, pero también para la administración al asumir la carga de la prueba o al evitar hacerlo durante el procedimiento administrativo, dado que la búsqueda de la verdad material para resolver un caso debe ser un deber de especial relevancia.

(…) el Juez no es solo un revisor de la legalidad, sino que también tiene la facultad de brindar efectiva tutela al administrado restableciendo el derecho cuando corresponda, pudiendo pronunciarse sobre el fondo del conflicto administrativo”.²⁶

Se puede verificar que los alcances de una tutela judicial en materia contencioso-administrativa enfocada en el ciudadano es un aspecto que, si bien a partir de 2001 se encuentra prescrito en la ley procesal de la materia, se ha ido desarrollando, con detalle, en los diversos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales con una mayor fuerza expansiva, tomando en cuenta que su protección “es

²³ LONG ET AL (2017), p. 192.

²⁴ Aparecían la identificación del control jurídico de las actuaciones de la administración sometidas al Derecho administrativo, la propia mención al proceso contencioso-administrativo, los principios de la materia, la exclusividad del contencioso-administrativo, el cuadro de actuaciones materia de juicio, el elenco de pretensiones, el *judicial review*, las excepciones al agotamiento de la vía previa, la pretensión indemnizatoria, el deber personal de cumplimiento de la sentencia, entre otros aspectos.

²⁵ Decreto Legislativo N°1067, de 2008, parte introductoria; Ley N°30.914, de 2019.

²⁶ Casación N°546-2022-Lima (2023), considerandos 2.7.2. y 2.9.2.

plena y no se halla recortada por la interpretación francesa de la división de poderes.”²⁷ Por supuesto, el ejercicio de un activismo judicial no fue fácil, salvo excepciones como las de la intervención del juez Quispe Salsavilca, consistente en prescindir abiertamente de la etapa de conciliación y de pruebas en el entonces proceso contencioso-administrativo especial, marcando un hito en la identificación de un contencioso judicial de mayor dinamicidad al verse despercudido de formalismos inoperantes con la propia lógica del juicio contra la administración.

V. RESIDUALIDAD DEL AMPARO Y APERTURA DEL NIVEL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES A OTROS PROCESOS JUDICIALES: EL FALSO DILEMA ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

A la obra del legislador y el trabajo de filigrana de la jurisprudencia, se suma la necesidad de un cambio de paradigma en el control jurisdiccional de la administración. Los jueces entienden que el amparo no es ya el medio de tutela, por excelencia, de los derechos fundamentales.

Ayuda en mucho la sobrecarga procesal²⁸ generada a partir del uso preferencial de este instrumento judicial de tutela que se enfatiza, con carácter preferencial, a raíz de diversos precedentes del Tribunal Constitucional que reconducen los amparos constitucionales sobre temas controversiales de la administración del amparo al contencioso-administrativo;²⁹ curiosamente, contra todo pronóstico, lo que no habían podido realizar el esfuerzo conjunto del legislador así como de los jueces y mucho menos el razonamiento de los teóricos, lo hacen los propios justiciables y la logística del Poder Judicial.

Al procederse de este modo, radicalmente se vuelve tenue la fingida referencia a la jurisdicción ordinaria como fundamento central para negar que los demás procesos también son medios de tutela idónea frente a quien sufre los atropellos de la administración. A fin de cuentas, con total sinceridad, todos los procesos judiciales del Poder Judicial o de otras instituciones por mandamiento constitucional (electorales, arbitrales, de justicia militar), incluido el contencioso-administrativo, son expresión de tutela de la Constitución y no solo el proceso de inconstitucionalidad o el de amparo para la generalidad y especificidad, respectivamente, del debate procesal que llevan consigo como se pensaba hasta entonces. No hay nada de ordinario como fundamento de contraposición racional a lo urgente de la protección judicial. En gran medida, la dicotomía entre lo ordinario o lo extraordinario, que en el algún momento fue ensayada con éxito para diferenciar entre el acceso a los procesos constitucionales y otros que no lo son, ya ha perdido relevancia con el paso del tiempo de modo que cabe redirigirla, con sana justicia, a otros procesos de naturaleza constitucional como el *Habeas Corpus* a nivel individual, los de conflicto competencial y de inconstitucionalidad ya que hoy, como ha sido sostenido, la línea es que los procesos judiciales llevan, en sí mismos, la impronta de la tutela de la Constitución.

²⁷ CASSAGNE (1999), p. 533.

²⁸ FIGUEROA (2012), p. 82.

²⁹ STC N° 1417-2005-AA/TC (2005); STC N° 0206-2005-PA/TC (2005); y STC N° 0168-2005-PC/TC (2005).

Al mirarse en otros espejos, el legislador “descubre” que, en un gráfico enfoque tuitivo, es posible asignar tutela urgente al ciudadano frente a la administración.

El calco del modelo argentino del proceso urgente³⁰ a través de la reforma de la ley del proceso contencioso-administrativo peruano es evidenciable con una simple mirada aunque enfocado a “*ciertas pretensiones*”;³¹ sin embargo, una vez ya recibida positivamente, aporta datos básicos que contribuyen de manera paulatina a un cambio de criterio en la mentalidad judicial gestando espacio para aquello que hemos llamado, en otro momento, el “*amparo-contencioso-administrativo*” respecto de procesos previsionales y respecto de aquellas donde se cuestiona actuaciones constitutivas de “*simple vía de hecho*” y el “*contencioso-administrativo de cumplimiento*” para pretensiones mandamentales³² orientada al otorgamiento de una tutela diferenciada.

Estas transformaciones no ocurren programadamente como si fueran resultados de una bienhecho-ra proyección del legislador en un escenario ya previsto, sino que, como fiel expresión de la Ley de Murphy, suceden porque tienen que suceder debido a muchos factores de los que, sin intención de entenderlos como definitivos o únicos, ya daremos cuenta.

A la posición institucional del Tribunal Constitucional al abrigo de la expresión: “*el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios*”³³ le sucede, cual reguero de pólvora susceptible de prender al más mínimo contacto, el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la República³⁴ que ratifica el cambio de perspectiva hacia el entendimiento de que la justicia contencioso-administrativa es también una tutela de derechos fundamentales dejando de entenderse que esta se reserva a los jueces constitucionales.

A juicio nuestro, el puntillazo a la tendencia de acudir al amparo ante cuestiones controversiales de naturaleza administrativa lo constituye una frase que ha pasado inadvertida por la doctrina: “*Las afectaciones expuestas, (...) son susceptibles de ser examinadas en el proceso contencioso administrativo como primer nivel de protección de los derechos fundamentales*”³⁵ pero que, muy a pesar de su aparente inocuidad, termina reforzando el papel de este medio judicial de control de la actividad administrativa de Derecho administrativo.

La urgencia de la tutela judicial deja, consecuentemente, de ser asociada a los procesos constitucio-

³⁰ MIDÓN (2010), p. 464; BRUNO DOS SANTOS (2012), p. 342; y PERRINO (2016).

³¹ *Casación Laboral* N° 19279-2017-Huancavelica (2020), considerando 12°.

³² HUAMÁN (2013), pp. 19, 46, 53, 69, 132 y ss.

³³ STC N° 0206-2005-PA/TC (2005), fundamento 5°; STC N° 03191-2011-PA/TC (2011), fundamento 6°; y STC N° 3649-2012-PA/TC (2012), fundamento 6°.

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2015), pp. 8 y 9; *Casación Laboral* N° 4553-2011-Lima (2012), considerando 8°; y *Casación Laboral* N° 4556-2011-Lima (2012), considerando 11°.

³⁵ RTC N° 00923-2012-PA/TC (2012), fundamento 6° y STC N° 04293-2012-PA/TC, fundamento 3°.

nales entendiendo que es un atributo del propio pedido de justicia del que participa, en igual medida, el contencioso-administrativo.

VI. DATOS RELEVANTES QUE DETERMINAN QUE EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SE CONSTITUYE, EN LA ACTUALIDAD, EN EL PRIMER NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme a las ideas que hemos desarrollado precedentemente, la proyección de diversas líneas de acción no siempre convergentes son las que exteriorizan la transformación del contencioso-administrativo como medio de tutela de Derechos Fundamentales del particular en sus relaciones con la administración en sustento de potestades administrativas.

De nuestra parte, sin que el listado devenga en definitivo, son diversos los aspectos que producen dicha transformación. Obviamente, esto no impiden que se presente el análisis de muchos otros en el futuro. Al respecto, conviene adentrarse en su análisis y correlativo escrutinio.

La proyección de los derechos fundamentales sobre el espacio de acción de las personas es un dato relevante: si bien es verdad que, a partir del fin de la II Guerra Mundial, se revalora el papel de la dignidad, no solo como Derecho Fundamental, sino también como bien jurídico constitucional, principio estatal y valor constitucional,³⁶ lo cierto es que la labor de la jurisprudencia de cada país viene haciendo lo suyo. Nuestra nación no es la excepción motivando, en tal aspecto, un amplio rango de protección de las personas frente a la autoridad, a efectos de limitar el ejercicio concreto del poder del Estado sobre el sustento del uso ponderado de las técnicas limitativas de derechos fundacionales de las personas. Al respecto, el Constitucional ha ido abriendo espacio frente al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en el estamento policial,³⁷ la proporcionalidad en las sanciones universitarias,³⁸ el debido proceso en los procedimientos disciplinarios militares y policiales,³⁹ la motivación de las ratificaciones de jueces y fiscales,⁴⁰ la protección de las libertades económicas en el ejercicio de las actividades del particular,⁴¹ entre otros pronunciamientos -cuya enunciación y explicación desnaturalizaría el sentido del presente estudio-, que han reforzado el papel del Estado en la protección de sus ciudadanos.

Tómese en cuenta que la vinculación entre Derechos Fundamentales y contencioso-administrativo

³⁶ VON MÜNCH (1982).

³⁷ STC N° 02868-2004-AA/TC (2004); STC N° 05527-2008-PHC/TC (2009); STC N° 01151-2010-PA/TC (2020); STC N° 01423-2013-PA/TC (2015); STC del Pleno N° 336/2022 (2022); y STC N° 1028/2023 (2023).

³⁸ STC N° 00535-2009-PA/TC (2009).

³⁹ STC N° 01406-2013-PA/TC (2016); STC del Pleno N° 799/2021 (2021); STC del Pleno N° 336/2022 (2022); STC N° 1028/2023 (2023); y STC N° 277/2023 (2023).

⁴⁰ STC N° 01941-2002-AA/TC (2003); STC N° 03361-2004-AA/TC (2005); STC N° 01333-2006-PA/TC (2006); STC N° 01412-2007-PA/TC (2009); y Sentencia del Pleno N° 249/2022 (2022).

⁴¹ STC N° 03330-2004-AA/TC (2005); STC N° 1963-2006-PA/TC (2006); y STC N° 01405-2010-PA/TC (2010).

se aprecia concretamente en la regulación del proceso urgente quien cautela el contenido esencial del derecho a la pensión dejando los contenidos no esencial o accidental para el proceso contencioso-administrativo ordinario. Por supuesto, este último litigio –el ordinario, antes denominado especial– no está limitado al examen de la protección de los contenidos esencial, no esencial o accidental de los demás Derechos Fundamentales, así como de los derechos legales o reglamentarios ya que, de lo que aquí se trata, es de garantizar la dignidad de quien se ve afectado, indebidamente, por el actuar de la administración sujeto a potestades administrativas.

En este aspecto, la protección de la dignidad de la especie humana (que ahora se extiende incluso a las relaciones familiares multiespecies) no admite diferenciaciones de ordinariedad o no ordinariedad en la proyección procesal del espacio de acción de las personas, comprendiendo, en dicho enfoque, al proceso contencioso-administrativo.

Dentro del espacio procesal o adjetivo, el desplazamiento del carácter preferente del amparo al de los demás procesos: como ya se ha sostenido, la dación de dichos precedentes⁴² a las que le han sucedido otros⁴³ se constituyen en el hilo conductor que ha abogado en dicho ritmo de trabajo de los jueces sumando la posición tribunalicia en procesos abstractos de naturaleza competencial;⁴⁴ a tales pronunciamientos se ha sucedido una labor material-organizacional del Poder Judicial para darse abasto frente a la saturación de la necesidad de justicia de los ciudadanos, especialmente en escenarios sensibles como los de contenido previsional o laboral en el sector público.⁴⁵

La plena jurisdicción es otra de las técnicas participantes en este cambio de enfoque: llevando a entender que no solo con pretensiones de anulación o de ineficacia se puede hacer frente a los embates de la autoridad administrativa⁴⁶ de manera que si bien, desde la doctrina y la jurisprudencia, dicha figura es incomprendida cuando se le pretende encasillar en la fácil fórmula del reconocimiento o restablecimiento de la posición jurídica del particular, lo cierto es que dicho instituto alberga mecanismos, nominados e innominados, que en toda su extensión deben enfocarse en cautelar al particular frente a la interacción con la administración.⁴⁷

Sin ocupar una ubicación menor, se encuentra la recepción de mecanismos de tutela urgente en el contencioso-administrativo: cabe indicar que la concepción italiana⁴⁸ y argentina⁴⁹ de la tutela no

⁴² STC N° 1417-2005-AA/TC (2005); STC N° 0206-2005-PA/TC (2005); y STC N° 0168-2005-PC/TC (2005).

⁴³ STC N° 00987-2014-PA/TC (2014) y STC N° 02383-2013-PA/TC (2015).

⁴⁴ STC N° 0005-2016-PCC/TC (2019) y STC N° 00002-2018-PCC/TC (2020).

⁴⁵ ESPINOSA-SALDAÑA (2004), p. 11 y ESPINOSA-SALDAÑA (2012), p. 14.

⁴⁶ Casación N° 1684-2005-Loreto (2006); Casación N° 3394-2020-Lima (2023); Casación N° 8380-2021-Lima (2023); Casación N° 11947-2022-Lima (2023); Casación N° 28121-2021-Lima (2023); Casación N° 546-2022-Lima (2023); y Casación N° 13708-2022-Lima (2023).

⁴⁷ Bien cabe aquí citar, a manera de cierre de este punto, las cálidas y sonoras expresiones de SUBRA DE BIEUSSES (1994), p. 46, que indica, “Corresponde al juez administrativo elegir entre controlar o no controlar y, cuando lo hace, le compete decidir si la actividad que controla descansa en la potestad discrecional o en la competencia reglada”.

⁴⁸ BUZZANCA (2006).

⁴⁹ PEYRANO (1995).

convencional se proyecta a diversos procesos tuitivos como el laboral y el contencioso-administrativo con una calidad distinta de lo cautelar. Para el caso contencioso-administrativo urgente se precisan los siguientes requisitos concurrentes:

1. Interés tutelable cierto y manifiesto: extraído del modelo argentino de tutela autosatisfactiva⁵⁰ que conlleva a determinar, desde la óptica de la literatura científica, que el espacio de lo que se pide proteger debe identificar, de manera correlativa, la actuación administrativa dañosa⁵¹ entendiéndose, como ya ha sido sostenido de nuestra parte, que no debe quedar duda de la acreditación de la titularidad de lo que es materia del pedido judicial por parte de quien fue el administrado⁵² y hoy es una de las partes procesales.

2. Necesidad impostergable de la tutela requerida: que se explica por el tipo de actuaciones administrativas sometidas a juicio y las pretensiones contencioso-administrativo urgentes emanadas como respuestas idóneas que se enfocan, con todo detalle, en las actuaciones materiales de naturaleza ejecutiva que proceden sin título habilitante lo que las hace abiertamente groseras a los ojos del Derecho administrativo, en igual medida, ubicamos aquí a las actuaciones prestacionales que son deliberadamente omitidas por la autoridad y el derecho a la pensión limitado a su contenido esencial lo que lleva, respecto de esto último, que los contenido no esencial o accidental pueden soportar el trámite del proceso contencioso-administrativo ordinario; por supuesto, este panorama explica por sí mismo el que se deba acudir al modelo urgente.

3. La única vía eficaz para la tutela del derecho invocado: la titularidad de aquello que ha sido deshonestamente afectado por la administración sumado al impacto del tipo de actuación administrativa constituye, desde toda perspectiva, el sustento para los insumos elementales que justifican acudir al contencioso-administrativo urgente reiterando la línea de un amparo extremadamente residual y de un proceso urgente que brinda igual eficacia.

El legislador procesal imprime un claro sello de inmediatez e imperiosa tutela -similar al del amparo orientado a dotar de protección al particular frente a la administración:

“(…) para conceder la tutela urgente vinculada con este procedimiento, el juzgador o juzgadora, luego de analizar la demanda y sus recaudos, deberá convencerse de que existe un interés a tutelar cierto y manifiesto, con una necesidad impostergable de tutela, siendo este tipo o clase de proceso contencioso Administrativo la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado”⁵³

Los jueces, por años largamente programados mental y prácticamente bajo un modelo de cognición lato sobre la base modélica del proceso civil o privado, han tardado en entender que es posible que la

⁵⁰ MIDÓN (2010), pp. 463-464.

⁵¹ SUMARIA (2012), p. 135.

⁵² HUAMÁN (2013), p. 222.

⁵³ ESPINOSA-SALDAÑA (2012), p. 18.

protección judicial se haga en términos de premura desconociendo lo que el Código procesal constitucional ya regula al abrigo de los procesos igualmente satisfactorios a partir de lo cual se entiende “que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante”.⁵⁴ Por supuesto, el Alto Tribunal con la emisión de importantes precedentes a los que se adiciona una andanada uniforme de veredictos sobre materia previsional, ha allanado el camino a dicha comprensión. Es más, la Corte Suprema establece que “es posible tramitar en la vía urgente aquellos casos en las que ya existen precedentes vinculantes”⁵⁵ yendo más allá del sentido literal de la ley procesal lo que se abre paso como una importante apertura hacia un espacio de protección del ciudadano cuando se advierte que ya los Tribunales han resuelto en determinado sentido.

Finalmente corresponde dejar establecido que, en orden a lo antes expuesto, se ha confeccionado por obra legislativa sendos modelos de protección urgente tanto contra vías de hecho administrativas, temas previsionales en cuanto conciernan a su contenido esencial y actuaciones administrativas prestacionales que se ven reforzados por la posición bienhechora de la jurisprudencia al punto de su sana recreación con miras a permitir el control pleno de la actividad administrativa de Derecho administrativo.

VII. CONCLUSIONES

El ejercicio del control jurídico de la administración por parte de los Tribunales presupone un escenario anómalo de la actividad administrativa sujeta a potestades públicas llevando a que aquello que no se encuentre afectado por un proceder irregular, se asume innecesario de someter al juez contencioso-administrativo al abrigo de la ficción de legitimidad que se entiende preservada por el tráfico jurídico-administrativo.

Desde lo señalado, por largos años, el escenario peruano ha carecido de una regulación positiva uniforme de la materia administrativa dada su dispersión y carencia de armonía y aún más no se contaba con aquella contencioso-administrativa. Obviamente, entendiendo que esta última disciplina se enfoca en enjuiciar al Estado, no resultaba propicio abrirle el cauce de su regulación procesal. Ante dicha falencia (deliberada) del Parlamento, los ciudadanos han acudido al amparo en este esfuerzo que dicho medio de tutela les brindaba. A su vez, este proceso constitucional tenía como eje guía, primero al Tribunal de Garantías Constitucionales y posteriormente al Tribunal Constitucional, quienes fueron delineados como los guardianes de la Constitución frente a los poderes públicos en virtud del enfoque kelseniano asumiendo funciones de control abstracto y concreto de la constitucionalidad. En dicho espacio, para la ciudadanía, la formulación de tal esquema se convirtió en la mejor prueba de hacer frente a los atropellos de la autoridad administrativa. Por otra parte, la confección de los procesos judiciales no era la más indicada para someter plenamente a la administración. A mayor detalle, aunque con buena intención, se insertó en el Código procesal civil un proceso contencioso-adminis-

⁵⁴ EGUIGUREN (2006), p. 77.

⁵⁵ Casación Nº 15624-2015-Sullana (2017), considerando 6°.

trativo en este esfuerzo de regular, de manera positiva, un medio de tutela del particular posterior a las relaciones jurídico-administrativas. Si bien a los ojos actuales, se puede decir que no fue el mejor esfuerzo de técnica legislativa dado su enfoque hacia las actuaciones formales y la inactividad silencial negativa de la administración; lo cierto es que, histórica y sociológicamente, se puede sostener que fue una gran medida, ya que se abría paso para la posterior dación de la Ley N°27.584. A este escenario propicio debe sumar el lector que el Perú bebía la parte revisora de la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa española a falta de modelos de tutela judicial cercanos para ser valorados como referencia positiva puesto que la República Argentina, dada su calidad de nación federada, emitirá más tarde la Ley N° 12.008, Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, datada en 1997, esto es, algunos años después del contencioso-administrativo revisor peruano de 1993.

En la actualidad, el escenario procesal de tutela del particular cuando este emplaza judicialmente a la administración pública ha cambiado visiblemente. En dicha tarea han participado y vienen haciéndolo:

Los jueces, sobre la base de precedentes y principios jurisprudenciales, al virar del amparo alternativo al amparo residual en sus pronunciamientos.

El Tribunal Constitucional con la dación de precedentes y doctrina jurisprudencial abocada a ajustar, de manera firme, el acceso a los procesos constitucionales a situaciones extremas.

La Corte Suprema al poner énfasis en la plena jurisdicción de este medio procesal en aspectos ligados a la prueba, la oportunidad de su presentación, el acceso a dicha jurisdicción, la flexibilización de la vía previa más allá de las restricciones impuestas en la ley, el control jurídico de las actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo y el de las inactividades administrativas de Derecho administrativo, entre otros aspectos.

El legislador al remodelar el edificio contencioso-administrativo llegando a insertar el proceso urgente y eliminar la intervención fiscal de poco efecto práctico y excesivo ritualismo.

Los ciudadanos, estos últimos casi inconscientemente, al haber sometido al amparo a límites logísticos insospechados que han llevado a que, más allá de la teorización polarizada entre quienes defienden (aún) el amparo alternativo frente a quienes reconocen que el haz beneficioso de la tutela judicial urgente no es patrimonio de los jueces constitucionales, se genere posiciones jurisprudenciales y legales orientadas a hacer más dinámico el tránsito al proceso contencioso-administrativo.

A fin de cuentas, cada participante de esta dinámica contribuye a mejorar el espacio de control jurídico de los poderes públicos en un compromiso colectivo que beneficia a la comunidad atendiendo a que el control del poder público no debe leerse en la literalidad francesa de inmiscuirse en los asuntos del administrador sino hacer, antes bien, que cada órgano de poder estatal actúe dentro de los alcances de los principios constitucionales de cooperación y colaboración constitucional que son los que, entre otros, justifican la propia existencia del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ABAD YUPANQUI, Samuel (2015): “El proceso de amparo en el Perú: antecedentes, desarrollo normativo y regulación vigente”, en: THEMIS. *Revista de Derecho* (núm. 67).
- ATIAS, Christian (2023): *Contra arbitrariedad* (Santiago, Olenjik).
- BRUNO DOS SANTOS, Marcelo (2012): “¿Es procedente el dictado de medidas autosatisfactivas contra la administración pública? distintas miradas y la misma solución...”, en: Bruno dos Santos, Marcelo (director), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, 1ª edición (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo).
- BUZZANCA, Adriano (2006): *Tutela urgente alla salute e liste di attesa. Aspetti civili, penali e amministrativi* (Milán, Giuffrè Editore).
- CAMBERO QUEZADA, Guillermo (2018): “La teoría de las apariencias en el derecho administrativo”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México* (vol. 68 núm. 272-1).
- CASSAGNE, Juan Carlos (1999): “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”, en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 32).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2023): *El acto administrativo: teoría y régimen jurídico* (Santiago, Olenjik).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2012): *Informe del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral* (Lima, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú). Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed0e480048de99a1a958f996d60b58b5/I+pleno+informe.pdf?MO-D=AJPERES&CACHEID=ed0e480048de99a1a958f996d60b58b5>
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (2006): “La opción por un amparo «estricto» y «residual» en el Perú”, en: *Estudios Constitucionales* (vol. 4 núm. 2).
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2004): “El actual proceso contencioso-administrativo peruano, y las peligrosas repercusiones de no asumir plenamente un contencioso de plena jurisdicción”, en: *Derecho & Sociedad* (núm. 23).
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2012): “Proceso contencioso administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas”, en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 11).
- EVANGELISTA, María Clara (2017): “A 800 años de la Carta Magna inglesa de 1215”, en: *Revista Pensamiento penal* (misceláneo). Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/miscelaneas41620.pdf>
- FAIST, Betina (2008): “La organización política asiria”, en: Justel Vicente, Josué Javier, Vita, Juan Pablo y Zamora López, José Ángel (coordinadores), *Las culturas del próximo oriente antiguo y su expansión mediterránea: textos de los cursos de postgraduados del CSIC en el Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo 2003-2006* (Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (1969): “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública* (núm. 58).
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2012): “El proceso de amparo. Alcances, dilemas y perspectivas”, en: *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho* (vol. 2 núm. 1).
- García-Andrade Gómez, Jorge (2022): *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho* (Madrid, Marcial Pons).

- HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luís Alberto (2013): *Contencioso administrativo urgente* (Lima, Grijley).
- JIMÉNEZ VIVAS, Javier (2020): “El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras”, en: *Revista Oficial del Poder Judicial* (vol. 11 núm. 13).
- LANDA ARROYO, César (2005): “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (núm. 1).
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2020): “Acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en: *Revista Oficial del Poder Judicial* (vol. 5 núm. 5).
- LUNA FARFÁN, Faustino (2024): “El silencio con valor jurídico”, en: *YachaQ: Revista de Derecho* (núm. 1).
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre y GENOVOIS, Bruno (2017): *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, 21ª edición (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- MICHELET, Jules (1898): *Historia de la Revolución francesa* (Valencia, Biblioteca Popular), t. II.
- MIDÓN, Marcelo (2010): “Los procesos urgentes en el derecho positivo argentino. Estudio comparativo sobre la base de los regímenes vigentes y proyectados”, en: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas* (vol. 4 núm. 7).
- MCNEILL, William (1989): *La búsqueda del poder: tecnología, fuerzas armadas y sociedad desde el 1000* (México, Siglo XXI).
- OSPINA GARZÓN, Andrés (2020): “De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia”, en: *Revista de Derecho Público: teoría y método* (núm. 1).
- PERRINO, Pablo (2016): “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios de tutela urgente frente al Estado. La denominada tutela anticipatoria y autosatisfactiva”, en: *Control público y acceso a la justicia. Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Buenos Aires, Astrea), t. I.
- PEYRANO, Jorge (1995): “Lo urgente y lo cautelar”, en: *Ius et veritas* (núm. 10).
- REAL FERRER, Gabriel (2003): “La solidaridad en el Derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública* (núm. 161).
- SCHULTE, Martín (1993): “Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud”, en: *Documentación Administrativa* (núm. 235-236).
- STOBER, Rolf y GONZÁLES-VARAS, Santiago (1995): “Las actuaciones materiales o técnicas”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (núm. 267).
- SUBRA DE BIEUSSES, Pierre (1994): “La potestad discrecional”, en: *Documentación Administrativa* (núm. 239).
- SUMARIA BENAVENTE, Omar (2012): “El proceso «urgente» contencioso-administrativo (Análisis, presupuestos y proyecciones)”, en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 11).
- TORNOS MAS, Joaquín (1990): “La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, en: *Revista de Administración Pública* (núm. 122).
- VELASCO RICO, Clara (2022): “La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada”, en: *Revista de Derecho Público: teoría y método* (núm. 5).
- VON MÜNCH, Ingo (1982): “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 5).

Jurisprudencia citada

STC N° 0168-2005-PC/TC (2005): Tribunal Constitucional del Perú, de 29 de septiembre de 2005.

- STC N° 0206-2005-PA/TC (2005): Tribunal Constitucional del Perú, de 28 de noviembre de 2005.
- STC N° 1417-2005-AA/TC (2005): Tribunal Constitucional del Perú, de 08 de julio de 2005.
- STC N° 4260-2005-PC/TC (2005): Tribunal Constitucional del Perú, de 25 de julio de 2005.
- Casación N° 1684-2005-Loreto (2006): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 30 de noviembre de 2006.
- RTC N° 00923-2012-PA/TC (2012): Tribunal Constitucional del Perú, de 29 de mayo de 2012.
- Casación Laboral N° 4556-2011-Lima (2012): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, de 06 de julio de 2012.
- Casación Laboral N° 4553-2011-Lima (2012): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 05 de septiembre de 2012.
- STC N° 03191-2011-PA/TC (2011): Tribunal Constitucional del Perú, de 20 de septiembre de 2011.
- STC N° 3649-2012-PA/TC (2012): Tribunal Constitucional del Perú, de 14 de diciembre de 2012.
- STC N° 00987-2014-PA/TC (2014): Tribunal Constitucional del Perú, de 06 de agosto de 2014.
- STC N° 02383-2013-PA/TC (2015): Tribunal Constitucional del Perú, de 12 de mayo de 2015.
- Casación N° 15624-2015-Sullana (2017): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 28 de marzo de 2017.
- STC N° 0005-2016-PCC/TC (2019): Tribunal Constitucional del Perú, de 25 de julio de 2019.
- STC N° 00002-2018-PCC/TC (2020): Tribunal Constitucional del Perú, de 16 de julio de 2020.
- Casación Laboral N° 19279-2017-Huancavelica (2020): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 13 de agosto de 2020.
- Casación N° 8380-2021-Lima (2023): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 23 de marzo de 2023.
- Casación N° 28121-2021-Lima (2023): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 28 de marzo de 2023.
- Casación N° 546-2022-Lima (2023): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 13 de abril de 2023.
- Casación N° 11947-2022-Lima (2023): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 18 de mayo de 2023.
- Casación N° 13708-2022-Lima (2023): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 25 de mayo de 2023.
- Alaguibe, Ana María c/ AFIP s/ contencioso (2023): Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 17 de agosto de 2023, Fallo FPA 21009971/2009/CA1-CS1.
- Casación N° 3394-2020-Lima (2023): Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de 06 de septiembre de 2023.

Normas citadas

- Ley N°30.914, Ley que regula el proceso contencioso administrativo – Ley N°27584, 14 de febrero de 2019.
- Decreto Legislativo N°1067, Que modifica la Ley N°17584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, 28 de junio de 2008.

Inmisiones y relaciones de vecindad: desde la aproximación casuística a la regulación del Código Civil italiano *

Immissions and neighborhood relations: from the casuistic approach to the regulation of the Italian Civil Code

Fabiana Tuccillo

Universidad de Napoli Federico II, Napoles, Italia.

Correo electrónico: fabiana.tuccillo@unina.it. <https://orcid.org/0000-0002-6461-0903>

Recibido el 20/11/2024

Aceptado el 27/11/2024

Publicado el 12/12/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.02>

RESUMEN: Con el fin de llenar el vacío legislativo, especialmente tras el aumento del número de casos de inmisiones que causaban daños a los vecinos, el legislador italiano introdujo en 1942 un nuevo artículo en el Código Civil italiano, el artículo 844, basado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales y en las opiniones y sugerencias de eminentes juristas y estudiosos italianos. El legislador intentó establecer criterios para regular los casos de inmisiones tolerables e intolerables, tratando de equilibrar el interés de la propiedad privada plena y exclusiva y los intereses de la economía y la industria.

PALABRAS CLAVE: Inmisiones, D. 8.5.8.5, Ulp. 17 ad ed., estudio de casos, Código Civil italiano.

ABSTRACT: In order to fill the legislative gap, especially following the increase in the number of cases of immissions causing damage to neighbours, the Italian legislator in 1942 introduced a new article in the Civil Code, the article 844, based on the various case law pronouncements and the views and suggestions of eminent Italian jurists and scholars. The legislator tried to establish criteria to regulate the cases of tolerable and intolerable immissions, trying to balance the interest of full and exclusive private property and the interests of economy and industry.

KEY WORDS: Immissions, D. 8.5.8.5, Ulp. 17 ad ed., Case studies, Italian Civil Code.

* El artículo es una versión revisada y ampliada de mi ponencia del 07 de junio de 2023 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. INMISIONES Y RELACIONES DE VECINDAD EN LA ITALIA POSTUNITARIA

Partiendo de la bien conocida laguna del Código Civil italiano (en adelante, también, como Código Civil) de 1865 en orden a las relaciones de vecindad e inmisiones, se comprende a quien pone el acento en las oscilaciones de los respectivos pronunciamientos jurisprudenciales: pronunciamientos inspirados constantemente en las soluciones de los juristas romanos, como efecto del empleo de un procedimiento de abstracción por inducción de los principios que se abrían paso en la época clásica, especialmente de aquellos contenidos en Ulpiano (17 *ad. ed. D.* 8.5.8.5, 6 y 7).

En consecuencia, el Código Civil italiano de 1865, tal como el francés y todos los códigos que se modelaron a partir de él, redactado en un momento en que aún estaba por nacer la gran industria, no comprendía una norma que regulara la materia.¹ Pero en el primer trienio de mil novecientos, se fue formando una jurisprudencia copiosa en torno al problema de las inmisiones, a causa del incremento de las industrias, del empleo de las máquinas y de la multiplicación del fenómeno de las inmisiones nocivas –piensen en los casos de difusión de olores y vapores insanos, de propagación de ruidos que hacían inhabitables las casas vecinas, de vibraciones que ponían en peligro la seguridad de los edificios, de emanaciones de vapor de agua o de gases nocivos que empeoraban las condiciones de habitabilidad–.²

La base legislativa en que se inspiraban los pronunciamientos de los tribunales, tienden a resguardar la lógica misma del derecho de propiedad, era el artículo 574 Código Civil,³ que solo contenía una alusión a los vapores nocivos, regulado según el instrumento de las distancias:⁴ de aquí que fuera admitida la idea de que en la actividad de las pequeñas industrias estaban permitidas las turbaciones que no excediesen el ámbito de aquellas incomodidades que obligan a soportar las relaciones de buena vecindad o la necesidad de la convivencia social. En efecto, la disminución de valor o la privación de una comodidad no eran consideradas efectos tales de determinar una ilicitud en el ejercicio de la actividad industrial.

Las certezas dogmáticas se vieron sacudidas por la dificultad de encuadrar en las categorías consolidadas del Código Civil, las nuevas relaciones sociales maduradas en un impetuoso desarrollo

¹ SCIALOJA (1933), p. 425, considera, lamentable, que el Código Civil italiano no contenga expresamente una norma que regule el tema de las inmisiones.

² Para una visión general de las inmisiones intolerables desde sus orígenes hasta el Código Civil de 1942, véase MAZZOLA (2015), pp. 15 y ss.

³ *“Quien quiere fabricar contra un muro común o divisorio, aunque propio, caminos, hornos, fraguas, establos, almacenes de sal o de materias que puedan dañarlo, o establecer en la proximidad de la propiedad ajena máquinas movidas por vapor u otros artefactos, por el cual haya peligro de incendio o de estallido o de vapores nocivos, debe seguir las obras y mantener las distancias que según los casos estén establecidas en los reglamentos, y, a falta de estos, por la autoridad judicial, a fin de evitar todo daño al vecino”*. El artículo 574 del Código Civil encuentra su origen inmediato y mediato en los códigos preexistentes, correspondiendo de hecho al artículo 598 del Código Civil para los Estados de S.M. el Rey de Cerdeña de 1838; al artículo 525 del Código Civil para los Estados de Parma, de 1820; al artículo 595 del Código para el Reino de las Dos Sicilias, de 1819; y al artículo 674 del Código Napoleónico, de 1804.

⁴ Como señala BONFANTE (1911), p. 519, el problema de las relaciones de proximidad es un problema que *“no puede resolverse ni por la pura exégesis de los artículos del código (aunque en las leyes romanas para la formación particular del Corpus iuris ayuda mucho) ni por las leyes de la analogía”*.

económico. El tema de las inmisiones, en especial, relevaba un problema de equilibrios de dominios y de ponderación del derecho de propiedad con la libertad de las industrias. O sea, el intérprete estaba llamado a determinar cuándo el uso del fundo propio implicaba también el uso del fundo ajeno, y dentro de cuáles límites el propietario colindante podía tolerar la “inmisión” derivada de la actividad de otro, industrial o no, porque ningún perjuicio o incomodidad tiene carácter absoluto pudiéndose siempre imaginar un concurso de circunstancias objetivas o subjetivas, por el que aquello que ordinariamente es inocuo se torne nocivo y aquello que ordinariamente es nocivo se torne inocuo.⁵

II. D. 8.5.8.5: UN EJEMPLO DE “INMISIÓN” EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

El punto de partida en la elaboración de los pronunciamientos judiciales de las Cortes de Apelaciones y la de Casación, son las decisiones de los juristas romanos. El derecho jurisprudencial romano revive en su dimensión fuertemente dinámica, no como un sistema unitario para aplicarse al derecho actual, sino como un sistema desde el cual extraer elementos metodológicos e ideológicos, fuente de inspiración de la *ratio decidendi*, en materia de inmisiones nocivas.⁶

En las relaciones de vecindad los juristas romanos intentaban conciliar los intereses individuales con las exigencias sociales conexas a la economía, sobre todo agrícola: de un lado estimulaban la tolerancia para utilizar al máximo las posibilidades relativas al ejercicio de la propiedad y admitían las inmisiones ordinarias que se seguían al ejercicio normal del propio derecho; del otro, consideraban relevante el comportamiento socialmente dañoso, y por tanto un *facere* productivo de inmisiones en la propiedad ajena (como el humo mayor de lo normal⁷ que emana de una actividad industrial primordial), lesivo del principio de *alterum non laedere*.

Ulpiano cita a Aristón: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*, “una entre las más célebres y discutidas leyes de las *Pandectas*”,⁸ resuelve el caso de Cerelio Vital que en la ciudad de Minturno tomó en arrendamiento un local para instalar una quesería cuya actividad provoca vapores malolientes:

⁵ Por ejemplo, la fragancia de las flores del jardín vecino, que es agradable para mí, puede causar dolor de cabeza a otros; el sonido del piano, que no molesta al cocinero que trabaja en la cocina, causa gran molestia al científico que medita o a la señora enferma de los nervios; y de nuevo, el ejercicio de una industria, que no causa daño a la salud del vecino de salud media, causa daño a una persona débil y enferma.

⁶ Según VACCA (2017), pp. 271 y ss., en el derecho actual, los tribunales deben proceder a extraer el principio jurídico, la *ratio decidendi*, de la relación entre la decisión y los hechos considerados “*habilitantes*” para la decisión y sólo “*una vez realizada esta operación será posible aplicar el principio de derecho al nuevo caso*”.

⁷ Sólo la producción excesiva de humo provoca una inmisión, no solo aquella “*mäßige*”. Cfr. VON JHERING (1863), p. 122, ahora en FISCHER (1882), p. 59.

⁸ En este sentido, LABRUNA (1971), p. 224, con una nota de lectura de CAPOGROSSI (2017), p. 236. Se ha desarrollado una vasta bibliografía especializada sobre el análisis de este texto desde diversas perspectivas; aquí sólo me referiré a la historiografía más reciente sobre puntos concretos. Cfr. LÁZARO (2005), pp. 233 y ss.; STARACE (2007), pp. 5403 y ss.; TRAN (2009), pp. 327 y ss.; AMUNÁTEGUI (2009), pp. 37 y ss.; MÖLLER (2010), pp. 272 y ss.; LONGCHAMPS DE BÉRIER (2013), pp. 193 y ss.; CURSI (2014), pp. 609 y ss., que lee el texto de Ulpiano en relación con Javoleno (*lav. 9 ex post. Lab.*, D. 47.10.44), que parece modificar los términos del problema de las inmisiones hasta ahora basado en un elemento cuantitativo, como la *gravitas* o no de la inmisión, introduciendo un elemento cualitativo, a saber, el *animus iniuriandi*; SOLIDORO (2018), pp. 45 y ss., especialmente en lo que se refiere a los criterios de protección, también a la vista del impacto de la disciplina romana en los marcos modernos; y FIORENTINI (2021), pp. 73 y ss.

D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 ad ed.):⁹ “Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere”.¹⁰

El caso es de una relevancia que no se puede descuidar si se tiene en cuenta que, según la costumbre romana, los quesos eran secados con un procedimiento de ahumado del cual inevitablemente derivaban humos malolientes que se propagaban a los edificios superiores. El empresario dirige una consulta para saber si los propietarios de las habitaciones superiores podrían constreñirlo a interrumpir su actividad. Aristón, sin dudar, aclara que no es posible inmitir el humo en el edificio de arriba a menos que exista una específica servidumbre a su cargo. Además, según el jurista, desde el edificio superior no es lícito inmitir agua o cualquier otra cosa en el edificio inferior, en cuanto en el fundo propio se puede hacer cualquier cosa siempre que nada sea inmitido en la propiedad ajena (*in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*).

La respuesta de Aristón, en línea con la técnica de interpretación jurisprudencial romana, no aporta una respuesta cierta para aquel caso, sino declina “el derecho en términos de una racionalidad al mismo tiempo sustancial, en cuanto inspirada en los contextos de vida, y formal, en cuanto se desarrolla a través de esquemas lógicos”:¹¹ la valoración de la inmisión en términos de ilicitud y la entidad del daño resarcible son reconducidos a un *facere in suo* que se propaga de manera relevante respecto del uso normal *in alienum*.

El vecino debía tolerar las inmisiones que derivaban de las necesidades de la vida cotidiana, ergo el *fumum non gravem* emitido desde una chimenea doméstica para la calefacción o por las necesidades de la cocina era considerado lícito porque correspondía al uso normal del propio inmueble;¹² mientras que el humo producido por artefactos especiales anejos a un uso extraordinario, como el ahumado de quesos o la inmisión de vapores de los baños termales a través de cañerías¹³ proyecta-

⁹ El texto ha sido objeto de un gran debate en la historiografía, especialmente en lo que se refiere a su autenticidad: sobre la alteración y la no autenticidad, véase LEVY y RABEL (1929), p. 110. Supplementum, I, p. 142; SEGRÈ (1912), p. 526 n. 2; LENEL (1918), pp. 169 y ss.; GROSSO (1937), pp. 285 y ss., ahora en, GROSSO (2001), pp. 207 y ss.; WOLFF (1952), pp. 135 y ss.; GIUFFRÈ (1992), p. 185 n. 72. A pesar de las sospechas de interpolación, se inclinan por la autenticidad sustancial del pensamiento de Aristón: DE MARTINO (1941), pp. 55 y ss.; DE MARTINO (1941), pp. 72 y ss.; DE MARTINO (1941), p. 523; LABRUNA (s. f.), p. 226; CAPOGROSSI (1976), pp. 511 y ss. n. 15; PALMA (1988), pp. 186 y ss.; MANTELLO (1990), pp. 72 y ss.; RAINER (1987), pp. 103 y ss.; RAINER (1992), pp. 358 y ss.; CURSI (1999), pp. 298 y ss., en parte, p. 300; STARACE (2007), pp. 5412 y ss.; y LONGCHAMPS DE BÉRIER (2013), p. 197.

¹⁰ Respondió Aristón a Cerelio Vital que no pensaba que se podía inmitir humo desde la taberna de quesos en los edificios superiores, a menos que se tenga tal servidumbre. Y lo mismo dijo: que desde el superior hacia los inferiores no se podía inmitir agua ni alguna otra cosa: pues, en lo suyo al otro es lícito hacer todo, en la medida que nada se inmita en lo ajeno, pero el humo tal como el agua son una inmisión: por tanto, el superior puede accionar contra el inferior, porque aquel no tiene derecho para hacer aquello así.

¹¹ Así, BEDUSCHI (2010), p. 3.

¹² D. 8.5.8.6 (Ulp. 17 ad ed.): “Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare”.

¹³ D. 8.5.8.7 (Ulp. 17 ad ed.): “Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iulii instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi”.

das en la propiedad ajena, era considerado una intromisión intolerable y *gravis*.

III. LOS CRITERIOS DE LA “NORMALIDAD” Y DE LA “NECESIDAD” DE LAS INMISIONES EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA JURISPRUDENCIA

“El choque con la realidad de nuevas órdenes sociales y económicas, sobre todo por lo que se refiere al sistema de producción tan radicalmente diferente del mundo antiguo, planteó claramente un problema, que ha atormentado durante mucho tiempo a la jurisprudencia y a la ciencia”.¹⁴ La jurisprudencia italiana arrancaba desde la evidente carencia de una regulación codificada en materia de inmisiones, y desde la consideración de que frecuentemente las repercusiones, aunque molestas y nocivas para el vecino, podían resultar socialmente útiles. De aquí el intento de encontrar un criterio objetivo para establecer si, y hasta qué punto, el propietario debía tolerar las inmisiones, ponderando el principio de licitud de la *immissio* con las exigencias de la propiedad privada, en particular aquellas de la pequeña propiedad y de la agricultura.

En este lugar me limitaré a traer a la atención solo algunas decisiones útiles para trazar un cuadro de las orientaciones emergidas en la práctica, como punto de partida para la formulación de una norma específica en el Código Civil de 1942.

El Tribunal de Perugia en 1909 – llamado a pronunciarse sobre la petición de resarcimiento de los daños a la salud provocados por conspicuas inmisiones de humo y polvillo causados por el ejercicio de la industria y de la depreciación del valor locativo del inmueble situado en las proximidades de una fábrica de carburos y derivados –, se vuelca al criterio objetivo, recabado de la respuesta de Aristón, de la normalidad del uso. “*Se deben o permitir o prohibir aquellos actos de propiedad que dañan de algún modo el fundo vecino, según que tengan o no la característica de la normalidad*”.¹⁵

El principio regulador de la vida social, ahora como entonces, en materia de inmisiones de humo o de otros vapores nocivos en el fundo vecino, imponía que todo propietario en su fundo pudiera hacer aquello que era normal en el uso de aquel fundo, y no aquello que era justo o útil, o expresión de un abuso del derecho de propiedad. Según el Tribunal de Perugia, la parte resistente estaba obligada a tolerar en su fundo cuanto fuera consecuencia de un ejercicio normal del derecho de propiedad y no todo aquello que fuera efecto de un uso anormal “*teniendo a la vista los criterios propuestos en la L. 8,*

¹⁴ DE MARTINO (1941), p. 59.

¹⁵ Trib. di Perugia 31 diciembre 1909, p. 1434. V. Cass. Firenze 22 novembre 1915, p. 20: vuelve a pronunciarse sobre las relaciones de vecindad y sobre los límites del uso del fundo propio en una controversia originada por la construcción – de parte de la Sociedad Altos Hornos (con sede en Piombino)– de instalaciones industriales cuya refrigeración era realizada mediante el recurso al agua marina: agua que era extraída con el empleo de grandes bombas, y después regresada al mar gracias a la operación de artefactos especiales. Esto, en cuanto al ‘círculo hídrico’ establecido con tal dinámica, había ocasionado infiltraciones de agua salada en los pozos colindantes de agua dulce de la Sociedad La Magona, causándole ingentes daños en el ejercicio de su actividad e induciéndola, por tanto, a convenir ante el tribunal de Florencia a la Sociedad de Altos Hornos, con el objeto de obtener un adecuado resarcimiento y la remoción de las causas de la contaminación. La Corte de Casación dispuso que la Sociedad La Magona habría debido tolerar las inmisiones, incluso siendo nocivas, siempre que fueran reconducibles a un uso normal, a aquella que Jhering (VON JHERING (1863), p. 115, ahora en *Gesammelte Aufsätze*, p. 53) definía como una ‘gewöhnliche Benutzung’ [utilización normal], pero no las inmisiones que excedieran la medida ordinaria.

§§ 5, 6, 7, VIII, 5, del Digesto, que conforma el mejor comentario del art. 574 CC., tanto desde el punto de vista histórico, como desde el punto de vista teórico y práctico”.¹⁶

Desde la idea compartida de que el propietario debía tolerar las inmisiones que fueran una exteriorización de un uso normal de la propiedad, se pasó, en los pronunciamientos de los tribunales, a elaborar el principio según el cual el uso normal debía ser valorado en función de la tolerabilidad normal del hombre medio. Sobre este punto, aparece como relevante una decisión de la Corte de Casación del Reino, propensa a cualificar la inmisión como fuente de perjuicio a cosas y personas, “no solamente en relación con las materias corporales, sino respecto de todo hecho físico (anormal y no impuesto por razones de una humana convivencia) el cual, iniciado e inserto dentro de la esfera de propiedad del agente, después se propaga y sigue operando de manera dañosa en el fundo del vecino, de modo que no produce in alienum simples fastidios, sino molestias, inconvenientes y turbaciones intolerables”.¹⁷

En el caso, el vecino, obligado a asistir al no edificante espectáculo de meretrices que se encontraban en el jardín, a soportar el comportamiento a percibir el espectáculo torpe del concurso continuo de gente que frecuenta un prostíbulo, había sufrido una *immissio* anormal e intolerable desde la propiedad colindante, por la especial cualidad de las personas y por la particular naturaleza de los lugares.¹⁸ La actividad era ejercitada en una zona residencial, habitada por gente de condición social buena, honesta, de delicada sensibilidad moral, y dado que era imposible impedirla, porque las limitaciones emanadas de los reglamentos edilicios y de servidumbres impuestas por el municipio de Milán, prohibían aislar con muros u otros medios las distintas propiedades contiguas –. Según la Corte desde tal *immissio* anormal habría derivado no ya un daño potencial sino cierto, concreto y actual, a las personas obligadas a sufrir dentro de la esfera del propio dominio las molestias insoportables y las ofensas que se propagaban desde el fundo del vecino, y un daño a la vivienda, de la cual se había reducido el valor y la posibilidad de uso proficuo, por la continuidad y por la intolerabilidad de tal *immissio* contrastante con todo motivo plausible de necesidad social.¹⁹

El principio de la tolerabilidad normal también resultaba insatisfactorio, conducía a aplicaciones aberrantes en cuanto en algunos casos se terminaba por prohibir “el aprovechamiento más natural de la propia cosa”,²⁰ en otros casos “imponer la tolerancia de las repercusiones que para el individuo eran intolerables aunque [no fueran] para el hombre medio”.²¹ En el intento de adaptar los principios a los casos, siempre mutables y deformes, que la práctica traía a la atención del jurista, una elaboración meditada y progresiva parece emerger en las decisiones jurisprudenciales, inclinadas a

¹⁶ Trib. di Perugia, 31 dicembre 1909, p. 1437.

¹⁷ Tribunal de Casación del Reino, Sez. II civ., 25 luglio 1934, p. 1750.

¹⁸ En este sentido ya el Tribunal de Apelación de Venecia, 12 de marzo de 1912, pp. 1046 y ss., que había considerado uso anormal del domicilio propio, ejercer o permitir que se ejerciera en él la prostitución pública o clandestina.

¹⁹ Tribunal de Casación del Reino, Sez. II civ., 25 julio 1934, p. 1751.

²⁰ Así DE MARTINO (1959), p. 168.

²¹ En este sentido DE MARTINO (1959), p. 168.

revisar el criterio lógico para establecer la obligación de tolerar o rechazar la inmisión, de acuerdo a la necesidad. Aquella necesidad que tal vez constituía el verdadero principio con base en el cual el *fumus ex foco* debía ser tolerado y el *fumus ex taberna casiarum* no, revisable cuando la actividad se revelaba esencial para las exigencias generales de la vida social, y por lo tanto tal de imponer la tolerancia incluso de una inmisión anormal, vale decir, excesiva y nociva, es decir, cuando el ejercicio de la industria “en aquellas condiciones y en aquel lugar correspond[ía] a los intereses vitales de un centro exclusivo o esencialmente industrial”.²²

La Corte de Casación del Reino,²³ al temperar el siempre creciente conflicto entre la aspiración del propietario al goce pleno y absoluto de la cosa, y el interés, de orden colectivo y social, de la producción y de la industria, afirmaba el criterio de la necesidad como producto de la vida social para la determinación del límite de la tolerancia en las relaciones entre vecinos. Por consiguiente, era excluida la acción por daños a causa del fastidio que resentían los vecinos por una cantidad de humo, que no es grave ni dañosa, que se emitía por un establecimiento industrial en la columna de aire que se alzaba sobre la propiedad de los mismos que debían sufrirla *iure vicinitatis*. “El simple fastidio no confiere título para promover una acción por daños, porque en las relaciones de vecindad el mismo debe ser tolerado cuando el titular haga un uso normal de su derecho. Aquello que es un producto normal de la convivencia social, aparece como un fenómeno natural, por lo que se debe concluir que no es querido aquello que es inevitable. La necesidad constituye el límite a cualquier derecho subjetivo, según [cuanto] se deduce del fr. 8 § 6 Dig. si serv. vind.”²⁴

La Corte de Apelaciones de Venecia,²⁵ en 1935, confirmó que el “principio justificante del deber de tolerancia es aquel de la necesidad que, con mayor precisión científica que el otro de la normalidad, responde a un criterio jurídico”.²⁶ La tolerancia, sin embargo, no puede ser delimitada en confines fijos y absolutos, sino que sufre la ley de la relatividad; es en virtud de los múltiples reflejos de las exigencias sociales, cuyo desarrollo mutable y progresivamente precipitante, da lugar a expresiones variadísimas correspondientes a nuevas exigencias que asumen carácter de imperiosa e inderogable necesidad. Cuando las consecuencias superan el fastidio, la turbación, la incomodidad personal y peregrinan a un verdadero y propio daño a la propiedad, al punto de desvalorizarla, “como por la esterilidad del terreno causada por emanaciones tóxicas o por la inhabitabilidad de una casa, se abrirá la admisibilidad a la demanda de resarcimiento, siempre subsistiendo aquel deber de tolerar que deriva de la necesidad que justifica la manifestación, incluso si es lesiva del derecho ajeno”.²⁷

²² BONFANTE (1911), p. 1431, Nota a la sentencia del Tribunal de Perugia.

²³ Tribunal de Casación del Reino, Sez. II civ., 13 febrero 1932, pp. 321 y ss.

²⁴ Tribunal de Casación del Reino, Sez. II civ., 13 febrero 1932, p. 323.

²⁵ Tribunal de Apelación de Venecia 17 mayo 1935, pp. 1221 y ss.

²⁶ Tribunal de Apelación de Venecia 17 mayo 1935, p. 1224.

²⁷ Tribunal de Apelación de Venecia 17 mayo 1935, p. 1225.

IV. LABILIDAD DE LOS CRITERIOS Y EXIGENCIAS NORMATIVAS: EL ARTÍCULO 844 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942²⁸

No obstante, los pronunciamientos de los tribunales y de la Corte de Casación, inspirándose en los principios generales del derecho y en razones de solidaridad social, que se esforzaban por equilibrar los intereses opuestos – el privado, del propietario vecino, y el del que produce la inmisión – buscando conciliar la tradición jurídica con las cambiantes exigencias sociales y económicas, las soluciones aparecían como insatisfactorias. Carecía de toda base positiva y dogmática la denominación de uso normal – “*demasiado vaga, debiéndose entender por uso normal un uso permitido por la ley (norma)*”,²⁹ con la consecuencia de que, tal como la inmisión estaba prohibida por la ley como regla general, entonces todo caso de inmisión configuraba un uso anormal y, por tanto, obligación de indemnizar –. De Martino se preguntaba en estos términos: “*¿El ejercicio de una industria es un uso normal o un uso anormal de la propiedad? La pregunta puede tener tantas respuestas como cuantas sean los puntos de vista desde los cuales se quiera considerar el problema*”.³⁰ De aquí que las incertezas interpretativas en orden al concepto de uso normal del derecho de propiedad referible al ejercicio de una industria y en orden al atemperamiento de los criterios de solidaridad y coexistencia social con el principio de la tolerabilidad. De Martino ponía de relieve cómo precisamente en virtud de la solidaridad social, la gran industria no podía suprimir la pequeña propiedad privada, subrayando que la orientación de la política había de ser aquella de “*controllare e disciplinare le grandi forze economiche, perché esse [fossero] al servizio dei supremi interessi della Nazione*”,³¹ sin destruir los intereses particulares que constituían la gran red de energías económicas del pueblo. La nueva legislación habría debido resolver este problema “*secular*” conciliando, con una amplia visión histórica, los grandes intereses económico-sociales de la industria con los intereses privados opuestos.

Los principios romanistas, anclados en un concepto de propiedad como señorío exclusivo, para el cual era ilícita cualquier inmisión significativa, representaban un gran obstáculo para el desarrollo de la industria y se ponían en neta antítesis con la función solidaria de la propiedad. Del otro lado, el principio de la licitud de todo tipo de inmisión habría comportado una supresión de la propiedad privada en beneficio de la gran industria.

En 1937, la Comisión Real para la Reforma de los Códigos presentó un Proyecto con la redacción del libro dedicado a las cosas y a los derechos reales, afrontando de manera específica el problema de las inmisiones. El proyecto rezaba en el artículo 31 textualmente: “*el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo, los vapores, los ruidos, las vibraciones y similares provenientes del fundo del vecino, cuando tales inmisiones sean el efecto del uso normal que haga el vecino de la cosa propia y no impida al propietario del fundo el goce normal de este. En la valoración de la tolerabilidad normal del uso, el juez debe tener en cuenta incluso las exigencias y las necesidades de la industria atemperándolas*

²⁸ Sobre la cuestión de las inmisiones en el Derecho alemán, véase el reciente estudio de CHIUSI (2022), pp. 217 y ss.

²⁹ Cass. Florencia 22 noviembre 1915, p. 23.

³⁰ DE MARTINO (1941), p. 75.

³¹ DE MARTINO (1941), p. 55.

con los respetos debidos a la propiedad. Puede también tener en cuenta la prioridad de un determinado uso respecto a las propiedades vecinas”.

Con su referencia a las condiciones de los lugares, a los requisitos irrenunciables del uso normal y del perjuicio del goce del fundo, el artículo 31 reflejaba con toda evidencia las indicaciones jurisprudenciales, así como también la tradición romanista en sus tendencias generales, pero proponía de nuevo el problema de la determinación exacta del llamado uso normal. La ambigüedad terminológica reflejaba, una vez más, no obstante, el tono confiado, las contradicciones de la jurisprudencia y de la doctrina, constreñidas en los rígidos esquemas de una dogmática consolidada. Bonfante ya había evidenciado el obstáculo práctico, además de conceptual, en la limitación del ejercicio del derecho propio a una medida normal, medida que en algunas circunstancias podía impedir el goce más natural del fundo propio, en otras imponer al propietario la tolerancia de inmisiones dañosas para él, pero no para el hombre medio.³²

La Comisión de las Asambleas Legislativas,³³ sobre la base de las propuestas del Consejo de Estado,³⁴ de las observaciones de Barbero,³⁵ Cariota Ferrara,³⁶ Giaquinto,³⁷ Salis³⁸ reformuló el texto del artículo 31 en la parte relativa al uso normal, elemento equívoco que, en efecto, aparecía como la puerta a graves incertezas interpretativas, subordinando el alcance efectivo de esta disposición a la aplicación que la práctica jurisprudencial habría hecho de ella.

³² BONFANTE (1911), p. 526.

³³ COMMISSIONE DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE (1940), pp. 125 y ss.

³⁴ El criterio de la “normalidad del uso” de la propiedad propia por parte del infractor, y el de la normalidad del uso y disfrute de la propiedad propia por parte del vecino acosado, a juicio del Consejo de Estado, deberían haber sido una guía segura para el juez. En PIGA ET AL (1938), p. 349.

³⁵ BARBERO (1938), pp. 80 y ss. Según Barbero, no era claro si la “normalidad del uso” también comprendía el goce normal del fundo gravado. Con una simple argumento *a contrariis* el jurista relevaba el defecto de estructura del artículo 31: “*si las inmisiones no pueden ser impedidas cuando son efecto del uso normal etc., y no impidan al propietario del fundo el goce normal de este, se entiende que podrían ser impedidas solo si falta una de estas dos circunstancias; es decir, no solo si sean efecto de un uso anormal, sino, incluso manteniéndose como efecto de un uso normal, impidan al otro propietario el goce normal. Entonces, habría un uso normal de la cosa, que debería estar prohibido porque impide el goce normal de la otra cosa*”. Por tanto, él consideraba oportuno prever y regular la relación entre el uso normal de una propiedad y la limitación que este podía causar al goce normal de otra, en cuanto a un conflicto entre los usos normales, en rigor, no podía nacer jurídicamente, dado que esto no es concedido, debía “*ser resuelto con la tolerancia recíproca de los inconvenientes del uso*”.

³⁶ En *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, p. 350. Cariota Ferrara dudaba de la oportunidad de conservar en la norma el principio por el cual las inmisiones no debían impedir al propietario del fundo ‘el goce normal’, observando que el solo criterio seguro para juzgar la legitimidad o no de la *immissio in alienum* fuera aquel del uso normal. “*Si el propietario del fundo para usar normalmente la cosa propia debe dar lugar a inmisiones en el fundo ajeno, estas inmisiones son justificadas por el solo hecho de que él usa normalmente la cosa suya. Exigir también que las inmisiones no impidan al propietario del fundo vecino el goce normal, significa excluir o limitar el principio afirmado, es decir, que el uso normal de la cosa propia basta para justificar las inmisiones en el fundo ajeno*”.

³⁷ En COMMISSIONE DELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE (1940), p. 126. CICU (1938), p. 2, señaló que, según el art. 31 del proyecto, el problema de las inmisiones inmatrimoniales debía resolverse mediante el concepto de limitación a la propiedad cuando la imisión fuera consecuencia del uso normal del fundo en relación con su finalidad normal, y, en cambio, mediante el concepto de servidumbre legal cuando se superara el límite y existiera una razón de necesidad o utilidad social.

³⁸ En *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, p. 352. Salis sugería, en cambio, una formulación de la norma que dejara al magistrado la posibilidad de decidir caso por caso, relevando las graves dificultades el intérprete en la hipótesis en que “*del uso normal que el vecino haga de la cosa propia, derive impedimento al ‘goce normal’ del fundo de parte del propietario de este*”.

En el artículo 31 modificado en el primer inciso,³⁹ es por tanto eliminada la referencia al criterio “*del uso normal*” del fundo y previsto solo “*el goce normal*”. O sea, para que la inmisión fuera admitida era suficiente que no le fuera impedido el goce normal al propietario del fundo. Este criterio permitía resolver los casos particulares concretos según el sentido de la equidad del juez al cual se le otorgaba el poder de decidir si las inmisiones impedían o no al propietario del fundo el goce normal.

Los múltiples impulsos dados por eminentes romanistas como Scialoja, Bonfante, De Martino –especialmente sensibles a los problemas conexos con el derecho de propiedad e inclinados a leer en las fuentes clásicas el principio fundamental de la exclusividad y absolutez del *dominium*, limitado solo en casos excepcionales desde inmisiones leves y tolerables –, de personalidades salientes, miembros de la Comisión de las Asambleas Legislativas, estudiosos, juristas y sobre todo profesores (todos formados en una estación de gran “*conciencia histórica*”) y el trabajo de la jurisprudencia que, en ausencia de una referencia legislativa en materia de inmisiones, no era capaz de formular una orientación unánime con pronunciamientos que oscilaban entre las obligaciones de vecindad, el criterio del uso normal, la tolerabilidad normal, la necesidad de la inmisión, conforman la base de la formulación del texto definitivo, confluído en el vigente artículo 844 Código Civil, de 1942: “*El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo, de calor, de vapores, de ruidos, de vibraciones y propagaciones similares provenientes del fundo del vecino, si no superan la tolerabilidad normal, teniendo en cuenta la condición del lugar. Al aplicar esta norma, la autoridad judicial debe atemperar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un uso determinado*”.

El legislador de 1942 evidentemente se ha esforzado en salvar la lógica de la institución del derecho de propiedad, admitiendo las inmisiones en los límites de la “*tolerabilidad normal*”, eliminando la referencia al “*goce normal*” previsto en el artículo 31, y retomando así la teoría de Ihering según la cual el propietario debía sufrir las molestias normalmente tolerables, es decir, tolerables por un hombre normal.⁴⁰ Para De Martino “*Il criterio non deve essere desunto da considerazioni astratte o teoriche, ma da categorie economico-sociali; la tollerabilità deve essere quella normale in un determinato momento storico ed in un luogo determinato e deve essere sentita come tale dalla coscienza sociale*”.⁴¹ El segundo inciso del artículo 844 del Código Civil regula el equilibrio entre las exigencias de la producción y las razones de la propiedad, y prevé la posibilidad de subordinar las razones del dominio a aquellas productivas. Evidentemente se ha entendido garantizar la estabilidad y previsibilidad objetiva del valor del bien, renunciando a un control penetrante sobre la actividad del que produce la inmisión, con el fin de evitar, de un lado, que una interpretación demasiado rígida pudiera constituir un freno al desarrollo de la industria, del otro, para salvaguardar el concepto de propiedad plena y exclusiva, conforme a una concepción ampliamente permeada por exigencias sociales. Así se ha realizado aquella exigencia advertida por De Martino, de tutelar la solidez del sistema contra “*l’irrompere di*

³⁹ Artículo 31 reformulado: “*el propietario de un inmueble debe tolerar las inmisiones de humo o calor, humos, ruidos, sacudidas y otras molestias similares procedentes del inmueble vecino, cuando no le impidan el normal disfrute de su propiedad*”.

⁴⁰ Para una teorización de la “*tolerabilidad normal*”, vease VON JHERING (1863), pp. 112 y ss., ahora en SCHLAICH (1997), pp. 49 y ss.; WERENBER (1922), pp. 56 y ss. n. 38-39; BONFANTE (1926), p. 25, que indica la “*medida ordinaria de uso y la medida media de tolerabilidad en comparación con la sensibilidad del tipo de hombre normal conformado por Jhering*”.

⁴¹ DE MARTINO (1959), p. 169.

forze disgregatrici le quali partono dallo smarrirsi del sano equilibrio che un lungo sviluppo del senso giuridico aveva determinato nella disciplina di opposti interessi”⁴²

V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 844 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS

En cuanto a la primera parte del artículo 844 del Código Civil, hay que aclarar que las inmisiones a las que se hace referencia son sólo las indirectas. Si hablamos de inmisiones directas, como el lanzamiento de objetos al fundo vecino, agua procedente directamente de otro fundo, la cuestión se plantea de otra manera, ya que estos hechos adquieren una connotación claramente ilícita.⁴³ El artículo 844 del Código Civil indica la naturaleza de las inmisiones: humo, calor, exhalaciones, etc. La lista es ciertamente ilustrativa, ya que incluye no sólo la introducción de elementos dotados de materialidad en un bien ajeno, sino también la propagación en forma de vibraciones. La mayoría de los intérpretes consideran como requisito de la inmisión prohibida la materialidad del objeto.⁴⁴

La segunda parte del artículo 844 del Código Civil determina el límite dentro del cual tales inmisiones pueden considerarse admisibles. El criterio principal es el de la tolerabilidad normal.

En efecto, es evidente, como hemos visto, que tal expresión evoca en sí misma un parámetro absolutamente elástico, cuyas connotaciones son tan enormemente variables que no permiten describir *a priori* una conducta ciertamente lícita.

El carácter tolerable o no de un vertido debe valorarse caso por caso desde el punto de vista de los bienes sometidos al mismo, teniendo en cuenta también “*las condiciones del lugar*” (artículo 844.1 del Código Civil): es decir, su destino natural y urbano, las actividades que normalmente se desarrollan en la zona, el modo de vida y los hábitos de quienes trabajan en ella.⁴⁵ Por otro lado, no son relevantes ni las condiciones subjetivas de la persona que utiliza el fundo (por ejemplo, una persona especialmente irritable que sufre agotamiento nervioso) ni la actividad que ésta realiza (por ejemplo, un vigilante nocturno que descansa durante las horas de luz).

Por lo tanto, la expresión “*las condiciones del lugar*” debe entenderse en el sentido tanto de la morfología del lugar como del destino urbano y social (incluso si este elemento se solapa con el criterio ulterior de equilibrar las razones de propiedad con las necesidades de producción). En la hipótesis de inmisiones acústicas (en relación con las cuales, por ejemplo, ha intervenido el artículo 6 ter del Decreto Ley 208/2008), se ha decidido que la intolerabilidad debe plantearse en relación con la ma-

⁴² DE MARTINO (1941), p. 79.

⁴³ Cass. Civ. Sez. III, 16 junio 1992, n. 7411.

⁴⁴ Sin embargo, hay quienes [BIANCA (1999), p. 232] plantean la hipótesis según la cual incluso las denominadas inmisiones ideales, es decir, las imágenes tan sórdidas o desagradables o repugnantes que implican la inhabitabilidad de una propiedad o un piso, constituirían inmisiones prohibidas.

⁴⁵ Cass. Civ. Sez. II, 5 agosto 2011, n. 17051.

gnitud del incremento del ruido de fondo habitualmente presente.⁴⁶ La estructura geomorfológica del terreno puede tener el efecto de potenciar la perturbación.

En relación con la finalidad social, es evidente que la evaluación cambia dependiendo de si una determinada actividad productora de inmisiones se produce en un distrito industrial o en un distrito residencial. En el primero, el nivel de inmisiones de humos y gases será naturalmente más elevado y deberá considerarse tolerable precisamente en relación con la naturaleza del asentamiento.

a. Si las inmisiones se mantienen por debajo del umbral de tolerabilidad normal (por ejemplo, emisiones sonoras procedentes del piso de un vecino que no superan el llamado ruido de fondo de la zona), el afectado debe soportarlas: no tiene derecho a que cesen ni a una compensación económica por las molestias que haya podido sufrir;⁴⁷

b. Si las inmisiones superan el umbral de tolerabilidad normal, pero están justificadas por “*necesidades de la producción*” (por ejemplo, inmisiones sonoras de una planta industrial vecina que superan considerablemente el ruido de fondo de la zona, pero el interés colectivo, en términos de producción y empleo, impone el mantenimiento de la actividad), la persona sometida a las inmisiones no tiene derecho a que cesen, pero puede obtener una indemnización en dinero por los perjuicios sufridos (por ejemplo disminución del valor comercial del terreno, reducción de su rentabilidad, gastos realizados para remediar los efectos negativos de la usurpación, etc.) (artículo 844.2 del Código Civil);

c. Si las inmisiones superan el umbral de tolerabilidad normal sin que, no obstante, estén justificadas por “*necesidades de la producción*” (por ejemplo, inmisiones sonoras procedentes del piso de un vecino que superan considerablemente el ruido de fondo de la zona durante las horas en que toca la guitarra), la persona afectada tiene derecho a que cese la continuación de tales inmisiones en el futuro (o, al menos, a que se adopten las medidas indispensables para situarlas dentro de los límites de tolerabilidad normal)⁴⁸ y – para el pasado – a que se le indemnice íntegramente por los daños sufridos.

Es cierto que el punto de vista de la norma es el de la protección de la propiedad y no el de la protección de la salud. Quizá en este sentido no estaría de más referirse a las inmisiones tolerables sólo porque estén justificadas por necesidades de la producción. Sin embargo, fuera de este ámbito, es decir, de las necesidades de producción, no existe ningún criterio de ponderación que deba respetarse: por tanto, toda inmisión debe valorarse del mismo modo que el artículo 2043 del Código Civil, que prevé la indemnización de los actos ilícitos causados por cualquier acto doloso o negligente que cause un daño injusto a terceros.⁴⁹

⁴⁶ Cass. Civ. Sez. II, 3 agosto 2001, n. 10735.

⁴⁷ Cass. Civ., Sez. III, 9 mayo 2012, n. 7048.

⁴⁸ Cass. Civ. Sez. VI, 17 enero 2011, n. 887.

⁴⁹ Cass. Civ. Sez. II, 21 febrero 1995, n. 1156. En este sentido, cabe señalar que también ha surgido una tendencia encaminada a dar una mayor consideración a las necesidades de la salud ambiental, que, en un intento de lograr un equilibrio más adecuado con las de la producción, ha planteado la posibilidad de no prohibir la actividad causante de las inmisiones, sino imponer todos aquellos remedios técnicos que permitan reducir el impacto (Cass. Civ., Sez. II, 8 marzo 2010, n. 5564).

El último criterio establecido en el artículo 844 del Código Civil es la consideración de la prioridad de un determinado uso. De hecho, el juez puede tener en cuenta el uso preexistente de una determinada zona con fines industriales. Esto responde a la lógica: al fin y al cabo, cualquier persona que se instala en un lugar determinado donde ya existen instalaciones industriales que causan inmisiones conoce la situación del lugar y, en cierto sentido, la acepta. Se trata, sin embargo, de un criterio objetivo, es decir, no relacionado con las personas de los propietarios del terreno y que la ley establece como opcional.⁵⁰

Según la apreciación de la jurisprudencia, mientras que los criterios relativos a las condiciones del lugar y a la finalidad social se consideran obligatorios en la apreciación del juez, el criterio de la prioridad de un determinado uso es discrecional. Todos, en cualquier caso, se complementan. Si cerca de estas industrias se han desarrollado núcleos de población, resulta fácil invocar el criterio del destino social y la condición de los locales, es decir, la justificación con base en las necesidades de producción, que postulan la referida ubicación. Por último, sería igual de fácil invocar la reutilización en la hipótesis de que estas fábricas estén establecidas desde hace mucho tiempo.

Por consiguiente, la introducción de un nuevo artículo en el Código Civil italiano era necesaria para colmar la laguna legislativa, sobre todo a raíz del desarrollo industrial y del aumento de los casos de inmisiones que causaban perjuicios a los vecinos. A partir de las orientaciones oscilantes de la jurisprudencia y de las intervenciones y sugerencias de eminentes juristas y estudiosos italianos, el legislador de 1942 intentó establecer criterios para regular los casos de inmisiones tolerables e intolerables, tratando de equilibrar el interés por la propiedad privada plena y exclusiva y los intereses de la economía y la industria.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2009): “La teoría de las inmisiones. Algunas perspectivas para la protección de lugares de uso público”, en: *Ius publicum* (núm. 22).
- BEDUSCHI, Carlo (2012): “Il ius controversum fra razionalità e giustizia”, en: Marotta, Valerio y Stolfi, Emanuele (editores), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno [Firenze, 21-23 ottobre 2010]* (Roma, L’Erma di Bretschneider).
- BIANCA, Massimo (1999): *Diritto civile* (Milano, Giuffrè), vol. VI.
- BONFANTE, Pietro (1911): “Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza” en: *Rivista di diritto civile* (núm. 3).
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi (1976): *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell’età repubblicana* (Milano, Giuffrè), t. II.
- CHIUSI, Tiziana (2022): “Azione negatoria, immissioni e responsabilità nei recenti orientamenti della giurisprudenza tedesca”, en: Garofalo, Luigi (a cura di), *Ius civile europaeum. Pena privata e risar-*

⁵⁰ Cass. Civ. Sez. II, 20 dicembre 1985, n. 6534.

- cimento del danno. *Lezioni e Ricerche* (Pisa, Pacini editore).
- CURSI, Maria Floriana (1999): *Modus servitutis. Il ruolo dell' "autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali* (Napoli, Jovene).
- CURSI, Maria Floriana (2014): "Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno", en: Reinoso, Fernando (coordinador), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (Madrid, Aranzadi).
- DE MARTINO, Francesco (1941): "Immissiones in alienum e il criterio della necessità", en: *Giur. comp. di dir. civ.* (núm. 6).
- DE MARTINO, Francesco (1941): "Uso normale e località industriale", en: *Giur. comp. di dir. civ.* (núm. 6).
- DE MARTINO, Francesco (1959): "Art. 844", en: Scialoja, Antonio y Branca, Giuseppe (coordinadores), *Commentario del codice civile III. Della Proprietà. Art. 810-956* (Roma-Bologna, Zanichelli).
- DE MARTINO, Francesco (1995): "D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù", en: *Diritto, Economia e società nel mondo romano* (Jovene, Napoli), t. I.
- FIORENTINI, Mario (2021): "I Romani e i paesaggi un rapporto conflittuale", en: *Iura* (núm. 69).
- GIUFFRÈ, Vincenzo (1992): *L'emersione dei "iura in re aliena" ed il dogma del "numero chiuso"* (Napoli, Jovene).
- GROSSO, Giuseppe (1937): "L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità", en: *SDHI* (vol. III).
- GROSSO, Giuseppe (2001): *Scritti storico giuridici. Diritto privato cose e diritti reali* (Torino, Giappichelli), vol. II.
- LABRUNA, Luigi (1971): *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia* (Napoli, Jovene).
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen (2005): "Von Ulpian bis Accursius: Responsa über D.8.5.8.5", en: *RIDA* (vol. 57).
- LENEL, Otto (1918): *Textkritische Miscellen*, en: *ZSS* (vol. 39).
- LEVY, Ernst y RABEL, Ernst (1929): *Index Interpolationum* (Weimar, Böhlau), t. I.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER, Franciszek (2013): *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato* (Torino, Giappichelli).
- MANTELLI, Antonio (1990): *I dubbi di Aristone* (Ancona, Nuove ricerche).
- MAZZOLA, Marcello Adriano (2015): *Immissioni intollerabili* (Frosinone, Key editore).
- MÖLLER, Cosima (2010): *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB* (Göttingen, Wallstein Verlag).
- PALMA, Antonio (1988): *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica* (Torino, Giappichelli).
- RAINER, Johannes Michael (1987): *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* (Graz, Leykam Buchverlag).
- RAINER, Johannes Michael (1992): "Die Immissionen. Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB", en: *Vestigia Iuris Romanis. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag* (Graz, Leykam Buchverlag).
- SCIALOJA, Vittorio (1993): *Teoria della proprietà nel diritto romano* (Roma, Anonima Romana Editoriale).
- SEGRÈ, Gino (1912): "La denominazione di "actio confessoria" in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù", en: *Mélanges P. Girard* (Paris, Rousseau), t. II.
- SOLIDORO, Laura (2018): "Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.5-7. Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della taberna casiarica", en: *Il diritto romano caso per caso*, en: Solidoro, Laura, Scognamiglio, Margherita, Pasqui-

- no, Paola (editores), *Il Diritto Romano caso per caso* (Torino, Giappichelli).
- STARACE, Pia (2007): “Aristone e i fumi della «taberna casiaria»”, en: Cascione, Cosimo y Masi, Carla (a cura di), *Fides, humanitas, ius. Studi in onore di L. Labruna* (Napoli, Editoriale Scientifica).
- TRAN, Nicolas (2009): “Tabernae publicae: boutiques et ateliers dans le patrimoine des cités de l’Occident romain”, en: *CahGlutz* (núm. 20).
- VACCA, Letizia (2017): “L’interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica”, en: *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea* (Torino, Giappichelli).
- VON JHERING, Rudolf (1882): *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena, Fischer Verlag), t. II.
- WOLFF, Hans Julius (1952): “Zur frühnachklassischen Kommentierung der Klassikerschriften”, en: *Iura* (vol. 3).

Jurisprudencia citada

- Tribunale di Perugia (1909): 31 dicembre 1909, *Foro it.*, 35 (1910), t. I.
- Tribunal de Apelación de Venecia (1912): 12 marzo 1912, *Foro it.*, 37 (1912), t. I.
- Cass. Firenze (1915): 22 noviembre 1915, *Foro it.*, 41 (1916), t. I.
- Tribunal de Casación del Reino, Sez. II civ. (1932): 13 febrero 1932, *Foro it.*, 57 (1932), t. I.
- Tribunal de Casación del Reino, Sez. II civ. (1934): 25 julio 1934, *Foro it.*, 59 (1934), t. I.
- Tribunal de Apelación de Venecia (1935): 17 mayo 1935, *Foro it.*, 60 (1935), t. I.
- Cass. Civ. Sez. II (1985): 20 diciembre 1985, n. 6534.
- Cass. Civ. Sez. II (2001): 3 agosto 2001, n. 10735.
- Cass. Civ. Sez. II (2011): 5 agosto 2011, n. 17051.
- Cass. Civ. Sez. VI (2011): 17 enero 2011, n. 887.
- Cass. Civ., Sez. III (2012): 9 mayo 2012, n. 7048.

Artículo 75 del Código Civil de Chile: Sus fundamentos históricos

Article 75 of the Civil Code of Chile: Its historical Foundations

Patricio Carvajal Ramírez

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.
Correo electrónico: carvajal@uc.cl. <https://orcid.org/0009-0004-7867-8337>

Recibido el 20/11/2024

Aceptado el 13/12/2024

Publicado el 19/12/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.03>

RESUMEN: El Código Civil establece, en su artículo 75, “La ley protege la vida del que está por nacer”: una disposición que, en su concisión, no resulta completamente clara en su sentido y alcance. Aparte del hecho de su ascenso a declaración constitucional, todavía en el campo del derecho civil es necesario revisar la historia de la norma para dejar en evidencia aquello que estuvo en la mente de codificador al momento de redactar y promulgar el precepto.

PALABRAS CLAVE: No nacido, nacimiento, persona, persona física, aborto, protección del niño.

ABSTRACT: Civil Code rules, in article 75, “Law protects life of the unborn one”: a provision that, due to its conciseness, is not enough clear about its sense and scope. Apart the fact that this clause has been ascended to the level of constitutional declaration, properly in the field of civil law controversies it is still necessary to research the history of the norm for revealing what was in the mind of the codifier when the precept was written and enacted.

KEY WORDS: Unborn one, birth, person, phisic person, abortion, child’s protection.

El Código Civil chileno, como todos sus contemporáneos, siguió el principio según el cual se entendía que la persona natural o física (la persona humana), comenzaba al momento de nacer, no al de ser concebida. Y así quedó asentado en el Libro Primero. “De las Personas”, Título 2°. “Del Principio y Fin de la Existencia de las Personas”, artículo 74:

“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

Sin embargo, esta solución de política legislativa, que se remonta hasta la experiencia jurídica romana, en nada variaba la especialísima consideración hacia el concebido-no nacido (*nasciturus*), en las más diversas materias.

En efecto, la regla del inicio de la personalidad sólo desde el nacimiento tenía por finalidad principal la de dar certeza jurídica; especialmente, en las sucesiones por causa de muerte que involucraran (hijos) póstumos. Es decir, si intervenían asignatarios *mortis causa* concebidos al momento de la muerte del causante, pero nacidos después de ésta; los cuales se computaban entre los asignatarios previamente existentes sólo si efectivamente nacían, pero se omitían y no se les calculaba parte alguna en caso contrario.

Esta norma sobre el nacimiento, empero, no mermaba en nada la máxima protección y amparo para el *nasciturus* durante toda su gestación: desde la propia concepción hasta el nacimiento. De allí que ya la misma jurisprudencia romana acuñara la regla, también acogida por todos los códigos civiles modernos, según la cual *conceptus pro nato habetur*; es decir, que al concebido se le tiene por nacido y, por tanto, como persona natural ya existente, en todo aquello que le sea ventajoso.

Esta regla del *conceptus pro nato habetur* se extendía desde luego a las materias puramente hereditarias y civiles, en general, que en principio correspondían a la regla sobre el nacimiento que venía a contrapesar (como se señala, fundamentalmente, en el artículo 77 del Código Civil);¹ pero llegaba incluso al ámbito penal, en el cual se defería todo castigo a la madre embarazada que pudiera resultar gravemente lesivo para el feto y, en términos amplios, se protegía la vida y salud de éste con notable esmero. Tal es la regla que quedó recibida por el Código de Bello inmediatamente a continuación de la regla del inicio de la persona con el nacimiento, en el artículo 75:

“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

Por otra parte, es sabido que el Libro Primero, “De las Personas”, en el que se contienen todas estas disposiciones apenas fue presentado por don Andrés Bello en el Proyecto de 1853. Antes de esa épo-

¹ “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

ca, nuestro codificador sólo había entregado las partes que terminaron por dar cuerpo tanto al Libro Tercero, “De la Sucesión Por Causa de Muerte, y de las Donaciones entre Vivos”, como al Libro Cuarto, “De las Obligaciones en General y de los Contratos”.²

Pero, no obstante ello, la regla *conceptus pro nato habetur* estaba tan fuera de toda duda que ya se contemplaba con total claridad incluso en aquellos primeros esbozos de nuestra principal Ley común y general. De manera que es posible encontrarla palmariamente en los respectivos artículos 8 inciso tercero, tanto del Proyecto de Código Civil de 1841-1845,³ como el de 1846-1847,⁴ en que simplemente se repite la norma anterior:

Proyecto 1841-1845	Proyecto 1846-1847
DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Título I. Reglas Generales sobre la Sucesión por Causa de Muerte	LIBRO DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Título I. Reglas Generales
Artículo 8	Artículo 8
<p><i>Es incapaz de suceder en una herencia o legado la persona que no existe natural i civilmente en el momento de deferirse dicha herencia o legado. Pero si se sucede por derecho de trasmision, con arreglo al artículo 5 de este título, bastará existir en el momento de deferirse la sucesion de la persona que trasmite.</i></p> <p><i>Se entiende existir aun el que solo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo ménos. ^(h)</i></p> <p><i>I no se reputará haber existido en el momento de deferirse una herencia o legado el que naciere mas de trescientos dias despues de dicho momento. ⁽ⁱ⁾</i></p>	<p>Es incapaz de suceder en una herencia o legado la persona que no existe natural i civilmente en el momento de deferirse dicha herencia o legado.</p> <p>Pero, si se sucede por derecho de trasmision con arreglo al artículo 5 de este título, bastará existir en el momento de deferirse la sucesion de la persona que trasmite.</p> <p><i>Se entiende existir aun el que solo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo ménos.</i></p> <p>I no se reputará haber existido en el momento de deferirse una herencia o legado el que naciere mas de trescientos dias despues de dicho momento.</p>

² El llamado *primer proyecto de código civil*, que se encontró entre los papeles de don Mariano Egaña Fabres (m. 1846), tiene sólo un índice de un libro de las personas que no corresponde a un verdadero proyecto, sino sólo a la traducción del índice del respectivo libro en el Código Francés, encomendada por la Comisión a Ramón Luis Irarrázaval. El propio Irarrázaval había quedado encargado de redactar la materia que nos ocupa, bajo el título de su índice: “*del goce i privación de los derechos civiles*”, por acuerdo de la comisión del 12 de febrero de 1841, que distribuyó los cuatro primeros títulos entre los cuatro comisionados; pero ni él cumplió con su parte del encargo ni los restantes comisionados con los títulos que les correspondían. Irarrázaval renunció a la comisión el 20 de octubre de 1841 (siendo reemplazado por don Manuel José Cerda). Cfr. GUZMÁN (1978), pp. 14-17, 105 y 106.

³ AMUNÁTEGUI (1887), pp. 9 y 10.

⁴ AMUNÁTEGUI (1887), p. 317.

(h) Nuestras leyes exigen además que nazca todo vivo i con figura humana, i que haya sido bautizado. Lo primero pudiera dar lugar a cuestiones de historia natural i de fisiología, que, aun con el auxilio de estas ciencias, no sería fácil resolver; lo segundo está sujeto a inconvenientes aun mas graves. Pudiera, por ejemplo, morir el niño inopinadamente, i una omisión inculpable irrogaría perjuicio aun a personas que no hubiesen tenido parte en ella. Este requisito propendería además a extender i perpetuar la práctica anticanónica del bautismo administrado por legos, que es demasiado comun en Chile.

(i) Véase Llámás, comentario a la lei 13 de Toro, n. 9 i siguientes.

En lugar de diez meses, se ha puesto trescientos días, porque diez meses es un número de días variable.

No es imposible el nacimiento en el oncenno mes, según algunos autores. Pero los hechos en que se apoyan son sumamente falibles, i ocurriendo rarísima vez, hai siempre contra cada uno de ellos una inmensa probabilidad, que difícilmente podría contrapesarse por las presunciones favorables, cualesquiera que fuesen.

Como se dijo, aunque la cuestión aquí esté obviamente restringida a la materia sucesoria, es fácil observar que estas disposiciones demuestran un cabal conocimiento de la materia y la adopción clara de una posición determinada respecto de la regla *conceptus pro nato habetur* –considerando que el codificador incluso fundamenta sus disposiciones en eficaces notas al pie–.⁵

Es indudable que ya aquí se encuentran los núcleos de la materia que tratamos. Pues, en efecto, en sendos artículos 8, incisos 2 y 3, Bello ya aborda las cuestiones relativas al “concepto de nacimiento y a la presunción de concepción” que serán tratadas después, en su sede propia, dentro del Proyecto de 1853 y del propio Código Civil. Y avala tal aserto la propia circunstancia de que el concepto de nacimiento haya sido posteriormente modificado, por la vía de eliminarse las 24 horas de sobrevivencia a la separación del niño respecto de la madre aquí prevista; y, asimismo, de que la presunción sobre el momento de la concepción termine estableciéndose en términos mucho más completos que los presentes. Porque esto puede considerarse un signo de continuidad en la génesis y acomodo normal de estas disposiciones en el curso de la formación de nuestro Código Civil.⁶

⁵ Parece que estas reglas generales del artículo 8 del Proyecto de 1841-1845, ya estaban mucho antes redactadas, en el Proyecto atribuido a Egaña (pero que se ha demostrado que pertenecía a Bello), en el Libro Primero, artículo 9° inciso final. Pero lamentablemente este manuscrito se encuentra perdido. Cfr. GUZMÁN (1978), pp. 19 y 106, n. 192.

⁶ GUZMÁN (1978), p. 106.

Lo que hemos dicho hasta aquí, sobre que en estos proyectos de 1841-1845, y 1845-1847 existe una continuidad con la materia tratada, acaso pueda abonarse aún más recordando en primer lugar, brevemente, la génesis del artículo 77 del Código Civil.

Para ello, aquí es útil acudir a uno de los manuscritos de don Andrés Bello (que se encuentran digitalizados por el Fondo Bello de la Biblioteca de la Universidad de Chile, y disponibles para el público por internet), donde se observa las mudanzas operadas al Proyecto de 1853 en cuanto a esta última disposición, antes de que este fuera formalmente entregado por Bello para su crítica. Y luego contrastar esto con el propio Proyecto de Código Civil de 1853,⁷ el llamado Proyecto Inédito,⁸ el llamado Proyecto Oficial y, por último, la Edición Auténtica del Código Civil,⁹ que preparó don Andrés Bello.

Manuscrito Proyecto 1853	Proyecto de 1853	Proyecto Inédito	Proyecto de 1855	Código Auténtico
Libro Primero. De las Personas Título 2. Del Principio i Fin de la Existencia de las Personas § 1. Del principio de la existencia de las personas				
Artículo 4	Artículo 79	Artículo 79	Artículo 77	Artículo 77
Los derechos que corresponderían <se diferirían> a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que + [el nacimiento — se efectúe (a)]. I si el nacimiento no se efectuar en los requisitos legales <del modo dicho en el artículo 1.º> se procederá como	Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si	Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si	Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si	Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si

⁷ AMUNÁTEGUI (1888), p. 25.

⁸ AMUNÁTEGUI (1889), pp. 19 y 20.

⁹ BELLO (1856), p. 20. La edición oficial o auténtica del Código Civil es la edición correcta y esmerada que se encomendó por ley, y cuyo encargo recayó en el propio Bello, una vez aprobado a libro cerrado el Proyecto de 1855 en virtud de la ley de 14 de diciembre de 1855, y que vio la luz en mayo de 1856. Véase AMUNÁTEGUI (1885), pp. 12 y 13.

<p>si la criatura no hubiese existido jamas. I si [nace del modo dicho] <se cumplen dichos requisitos>, se entenderá que ha existido desde el <primer> momento [de—la concepción] <en que,+> <; pero la edad se contara <siempre> desde la media noche subsiguiente al nacimiento>.</p>	<p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 76, inciso 2, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamas existido.</p>	<p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 76, inciso 2. °, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamas existido.</p>	<p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74 inciso 2. ° pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.</p>	<p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inc. 2. °, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.</p>
<p>+ [principie—la existencia—legal.] el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, [se la—mirará—como existente (¿?)] <el recién nacido> entrará en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. Si el caso de [inciso 2.º] artículo 1. inciso 2.º pasarán estos + [según—la regla del artículo 3.] [La exigencia de ser posible la concepción; pudo ser—concebida; i—que—esta(¿?) no—salga—[haber causa(¿?)—de los limites prefijados en—el—artículo precedente;]</p>				

<p>+ derechos a [ta que de—haber] otras personas, como si la criatura no hubiese jamas existido. (a)</p>				
<p>(a) L. 26 <u>de statu hom.</u> – L. 3 <u>si pars hered.</u> – L. 7 <u>de rebus dub.</u> – L. 36 <u>de solut.</u></p>	<p>Artículo 79. L. 26 <u>de statu hom.</u>–L. 3 <u>Si pars hered.</u>–L. 7 <u>de rebus dub.</u>–L. 36 <u>de solution.</u></p>			

Como se puede observar, Bello sólo tuvo dudas estilísticas en la redacción del precepto relativo a la regla del nacimiento. Y en este marco destaca ya, como en los primeros proyectos sobre sucesión por causa de muerte, que la concepción era en realidad el momento que se tenía en consideración en todo aquello que fuera ventajoso para el feto. Para Bello, en realidad, no había dudas sustanciales en una materia que él fundaba, como se aprecia en las notas al pie, invariablemente en una misma jurisprudencia romana.

Por otro lado, para comprender cabalmente cómo se articula aquí este sistema de fuentes y el espíritu de nuestra Norma Común, es necesario dar ahora un salto en el tiempo, para recordar los Principios del Derecho Romano según el Orden de las Instituciones de Justiniano. Se trata de un libro escrito contemporáneamente a la elaboración del Código Civil y después de su promulgación, en el cual don Andrés Bello se dio a la tarea (que lamentablemente quedó inconclusa), de elaborar un nuevo texto de Derecho Romano para las aulas chilenas. Esta obra representa acaso la más preciada muestra del pensamiento jurídico maduro del codificador en el ámbito del Derecho Privado y, ciertamente, podría tenérsela en buena medida como una interpretación “auténtica” de las doctrinas que Bello plasmó en nuestro Código Civil. Respecto de nuestra materia, señala en su Libro Primero, Título III, apartado 4:¹⁰ “[...] La capacidad natural principia con el nacimiento completo, pero antes del nacimiento transcurre un tiempo en que el niño vive ya, aunque su vida está ligada a la de la madre. Hay textos que dicen formalmente que durante la gestación el niño no tiene existencia propia, y debe considerarse como una parte de la madre (l. 9 § 1 ad leg. Falcid, l. I § 1 de insp. ventre); otros textos lo asemejan al niño nacido (l. 26 de statu hom., l. 231 de V. S.); de donde el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato*. Este segundo concepto es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados. Al no nacido se supone existente en derecho *cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus sit*, (dicta l. 231). Carece de toda capacidad, puesto que no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas; no se le da tutor; no se llama pupilo. Pero en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito; se le protege por leyes de policía (como la ley regia, que ordena la extracción del feto después de la muerte de una mujer preñada, y como las leyes que más tarde ordenaron diferir hasta después del parto el suplicio

¹⁰ AMUNÁTEGUI (1981), pp. 317 y 318.

de la preñada o la aplicación del tormento); y relativamente a los derechos futuros del niño se prescriben las reglas siguientes:

1ª El estado de un niño procreado en legítimo matrimonio se determina por la época de la concepción; por lo que, si la madre durante la gestación, pierde la libertad o la ciudadanía, el niño, sin embargo, nace ciudadano romano y bajo la potestad del padre; (l. 18, 26, de statu hominum); y el hijo legítimo de un senador goza de todos los privilegios de tal, aunque durante la gestación muera el padre o pierda su dignidad; (l. 7 § 1, de senatoribus). Al contrario, el estado del hijo procreado fuera de legítimo matrimonio se determina por la época del nacimiento; (Cajus, I, 89-91); bien que en favor de la libertad se estableció desde muy temprano, que el niño naciese libre, si lo había sido la madre al tiempo de la concepción, o del parto, o en cualquier momento intermedio; (pr. I de ingenuis).

2ª Si durante la preñez se abre un derecho a que el niño sería llamado si hubiese nacido y viviese, se le reserva hasta su nacimiento; (l. 26 de statu hom.; l. 3 si pars her., l. 7 pr. de rebus dub.; l. 36 de solutione). El pretor instituyó a este efecto una bonorum possessio ventris nomine, que permite tomar en los bienes de la sucesión, sin cargo de restitución, las cosas necesarias a la manutención de la madre, como indispensable a la del hijo; y manda se nombre curador al vientre y a los bienes (tit. de ventre in possess. mitt., l. 20 de tutor. et cur.) y como se ignora si nacerá uno o más hijos, se supone provisoriamente que nacerán tres; pero verificado el parto, se distribuyen los bienes según el número de herederos vivos: (l. 3, 4, si pars; l. 7 pr. de rebus dub.; l. 36 de solutione)".

De aquí se puede extraer mucha información importante del pensamiento de nuestro codificador sobre la regla *conceptus pro nato habetur –o, lo mismo, nasciturus habetur pro nato–*. No es aquí necesario entrar a la cuestión romanística de la interpretación de sus fuentes. Ya el propio Bello señala la antinomia (hoy tildada más de aparente que de real entre los especialistas, en cualquier caso), entre unos textos romanos que no darían existencia autónoma al niño antes del nacimiento y otros que sí “lo asemejan al niño nacido”; indicando de inmediato que es de estos últimos de donde se extrae “el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato*”. Por tanto, no hay duda de lo que él estima vigente para el derecho contenido en su código civil: el concebido es un niño que tiene una existencia independiente de la madre, y es por ello que se le tiene por nacido para ciertos efectos civiles. Ahora bien, encuadrado el asunto en el puro ámbito del Derecho Privado al que Bello lo reconduce, resulta que el comienzo de la existencia de la persona se produce con el nacimiento; dándose lugar a una regla general que no debate la biología ni la antropología –como se desprende del contexto que hemos citado–, sino la cuestión puramente técnica de su capacidad jurídica: el *nasciturus* “Carece de toda capacidad, puesto que no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas; no se le da tutor; no se llama pupilo”. Y es aquí, en este margen, que Bello ha declarado que este segundo concepto (sc. al niño en gestación lo asemejan al niño nacido) es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados. La “ficción” es un término que se usa sólo por coherencia interna, técnica, respecto de lo que se ha declarado como regla general (que el nacimiento determina el comienzo de existencia de la persona), y no por denotar cierta ontología. Dicho, en otros términos: la regla jurídica general, para materias civiles, es que la persona humana comience con el nacimiento, como se ha explicado; y la excepción, o, en este sentido, la “ficción”, consistiría en suponerle capacidad a quien se había optado, por política legislativa, por tenerle por inexistente. De modo que en el caso excepcional se tiene al

concebido por capaz (la capacidad o falta de ella es el verdadero eje de la cuestión), para, en los casos en que precisamente la existencia real –como concepto biológico y antropológico–, hagan más justo considerar en *derecho* que el *nasciturus* goza de los mismos derechos adquiridos que de otra forma, según la regla general, no le aprovecharían sino hasta que efectivamente naciera (“Al no nacido se supone existente en derecho” *cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus sit*). Es por esto mismo que Bello, al ampliar el foco más allá del Derecho Privado, señala sin temor a entrar en contradicción alguna que “en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito”.

Debe notarse una cuestión que se observa rápidamente en la exposición de Bello. Al explicar éste la noción *nasciturus pro nato habetur* en el Derecho Privado, dice que tratándose de los “derechos futuros del niño” (y no duda en referirse al *nasciturus* como un “niño”), podría formularse una primera regla en el sentido de que “El estado de un niño procreado en legítimo matrimonio se determina por la época de la concepción”, “Al contrario, el estado del hijo procreado fuera de legítimo matrimonio se determina por la época del nacimiento”. Si hay algo históricamente cierto, es que la protección del niño concebido fue, *grosso modo*, un privilegio de hijos matrimoniales; mientras la (des)protección de los hijos no matrimoniales se traducía, entre otras cosas, en que se les protegiera sólo a partir del nacimiento. Más allá de las cuestiones de organización político-social que explican esta diferencia entre los diversos tipos de hijos, es cierto que, respecto del hijo no matrimonial, no solía preocupar materias hereditarias, de alimentos o de otro tipo, que requirieran atender a su existencia desde la concepción. Por tanto, cuando se debate sobre la conservación de los resguardos jurídicos que protegen al niño concebido, el centro de gravitación reposa en si aceptamos o no que tales resguardos, históricamente privilegio de los hijos matrimoniales, son dignos de ampliarse y extenderse hoy a todo niño, incluidos los no matrimoniales. Y no puede dejar de notarse que no pareciera justo que, en el actual estado de desarrollo social y jurídico, se siga negando esta protección por la vía de mermarla para toda clase de hijos concebidos y todavía no nacidos, matrimoniales y no matrimoniales.

Volviendo a la cuestión de la formación del artículo 75 del Código Civil, se debe destacar que los criterios fundantes de la regla que éste contiene (*conceptus pro nato habetur*), jamás fueron cuestionados en ninguna etapa del larguísimo tránsito de su elaboración, sino que simplemente se profundizaron: ni a Bello ni a miembro alguno de las comisiones por cuyas manos pasaron los Proyectos de Código Civil.

Observemos lo que se señala el Proyecto de Código Civil de 1853,¹¹ en el llamado *Inédito*¹² y en el llamado *Oficial*,¹³ donde nuestra disposición ya adopta el número 75 definitivo, que es también la numeración que se conserva en la *Edición Auténtica* del Código Civil,¹⁴ preparada también por don Andrés Bello.

¹¹ AMUNÁTEGUI (1888), pp. 24 y 25.

¹² AMUNÁTEGUI (1889), p. 19.

¹³ BELLO (1855), p. 20.

¹⁴ BELLO (1856), pp. 19 y 20.

Proyecto 1853	Proyecto Inédito	Proyecto Auténtico	Código Civil Auténtico
Artículo 77	Artículo 77	Artículo 75	Artículo 75
La lei protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algun modo peligrá. Todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta despues del nacimiento.	La lei protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algun modo peligrá. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta despues del nacimiento.	La lei protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algun modo peligrá. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta despues del nacimiento.	La lei protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algun modo peligrá. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta despues del nacimiento.
Artículo 77. L. 3, tít. 23, P. IV. –L. 11, tít. 31, P. VII			

La continuidad en la redacción del texto es muy notable, y habla de la falta de dudas en su contenido a la que ya hemos aludido. Sólo podemos aquí apuntar que, durante el trámite de análisis del Proyecto de 1853, la Corte de Apelaciones de La Serena propuso una redacción más ilustrativa del ámbito de eficacia del artículo, si bien ella no alteraba en nada la sustancia del texto ni le añadía contenido alguno. Dijo la Corte: “Convendría expresar también, que la ley protege la vida y los derechos del que está por nacer”. Pero, como aclara Mery:¹⁵ “La Comisión mantuvo el artículo sin introducirle la modificación propuesta”, pues seguramente consideró el cambio innecesario.

Se debe por supuesto, destacar también la continuidad de la disposición con el derecho vigente en nuestro país hasta 1857, y que en este caso está representado por las Siete Partidas que Bello cita puntualmente en su Proyecto de Código Civil de 1853. El texto hispánico abre la puerta, en cualquier caso, a todo el derecho romano y medieval que el propio Bello ya explicó debidamente y de forma magistralmente sintética en sus Principios del Derecho Romano según el Orden de las Instituciones de Justiniano. Se trata de P. 4.23.2; 7.31.11.

¹⁵ Cft. MERY (1956), p. 55.

P. 4.23.2:

En que estado, e de que condicion es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre.

Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della (6), aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce. E por ende, si el señor de alguna sierua preñada mandasse a su heredero, o diesse poder a otro, que la aforrasse a cierto plazo, si el otro non la fiziesse libre aquel dia que el mando, estando esperando maliciosamente que nasciesse aquella criatura, porque fuesse sierua; dixeron los Sabios antiguos que fizieron las leyes (7), que desde el dia del plazo en adelante son libres, tambien la madre, como la criatura que della nasciesse. E avn dixeron (8), que si alguna muger preñada ouiesse fecho cosa porque deuiesse morir, que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena. E porende deuen guardar la madre fasta que para, assi como diximos en la septima Partida en el Titulo de las penas (9).

(6) Añad. l. 7. D. de statu hom. y si por alguna particular circunstancia le conviniere mas al póstumo que se atienda al tiempo del parto que al de la concepcion, se deberá atender al primero, l. 11. C. de natur. liber. y Bald. allí, Juan de Plat. á la l. 11. C. de dignitat. y añad. á Bald. §. naturales, si de feud. fuer. controuv. inter dom. et agnat. y l. 18. D. quand. dies legat. ced.; pudiéndose inferir de lá presente ley que la posesion, que por la ley de Toro pasa al inmediato sucesor al mayorazgo, se deberá entender en favor del feto cuando hubiese quedado en cinta la madre de aquel al morir el poseedor, pues que en esta materia se trata de la utilidad del mismo, y hace al caso la l. 30. §. 1. D. de acquir. haeredit.; y la razon en que esta se funda, ó sea la de que un tercero no puede adquirir la posesion cuando otro está entrando en ella, mira aqui en favor del feto, por quanto se considera para dicho efecto como ya nacido: y si bien, antes que nazca, no puede llamarse sucesor al mayorazgo, al efecto de poder decir que suceda antes de nacer, como quiere Alber. despues de Jac. de Raven. á la l. 6. princ. D. de stat. hom. y lo prueba tambien la l. ult. D. de ventr. inspic. en la que se presupone que la circunstancia de estar todavía en el vientre el hijo del heredero gravado de restitucion para el caso de morir sin hijos no hace que se entienda llamado el sustituto; con todo, no dejaria dicho póstumo de adquirir la espresada posesion civilísima; porque el tiempo de su nacimiento se retrotraeria al en que estaba en el vientre. V. lo que notan la glos. y Barticulo á la l. 2. D. de ventr. inspic. y ¿se entenderia que han de producir efecto respecto del póstumo los actos y procedimientos verificados en un juicio que se hubiese comenzado con el difunto? esto es mas dudoso; porque ya no se trataria entonces de la utilidad del primero. Es menester, sin embargo, reflexionar sobre el particular.

P. 7.31.11:

Como deuen los Judgadores justiciar los omes manifestamente, e non en escondido: e que los deuen dar a sus parientes, despues que fueren justiciados.

Paladinamente (79) deue ser fecha la justicia de aquellos que ouieren fecho por que deuan morir, porque los otros que lo vieren, e lo oyeren, resciban ende miedo, e escarmiento; diziendo el Alcalde, o el Pregonero (80) ante las gentes, los yerros por que los matan. E desde que la justicia fuere fecha, e complida en ellos, e la ouieren visto los omes, e fueren ya muertos los justiciados, si los pidieren sus parientes, o omes Religiosos, o otros qualesquier, deuengelos otorgar (81), porque los sotierren. Otrosi dezimos, que si alguna muger preñada (82) fiziere porque deue morir, que la non deuen matar fasta que sea parida. Ca, si el fijo, que es nascido, non deue rescebir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que esta en el vientre, por el yerro de su madre. E porende, si alguno contra esto fiziere, justiciando a sabiendas muger preñada, deue rescebir tal pena, como aquel que a tuerto mata a otro.

(79) Aliad. 1, 5. tit. 27. Partícúlo 3. con lo dicho allí.

(80) De esta ley tomó origen la práctica de que preceda el pregonero á los reos llevados al suplicio espresando el motivo de su condena; pero en los dias de fiesta no debe oirse esta triste voz: l. ult. C. de feriis.

(81) Concuerd. l. 1. y ult. D. de cadaver. punitor.

(82) Aliad. 1. 3. D. de peen. donde veas. á Bartícúlo y dice allí Bald. que procederá esta doctrina aun cuando resultase embarazada en la cárcel, por mas que diga en contrario Bald. en la 1. 2. D. de excus. tut. al fin, y, Juan de Plat. en la 1. 7. C. de excus. muger.; advirtiéndose ademas que debe suspenderse la ejecucion de un reo condenado á muerte, para que pueda dar cuenta de alguna administracion, sobre lo cual veas. á Bartícúlo en la 1. 2. S. 1. D. de custod. reor. donde habla de cuando el reo fuese acusado de algun crimen atroz, sobre lo cual veas, al mismo autor en' la 1. 6. al princ. D. de peen. ¿Deberá suspenderse la ejecucion para descubrir la certeza de algun otro delito? Veas. á Bartícúlo en la 1. 5. D. de public. judic. y á Ales. lug. j cit. que dicen proceder esta suspension si el juez la creyese justa y de otra parte no resultase injuriosa á tercero. Sobre estos y otros casos en los cuales debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, veas. á Hipolit. in practica, S. opportune', col. 1. y 2. -*En los títulos anteriores de esta Partida se señala la pena legal que por cada delito corresponde, ó en su defecto se concede la autorizacion al juez para imponerla mas ó menos grave, segun le dictare su ilustración y justificado arbitrio. En este lugar, pues, ya que no debemos reproducir las ideas manifestadas, nos limitaremos á hablar de las penas en general, dejando á nuestros lectores el cuidado de aplicar las doctrinas que vamos á esponer á los casos particulares que, ocurran.

Hasta aquí, el tema fundamental (si bien no único), es el deber de diferir la aplicación de penas a la madre para proteger la vida del hijo. Pero se debe hacer una prevención más en materia de las notas hechas por el codificador. Lo cierto es que para Bello estas eran de vital importancia para la comprensión del texto, al punto de que se dio cuenta de que los cambios operados al Proyecto de 1853, en que él las había añadido, hacían necesario dotar al Código Civil, en su forma definitiva, de un nuevo aparato de estas notas. En consecuencia, inició esta tarea, aunque fue incapaz de concluirla por la falta de fuerzas, dada su edad y la multitud de ocupaciones que tenía. Sin embargo, conocemos lo que alcanzó a hacer, hasta el artículo 78;¹⁶ de modo que contamos con sus notas para nuestro artículo 75. En ellas se apunta: “Leyes 2, título 30; y 11, título 31, Partida 7”.¹⁷ Así es que, aunque no varíe el texto del Proyecto de 1853 al Código Civil Auténtico, Bello sí sintió la necesidad de variar las notas; pues antes, en el Proyecto, había señalado P. 4.23.2 y P. 7.31.11, en cambio aquí mantuvo sólo el reclamo a P. 7.31.11, añadió P. 7.30.2 y excluyó la P. 4.23.4.¹⁸

La mencionada P. 7.30.2, reza:

Quien puede mandar atormentar, e en que tiempo, e quales.

Tormentar los presos non deue ninguno sin mandamiento de los Judgadores ordinarios (4) que han poder de fázer justicia. E aun los Judgadores non les deuen tormentar luego que sean acusados, a menos de saber ante presunciones, o sospechas (5) ciertas, de los yerros sobre que fueron presos. Otrosi dezimos, que non deuen meter a tormento, a ninguno que sea menor de catorze años (6), nin a Cavallero (7),

¹⁶ AMUNÁTEGUI (1885), pp. 13, 14 y 137.

¹⁷ AMUNÁTEGUI (1885), p. 144.

¹⁸ LIRA (1981), p. 76.

(d) nin a Maestro de las leyes, o de otro saber (8), nin a ome que fuesse Consejero (9) señaladamente del Rey, o del Comun de alguna Ciudad, o Villa del (e) Rey, nin a los fijos (10.) destos sobredichos, seyendo los fijos de buena fama, nin a muger que fuesse preñada (11), fasta que para; maguer que fallen señaladas sospechas contra ellos. Esto es, por la honrra de la sciencia; e por la nobleza que ha en si ; e a la muger, por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal. Pero dezimos, que si alguno de los Consejeros sobredichos ouiesse seydo Escrivano del Rey, o de algun Concejo, e le acusassen despues de alguna carta falsa (12), que ouiesse fecha ante que llegasse a la honrra (13) de ser Consejero, que bien lo pueden poner a tormento para saber verdad, si es assi aquello de que le acusan, o non; si fuere fallada sospecha contra el.

(11) Añad. 1. 3. D. de pernis, y 1. 18. D. de stat. hómin. Ang. Aret. en el cit. vers. 6. quicero: tampoco deben ser atormentadas las mugeres en los cuarenta días siguientes al parto, por el estado de debilidad en que entonces se hallan, segun Bart en la cit. 1. 3. y Bald. en la cit. 1. 18.: igualmente deberá suspenderse el tormento si no se hallase una nodriza para la criatura, cuando la muger sufrido aquel quedase inhábil para criarla; así Bald. en la cit. 1. 18.

Lo cierto es que la nueva cita también se refiere a la exclusión de la aplicación de penas a la madre que puedan dañar al *nasciturus*. Sin embargo, acaso la explicación para ofrecer este nuevo texto se deba a que él contenga la expresiva frase: “*por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal*”; lo cual parece coincidir con el marcado acento en el mismo punto que se encontraba en su libro inconcluso de Derecho Romano, el cual indicaba: “*Pero en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito*”. Y todo ello era, seguramente, el punto que preocupaba al codificador al comenzar su artículo 75 con una expresión completamente original suya: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”.

En suma, de acuerdo con nuestro conocimiento acerca de la mente del codificador, se puede concluir que su innovadora disposición acerca de que “*La ley protege la vida del que está por nacer*” vino a añadir una esfera más a la protección del feto, por sobre la que ya estaba consolidada en el derecho castellano respecto de los daños que podría recibir producto de los castigos a la madre, que dice directa relación con que la ley también lo protege del daño que se le pueda ocasionar por el aborto; porque, dado que el que está por nacer “*no merece mal*” de ninguna especie, estimó necesario Bello, en consecuencia, introducir esta disposición para que también se lo protegiera “*por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito*”.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1885): *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago, Imprenta Cervantes).
AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1887): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 11.
AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1888): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 12.

- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1889): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 13.
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1981): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Caracas, Fundación la Casa de Bello), vol. 17.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1856): *Código Civil de la República de Chile* (Santiago, Imprenta Nacional).
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1855): *Proyecto de Código Civil* (Santiago, Imprenta Nacional).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1978): *El 'Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña' (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIRA URQUIETA, Pedro (1981): *Obras Completas de Andrés Bello* (Caracas, Fundación La Casa de Bello), vol. 14.
- MERY BERISSO, Rafael (1956): *El Código Civil de la República de Chile y los Tribunales de Justicia. Un capítulo desconocido de la historia de su redacción* (Santiago, Anales de la Universidad de Chile).

Norma citada

Código Civil de Chile, de 1855.

Protección de los trabajadores frente al empleador empresario sometido a procedimientos concursales. Algunas consideraciones respecto del panorama actual en Chile*

Protection of workers against the employer subject to bankruptcy proceedings. Some considerations regarding the current panorama in Chile

Andrés Varela Fleckenstein

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile.
Correo electrónico: avarela@ucsc.cl. <https://orcid.org/0009-0003-4924-0777>

Jazmín Cifuentes Crisóstomo

Concepción, Chile.
Correo electrónico: jcrisostomo@derecho.ucsc.cl. <https://orcid.org/0009-0001-5195-9356>

Recibido el 12/12/2024

Aceptado el 27/12/2024

Publicado el 31/12/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.04>

* El presente artículo corresponde a una versión ampliada y editada de la comunicación presentada por el autor Andrés Varela Fleckenstein al 4º Congreso mundial CIELO Laboral 2023 “La protección del trabajo frente a las crisis económica, demográfica y climática”, 20 y 21 de julio de 2023, Facultades de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Talca y Universidad de los Andes, Santiago (Chile).

RESUMEN: En este artículo se presenta la situación de los trabajadores frente a la crisis patrimonial del empleador empresario sujeto a procedimientos concursales en Chile. Para ello se revisan estudios de Derecho Concursal y de Derecho del Trabajo nacionales, considerando como fuente complementaria, alguna jurisprudencia judicial de los tribunales superiores de justicia. El estudio contempla un espacio temporal entre octubre de 2014 y septiembre de 2024. La pregunta de investigación que se pretende responder es la siguiente: ¿Es suficiente el régimen de protección de los trabajadores en Chile frente al empleador empresario sometido a un procedimiento concursal?

PALABRAS CLAVE: Insolvencia, procedimientos concursales, protección de los trabajadores.

ABSTRACT: This article presents the situation of workers in the face of the financial crisis of the employer subject to bankruptcy proceedings in Chile. To this end, national Bankruptcy Law and Labor Law studies are reviewed, considering as a complementary source some judicial jurisprudence from the superior courts of justice. The study contemplates a time period between October 2014 and September 2024. The research question that is intended to be answered is the following: Is the worker protection regime in Chile sufficient against the employer subject to bankruptcy proceedings?

KEY WORDS: Insolvency, bankruptcy proceedings, worker protection.

I. INTRODUCCIÓN

En este acápite nos referiremos a la metodología, a la justificación del tema y a los objetivos propuestos para el presente trabajo.

A. Metodología

En el presente estudio nos referimos a la situación de los trabajadores frente a la crisis patrimonial del empleador empresario sujeto a procedimientos concursales en Chile. Para ello se revisan estudios de Derecho Concursal y de Derecho del Trabajo nacionales, considerando, además, como fuente complementaria, alguna jurisprudencia judicial de tribunales superiores de justicia. Se contempla un espacio temporal que abarca desde octubre de 2014 (mes y año de entrada en vigencia de la Ley 20.720 (en adelante también LC) que sustituye el régimen concursal vigente)¹ hasta septiembre de 2024.

La pregunta de investigación que se pretende responder es la siguiente: ¿Es suficiente el régimen de protección de los trabajadores en Chile frente al empleador empresario sometido a un procedimiento concursal?

¹ Artículo primero transitorio de la Ley 20.720, de 2014: “La presente ley entrará en vigencia nueve meses después de su publicación en el Diario Oficial, salvo las disposiciones contenidas en el Capítulo IX y la norma del artículo 344, las que se ajustarán a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo tercero transitorio de esta ley. Las quiebras, convenios y cesiones de bienes en actual tramitación y aquellas que se inicien antes de la entrada en vigencia de la presente ley se regirán por las disposiciones contenidas en el Libro IV del Código de Comercio.” La ley fue publicada en el Diario Oficial (en adelante DO) el 09 de enero de 2014.

B. Justificación del tema

Atendido los impactos que produce un patrimonio insolvente en su entorno, el legislador interviene para regular los efectos nocivos que se generan en la sociedad. El régimen concursal chileno fue ajustado en 2014 por la Ley 20.720 y recientemente modificado por la Ley 21.563. Además, existen otras normas especiales, como por ejemplo la aplicable a bancos e instituciones financieras² o a compañías de seguros.³

Si bien la legislación concursal establece procedimientos para personas deudoras y empresas deudoras, nos concentraremos en estas últimas, ya que son las que, con mayor frecuencia, cuentan con trabajadores contratados.

A modo referencial, presentamos en las siguientes tablas⁴ la evolución de los procedimientos concursales de reorganización de empresas deudoras y de liquidación de activos de empresas deudoras iniciados entre el 21 de octubre y el 27 de noviembre de 2014, respectivamente, y el 29 de noviembre de 2024.

Tabla 1: Procedimientos concursales de reorganización iniciados entre el 21 de octubre de 2014 y el 29 de noviembre de 2024

REGIÓN	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	Total
Tarapacá											3	3
Antofagasta		1	1		2	1		1		1		8
Atacama	2		1			2	1	1				6
Coquimbo	2		2		6	2	2		1		1	16
Valparaíso	1	2	6	4	6	4	1	4	5	2	2	29
Libertador General Bernardo O'Higgins		1	2	1	4	1	1			1		10
Maule	1	4	3		3	7	3	1	1	1		25
Ñuble					1							1
Biobío		2	2	2	2	3	4	6	1	1	4	26
La Araucanía	1				1	1		1	1	1		7
Los Ríos		1			1	1		1				5
Los Lagos		2				2	1	1	2	1	2	13
Aysén General Carlos Ibáñez del Campo								2			2	4
Magallanes y la Antártica Chilena								1				1
Metropolitana	3	33	34	21	30	31	25	36	35	36	37	326
Total	5	47	52	38	45	48	57	32	52	49	61	486

Fuente: Observatorio estadístico de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

Nota de la tabla: no se registra información de la región de Arica y Parinacota en la fuente.

² Decreto con Fuerza de Ley 3, de 1997. Los arts. 112 y siguientes (en adelante ss.), establecen las medidas para la regularización temprana, los artículos 120 y ss. el procedimiento de liquidación, los artículos 141 y ss., los delitos concursales y los artículos 144 y ss., la garantía del Estado.

³ Decreto con Fuerza de Ley 251, de 1931. Los artículos 65 y ss., norman la regularización de compañías de seguros y los artículos 74 y ss., los acuerdos de reorganización y la liquidación.

⁴ Las tablas se prepararon con la información disponible al 29 de noviembre de 2024 en el OBSERVATORIO ESTADÍSTICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (2024).

Tabla 2: Procedimientos concursales de liquidación de activos de empresas deudoras iniciados entre el 27 de noviembre de 2014 y el 29 de noviembre de 2024

REGIÓN	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	Total
Arica y Parinacota		1	25	25	15	27	34	23	6	14	3	152
Tarapacá		6	8	8	19	26	33	35	18	11	13	171
Antofagasta		6	21	21	27	34	84	75	34	46	17	358
Atacama		1	10	10	12	13	21	14	6	4	5	97
Coquimbo		9	33	33	57	52	58	46	43	54	15	381
Valparaíso		12	77	77	77	97	122	117	91	97	44	780
Libertador General Bernardo O'Higgins		15	45	45	49	60	69	51	38	28	19	394
Maule	1	9	71	71	86	100	76	48	35	41	28	535
Ñuble		3	21	21	39	45	49	31	18	22	8	241
Biobío	3	19	88	88	118	144	174	98	79	80	27	890
La Araucanía		5	56	56	56	112	98	65	60	84	24	596
Los Ríos		3	23	23	33	51	36	23	19	26	9	223
Los Lagos		4	37	37	41	50	101	52	41	47	29	415
Aysén General Carlos Ibáñez del Campo		2	7	7	4	11	12	8	9	3	1	63
Magallanes y la Antártica Chilena		9	10	10	11	2	12	11	8	4	5	91
Metropolitana	7	200	473	473	690	820	845	780	530	537	337	5.653
Total	11	304	719	1.005	1.334	1649	1.824	1.477	1.477	1.098	584	11.040

Fuente: Observatorio estadístico de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

Como la insolvencia afecta a la empresa y, por repercusión a sus trabajadores, se requiere abordar los problemas que de ello derivan con un enfoque que armonice los postulados de dos ramas especiales: El Derecho del Trabajo y El Derecho Concursal.

C. Objetivos

La LC estableció nuevas reglas aplicables a los contratos de trabajo: sobre su terminación, las indemnizaciones derivadas, la nulidad del despido por deuda previsional, el fuero y el finiquito. Ellas se suman a otras existentes vinculadas a la lógica concursal, como las relativas a la prelación de créditos. Adicionalmente, hay figuras y normas laborales y no laborales, que protegen al trabajador frente al empleador empresario insolvente, como por ejemplo la posibilidad de invocar los efectos de la declaración de unidad económica o de aplicar la técnica del levantamiento del velo. Se configura así, un régimen de protección aplicable a los trabajadores de un empleador empresario insolvente.

El objetivo general de este estudio es mostrar, con una mirada crítica, la situación de los trabajadores frente a la crisis patrimonial del empleador empresario sujeto a procedimientos concursales en Chile.

Como objetivos específicos, presentaremos de manera sinóptica las clases de deudores y procedimientos concursales existentes en Chile (primer objetivo específico) y, evaluaremos, a la luz de la doctrina y jurisprudencia judicial, las normas y mecanismos, laborales y no laborales que protegen a

los trabajadores frente a la insolvencia del empleador empresario (segundo objetivo específico).

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN CONCURSAL CHILENO

Nos referiremos en primer lugar, a las normas aplicables en materia concursal, para realizar luego una enumeración de los procedimientos aplicables en este ámbito.

A. Normas aplicables en materia concursal

Los procedimientos concursales se regulan, principalmente, en la Ley 20.720⁵ que “sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo”, modificada por la Ley 21.563⁶ que “Moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N°20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas”.⁷ Además de establecer un nuevo régimen concursal, la ley 20.720 modificó el Código del Trabajo (en adelante CdT), la Ley 19.728⁸ sobre seguro de desempleo y otros cuerpos legales.

Adicionalmente, existen normas dispersas aplicables en caso de insolvencia, tales como las relativas a la prelación de créditos -artículos 2465 y siguientes del Código Civil (en adelante CC) y 61 del CdT)-, y las del Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

Téngase presente que Chile no ha ratificado el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.⁹⁻¹⁰

B. Enumeración de los procedimientos concursales

La LC no contempla una definición de insolvencia o cesación de pagos. La doctrina nacional señala que se trata de “un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan”.¹¹

Según el artículo 1 del Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo la existencia de un procedimiento concursal determina la insolvencia de un sujeto.¹²

⁵ Ley N°20.720, de 2013.

⁶ Ley N°21.563, de 2023.

⁷ Para una revisión actualizada más completa ver: ALLEN (2023).

⁸ Ley 19.728, de 2001.

⁹ Convenio 173, de 1992.

¹⁰ Véase también: Recomendación 180, de 1992.

¹¹ PUGA (2014), p. 78.

¹² Convenio 173, de 1992, artículo 1, “el término insolvencia designa aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente

La LC regula diversos procedimientos: algunos aplicables a la empresa deudora, otros a la persona deudora, y otros a ambas clases de deudores. Para mejor ilustración, nos referiremos a los conceptos legales de empresa y persona deudora e indicaremos luego cuáles son los procedimientos aplicables a cada una de estas dos categorías.

1. Concepto legal de empresa deudora y procedimientos concursales aplicables

a. Concepto legal de empresa deudora

Se trata de “*toda persona jurídica de derecho privado, con o sin fines de lucro, y toda persona natural que, dentro de los veinticuatro meses anteriores al inicio del Procedimiento Concursal correspondiente, haya sido contribuyente de primera categoría*”.¹³

Como se puede advertir, la calidad de empresa deudora se determina principalmente por su forma, pues basta ser persona jurídica de derecho privado, con o sin fines de lucro.

Por otra parte, para que el empresario persona natural sea considerado empresa deudora el legislador recurre a su calificación tributaria, pues le exige que, dentro de los veinticuatro meses anteriores al inicio del procedimiento concursal correspondiente, haya sido contribuyente de primera categoría, que se refiere a las rentas del capital y de las empresas comerciales, industriales, mineras y otras.¹⁴

Este concepto de empresa deudora no coincide con la definición -general-¹⁵ que contempla el Código laboral chileno, en su artículo 3 inciso 3, que prescribe: “*Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada*”.

a sus acreedores”.

¹³ Artículo 2 N°13 de la Ley 20.720, de 2014. Antes de la modificación de la Ley 21.563, de 2023, la empresa deudora se definía como “*Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta*”. Con este cambio disminuyen las hipótesis para que una persona natural sea considerada “*empresa deudora*” y se amplían las que permiten considerarla “*persona deudora*”.

¹⁴ En términos generales, se trata de contribuyentes que posean o exploten bienes raíces agrícolas, no agrícolas, obtengan rentas de capitales mobiliarios consistentes en intereses, pensiones, bonos, dividendos, depósitos en dinero, rentas vitalicias, rentas de la industria, del comercio, de la minería, de la explotación de riquezas del mar y otras actividades extractivas, compañías aéreas, de seguros, de los bancos, sociedades administradoras de fondos mutuos, asociaciones de ahorro y préstamos, sociedades de inversión o capitalización, constructoras, periodísticas, publicitarias, de radiodifusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones, rentas obtenidas por corredores, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores, agentes de seguros, colegios, academias, institutos de enseñanza, clínicas, hospitales, laboratorios, empresas de diversión y esparcimiento, etc.. Ver: artículos 19 y ss. y 42 de la Ley de Impuesto a la Renta, Decreto Ley 824, de 1974. Y, SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (S/F).

¹⁵ En el Código del Trabajo existen conceptos de empresa para efectos particulares. Ej.: empresa principal (en materia de subcontratación; artículo 183-A del CdT), empresa de servicios transitorios (en materia de suministro de trabajadores; artículo 183 F a) del CdT) o empresa de plataforma digital de servicios (en materia de trabajo mediante plataformas digitales de servicios; artículo 152 quáter Q a) del CdT).

De una comparación rápida de ambos conceptos se puede advertir que existen puntos de encuentro y desencuentro.

Así, ambas definiciones legales admiten que se califique como empresa a una entidad que no persiga fines de lucro,¹⁶ o que se ampara bajo el ropaje jurídico de una persona natural.

Como diferencia fundamental podemos constatar que la definición de la LC considera como elemento central aspectos formales (persona jurídica de derecho privado y persona natural adscrita a un determinado régimen tributario) mientras que la norma laboral plantea un concepto con foco en la organización planificada de medios para el logro de un fin de amplio espectro.

También se puede relevar que, desde la perspectiva concursal la empresa podría carecer de trabajadores, situación que no parece concebible para el Código del Trabajo, al menos no de modo permanente.

Sin perjuicio de lo expuesto, la diferencia más importante aparece cuando se tiene en vista la figura del código laboral, que en su artículo 3 inciso 4, contempla la posibilidad de que dos o más empresas puedan ser consideradas como una sola unidad económica. La norma prescribe que *“Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”*.¹⁷ Esta constatación no es baladí, ya que dos o más empresas partes de una unidad económica podrían encontrarse en una situación patrimonial diversa, que implique el sometimiento a un procedimiento concursal para una y no para el resto. Volveremos sobre este punto más adelante.

b. Procedimientos concursales aplicables a la empresa deudora

La empresa deudora puede acogerse a un procedimiento concursal de reorganización judicial o bien, optar por un acuerdo de reorganización extrajudicial. La ley contempla, además, la liquidación voluntaria y la liquidación forzosa.

La diferencia principal entre los procedimientos de reorganización y liquidación, es que los primeros, tienen por objeto *“salvar”* la empresa insolvente, en tanto que los segundos, ponerle término. En todo caso, el fin último de ambos es afrontar el estado de cesación de pagos del deudor, que, dependiendo de su envergadura, tanto daño causa a nivel micro o macroeconómico.

Adicionalmente y, en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 21.563, a las empresas deu-

¹⁶ Como sabemos, ambas definiciones se alejan de la concepción de empresa que propone la doctrina *jus mercantilista*, que exige como elemento central para la empresa la persecución del fin de lucro.

¹⁷ El inciso 5 del mismo precepto precisa que *“La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior”*.

doras que califiquen como micro o pequeña empresa de acuerdo con el artículo segundo de la ley 20.416¹⁸ y el artículo 505 bis del CdT les resultan aplicables: el procedimiento concursal de reorganización simplificada¹⁹ y el procedimiento concursal de liquidación simplificada, que a su vez puede ser voluntaria²⁰ o forzosa.²¹

De la aplicación de las normas citadas²² resulta que se considerarán microempresas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 Unidades de Fomento (en adelante UF) en el último año calendario y que tengan contratados entre 1 y 9 trabajadores. Por su parte, se considerarán pequeñas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a UF 2.400 y no exceden de UF 25.000 en el último año calendario y que tengan contratados entre 10 y 49 trabajadores.

La Ley 20.416²³ precisa que el valor de los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro se refiere al monto total de éstos, para el año calendario anterior, descontada la cantidad correspondiente al impuesto al valor agregado y a los impuestos específicos que pudieren aplicarse.²⁴

Además, según el inciso 7 del artículo 2 de la Ley 20.416, en general no podrán ser clasificadas como empresas de menor tamaño aquellas que tengan por giro o actividad cualquiera de las descritas en las letras d) y e) de los N°s 1° y 2° del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta; aquellas que realicen negocios inmobiliarios o actividades financieras, salvo las necesarias para el desarrollo de su actividad principal, o aquellas que posean o exploten a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que, en todos estos casos, los ingresos provenientes de las referidas actividades en conjunto superen en el año comercial anterior un 35% de los ingresos de dicho período.

Por último, tampoco podrán ser clasificadas como empresas de menor tamaño aquellas en cuyo capital pagado participen, en más de un 30%, sociedades cuyas acciones tengan cotización bursátil o empresas filiales de éstas.²⁵

¹⁸ La norma califica como “empresas de menor tamaño” las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

¹⁹ Artículos 286 y ss. de la Ley 20.720, de 2014.

²⁰ Artículos 273 y ss. de la Ley 20.720, de 2014.

²¹ Artículos 282 y ss. de la Ley 20.720, de 2014.

²² Artículo 2 inciso 2 de la Ley 20.416, de 2010, y artículo 505 bis inciso 2 del CdT.

²³ Artículo 2 inciso 3 de la Ley 20.416, de 2010.

²⁴ El artículo segundo inciso 4 de la Ley 20.416, de 2010, precisa: “si la empresa hubiere iniciado actividades el año calendario anterior, los límites a que se refieren los incisos precedentes se establecerán considerando la proporción de ingresos que representen los meses en que el contribuyente haya desarrollado actividades.” y en el inciso 5 que “para los efectos de la determinación de los ingresos, las fracciones de meses se considerarán como meses completos.”

²⁵ Artículo 2 inciso 8 de la Ley 20.416, de 2010.

2. Concepto legal de persona deudora y procedimientos concursales aplicables

a. Concepto legal de persona deudora

En este caso, el legislador opta por una fórmula residual entendiendo por tal “*toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora*” (artículo 2 N°25 de la LC).

Teniendo en consideración lo consignado en los párrafos anteriores resulta que, desde el punto de vista concursal, una persona natural puede ser catalogada como empresa deudora o persona deudora y, que esta calificación puede variar en el tiempo si cambia de régimen tributario. Desde un punto de vista laboral una persona natural puede constituir el ropaje jurídico de una empresa y puede ser parte de una unidad económica junto a otras personas naturales o jurídicas.

b. Procedimientos concursales aplicables a la persona deudora

La normativa contempla el procedimiento concursal de renegociación y, producto de la modificación de la Ley 21.563, también rige el procedimiento concursal de liquidación simplificada, que a su vez puede ser voluntaria o forzosa.

Para concluir este acápite, nos permitimos recordar que, si bien la legislación concursal establece procedimientos para personas deudoras y empresas deudoras, nos concentraremos en estas últimas, ya que son las que, con mayor frecuencia, cuentan con trabajadores contratados.

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL EMPLEADOR EMPRESARIO INSOLVENTE

Nos referiremos en seguida, a los mecanismos de protección del trabajador frente al empleador empresario insolvente, distinguiendo entre los contenidos en el Código del Trabajo y leyes laborales -lo que no implica que estén impregnados de una concepción concursal- y los contemplados fuera de ellos.

A. Mecanismos de protección contenidos en el Código del Trabajo y en leyes laborales

1. Lo relativo a la causal propiamente tal y el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio

Una de las modificaciones que introduce la LC al Código del Trabajo,²⁶ es la (re)creación²⁷ de la causal

²⁶ Para las consideraciones generales sobre este apartado y los siguientes, véase, por ejemplo: IRURETA (2023), pp. 899-905; LIZAMA Y LIZAMA (2019), pp. 233-235; GAMONAL (2021), pp. 404-410.

²⁷ El Código del Trabajo de 1931, derogado el 6 de julio de 1987, contemplaba en su artículo 164 N°4 -en relación con el 163 N°3-, la “*declaración de quiebra del empleador*” como causal de caducidad del contrato de trabajo de los empleados particulares. Aunque, como destaca Caamaño, sin que se “*explicitaran los derechos que se les reconocían a los trabajadores*”, CAAMAÑO (2013), p. 189.

de término del contrato individual de trabajo, mediante la incorporación del artículo 163 bis.²⁸ La norma dispone que “El contrato de trabajo terminará en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación” y que “para todos los efectos legales, la fecha de término del contrato de trabajo será la fecha de dictación de la resolución de liquidación”.²⁹

El legislador establece, además, una serie de reglas que han de servir de base al modo de proceder del liquidador y del ex trabajador en el procedimiento concursal.

En cuanto a los requisitos de forma relativos al término del contrato de trabajo, el liquidador debe comunicarlo al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato de trabajo, adjuntando a la comunicación un certificado emitido por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Este certificado debe señalar el inicio de un procedimiento concursal de liquidación respecto del empleador, el tribunal competente, la singularización del proceso y la fecha en que se dictó la resolución de liquidación correspondiente.

El liquidador dispone de un plazo no superior a seis días hábiles contado desde la fecha de notificación de la resolución de liquidación³⁰ por el tribunal que conoce el procedimiento concursal para comunicar el despido. Dentro del mismo plazo, el liquidador debe remitir copia de esta comunicación a la respectiva Inspección del Trabajo, obligación que se cumple actualmente mediante el ingreso de la información respectiva en una plataforma electrónica dispuesta por la misma Dirección del Trabajo.

Vale la pena hacer presente que, según lo prescrito en el artículo 115 N°6 de la LC, la empresa deudora que solicita su liquidación voluntaria debe acompañar, entre otros, la “nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones derivadas de la relación laboral adeudadas y fueros en su caso, incluyendo antecedentes que den cuenta del estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y de las liquidaciones de sueldo, si corresponde”.³¹ Este listado permite al liquidador contar con un panorama temprano a efectos de visualizar los términos de contrato por aplicación de la causal del artículo 163 bis del CdT.

La ley laboral impone a las Inspecciones del Trabajo la obligación de mantener un registro de las comunicaciones de término de contrato de trabajo actualizado con las recibidas en los últimos treinta días hábiles.

²⁸ La legislación chilena no contempla normas sobre despido colectivo. Si existió un antecedente en el Código del Trabajo de 1931 (artículo 85 incisos 5, 6 y 7), reformado por la Ley 7.747, de 1943, denominada “Consulta diversas disposiciones sobre estabilización de precios, utilidades, etc., y medidas de carácter económico y financiero (Ley económica)”.

²⁹ La Dirección del Trabajo ha ratificado la disposición legal en el sentido de que la relación laboral concluye con la dictación de la resolución de liquidación, independientemente de la notificación de la resolución judicial en el Boletín Concursal. Señala que “...no resulta jurídicamente procedente que los trabajadores continúen prestando servicios luego de verificado tal hecho, en consecuencia, a partir de este momento tampoco se devengará ningún derecho que tenga como causa la existencia de relación laboral”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2018a).

³⁰ La notificación se verifica mediante publicación en el Boletín Concursal (artículo 129 inciso final de la Ley 20.720). Este boletín es una “Plataforma electrónica a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de libre acceso al público, gratuito, en la que se publicarán todas las resoluciones que se dicten y las actuaciones que se realicen en los procedimientos concursales, salvo que la ley ordene otra forma de notificación”. Ver: artículos 2 N°7 y 6 de la Ley N°20.720, de 2014.

³¹ La regla se reitera para el procedimiento de liquidación voluntaria simplificada en el artículo 273 A N°6 de la LC.

Si bien el error u omisión en que se incurra con ocasión de esta comunicación no invalida el término de la relación laboral en virtud de la causal señalada, la Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, constatará el cumplimiento de las formalidades antes referidas y que se contienen en el N°1 del artículo 163 bis del CdT. En caso de verificar incumplimiento por parte del liquidador, debe informarlo a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, que podrá sancionar los hechos imputables al liquidador, de conformidad con lo establecido en el artículo 338 de la Ley de 20.720, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder en virtud del Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

En cuanto a las exigencias de fondo, la ley contempla las siguientes consideraciones: no se exige el pago de las cotizaciones previsionales adeudadas para despedir al trabajador y no se requiere desahuciar a los trabajadores que cuenten con esta prerrogativa. Nos referiremos a la regulación de estas exigencias en los apartados siguientes.

El artículo 163 bis N°2 del CdT considera que el liquidador, en representación del deudor, pague al trabajador una indemnización en dinero, sustitutiva del aviso previo, equivalente al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si es que las hubiere. En el caso de que existan menos de tres, se indemnizará por un monto equivalente al promedio de las últimas dos o, en defecto de lo anterior, el monto a indemnizar equivaldrá a la última remuneración mensual devengada.

Por último, si el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más, el liquidador, en representación del deudor, debe pagar al trabajador una indemnización por años de servicio, compatible con la sustitutiva del aviso previo, equivalente a aquella que el empleador estaría obligado a pagar en caso que el contrato terminare por alguna de las causales señaladas en el artículo 161 del CdT.³² El monto de esta indemnización se determina de conformidad a lo establecido en los incisos 1° (indemnización convencional que debe ser superior a la legal) y 2° (indemnización legal equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador con tope de trescientos treinta días de remuneración) del artículo 163 del CdT.³³

2. Regulación especial en relación a la nulidad del despido por deuda previsional

Mención aparte requiere en este acápite la situación de los trabajadores a quienes se adeudan cotizaciones previsionales de cualquier especie, al tiempo del despido por la causal de liquidación concursal del empleador.

Para proceder al despido de un trabajador en Chile, es preciso que se encuentren pagadas sus cotizaciones previsionales desde el inicio de la relación laboral hasta el último día del mes anterior al despido. De no cumplirse con esta exigencia, el empleador puede ser demandado por el ex trabajador

³² Necesidades de la empresa establecimiento o servicio y desahucio escrito.

³³ Artículo 163 bis N°3 del CdT.

quién deberá ejercer la pretensión de “*nulidad del despido por deuda previsional*”. De obtener una sentencia favorable, el empleador será condenado a pagar las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la de su convalidación; la que se produce mediante el pago de las imposiciones morosas y la posterior comunicación por carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.³⁴

La regla contenida en el artículo 163 bis del CdT no solo elimina la exigencia del pago de las cotizaciones previo al despido –que se pagarán de acuerdo a las reglas del concurso– sino que suprime, para los trabajadores despedidos por la causal en referencia, la figura de la “*nulidad del despido por deuda previsional*”. Con esta supresión, se transformó en ley la doctrina de la Corte Suprema, que señalaba que aceptar la nulidad del despido en estos casos implicaría desconocer los efectos propios de una “*quiebra*” (nomenclatura propia de la anterior ley concursal), cual es realizar en un solo procedimiento los bienes de la fallida para proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma que señala la ley, estando amparadas las deudas previsionales por el privilegio de primera clase.³⁵ El máximo tribunal agregó que aplicar esta sanción, implicaría generar desigualdad entre los acreedores y desconocer el efecto de la sentencia de quiebra consistente en la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores en el estado que tenían al momento de su pronunciamiento.³⁶ En la sentencia de reemplazo la Corte señaló que aceptar la nulidad del despido por deuda previsional en un contexto de quiebra implicaría crear un “*superprivilegio*” que afectaría incluso a otros trabajadores.³⁷

Sin perjuicio de lo expuesto, la solución legal, acertada desde la óptica del derecho concursal, pero desafortunada desde la perspectiva del derecho laboral³⁸ no resuelve la situación de aquellos trabajadores –a quienes se adeudan cotizaciones previsionales– despedidos antes de la declaración de liquidación.³⁹

Para los despidos anteriores a la declaración de liquidación concursal la Corte Suprema ha recogido,

³⁴ Considerando el objeto y extensión del presente trabajo no nos referiremos a la nutrida jurisprudencia administrativa y judicial que ha generado esta institución.

³⁵ *Morales con Jalaff* (2001), considerandos decimosexto y decimoséptimo.

³⁶ Artículo 66 de la anterior legislación concursal.

³⁷ Véase, VARELA (2006), pp. 197-206.

³⁸ La solución ha sido criticada por la doctrina. Véase, por ejemplo: GAMONAL y GUIDI (2015), p. 396.

³⁹ Para un mayor desarrollo del tema, ver RUJAY (2021), pp.147-185.

aunque con voto disidente⁴⁰ –y no siempre de manera uniforme–,⁴¹ el criterio ya referido estableciendo que su convalidación se produce en el momento en que se declara la liquidación concursal.⁴² Este criterio jurisprudencial se ha hecho extensivo a los casos en los que el empleador empresario sometido a un procedimiento de liquidación concursal es contratista para limitar la responsabilidad de la empresa principal.⁴³

3. La obligación de poner el finiquito a disposición del ex trabajador dentro de un plazo legal

Según lo preceptúa el artículo 163 bis N°5 del CdT el liquidador debe poner a disposición del trabajador el respectivo finiquito a lo menos diez días antes de la expiración del período de verificación ordinaria de créditos que establece la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas. El finiquito suscrito por el trabajador se entenderá como antecedente documentario suficiente para justificar un pago administrativo, sin perjuicio de los otros documentos que sirven de fundamento para su pago conforme al artículo 244 de la LC.

El finiquito suscrito por el trabajador deberá ser autorizado por un ministro de fe –Notario Público o Inspector del Trabajo– aun cuando las cotizaciones previsionales se encuentren impagas.⁴⁴ Deberá,

⁴⁰ Margoret Francoise Esparza Solís y otro con Inversiones y Asesorías Aililco Limitada y otras (2022): “1.- La norma del artículo 163 bis del Código del Trabajo, es de carácter excepcional y establece una ficción legal, relacionada con la fecha de término de los servicios, que se identifica con el día en que se dictó la resolución de liquidación. 2.- Sin embargo, yerran los sentenciadores al concluir que corresponde limitar los efectos de la sanción de nulidad del despido hasta la fecha de la resolución de liquidación, pues el artículo 163 bis del Código del Trabajo, solo regla la nueva causal de término de contrato que se introduce a la normativa laboral, esto es, [...], pero no restringe el efecto que establece el inciso quinto del artículo 162 del referido código si la relación laboral terminó por despido injustificado antes de esa fecha. 3.- Por lo anterior, debe concluirse que, tratándose de un despido por necesidades de la empresa ocurrido con anterioridad a la fecha de la resolución de liquidación, época en la que permanecían insolutas las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores, concurren todos los presupuestos que el legislador prevé en el artículo 162 inciso quinto, para hacer aplicable en forma íntegra la nulidad del despido, [...]” (Voto en contra del Ministro señor Blanco).

⁴¹ En sentido contrario: Ahumada con Constructora Visión SpA (2018). Ver RUAY (2018), pp. 153-169.

⁴² Margoret Francoise Esparza Solís y otro con Inversiones y Asesorías Aililco Limitada y otras (2022): “... si el vínculo laboral cesó antes de la fecha en que se dictó la resolución que dispuso la liquidación, [...], el efecto que establece el inciso quinto del artículo 162 del referido código debe aplicarse solo hasta dicha data, debiendo la masa de bienes responder sólo por las remuneraciones y cotizaciones previsionales devengadas en aquel periodo, doctrina que se viene sosteniendo a partir de la sentencia dictada en el ingreso Rol N°16.584-2015 y, posteriormente, en los N°s 3.389-2018 y 4.569-2019”. (Considerando Octavo). En el mismo sentido, la Corte Suprema, en sentencia de 23 de mayo de 2024, que declara inadmisibles los recursos de unificación de jurisprudencia en causa rol 13608-2024, caratulada Landeros con Ingeniería Civil Aysén SpA (2024), ha resuelto lo siguiente: “Quinto: Que las sentencias reseñadas en el considerando precedente dan cuenta que, en algún momento existieron distintas interpretaciones respecto de la materia indicada, la que se encuentra unificada con un criterio asentado, a partir del fallo dictado en la causa Rol N° 16.584-2015, el que ha sido reafirmado sin variación más recientemente en los Rol N°4.569-2019 y N°154.806-2020, sosteniéndose que si el vínculo laboral cesó antes de la fecha en que se dictó la resolución que dispuso la liquidación, el efecto que establece el inciso quinto del artículo 162 del referido Código debe aplicarse solo hasta dicha data, debiendo la masa de bienes responder sólo por las remuneraciones y cotizaciones previsionales devengadas en aquel periodo, lo que encuentra fundamento en la pretensión de la ley de no gravar la masa de bienes con mayores obligaciones que aquellas que quedaron fijadas a la fecha en que se dictó la resolución de liquidación por el tribunal que conoce el procedimiento concursal respectivo, que es, precisamente, la que pone término al contrato de trabajo.”

⁴³ Véase por ejemplo sentencia Acuña con Inversiones e Inmobiliaria Teuco Limitada y otros (2023), que en la parte final de su considerando sexto señala: “...En consecuencia, la liquidación del empleador sometido al procedimiento concursal de liquidación constituye el límite al que debe ceñirse la obligación de pagar las remuneraciones y cotizaciones insolutas de los trabajadores, restringiendo, por tanto, los efectos de la nulidad del despido, considerando el objetivo perseguido por el legislador; efecto que alcanza tanto al empleador como a la empresa principal o mandante, cuya responsabilidad deriva del incumplimiento de obligaciones que la legislación ha impuesto al primero.”

⁴⁴ Norma concordante con la inaplicabilidad de la nulidad del despido por deuda previsional en caso de despido por liquidación concursal según lo prescrito en el numeral N°1 inciso final del artículo 163 bis del CdT.

además, ser acompañado por el liquidador al Tribunal que conoce del procedimiento concursal de liquidación, dentro de los dos días siguientes a su suscripción.

Rigen, además, las siguientes reglas: a) Se entenderá como suficiente verificación de los créditos por remuneraciones, asignaciones compensatorias e indemnizaciones que consten en dicho instrumento; b) Si el trabajador hiciere reserva de acciones al suscribir el finiquito, la verificación o pago administrativo estará limitada a las cantidades aceptadas por el trabajador; y c) Cualquiera estipulación que haga entender que el trabajador renuncia total o parcialmente a sus cotizaciones previsionales se tendrá por no escrita.

Por último, el liquidador debe reservar fondos, si los hubiere, respecto de aquellos finiquitos no suscritos por los trabajadores o no acompañados por el liquidador al tribunal que conoce del procedimiento concursal de liquidación dentro del plazo de dos días antes señalado, por un período de treinta días contado desde la fecha en que el correspondiente finiquito fue puesto a disposición del respectivo trabajador.

Cabe hacer presente que, según lo dispone el artículo 115 N°6 de la LC, la empresa deudora que solicita su liquidación voluntaria debe acompañar, entre otros, la *“nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones derivadas de la relación laboral adeudadas y fueros en su caso, incluyendo antecedentes que den cuenta del estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y de las liquidaciones de sueldo, si corresponde”*.⁴⁵ Este listado permite al liquidador contar con un panorama temprano a efectos de proyectar los pagos administrativos.

4. La situación de los trabajadores aforados

En este punto, el Código del Trabajo establece que no se requerirá solicitar el desafuero.⁴⁶

Sin perjuicio de lo anterior, los trabajadores que estuvieren gozando del fuero maternal señalado en el artículo 201 del CdT, tendrán derecho a que el liquidador, en representación del deudor, les pague una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada uno de los meses que restaren de fuero.

Si el término de contrato ocurriere por liquidación concursal del empleador, mientras el trabajador se encontrare haciendo uso de los descansos y permisos a que se refiere el artículo 198 del CdT, no se considerarán para el cálculo de esta indemnización las semanas durante las cuales el trabajador tenga derecho a los subsidios derivados de aquéllos.

⁴⁵ La regla se reitera para el procedimiento de liquidación voluntaria simplificada en el artículo 273 A N°6 de la LC.

⁴⁶ Por su parte el inciso 1 del artículo 243 del CdT, relativo al fuero de los directores sindicales, dispone que: *“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deba hacer abandono del cargo, por renuncia al sindicato o por término de la empresa. Asimismo, el fuero de los directores sindicales terminará cuando caduque la personalidad jurídica del sindicato por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 223 o en el inciso segundo del artículo 227”*.

Por último, la indemnización del tiempo de fuero restante será compatible con la indemnización por años de servicio que deba pagarse en conformidad al artículo 163 bis N°3 del CdT, y no lo será respecto de la indemnización regulada en el artículo 163 bis N°2 del mismo código.

5. El derecho a cobrar el seguro de desempleo

Otra modificación de la LC⁴⁷ a la normativa laboral, consistió en disponer que el ex trabajador cuyo contrato termine por aplicación de la causal del artículo 163 bis del CdT pueda acceder -en la medida que se reúnan los demás requisitos legales- a cobrar las prestaciones del seguro de desempleo, ya sea las financiadas con cargo a la Cuenta Individual por Cesantía (artículo 12 a) de la Ley 19.728) o las que se pagan con cargo al Fondo de Cesantía Solidario (artículo 24 b) de la Ley 19.728).

6. Las normas sobre prelación de crédito

El artículo 61 del CdT dispone que gozan del privilegio del artículo 2472 del CC, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del CC. Estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.

Para los efectos de lo dispuesto en el N°5 del artículo 2472 del CC,⁴⁸ se entiende por remuneraciones, además de las señaladas en el inciso 1° del artículo 41, las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por feriado anual o descansos no otorgados.

El privilegio por las indemnizaciones legales⁴⁹ y convencionales previsto en el N°8 del artículo 2472 del CC,⁵⁰ se regirá por lo establecido en dicha norma. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán

⁴⁷ El artículo 399 a) de la Ley 20.720, de 2014, que modifica el artículo 12, y su letra b) que modifica el artículo 24 de la Ley 19.728.

⁴⁸ Artículo 2472 del CC: “La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que enseguida se enumeran: [...] 5. Las remuneraciones de los trabajadores, las asignaciones familiares, la indemnización establecida en el número 2 del artículo 163 bis del Código del Trabajo con un límite de noventa unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere, y las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin; [...]”.

⁴⁹ La Dirección del Trabajo ha resuelto que en el concepto de indemnizaciones legales se incluyen las especiales a las que tiene derecho un trabajador en caso de despido vulneratorio de derechos fundamentales (artículo 489 del CdT): “...considerando que el precepto civil se limita, con sentido claro, a conceder el privilegio al crédito causado por “indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral”, no haciendo distinción ni exclusión alguna, cabe entonces sujetarse al tenor literal de la ley y concluir que la indemnización adicional consagrada en el artículo 489 del Código del Trabajo queda incluida dentro del numeral 8. del artículo 2472 del Código Civil”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2018b).

⁵⁰ Artículo 2472 del CC: “La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que enseguida se enumeran: [...] 8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales remuneracionales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de once años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas. Asimismo, la indemnización establecida en el párrafo segundo del número 4 del artículo 163 bis del Código del Trabajo estará sujeta a los mismos límites precedentemente señalados. Para efectos del cálculo del pago de la preferencia establecida en este número, los límites máximos indicados en los párrafos primero

al máximo referido.

Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer.

Los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el este artículo.

Este mecanismo de protección es de carácter residual, ineficiente e insuficiente, aunque de amplio reconocimiento a nivel mundial.⁵¹ En efecto la ley limita los montos a recuperar y supone que existan fondos suficientes para pagarlos.

Además, siguiendo la lógica del artículo 5 del CdT, el artículo 246 de la LC dispone que “No podrán renunciarse los montos y preferencias de los créditos previstos en los números 5 y 8 del artículo 2472 del Código Civil, salvo en la forma y casos que siguen: 1) Mediante conciliación celebrada ante un Juzgado de Letras del Trabajo, la que podrá tener lugar en la audiencia preparatoria o de juicio y deberá contar con la expresa aprobación del juez, y 2) En virtud de transacción judicial o extrajudicial que se celebre con posterioridad a la notificación de la sentencia definitiva de primera instancia del juicio laboral respectivo”.⁵²

Con lo expuesto hasta ahora, se puede constatar que los mecanismos de protección incorporados por la Ley N°20.720 al Código del Trabajo y los demás de orden concursal vigentes en la legislación nacional, sólo consideran la hipótesis terminal de la empresa, esto es, la liquidación concursal. En efecto, el legislador se conforma, básicamente, con incorporar una causal de término del contrato individual de trabajo y regular los efectos de este término.

Tal como lo consigna la doctrina nacional *ius comercialista*⁵³ y la *ius laboralista*,⁵⁴ no hay una regulación específica relativa a los trabajadores -y sus derechos- de una empresa deudora sometida a reorganización, salvo algunas excepciones. La primera relevante es el artículo 57 N°1 a) de la LC. Esta norma dispone que durante el Período de Protección Financiera Concursal no podrá declararse ni iniciarse en contra del Deudor un Procedimiento Concursal de Liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en juicios de arrendamiento. La norma expresa en seguida que esta regla no rige para los juicios laborales sobre obligaciones que gocen de preferencia de primera clase, suspendiéndose en este caso sólo la ejecución y realización

y segundo serán determinados de forma independiente; [...]”

⁵¹ NÚÑEZ (2007), p. 729.

⁵² De acuerdo al Artículo 36 de la LC “El Liquidador representa judicial y extrajudicialmente los intereses generales de los acreedores y los derechos del Deudor en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinadas por esta ley.

En el ejercicio de sus funciones, el Liquidador deberá especialmente, con arreglo a esta ley: [...] 12) Transigir y conciliar los créditos laborales con el acuerdo de la Junta de Acreedores, según lo dispone el artículo 246 de esta ley.”

⁵³ JEQUIER (2017), pp. 805 y 806.

⁵⁴ CAAMAÑO (2013), pp. 203-205; CAAMAÑO (2021), pp. 135-137; y CASTRO y ALBORNOZ (2014), pp. 134-136.

de bienes del Deudor, salvo que se trate de juicios laborales de este tipo que el Deudor tuviere en tal carácter a favor de su cónyuge, de sus parientes,⁵⁵ o de los gerentes, administradores, apoderados con poder general de administración u otras personas que tengan injerencia en la administración de sus negocios.⁵⁶

Otra, es la que impone el veedor la obligación de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del Deudor respecto de los trabajadores con contrato laboral vigente y de aquellos cuyo contrato hubiere terminado antes del inicio del procedimiento o durante la Protección Financiera Concursal. En caso de incumplimiento del Deudor, deberá dar cuenta de esta circunstancia al tribunal competente y a la Superintendencia.⁵⁷

Cabe destacar que la falta de interés del legislador concursal chileno por los trabajadores se reafirma en la ya referida última reforma concursal (Ley N°21.563 vigente desde agosto de 2023), que incorpora a la Ley 20.720 el artículo 60 A, cuyo tenor literal es el siguiente: “*Derechos de los trabajadores en un proceso de reorganización. Los derechos de los trabajadores de la Empresa Deudora con contrato de trabajo vigente, y los de aquellos cuyo contrato de trabajo hubiere terminado manteniendo la Empresa Deudora obligaciones laborales y previsionales pendientes de pago se regirán por las normas del Código del Trabajo y las demás normas que correspondan, sin que sean aplicables las normas de la presente ley, salvo lo dispuesto en la letra a) del número 1) del artículo 57*”. La norma agrega que “los trabajadores no podrán ser parte de los acuerdos de reorganización”.

En la lógica de la ley chilena, tampoco hay referencia a una eventual intervención de las organizaciones sindicales, las que, perfectamente podrían actuar en defensa de los intereses de sus asociados.

La situación expuesta se agrava por la circunstancia de no exigir la legislación nacional la comprobación de la insolvencia durante la tramitación del procedimiento de reorganización; lo que puede prestarse para abusos, afectando a acreedores más débiles como los trabajadores.⁵⁸

7. La responsabilidad de la empresa principal y de la empresa usuaria

La insolvencia también genera impactos en materia de subcontratación y suministro de trabajadores. Por una parte, esta situación puede aumentar el daño a los trabajadores en general, desde que la insolvencia de la empresa principal o usuaria puede arrastrar a una o más empresas contratistas o de servicios transitorios. Pero, por otra parte, ante la insolvencia de la contratista o empresa de servicios transitorios, se activa el régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal.

⁵⁵ “Para estos efectos, se entenderá por parientes del Deudor o de sus representantes legales los ascendientes, descendientes, y los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y afinidad, inclusive”. Artículo 57 N°1 a) parte final.

⁵⁶ La regla se replica para el procedimiento de reorganización simplificada en el artículo 286 B N°1 de la LC que se remite al artículo 57 de la misma ley.

⁵⁷ N°10 del artículo 25 de la Ley 20.720, de 2014, incorporado por la Ley 21.563, de 2023.

⁵⁸ JEQUIER (2017), p. 808.

Nos concentraremos sobre el segundo aspecto, por lo que la premisa para realizar el análisis en este apartado, es que la empresa contratista (en una hipótesis de subcontratación) o bien la de servicios transitorios (en una hipótesis de suministro de trabajadores) sea declarada en liquidación concursal. Para estos casos existen normas que permiten hacer efectiva la responsabilidad de la empresa principal o de la usuaria.

En el caso de subcontratación, la responsabilidad puede ser solidaria, o bien subsidiaria, según si la empresa principal ejerció su derecho de información y retención, todo en los términos regulados en los artículos 183-B a 183-D del CdT. Ello sin perjuicio de la responsabilidad de la empresa principal en materia de higiene y seguridad que regula el artículo 183-E del CdT. Lamentablemente para las pretensiones de los trabajadores despedidos por una contratista, con anterioridad a la resolución de liquidación concursal, el límite temporal impuesto por la Corte Suprema -la dictación de dicha resolución- para los efectos del pago de remuneraciones y demás prestaciones del contrato de trabajo mientras no se convalide el despido nulo por deuda previsional, favorece a la empresa principal.⁵⁹

En el caso del suministro de trabajadores la usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios⁶⁰ a favor de los trabajadores de éstas, en los términos previstos en el Párrafo 2º “De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”, del Título VII sobre el trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios, del Libro I del Código del Trabajo sobre contrato individual de trabajo y de la capacitación laboral.

A las reglas anteriores pueden sumarse las hipótesis de suministro ilegal en los que el trabajador se considera como dependiente de la usuaria, rigiéndose por las normas de la legislación laboral común. Así lo establecen, por ejemplo, los artículos 183-N inciso final, 183-P inciso penúltimo, 183-T, 183-U y 183-AA inciso 1, todos del CdT.

Estas normas resultan especialmente relevantes si se tiene a la vista el artículo 255 inciso penúltimo de la LC -en su texto modificado por la ley 21.563- que consagra una excepción a los efectos extintivos de la resolución de término de un procedimiento concursal de liquidación⁶¹ por cuanto dispone que “la extinción de las obligaciones no afectará a los derechos de los acreedores frente al fiador, codeudor, solidario o subsidiario, avalista o tercero constituyente de garantías reales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Deudor, quienes no podrán invocar el beneficio previsto en el presente

⁵⁹ Ver apartado de este trabajo sobre nulidad del despido por deuda previsional.

⁶⁰ Téngase además presente que el Director del Trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro de una empresa de servicios transitorios (requisito legal para operar en tal calidad) por tener ésta la calidad de deudora en un procedimiento concursal de liquidación, salvo que se decrete la continuidad de sus actividades económicas. Artículo 183-M b) del CdT.

⁶¹ El enunciado de la norma en referencia es del siguiente tenor: “Efectos de la Resolución de Término en los Procedimientos Concursales de Liquidación. Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación, salvo los siguientes: ...”

artículo ni podrán subrogarse en los derechos de los acreedores o exigir un reembolso por los pagos efectuados". En otras palabras, la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal o usuaria sobrevive al término del procedimiento concursal.

8. La figura de la unidad económica

Frente a la posibilidad que tiene el empleador -actuando de buena o mala fe- de organizarse a través de múltiples personas jurídicas y/o naturales para el desarrollo de su actividad, los trabajadores disponen en Chile del derecho a pedir que se declare -mediante sentencia judicial- que dicha organización empresarial es una unidad económica. Ello les permite, entre otras cosas, hacer solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores a todos los integrantes de dicha unidad. Así lo dispone el artículo 3 incisos 4 y siguientes del CdT.

Sin embargo, el Código laboral ha definido empresa y configurado el concepto de unidad económica sólo para el ámbito de dicho cuerpo normativo y sus leyes complementarias. Ello hace improbable que un tribunal civil, que conoce de un procedimiento concursal, considere estos conceptos y sus efectos, especialmente la solidaridad, para ampliar el patrimonio concursado. Como señalaremos más adelante, la opción podría ser recurrir a la técnica del levantamiento del velo.

Con todo, la declaración de unidad económica si puede ser de utilidad para que los trabajadores afectados por la liquidación concursal de su empleadora formal se beneficien de la solidaridad que contempla el legislador en su favor y puedan cobrar así sus créditos a otros integrantes de la unidad económica que no han sido sometidos a concurso.⁶²

En relación a lo recién expuesto, valgan las consideraciones efectuadas en el apartado anterior en relación al inciso penúltimo del artículo 255 de la LC.

9. La actuación de las organizaciones sindicales: el ejercicio del derecho de fiscalización, el derecho de información y la negociación colectiva

Dentro de las finalidades de las organizaciones sindicales se encuentra la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la norma laboral, sea de origen legal o contractual, individual o colectiva. Así lo dispone el artículo 220 del CdT en sus numerales 2, 3 y 4. El ejercicio de esta facultad permite al sindicato, en los hechos, determinar si existen incumplimientos vinculados a un mal estado de los negocios de la empresa empleadora.

El ejercicio de esta facultad se ve complementado por el derecho a requerir información que la ley

⁶² Si la organización en varias personas jurídicas y/o naturales se debe a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, o bien a la utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, el juez -además de declarar la existencia de la unidad económica- debe aplicar una multa de 20 a 300 unidades tributarias mensuales (artículo 507 N°3 del CdT). Aunque esta medida no implica una protección directa al trabajador que debe soportar la insolvencia de su empleador.

franquea a las organizaciones sindicales, principalmente en sus modalidades de periódica y específica para la negociación colectiva.⁶³ Esta información, que es de carácter eminentemente financiera, permite a las organizaciones, al menos en abstracto, tomar conocimiento de la marcha de los negocios de sus empleadoras.⁶⁴ Decimos en abstracto, ya que no todos los sindicatos tienen la capacidad de análisis de la información a la que tienen acceso.

Por último, la negociación colectiva -incluida la modificación o suspensión de un instrumento colectivo en curso- podría contribuir al salvamento de una empresa en crisis, ya sea postergando o evitando la liquidación, o bien contribuyendo a mejorar un escenario de reorganización. Recordemos sobre este punto que, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 341 incisos 2 y 3 del CdT, las partes pueden negociar todas las materias comprendidas en el proyecto y la respuesta, como aquellas que de común acuerdo definan, incluyendo modificaciones al piso de la negociación. También podrán convenir rebajar el piso de la negociación a que se refiere el artículo 336 del CdT, cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen.

10. El ejercicio de la medida cautelar del artículo 444 del Código del Trabajo

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 444 inciso primero del CdT, el juez del trabajo, en el ejercicio de su función cautelar, *“decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.”*

Esta norma reviste interés como mecanismo de protección contra la insolvencia, desde al menos dos perspectivas.

En primer lugar, es relevante tenerla a la vista, ya que la cautelar se puede solicitar respecto del patrimonio del empresario empleador en riesgo de ser declarado en insolvencia, pero también en contra de los deudores solidarios y subsidiarios.

El precepto en comento, en su inciso penúltimo se refiere especialmente al término de la empresa e insolvencia al disponer que, *“por motivos fundados y cuando se acredite por el demandante el inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia, el juez podrá prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis”*, fundamento que también resulta plausible al momento de solicitar la medida cautelar. Con todo, habrá que tener en consideración que, una vez decretada la liquidación, el artículo 148 de la LC dispone que las *“medidas precautorias decretadas en los juicios sustanciados contra el Deudor y que afecten a bienes que deban realizarse o ingresar al Procedimiento Concursal de Liquidación, quedarán sin efecto”*.

Atendido lo anterior, resulta entonces que la cautelar tendrá un efecto relativo, sólo en cuanto impe-

⁶³ Arts. 315 a 319 del CdT.

⁶⁴ La negativa del empleador a entregarla en forma oportuna y fidedigna puede configurar una práctica antisindical o desleal en la negociación colectiva al tenor de lo prescrito en los arts. 289 b) y 403 c) del CdT.

dirá la merma patrimonial del empleador demandado en el período que media desde que la medida se decreta hasta la declaración de liquidación concursal. En efecto, una vez que opera el desasimiento las cautelares y embargos seguidos en juicios singulares previos carecen de sentido y valor por la lógica del procedimiento concursal.

En segundo lugar, resulta interesante tener a la vista que el juez laboral, en el ejercicio de su función cautelar, puede decretar todas las medidas que estime necesarias para asegurar la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio. Esta norma podría tener especial interés en los casos en que el “obligado a identificar” esté relacionado con el empleador empresario insolvente, pues mejora las posibilidades de cobro efectivo de lo adeudado. Con todo, debemos mencionar que la doctrina procesalista nacional advierte que la facultad judicial que venimos refiriendo constituye una “imprecisión en que incurre el legislador laboral al comprender dentro de la tutela cautelar la función judicial de identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio, así como las facultades de requerimiento de información previstas en el inciso final de la disposición.”⁶⁵ Sin perjuicio de la opinión recién transcrita, e independiente de estimarse que se trata de una imprecisión, la norma existe y por tanto podrá exigirse su aplicación al juez laboral, sobre todo si tenemos a la vista que ella se encuentra en armonía con el concepto de empresa del artículo 3 del CdT y con lo prescrito en el artículo 507 del mismo cuerpo legal.

B. Mecanismos de protección contenidos en otras normas

1. Derecho de los accionistas de una sociedad anónima a ser informados

Entre las prerrogativas que la ley de sociedades anónimas chilena (en adelante LSA)⁶⁶ contempla para los accionistas⁶⁷ se encuentra el “derecho a ser informado”. En términos generales, la ley asegura a todos los accionistas el derecho a ser informado por el directorio de la compañía de manera suficiente, fidedigna y oportuna respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.⁶⁸ A decir de la doctrina *ius commercialista* nacional, “la generación de la información intrasocietaria y su entrega oportuna, completa y veraz constituyen tal vez uno de los pilares estructurales del funcionamiento de la sociedad anónima moderna, del que dependen en buena medida los restantes derechos que emanan de la condición de accionista”.⁶⁹

El derecho antes referido se desarrolla en ciertas normas específicas de la ley del ramo, siendo relevantes para el objeto del presente estudio, el artículo 54 que dispone que la memoria, balance, inventario,

⁶⁵ CORTEZ ET AL (2021), pp. 74 y 75. Los autores precisan que, la identificación de los obligados y la localización de los bienes son, más bien, “actividades necesariamente previas a la adopción de la medida cautelar.”

⁶⁶ Ley 18.046, de 1981.

⁶⁷ Algunos de estos derechos también son aplicables a las sociedades por acciones reguladas en los arts. 424 y ss. del Código de Comercio, a las que se aplica supletoriamente las reglas de las sociedades anónimas cerradas.

⁶⁸ La regla general está contenida en el artículo 46 inciso 1 de la LSA que prescribe: “El directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Comisión determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.”

⁶⁹ JEQUIER (2016), p. 156.

actas, libros y los informes de los auditores externos y, en su caso, de los inspectores de cuentas, quedarán a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de la administración de la sociedad, durante los quince días anteriores a la fecha señalada para la junta de accionistas.⁷⁰ Los accionistas sólo podrán examinar dichos documentos en el término señalado (inciso 1).⁷¹ No obstante, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que, al conocerse, pudieran perjudicar el interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren (inciso 3).

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, la memoria, el informe de los auditores externos y los estados financieros auditados, deben ponerse a disposición de los accionistas en el sitio de Internet de las sociedades que dispongan de tales medios (inciso final).

También resulta relevante tener a la vista el artículo 75 de la LSA el cual prescribe que, en una fecha no posterior a la del primer aviso de una convocatoria para la junta ordinaria, el directorio de una sociedad anónima abierta debe poner a disposición de cada uno de los accionistas inscritos en el respectivo registro, una copia del balance y de la memoria de la sociedad, incluyendo el dictamen de los auditores y sus notas respectivas.

En las sociedades anónimas cerradas, el envío de la memoria y balance se efectuará sólo a aquellos accionistas que así lo soliciten.

Si el balance general y el estado de ganancias y pérdidas fueren modificados por la junta, las modificaciones, en lo pertinente, se pondrán a disposición de los accionistas dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta.

Por su parte, el artículo 76 de la LSA dispone que las sociedades anónimas abiertas deben publicar en su sitio de Internet, con la disponibilidad y por el plazo que determine la Comisión para el Mercado Financiero, la información sobre sus estados financieros y el informe de los auditores externos, con no menos de diez días de anticipación a la fecha en que se celebre la junta que se pronunciará sobre

⁷⁰ La obligación de elaborar estos documentos se contiene en el artículo 74 de la LSA que dispone: "Las sociedades anónimas confeccionarán anualmente su balance general al 31 de Diciembre o a la fecha que determinen los estatutos. El directorio deberá presentar a la consideración de la junta ordinaria de accionistas una memoria razonada acerca de la situación de la sociedad en el último ejercicio, acompañada del balance general, del estado de ganancias y pérdidas y del informe que al respecto presenten los auditores externos o inspectores de cuentas, en su caso. Todos estos documentos deberán reflejar con claridad la situación patrimonial de la sociedad al cierre del ejercicio y los beneficios obtenidos o las pérdidas sufridas durante el mismo. En las sociedades abiertas, la memoria incluirá como anexo una síntesis fiel de los comentarios y proposiciones que formulen el comité de directores, en su caso, y accionistas que posean o representen el 10% o más de las acciones emitidas con derecho a voto, relativas a la marcha de los negocios sociales, siempre que dichos comité o accionistas así lo soliciten. Asimismo, en toda información que envíe el directorio de las sociedades abiertas a los accionistas en general, con motivo de citación a junta, solicitudes de poder, fundamentación de sus decisiones u otras materias similares, deberán incluirse los comentarios y proposiciones pertinentes que hubieren formulado el comité y los accionistas mencionados en el inciso anterior. El Reglamento determinará la forma, plazo y modalidades a que deberá sujetarse este derecho y las obligaciones de información de la posición de las minorías a que se refieren los incisos anteriores."

⁷¹ Durante el período indicado en el inciso anterior, estos accionistas tendrán el derecho de examinar iguales antecedentes de las sociedades filiales, en la forma, plazo y condiciones que señale el Reglamento (artículo 54 inciso 2 de la LSA).

los mismos. Esta información y el hipervínculo al sitio de Internet de la sociedad donde ella se ubique, debe presentarse dentro de ese mismo plazo a la Comisión, para que así ésta pueda publicarlo en su sitio de Internet, facilitando de esta forma el acceso por parte del público a ella, debiendo la sociedad informar conjuntamente la fecha de publicación de tales antecedentes en su sitio en Internet.

Si los estados financieros fueren alterados por la junta, las modificaciones se publicarán en el sitio en Internet⁷² de la sociedad, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la junta.

Si estos mismos documentos fueren observados por la Comisión, ésta podrá disponer la publicación de sus observaciones en la forma que ella determine.⁷³

Finalmente, el inciso 1 del artículo 101 de la LSA impone al directorio de la sociedad que ha cesado en el pago de una o más de sus obligaciones o respecto de la cual ha sido declarado el inicio del procedimiento concursal de liquidación, la obligación de citar a junta de accionistas para ser celebrada dentro de los 30 días siguientes de acaecidos estos hechos, para informar ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

En este contexto, las organizaciones sindicales podrían adquirir acciones de la empleadora, en particular si son sociedades anónimas abiertas que coticen en bolsa, a objeto de ejercer el derecho en referencia y conocer de primera fuente el estado de sus negocios. Este conocimiento detallado y oficial, les permitiría tomar acciones preventivas que complementan las que se derivan del ejercicio del derecho de información del Código del Trabajo.

Si bien la hipótesis descrita puede ser poco frecuente en la realidad nacional y supone además la existencia de una organización sindical de cierta envergadura que, entre otras cosas, cuente con un equipo asesor capaz de interpretar los documentos que se pongan a su disposición -en su calidad de accionista-, no podemos descartarla por esta sola circunstancia.

2. La técnica del levantamiento del velo

Una forma de mejorar las posibilidades de cobro de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador empresario es la aplicación de la técnica del levantamiento del velo para alcanzar otros patrimonios.⁷⁴ Este mecanismo cobra relevancia en la medida que los tribunales sean reacios a aplicar la institución de la unidad económica para extender el concurso a otros patrimonios no comprometidos -a priori- en él.

⁷² Si la sociedad no cuenta con un sitio en Internet, debe realizar las publicaciones en un diario de amplia circulación, en el lugar del domicilio social, con no menos de diez ni más de veinte días de anticipación a la fecha en que se celebre la junta que se pronunciará sobre los estados financieros y el informe de los auditores externos. Tratándose de las modificaciones introducidas por la junta, la publicación debe efectuarse en el mismo diario dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta (artículo 76 inciso 4 LSA).

⁷³ Atendida la extensión y objeto del presente trabajo no resulta posible referirse a otro tipo de información que incide en la situación financiera de la sociedad como la “información esencial” (artículo 9 de la LMV) o la “información privilegiada” (artículo 164 de la LMV). Sobre el particular, ver, por ejemplo: JEQUIER (2016), pp. 162-172.

⁷⁴ Para mayor detalle sobre esta propuesta de mecanismo de protección, ver: ORTIZ y VARELA (2013), pp. 343-377.

Un primer problema que presenta esta solución, en relación al concurso, es que sólo se contempla legalmente para el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.⁷⁵⁻⁷⁶ A pesar de que el levantamiento del velo es una técnica judicial que, en teoría, no requiere norma expresa que autorice al juez a emplearla, esta circunstancia -la ausencia de norma que la consagre- hace que los tribunales nacionales sean reacios a su aplicación en el ámbito concursal. Además, el uso de esta técnica en general y, en materia de insolvencia en particular, es resistida por parte de la doctrina *ius commercialista* chilena.⁷⁷

Con todo, para el evento de no poder aplicarse esta técnica en el procedimiento concursal, bien podría recurrirse a ella fuera del concurso, para alcanzar otros patrimonios que respondan por las obligaciones de los empleadores insolventes; especialmente cuando no pueda emplearse la figura de declaración de empleador único del artículo 3 del CdT.

Y, en relación con lo recién referido, ha de tenerse en cuenta que el juez laboral, en el ejercicio de su función cautelar y facultado por el artículo 444 inciso 1º del CdT, puede decretar todas las medidas que estime necesarias para asegurar la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio. Esta norma podría tener especial interés en los casos en que el obligado a identificar esté relacionado con el empleador empresario insolvente, pues como ya se señaló en un acápite anterior, mejora las posibilidades de cobro efectivo de lo adeudado.

3. Derecho a un pago administrativo

Tal como mencionamos anteriormente, este derecho se encuentra regulado en el artículo 244 de la Ley Nº20.720,⁷⁸ y permite a los trabajadores, tan pronto existan fondos suficientes para ello y preca-

⁷⁵ Existe un proyecto de ley sobre la materia hoy archivado, el cual, atendido el tiempo transcurrido desde el inicio de su tramitación, resulta difícil que se convierta en ley. CÁMARA DE DIPUTADOS Y DIPUTADAS (2007).

⁷⁶ Según el artículo 12 e) de la Ley 19.857 que "Autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada", DO 11 de febrero de 2003, el titular de la empresa responderá ilimitadamente con sus bienes, en la medida que su titular, los administradores o representantes legales hubieren sido condenados por los delitos concursales regulados en el Párrafo 7 del Título IX del Libro II del Código Penal.

⁷⁷ Ver PUGA (2014), pp. 222-229. El autor aborda el tema bajo el título "Liquidación concursal del deudor encubierto. Extensión del concurso."

⁷⁸ "Artículo 244 de la Ley 20.720: Procedencia y tramitación. Tan pronto existan fondos suficientes para ello y precaviendo que el activo remanente sea suficiente para asegurar los gastos del Procedimiento Concursal de Liquidación y el pago de los créditos de mejor derecho, podrán pagarse por el Liquidador los créditos contenidos en el artículo 2472 del Código Civil, según las reglas que siguen:

- 1) Los descritos en los números 1 y 4 podrán pagarse sin necesidad de verificación.
- 2) Los incluidos en el número 5 podrán pagarse previa revisión y convicción del Liquidador sobre la suficiencia de los documentos que les sirven de fundamento, sin necesidad de verificación ni de acuerdo de Junta que apruebe el pago.
- 3) Los establecidos en el número 8 se pagarán en los mismos términos del número precedente, hasta el límite del equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por indemnizaciones convencionales de origen laboral y por las indemnizaciones legales del mismo origen que sean consecuencia de la aplicación de la causal señalada en el artículo 163 bis del Código del Trabajo.
Las restantes indemnizaciones de origen laboral, así como la que sea consecuencia del reclamo del trabajador de conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, se pagarán con el sólo mérito de la sentencia definitiva firme o ejecutoriada que así lo ordene.
- 4) Con todo, podrán verificarse condicionalmente los créditos que gocen de las preferencias de los números 5 y 8, con el sólo mérito de la demanda interpuesta con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación o con la notificación al Liquidador de la demanda interpuesta con posterioridad al referido inicio.
El Liquidador deberá reservar fondos suficientes para el evento que se acoja la demanda, sin perjuicio de los pagos administrativos

viendo que el activo remanente sea suficiente para asegurar los gastos del Procedimiento Concursal de Liquidación y el pago de los créditos de mejor derecho, requerir al liquidador, el pago de los créditos contenidos en el artículo 2472 del CC que se les adeudaren.⁷⁹

A propósito de este mecanismo vale la pena hacer presente que, según lo prescrito en el artículo 115 N°6 de la LC, la empresa deudora que solicita su liquidación voluntaria debe acompañar, entre otros, la “nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones derivadas de la relación laboral adeudadas y fueros en su caso, incluyendo antecedentes que den cuenta del estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y de las liquidaciones de sueldo, si corresponde”.⁸⁰ Este listado permite al liquidador contar con un panorama temprano a efectos de proyectar los pagos administrativos y, como señalamos anteriormente, los términos de contrato por aplicación de la causal del artículo 163 bis del CdT. Obviamente, este mecanismo de protección no ampara los casos de informalidad laboral existentes al tiempo de iniciarse el procedimiento de liquidación concursal voluntaria, ya que ellos requerirán de una sentencia previa que declare la existencia de la relación de trabajo y sus efectos.

Para cerrar este apartado debemos recordar que el artículo 246 de la LC dispone que “No podrán renunciarse los montos y preferencias de los créditos previstos en los números 5 y 8 del artículo 2472 del Código Civil, salvo en la forma y casos que siguen: 1) Mediante conciliación celebrada ante un Juzgado de Letras del Trabajo, la que podrá tener lugar en la audiencia preparatoria o de juicio y deberá contar con la expresa aprobación del juez, y 2) En virtud de transacción judicial o extrajudicial que se celebre con posterioridad a la notificación de la sentencia definitiva de primera instancia del juicio laboral respectivo.”

IV. CONCLUSIONES

-Si bien el régimen legal de protección de los trabajadores en Chile frente a la insolvencia del empleador ha experimentado mejoras desde la dictación de la Ley N°20.720, ellas resultan insuficientes, ya sea porque existen soluciones que no son satisfactorias desde la óptica del Derecho del Trabajo, ya sea porque existen situaciones no resueltas.

-Entre los avances se reconoce la certeza que aporta la Ley N°20.720 al regular una nueva causal de término del contrato de trabajo, consistente en la declaración de liquidación de los activos del empleador, establecer el derecho al pago de indemnizaciones asociadas al término de la relación laboral por liquidación concursal, regular la nulidad del despido por deuda previsional y el fuero.

-Entre las deudas pendientes se destaca la consideración de los trabajadores y sus derechos en ma-

que procedan, de conformidad a los números precedentes.”

⁷⁹ Sobre el particular ver, por ejemplo: SANDOVAL (2014), pp. 297-301.

⁸⁰ La regla se reitera para el procedimiento de liquidación voluntaria simplificada en el artículo 273 A N°6 de la LC.

teria de reorganización, el incompleto modo en que se norma la nulidad del despido por deuda previsional -regulada en el artículo 162 del CdT- en caso de liquidación concursal y la solución que aporta la jurisprudencia judicial, que se orientan por un mismo criterio.

-Las soluciones que plantea el legislador -concursal- carecen de una base interdisciplinar que considere una correcta armonización de los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Concursal; con lo que se priva a los trabajadores y a la empresa insolvente, de soluciones armónicas e integradoras como las que existen en otras legislaciones.

-Además de los mecanismos de protección que contempla la legislación comercial y laboral, que como hemos expuesto van más allá del artículo 163 bis del CdT, existen otros que vale la pena tener presente, con el objeto de resguardar los derechos de los trabajadores y su insuficiente protección por parte del legislador concursal. Especial interés presentan la aplicación de la técnica del levantamiento del velo en caso de insolvencia, por los positivos efectos que podría tener en favor de la protección de los derechos laborales dentro o fuera del concurso.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALLEN ROJAS, Christian (2023): *Manual de derecho concursal*, 2ª edición actualizada (Santiago, Editorial Libromar).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2013): “El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a estabilidad laboral”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 40).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2021): “Reorganización-liquidación de empresas versus estabilidad laboral: el hilo se corta siempre por la parte más delgada”, en: Rojas, Irene (editora), *La protección ante el despido laboral* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- CÁMARA DE DIPUTADOS Y DIPUTADAS (2007): “Modifica el Código Civil, con el fin de permitir a los tribunales, en los casos que indica, imputar a las personas naturales los actos de una sociedad”, Boletín N°5398-07, de 10 de octubre de 2007. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=5779&prmBOLETIN=5398-07> [fecha de visita 20 de agosto de 2023].
- CASTRO CASTRO, José y ALBORNOZ POLLMANN, Rodrigo (2014): *Los derechos laborales en el nuevo régimen concursal. Ley N°20.720* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo; DELGADO CASTRO, Jordi y PALOMO VÉLEZ, Diego (2021): *Proceso laboral* (Santiago, Thomson Reuters).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2021): *Derecho individual del trabajo. Doctrina, materiales y casos* (Santiago, DER ediciones).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina (2015): *Manual del contrato de trabajo*, 4ª edición revisada y aumentada (Santiago, Thomson Reuters).
- IRURETA URIARTE, Pedro (2023): *Derecho del trabajo chileno. Derecho individual* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2016): *Curso de Derecho Comercial* (Santiago, Thomson Reuters), t. II, Vol. 2: Sociedad Anónima. Sociedad Anónima de Garantía Recíproca. Sociedad por Acciones. Grupos Empresariales.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2017): “Créditos laborales y trabajadores en el procedimiento de reorganización judicial, Ley N° 20.720. (Análisis crítico desde una visión comparada)”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 44 núm. 3).
- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego (2019): *Manual de Derecho individual del trabajo* (Santiago, DER ediciones).
- NÚÑEZ, Mariano (2007): “La regulación jurídico-laboral de la insolvencia empresarial y la protección de los créditos laborales”, en: Ackerman, Mario; Uriarte, Óscar; Raso Delgue, Juan (coordinadores), *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- OBSERVATORIO ESTADÍSTICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (2024): Procedimientos concursales de reorganización iniciados entre el 21 de octubre de 2014 y el 29 de noviembre de 2024. Disponible en: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieYTE4MmIwMjctZDBkNi00NWU2LWI0ZDItZWY0ZTI3ZjZjMTk2IiwidCI6IjAxNDU2NGIzLWZmZmItNGYyYS05MzJmLWRhZjBkNGY2N2NiMiIsImMiOjR9> [fecha de visita 29 de noviembre de 2024].
- OBSERVATORIO ESTADÍSTICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (2024): Procedimientos concursales de liquidación de activos de empresas deudoras iniciados entre el 27 de noviembre de 2014 y el 29 de noviembre de 2024. Disponible en: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieYTE4MmIwMjctZDBkNi00NWU2LWI0ZDItZWY0ZTI3ZjZjMTk2IiwidCI6IjAxNDU2NGIzLWZmZmItNGYyYS05MzJmLWRhZjBkNGY2N2NiMiIsImMiOjR9> [fecha de visita 29 de noviembre de 2024].
- ORTIZ SOLORZA, Mauricio y VARELA FLECKENSTEIN, Andrés (2013): “Levantamiento del velo e insolvencia”, en: Céspedes, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Patrimonial. En homenaje a los 35 años de la Facultad de Derecho de la UCSC* (Santiago, Thomson Reuters).
- PUGA VIAL, Juan (2014): *Derecho Concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N°20.720, 4ª edición actualizada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RUAY SÁEZ, Francisco (2018): “A propósito de la nulidad del despido y la resolución de liquidación concursal. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 31.772-2017 de 08 de marzo de 2018”, en: *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (vol. 9 núm. 18).
- RUAY SÁEZ, Francisco (2021): “Nulidad del despido por deuda previsional y liquidación concursal. Algunos problemas actuales”, en: Rojas, Irene (editora), *La protección ante el despido laboral* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2014): *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal, Séptima edición actualizada con la Ley N°20.720 que sustituye el Régimen Concursal del Libro IV De las quiebras del Código de Comercio y la Ley 18.175, Orgánica de la Superintendencia de Quiebras* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (S/F): “Programa de educación Fiscal (siieduca)”. Disponible en: <https://www.sii.cl/siieduca/aprende-con-nosotros/que-es-un-contribuyente-de-1a-y-2a-categoria.html> [fecha de visita 15 de julio de 2023].
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (2024): Observatorio Estadístico Superir. Disponible en: <https://www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/observatorio-estadistico-superir/> [fecha de visita 30 de noviembre de 2024].

VARELA FLECKENSTEIN, Andrés (2006): “Improcedencia de la nulidad del despido por deuda previsional en caso de quiebra del empleador”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción* (núm. 14).

Jurisprudencia citada

Morales Contreras Karina y otros con Jalaff Escandar William (2001): Corte Suprema, de 29 de octubre de 2001, rol 2777-01.

Ahumada con Constructora Visión Spa. (2017): Corte Suprema, de 08 de marzo de 2018, rol 31772-2017.
Margoret Françoise Esparza Solís y otro con Inversiones y Asesorías Aililco Limitada y otras (2022): Corte Suprema, sentencia de 01 de junio de 2022, rol 154806-2020.

Acuña con Inversiones e Inmobiliaria Teuco Limitada y otros (2023): Corte Suprema, de 24 de abril de 2023, rol 11769-2022.

Landeros con Ingeniería Civil Aysén Spa. (2024): Corte Suprema, de 23 de mayo de 2024, rol 13608-2024.

Dirección del Trabajo (2018a): Ordinario N°1232, de 7 de marzo de 2018.

Dirección del Trabajo (2018b): Ordinario N°2018, de 26 de abril de 2018.

Normas citadas

Convenio N°173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, Organización Internacional del Trabajo, de 23 de junio de 1992.

Recomendación N°180, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, Organización Internacional del Trabajo, de 23 de junio de 1992.

Código Civil de Chile, de 1855.

Código de Comercio de Chile, de 1865.

Código Penal de Chile, de 1874.

Decreto con Fuerza de Ley N°251, Compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio, 22 de mayo de 1931.

Ley N°7.747, sobre Consulta diversas disposiciones sobre estabilización de precios, utilidades, etc., y medidas de carácter económico y financiero (Ley económica), 24 de diciembre de 1943.

Decreto Ley N°824, Impuesto a la Renta, 13 de diciembre de 1974.

Ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, 22 de octubre de 1981.

Decreto con Fuerza de Ley N°3, Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican, 19 de diciembre de 1997.

Ley N°19.728, que Establece un seguro de desempleo, 14 de mayo de 2001.

Código del Trabajo de Chile, de 2002.

Ley N°19.857, que Autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, 11 de febrero de 2003.

Ley N°20.720, que Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo, 9 de enero de 2014.

Ley N°21.563, que Moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N° 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas, 10 de mayo de 2023.

Tres concepciones sobre la vulnerabilidad*

Three Conceptions of vulnerability

Claudio Agüero San Juan

Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.
Correo electrónico: aguero.claudio@gmail.com. <http://orcid.org/0000-0002-7005-2979>

Allan Gallardo Gajardo

Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.
Correo electrónico: allan.gallardog@gmail.com. <http://orcid.org/0009-0001-5665-7015>

Recibido el 16/12/2024

Aceptado el 03/01/2025

Publicado el 10/01/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.05>

RESUMEN: La primera parte de la investigación presenta un enfoque metateórico que reconstruye la discusión reciente sobre la noción de vulnerabilidad. Para ello propone ordenar el debate usando como criterio organizador el tipo de propiedad que es la vulnerabilidad. Así, distingue tres posiciones: intrínseca, extrínseca y disposicional. Estas tres posiciones son discursos evaluativos que pueden ser útiles para la formulación de políticas y para justificar normas. En la segunda parte, el texto analiza si esas posiciones pueden ser entendidas como concepciones en el sentido de Rawls y Dworkin. Se concluye que no son concepciones rawlsianas, pero sí pueden ser entendidas como concepciones dworkinianas. A partir de estas dos conclusiones el texto reflexiona sobre la necesidad de reconstruir el concepto de vulnerabilidad como una noción descriptiva, es decir, neutral a valores, sin valores y con independencia de valores.

PALABRAS CLAVE: Vulnerabilidad, propiedad intrínseca, propiedad extrínseca, propiedad disposicional, análisis conceptual, concepciones.

ABSTRACT: The first part of the research introduces a metatheoretical approach that reconstructs the recent discussion on the notion of vulnerability. To achieve this, it proposes organizing the debate using the type of property that vulnerability represents as the organizing criterion. It distinguishes three positions: intrinsic, extrinsic, and dispositional. These three positions are evaluative discourses that can be useful for policy formulation and for justifying norms. In the second part, the text analyzes whether these positions can be understood as conceptions in the sense of Rawls and Dworkin. It concludes that they are not Rawlsian conceptions but can be understood as Dworkinian conceptions. Based on these two conclusions, the text reflects on the need to reconstruct the concept of vulnerability as a descriptive notion—that is, neutral to values, devoid of values, and independent of values.

KEY WORDS: Vulnerability, intrinsic property, extrinsic property, dispositional property, conceptual analysis, conceptions.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto FONDECYT N°1221269.

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta básica que debe ser resuelta al discutir sobre cualquier asunto de filosofía o teoría del derecho es la definición de la palabra en discusión. La pregunta ¿Cómo se define vulnerabilidad? No interroga sobre la descripción de un hecho o de una institución social. Tampoco cuestiona cuál es la evaluación o la justificación de un sistema de normas. La pregunta trata sobre el significado de una palabra. La presente investigación no aborda esta pregunta de un modo directo. El texto no intenta definir qué es la vulnerabilidad. Su objetivo es más modesto. Reconstruimos tres posiciones sobre el concepto de VULNERABILIDAD¹ usando como criterio de ordenación el tipo de propiedad de la que se trata.

La primera parte del artículo presenta una sistematización de los discursos sobre la vulnerabilidad a partir de un criterio que no es usado en la literatura especializada. Es importante advertir al lector que la argumentación que se presenta es metateórica y no dice relación directa con las discusiones sobre la noción de vulnerabilidad que se han ocurrido en disciplinas tales como la filosofía política, la bioética y el derecho. Con todo, pensamos que la propuesta es útil como un punto de partida para observar qué se discute en las controversias sobre la vulnerabilidad y cómo se discute.

La segunda parte del texto reflexiona sobre el tipo de desacuerdo que ocurre en la discusión sobre la vulnerabilidad. Se plantea que se trata de una discusión entre diferentes concepciones de un mismo concepto y se argumenta que la discusión carece de foco. Así, más que un debate teórico se trata de una controversia sobre cuál es el discurso evaluativo con más fuerza perlocutiva. La tercera parte y final sistematiza las conclusiones y plantea la necesidad de que investigaciones futuras aborden la reconstrucción del concepto VULNERABILIDAD.

II. USOS DE LA PALABRA VULNERABILIDAD

La palabra vulnerabilidad figura en múltiples discursos cotidianos y especializados, ya sea en usos descriptivos y evaluativos del lenguaje. Se predica la vulnerabilidad de una persona como un enfermo; de una población como los migrantes; de un ecosistema como la selva amazónica; de una institución social como la democracia y de un objeto singular como un fragmento cerámico que es rescatado desde un sitio arqueológico. En muchos de estos contextos, la palabra se usa con una función descriptiva: ella resalta que algo podría ser dañado, afectado o lesionado bajo ciertas circunstancias.

Los enunciados de los tipos: (a) “*x es vulnerable a y*”; (b) “*x es vulnerable*” pueden ser considerados con sujetos singulares o plurales.² En una interpretación están aludiendo a entidades singulares como, por ejemplo, “*Lola es vulnerable al parvovirus*” y “*Superman es vulnerable*”.³ En otra interpretación

¹ Usamos mayúscula para hablar del concepto, siguiendo una convención asentada en filosofía. FRYDRYCH (2017).

² Ejemplos adicionales de (a) son: “*La biblia de Gutenberg es vulnerable al fuego*”; “*Los niños, niñas y adolescentes son vulnerables a las redes sociales*”. Ejemplos de (b) son: “*Pedro Urdemales es vulnerable*”; “*Las personas en situación de discapacidad son vulnerables*”.

³ Es necesario distinguir los usos del lenguaje en donde *x* es una entidad singular y los usos en donde es una clase. En este

los sujetos son clases como, por ejemplo, “*las ciudades costeras son vulnerables a los tsunamis*” o “*los perros de razas exóticas son vulnerables*”. En inglés, el primer enunciado es entendido como susceptibilidad y el segundo designado como una propiedad intrínseca.⁴⁻⁵

También hay varios contextos coloquiales en donde la palabra “*vulnerable*” se usa con una función prescriptiva. Muchas veces esa función consiste en: (i) resaltar que una entidad, objeto, estado de cosas, institución o persona debe tener un trato especial y/o; (ii) demandar una atención adicional a cierta entidad en ciertas circunstancias.

Analizar los usos de la palabra “*vulnerabilidad*” de una forma simple, requiere suponer como hipótesis de trabajo, que un término designa un concepto y distinguir dos niveles de análisis: un nivel lógico-lingüístico que examina los usos del concepto VULNERABILIDAD en diferentes discursos y un nivel filosófico-político que analiza las estrategias de defensa que usan las diferentes posiciones sobre la vulnerabilidad.⁶

A. Nivel lógico-lingüístico

En español la palabra “*vulnerabilidad*” designa “*la cualidad de vulnerable*”. Esto es un sustantivo abstracto de cualidad que surge a partir del adjetivo “*vulnerable*” al cual se le agrega el sufijo ~dad.⁷ A su vez, la palabra “*vulnerable*” designa la cualidad “*que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente*”.⁸ De acuerdo con la Fundéu:

“No es apropiado utilizar el adjetivo [*susceptible*] con el mismo significado de *proclive, vulnerable, propenso, predispuesto, sensible, expuesto, desprotegido...*, como indica el *Diccionario panhispánico de dudas*. Este uso impreciso puede deberse a la influencia del inglés, lengua en la que *susceptible* sí tiene ese significado”.⁹

Los diccionarios y las fuentes citadas registran prescripciones lingüísticas. Es un hecho que en el español cotidiano de Latinoamérica las palabras *vulnerable* y *vulnerabilidad* se usan como sinónimos de las palabras *susceptible* y *susceptibilidad*.¹⁰ Además, ellas operan como sinónimos de *débil*[~idad], *delicado*, *frágil*[~idad], *indefenso*, *inermes*, *endeble* y *desvalido*, aun cuando sus antónimos más preci-

artículo nos referimos solo a los primeros.

⁴ Más adelante nos ocuparemos de la relación entre vulnerabilidad y susceptibilidad en español.

⁵ MARTIN ET AL (2014), p. 54.

⁶ Ya que quienes escriben adhieren a una versión de no-cognitivism metaético, es importante considerar que los argumentos presentados en el segundo nivel no son concluyentes ni definitivos.

⁷ Véase: <https://dle.rae.es/vulnerabilidad> y <https://www.rae.es/dpd/-dad>.

⁸ Véase: <https://dle.rae.es/vulnerable>.

⁹ Véase: <https://www.rae.es/dpd/susceptible>; «*susceptible*» no significa “*vulnerable*”.

¹⁰ Más abajo registramos algunos ejemplos.

son son invulnerable e invulnerabilidad.¹¹

Para evitar confusiones vamos a diferenciar los usos descriptivos de las palabras “vulnerabilidad” o “vulnerable” y sus usos prescriptivos. En contextos descriptivos de lenguaje ordinario, la palabra “vulnerable” puede ser usada para informar que una entidad tiene esa cualidad. Ello ocurre cuando se afirma, por ejemplo, “Hay personas que son más vulnerables a las enfermedades causadas por las altas temperaturas”¹² o “Los niños, niñas y adolescentes son vulnerables a la información que proviene de sus padres”.

La definición ordinaria de “vulnerable” (que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente) y los ejemplos que la ilustran permiten identificar de forma provisional una definición cuasi-lexicográfica o *folk* que resulta integrada con los siguientes elementos: (i) Una entidad sobre la cual se predica la cualidad; (ii) La posesión de una cualidad; (iii) La cualidad de poder ser herido o recibir lesión física o moralmente y (iv) Una circunstancia o evento que puede generar heridas o causar lesiones físicas o morales a la entidad.

Es necesario resaltar que la utilidad de este uso de la palabra vulnerabilidad no es que ella designe un hecho o un episodio. Ella satisface otra necesidad lingüística: hablar de forma económica de tres asuntos diversos: (a) informar o explicar algo que está ocurriendo; (b) informar aquello que esperamos que ocurra bajo ciertas condiciones; y (c) hablar sobre cómo debería ser manejada una situación que puede ocurrir.

En contextos descriptivos de lenguaje especializado, las palabras “vulnerabilidad” o “vulnerable” tienen significados parcialmente coincidentes con su significado ordinario. En gestión de desastres naturales se usa la palabra “vulnerabilidad” y ella se define como:

“La probabilidad de que una comunidad, expuesta a una amenaza natural, según el grado de fragilidad de sus elementos (infraestructura, vivienda, actividades productivas, grados de organización, sistemas de alerta, desarrollo político-institucional y otros), pueda sufrir daños humano y materiales”.¹³

En geografía, por ejemplo, se señala:

“La vulnerabilidad ante un desastre dado es la capacidad de respuesta ante eventos naturales, es decir, que un objeto o una población sea vulnerable a un evento determinado depende en primera instancia, de que sea susceptible de sufrir daños por la acción de este evento. Ello no es una condición estática per se, sino un proceso que puede intensificarse o minimizarse según acciones orientadas a este fin”.¹⁴

¹¹ Véase: <https://dle.rae.es/vulnerable> y <https://dle.rae.es/vulnerabilidad>.

¹² Ejemplo modificado del original proveniente de la Fundéu («susceptible» no significa “vulnerable”).

¹³ INTER AMERICAN DEVELOPMENT BANK & ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN (2000).

¹⁴ JUÁREZ ET AL (2006), p. 80.

Tanto en geografía como en desastres naturales la vulnerabilidad no es una cualidad como si lo hace el lenguaje ordinario. La primera definición transcrita usa la expresión ‘*probabilidad*’, mientras que la segunda usa la noción “*capacidad*”. Creemos que esos usos especializados de la palabra vulnerabilidad designan conceptos que no coinciden con el concepto en el que se enfoca esta investigación y por ello los dejamos de lado. En este sentido, hacer un mapa de todos los usos de las palabras vulnerable y vulnerabilidad en contextos descriptivos excede los límites de este trabajo. Con lo dicho hasta aquí sostenemos que, en lo que interesa para esta investigación, en diferentes contextos de lenguaje ordinario ambas palabras tienen un núcleo de significado integrado por los cuatro elementos que hemos identificado en la definición *folk*: entidad o portador; posesión; cualidad y circunstancia. Naturalmente, esto no dice mucho porque muchas cualidades tienen un significado con la misma estructura.

B. Nivel filosófico-político

En contextos prescriptivos especializados, es decir, en el lenguaje que usan disciplinas como la ética; la filosofía política y el derecho, la palabra vulnerabilidad se utiliza como parte de un juicio de valor sobre cómo deberían gestionarse las cosas o ciertas relaciones entre personas. Entonces, la palabra cumple la función de llamar la atención: aquello sobre lo que se predice debe ser tratado de forma especial, por ejemplo, con más cuidado.

En la literatura especializada una de las discusiones más acaloradas es la que se ocupa de la definición de la vulnerabilidad humana.¹⁵ Vamos a concentrarnos en esa discusión debido a su impacto en problemas jurídicos como la legislación y la fundamentación de sentencias.

El punto de partida es la confusión. En muchos textos especializados sobre la vulnerabilidad, tales como investigaciones jurídicas, filosóficas y bioéticas, se combinan de forma bastante impune diferentes formas de entender la vulnerabilidad que no son totalmente compatibles. A veces, la confusión se manifiesta en citas a trabajos de autores que defienden ideas opuestas con el propósito de fundar una tercera idea;¹⁶ en otras ocasiones se presenta el concepto como formado por dimensiones que no armonizan entre sí¹⁷ y también hay casos en donde se organizan las diversas nociones de vulnerabilidad intentando formar una clasificación que no responde a criterios sistemáticos consistentes.¹⁸

Antes de reconstruir de forma analítica el concepto VULNERABILIDAD es necesario ordenar la confusión. En este sentido, lo que presentamos a continuación puede entenderse como el primer paso de un trabajo filosófico más amplio. Vamos a organizar las diferentes posiciones sobre la vulnerabilidad

¹⁵ Esto incluye la vulnerabilidad esencial determinada por la finitud humana y otras nociones como la vulnerabilidad social [SANCHES ET AL (2018)].

¹⁶ Por ejemplo, LUNA (2009).

¹⁷ PASTORE (2022), p. 3. El texto original dice: “*Nella nozione, pertanto, sono compresenti una dimensione ‘ontologica’ e una dimensione ‘situazionale’. La vulnerabilità si pone come tratto peculiare, essenziale dell’essere umano e, insieme, come elemento accidentale, variabile, in quanto legato ai contesti e ai momenti della vita individuale e alle diverse modalità in cui si articolano le relazioni intersoggettive*”.

¹⁸ IPPOLITO (2019) y PARIOTTI (2023).

usando como criterio ordenador el tipo de propiedad que es la vulnerabilidad.¹⁹ Este criterio lo elegimos porque nuestro interés es avanzar en la reconstrucción conceptual de la noción en trabajos futuros, entonces, observar las posiciones sobre la VULNERABILIDAD resulta un avance en ese propósito.

Nuestra propuesta corre de forma paralela con otras reconstrucciones que circulan en la literatura, ya que ninguna clasificación puede calificarse como verdadera.²⁰ Por ejemplo, la realizada por Pariotti²¹ quien defiende la idea que una posición intrínseca sobre la vulnerabilidad puede dar cobertura a seis fuentes identificadas por Ippolito²² con influjo de Mackenzie y otros:²³ (i) vulnerabilidad inherente; (ii) vulnerabilidad situacional o extrínseca; (iii) vulnerabilidad patogénica; (iv) vulnerabilidad discrecional; y (v) vulnerabilidad compuesta.

Al usar el criterio ordenador que proponemos el debate sobre la vulnerabilidad humana enfrenta a tres posiciones principales: la intrínseca, la extrínseca y la disposicional.²⁴

Qué quiere decir “intrínseco” es todo un problema. Siguiendo a Dunn hay dos criterios para componer una definición de intrínseco: un criterio metafísico y otro sintáctico.²⁵ El primero afirma que es intrínseca la propiedad que tiene el objeto por ser lo que es. El segundo define intrínseco en virtud de las relaciones entre entidades diciendo que es intrínseca la propiedad que no depende de que el objeto se vincule (o no) con otros objetos.

Una definición de intrínseco que puede ser útil para nuestro objetivo es la de Lewis. Para Lewis “intrínseco” en sentido metafísico quiere decir, que es una propiedad que el objeto tiene en virtud de sí mismo.²⁶ Tiempo después Lewis modificó la definición de “intrínseco”. La definió en términos de “duplicado”. A su vez “duplicado” lo definió en términos de “perfectamente natural”. De este modo, él usó una noción extralógica y reconoció que el marco lógico era insuficiente para dar una definición fuerte.²⁷ La nueva definición es esta:

“[...] dos cosas son duplicados si y sólo si (1) tienen exactamente las mismas propiedades perfectamente naturales, y (2) sus partes pueden ser puestas en correspondencia de tal manera que las partes correspondientes tienen exactamente las mismas propiedades perfectamente naturales, y se encuentran en

¹⁹ Asumo que una propiedad es un rasgo que pueden poseer varias entidades (portadores). Hay multiplicidad de propiedades. La extensión permite distinguir la propiedad A de la propiedad B. Una propiedad puede ser alternativamente intrínseca o extrínseca.

²⁰ En CASALINI (2018) hay otra propuesta de clasificación también influenciada por Mackenzie. Una tercera clasificación es la de Liedo, quien distingue solo dos corrientes de pensamiento sobre la vulnerabilidad. LIEDO (2021), pp. 242-257.

²¹ PARIOTTI (2023), p. 1403.

²² IPPOLITO (2019).

²³ MACKENZIE ET AL (2013).

²⁴ Las tres posiciones tienen áreas de influencia parcialmente superpuestas. Un análisis cuantitativo basado en los argumentos que usan artículos de ética y bioética fue realizado por SANCHINI ET AL (2022).

²⁵ DUNN (1990).

²⁶ LEWIS (1983).

²⁷ LEWIS (1986).

*las mismas relaciones perfectamente naturales... Una propiedad intrínseca es aquella que nunca puede diferir entre dos duplicados*²⁸⁻²⁹

La definición implica que los duplicados perfectos siempre comparten propiedades intrínsecas, pero no extrínsecas. Para que una entidad tenga una propiedad extrínseca debe ocurrir algo fuera de esa entidad y, entonces, las propiedades extrínsecas de los duplicados perfectos pueden ser diferentes.³⁰ La noción de “*disposicionalidad*” también es todo un problema. En este trabajo usamos la noción de McKitrick quien caracteriza las propiedades disposicionales a partir de la “*Tesis de las Disposiciones Intrínsecas*” (*Intrinsic Dispositions Thesis*).³¹

1. Posición Nº1: La vulnerabilidad como propiedad intrínseca

Esta concepción entiende a la vulnerabilidad como una propiedad intrínseca y universal. Hay varias versiones de esta concepción. Tratamos solo una de ellas, la que funda la vulnerabilidad en la corporalidad, porque ha logrado influir en muchas investigaciones que circulan en campos diversos. Para esta posición los seres humanos son fundamental y esencialmente vulnerables en razón de la fragilidad biológica.³²

El cuerpo implica mortalidad, vulnerabilidad, agencia: la piel y la carne nos exponen a la mirada de otros, pero también al tacto y a la violencia, y los cuerpos nos ponen en riesgo de convertirnos en la agencia e instrumento de todo esto también. Aunque luchamos por los derechos sobre nuestros propios cuerpos, los cuerpos mismos por los que luchamos no son del todo solo nuestros.³³

En la medida en que ejercemos violencia, estamos actuando sobre otro, poniendo al otro en riesgo, causándole daño, amenazando con eliminar al otro. De alguna manera, todos vivimos con esta vulnerabilidad particular, una vulnerabilidad hacia el otro que es parte de la vida corporal, una vulnerabilidad ante un ataque inesperado desde otro lugar que no podemos prever. Sin embargo, esta vulnerabilidad se agrava considerablemente bajo ciertas condiciones sociales y políticas, especialmente en aquellas en las que la violencia es un modo de vida y los medios para asegurar la autodefensa son limitados.³⁴

²⁸ LEWIS (1986), pp. 61 y 62.

²⁹ Como indica SIDER (1996) la idea de “*perfectamente natural*” es neutral a la posibilidad de ser considerada primitiva o posible de ser analizada en términos extralógicos.

³⁰ No profundizamos en las leyes de la naturaleza implicadas en la fijación de propiedades extrínsecas porque esto excede los límites de este trabajo. MCKITRICK (2003).

³¹ MCKITRICK (2003), p. 155.

³² BUTLER (2004) y LEVINAS (2012). La relación filosófica entre Butler y Levinas debe ser analizada. No hay espacio para hacer esto en el presente trabajo.

³³ BUTLER (2004), p. 26. El texto original dice: “*The body implies mortality, vulnerability, agency: the skin and the flesh expose us to the gaze of others, but also to touch, and to violence, and bodies put us at risk of becoming the agency and instrument of all these as well. Although we struggle for rights over our own bodies, the very bodies for which we struggle are not quite ever only our own.*”

³⁴ BUTLER (2004), p. 29. El texto original dice: “*To the extent that we commit violence, we are acting on another, putting the other at risk, causing the other damage, threatening to expunge the other. In a way, we all live with this particular vulnerability, a vulnerability to the other that is part of bodily life, a vulnerability to a sudden address from elsewhere that we cannot preempt. This*

El argumento de Butler distingue entre vulnerabilidad (*precariousness*) y precariedad (*precarity*).³⁵ La *precariousness* es una condición de toda la vida que es compartida por todos. Es una condición ontológica de interdependencia, fragilidad y exposición corporal a las fuerzas naturales, socioeconómicas y políticas. Por ello es la base de las obligaciones sociales positivas. En cambio, la precariedad es una noción específicamente política. Es la vulnerabilidad introducida y maximizada políticamente o la vulnerabilidad llevada al extremo.³⁶ Esta línea de trabajo es desarrollada por Gilson quien define vulnerabilidad diciendo:

“A lo largo de las diversas manifestaciones de vulnerabilidad, se destaca un sentido común de vulnerabilidad: la vulnerabilidad se define por la apertura y, más específicamente, ser vulnerable es estar abierto a ser afectado y a afectar de maneras que uno no puede controlar”.³⁷

Calificamos a la concepción de Butler como ontológica, porque afirma que la vulnerabilidad es una propiedad intrínseca de los seres humanos. Butler no define esa noción y como hemos dicho más arriba, en filosofía es disputado el significado de ‘intrínseco’. Suponemos que Butler estaría de acuerdo con la siguiente afirmación: la noción de intrínseco que ella usa se basa en un criterio metafísico y no solo en uno sintáctico.³⁸

Ahora bien, en Butler la vulnerabilidad es una propiedad interdependiente y, entonces, ella puede estimarse como una propiedad extrínseca según el criterio sintáctico. Ya que según este criterio es intrínseca aquella propiedad que no depende de que el portador tenga relaciones con otros objetos.³⁹ La tensión que presenta la noción de vulnerabilidad ante los criterios de intrínseco (metafísico y sintáctico) nos hace sospechar que la noción que usa es una etiqueta que designa conjuntamente a varias propiedades diversas.⁴⁰

2. Posición N°2: La vulnerabilidad como propiedad extrínseca

La definición de vulnerable se construye como una propiedad, *prima facie*, extrínseca. Esto es una propiedad dependiente de variables ajenas a aquello que se califica como vulnerable. Se pueden iden-

vulnerability, however, becomes highly exacerbated under certain social and political conditions, especially those in which violence is a way of life and the means to secure self defense are limited”.

³⁵ La distinción se basa en la semántica del inglés. La entrada “precarity” de la *Encyclopedia of Critical Psychology* señala que *precarity* deriva del latín *precarius* que se refiere a aquello que se tiene por petición o ruego. La palabra inglesa puede ser traducida al italiano como *precarietà*, al francés como *préarité* y al español como precariedad. De ella deriva el adjetivo *precarious* y el sustantivo *precariousness*. Así, *precarity* se define como: “*differently depending on whether it narrowly refers to labor conditions or more broadly to life experiences. Accordingly, we will provide two different definitions, keeping in mind the partial overlap between them*”. BIGLIA y BONET MARTÍ (2014), p. 1488.

³⁶ GILSON (2014).

³⁷ GILSON (2014). El texto original señala: “*Across the diverse instances of vulnerability, a common sense of vulnerability is underscored: vulnerability is defined by openness and, more specifically, to be vulnerable is to be open to being affected and affecting in ways that one cannot control*”.

³⁸ DUNN (1990).

³⁹ SIDER (1996).

⁴⁰ Más abajo desarrollamos este punto.

tificar cinco versiones de esta concepción que pueden ordenarse en un *continuum*. En un extremo se ubica la versión de la concepción que se enfoca en la probabilidad de un daño.⁴¹ En el otro extremo, se ubica la versión que enfatiza la noción de dependencia. En medio del *continuum* hay versiones que combinan ambos énfasis. En general, casi todas las versiones de esta concepción surgen a partir de discusiones de género que circulan en investigaciones de bioética. Entonces, antes de dar un contenido aproximado a esta posición, revisamos un conjunto de documentos elaborados por organismos de deontología médica que instalan esta posición en el debate especializado.

La primera versión de esta concepción parece reflejarse en la declaración de Helsinki (1964). Este es un documento muy recurrido en ética de la medicina. El documento en su versión vigente señala:

“Algunos grupos e individuos son particularmente vulnerables y pueden tener una mayor probabilidad de ser perjudicados o de sufrir daños adicionales.

*Todos los grupos e individuos vulnerables deben recibir una protección considerada específicamente.”*⁴² El texto citado parece resaltar que la vulnerabilidad es una cualidad ‘particular’ que considera como una de sus expresiones la mayor probabilidad de sufrir un perjuicio. La segunda versión importante de esta concepción parece reflejarse en la versión de 2002 de las pautas éticas para la investigación relacionada con seres humanos cuyo autor es el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas. El texto dice:

*“Las personas vulnerables son aquellas que son relativamente (o absolutamente) incapaces de proteger sus propios intereses. De manera más formal, pueden carecer de poder, inteligencia, educación, recursos, fuerza u otros atributos necesarios para proteger sus propios intereses.”*⁴³

En el año 2016 el texto de la guía fue reemplazado y la definición fue parcialmente modificada. En la nueva redacción quedan difuminados los elementos de las versiones anteriores. El texto vigente dice: *“Según la Declaración de Helsinki, los grupos e individuos vulnerables “pueden tener una mayor probabilidad de ser agraviados o de sufrir daños adicionales”. Esto implica que la vulnerabilidad involucra juicios sobre tanto la probabilidad como el grado de daño físico, psicológico o social, así como una mayor susceptibilidad al engaño o a la violación de la confidencialidad.*

Es importante reconocer que la vulnerabilidad no solo se refiere a la capacidad de proporcionar un consentimiento inicial para participar en la investigación, sino también a los aspectos relacionados con la participación continua en los estudios de investigación. En algunos casos, las personas son vulnerables porque son relativamente (o absolutamente) incapaces de proteger sus propios intereses. Esto puede ocu-

⁴¹ Entendemos daño como perjuicio a intereses o pérdida de bienestar.

⁴² WORLD MEDICAL ASSOCIATION (2013), p. 2192. El texto original es el siguiente: *“Some groups and individuals are particularly vulnerable and may have an increased likelihood of being wronged or of incurring additional harm. All vulnerable groups and individuals should receive specifically considered protection”.*

⁴³ COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (2002). El texto original dice: *“vulnerable persons are those who are relatively (or absolutely) incapable of protecting their own interests. More formally, they may have insufficient power, intelligence, education, resources, strength, or other needed attributes to protect their own interests”.*

rrir cuando las personas tienen limitaciones relativas o absolutas en su capacidad decisional, educación, recursos, fuerza u otros atributos necesarios para proteger sus propios intereses”.⁴⁴

Revisemos ahora un pequeño fragmento de la literatura especializada. Autores como Chambers, Shivas, Macklin⁴⁵ y Goodin defienden variantes de esta posición.⁴⁶ En su trabajo de 2012 Macklin desarrolló un enfoque sobre la vulnerabilidad para la ética de la salud pública que ella misma calificó como feminista.⁴⁷ Su propuesta considera el enfoque de Luna⁴⁸ y la definición del Council for International Organizations of Medical Sciences (en adelante también como CIOMS) de 2002. Así, ella sostuvo que una teoría de la vulnerabilidad asociada a la bioética debería ser capaz de permitir un enfoque sistemático, explicar las razones por las cuales ciertas personas carecen de capacidad de autoproteger sus intereses, hacer predicciones probabilísticas, identificar a los individuos vulnerables en ciertos contextos y decir algo sobre la prevención de daños y provisión de soluciones.

El primer paso de la teoría es, entonces, “iniciar con la idea básica de vulnerabilidad como la incapacidad relativa de proteger los propios intereses (relativa, es decir, a la capacidad de otros para proteger sus intereses). El aspecto explicativo de la teoría se basa en hechos y circunstancias empíricas para explicar por qué algunos individuos o grupos (en este caso, mujeres) son más propensos a enfermedades, lesiones, daños psicológicos o muerte que otros individuos o grupos”.⁴⁹

El trabajo de Goodin busca defender el estado de bienestar y fundar las prestaciones sociales a las personas vulnerables. No es un trabajo abiertamente feminista, aun cuando ha sido usado y citado por trabajos feministas posteriores como Gilson.⁵⁰ Goodin define la vulnerabilidad indicando:

“Uso ‘vulnerabilidad’ y ‘dependencia’ de manera intercambiable para referirme a la siguiente situación: A es vulnerable a B si y sólo si las acciones y decisiones de B tienen un gran impacto en los intereses de A. Aquí equiparo ‘intereses’ con ‘bienestar’, siguiendo a Barry (1965, p. 176; véase también Reeve & Ware, 1983), al leer ‘x está en los intereses de A’ como ‘x incrementa las oportunidades de A de obtener lo que A

⁴⁴ COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (2016), p. 57. El texto original dice: “According to the Declaration of Helsinki, vulnerable groups and individuals ‘may have an increased likelihood of being wronged or of incurring additional harm’. This implies that vulnerability involves judgments about both the probability and degree of physical, psychological, or social harm, as well as a greater susceptibility to deception or having confidentiality breached. It is important to recognize that vulnerability involves not only the ability to provide initial consent to participate in research, but also aspects of the ongoing participation in research studies. In some cases, persons are vulnerable because they are relatively (or absolutely) incapable of protecting their own interests”.

⁴⁵ Macklin se ocupa de distinguir daño y explotación de las personas vulnerables en contextos de la investigación médica multinacional. Usando la declaración de Helsinki del 2000 argumenta sobre la necesidad de revisar las reglas de protección a personas y grupos vulnerables como las mujeres. Sin embargo, ella no define vulnerabilidad, sino que solo usa los documentos internacionales vigentes al momento de escribir el artículo.

⁴⁶ CHAMBERS (2006); SHIVAS (2004); SHIVAS (2013); MACKLIN (2003); y GOODIN (1986).

⁴⁷ MACKLIN (2012), p. 65.

⁴⁸ LUNA (2009).

⁴⁹ MACKLIN (2012), p. 71. El texto original afirma: “It begins with the basic idea of vulnerability as the relative inability to protect one’s interests (relative, that is, to the ability of others to protect their interests). The explanatory aspect of the theory draws on empirical facts and circumstances in order to explain why some individuals or groups (in this case, women) are more prone to disease, illness injury, psychological harm, or death than other individuals or groups”.

⁵⁰ GILSON (2014).

quiere'. Proteger a los vulnerables es, por lo tanto, moralmente deseable porque, en igualdad de condiciones, es moralmente deseable que los intereses y el bienestar de las personas sean promovidos.

Lo central en los conceptos de 'vulnerabilidad' y 'dependencia' es el hecho de que son relacionales. Siempre se es vulnerable o dependiente de algún individuo o grupo de individuos que tiene el poder de ayudarte o dañarte en algún aspecto. Este carácter relacional de los conceptos es una gran ayuda para decidir sobre quién recae la responsabilidad de prestar asistencia. Si la vulnerabilidad da lugar a reclamaciones morales, entonces esas reclamaciones morales deben dirigirse principalmente contra aquellos agentes cuyas acciones y decisiones afectan tu vulnerabilidad. Así, esto podría caracterizarse como un modelo de "necesidades dirigidas". Decir simplemente que 'A está necesitado' deja sin especificar quién debe ser responsable de satisfacer esas necesidades. Decir que 'A es vulnerable a B' proporciona una respuesta clara a esa pregunta.

Las vulnerabilidades también son relativas. A sería más vulnerable a B que a C si las acciones y decisiones de B impactan más en los intereses de A que las acciones y decisiones de C. Aquellos a quienes uno es relativamente más vulnerable tienen responsabilidades relativamente mayores. Cualquiera a quien A sea única y exclusivamente vulnerable (nadie más ayudará si esa persona no lo hace) tiene las mayores responsabilidades de todas. Aunque la responsabilidad primaria recae sobre quien esté en la mejor posición (o, en el caso límite, en la posición única) para proteger al vulnerable, eso no exime a los demás de la responsabilidad por completo. Aquellos que podrían ayudar, aunque no tan bien como aquellos con responsabilidad primaria, retienen una responsabilidad residual de hacerlo en caso de que los otros no lo hagan, y también tienen una responsabilidad continua de monitorear la situación para ver si su asistencia es, de hecho, requerida".⁵¹⁻⁵²

En la síntesis que hemos realizado se pueden distinguir cinco variantes: (i) Vulnerabilidad como mayor probabilidad de sufrir un daño (Helsinki); (ii) Vulnerabilidad como incapacidad absoluta o relativa de proteger sus propios intereses CIOMS 2002; (iii) Vulnerabilidad como limitación absoluta o relativa de capacidad decisiva CIOMS 2016; (iv) Vulnerabilidad como incapacidad absoluta o relativa de proteger sus propios intereses que genera propensión a daños (Macklin); (v) Vulnerabilidad como

⁵¹ FEINBERG (1970), p. 244. El texto original dice: "I use "vulnerability" and "dependency" interchangeably to refer to the following situation: A is vulnerable to B if and only if B's actions and choices have a great impact on A's interests. Here I equate "interests" with "welfare," following Barry (1965, p. 176; see also Reeve & Ware, 1983) in reading "x is in A's interests" to mean "x increases A's opportunities get what A wants." Protecting the vulnerable is thus morally desirable because, ceteris paribus, it is morally desirable that people's interests and welfare should be furthered.7 Central to the concepts of "vulnerability" and "dependency" is the fact that they are relational. You are always vulnerable to or dependent upon some individual or group of individuals who have it within their power to help or to harm you in some respect(s). This relational character of the concepts is an enormous help in deciding where to settle responsibility for rendering assistance. If vulnerability gives rise to moral claims, then those moral claims must be principally against those agents to whose actions and choices one is vulnerable. Thus, this might be characterized as a "directed needs" model. Saying merely that "A is in need" leaves unspecified who should be responsible for meeting those needs. Saying that "A is vulnerable to B" provides a ready answer to that question. Vulnerabilities are also relative. A would be more vulnerable to B than to C if B's actions and choices make a greater impact on A's interests than do C's actions and choices. Those to whom one is relatively more vulnerable have relatively greater responsibilities. Anyone to whom A is uniquely vulnerable (no one else will help if that person does not) has the greatest responsibilities of all. Although primary responsibility falls to whomsoever is in the best (or, in the limiting case, the unique) position to protect the vulnerable, that does not relieve others of responsibility altogether. Those who could help, albeit not as well as those with primary responsibility, retain a residual responsibility to do so should the others default, and they also have a continuing responsibility to monitor the situation to see whether or not their assistance is in fact required".

⁵² GOODIN (1986), p. 779.

dependencia de alguien que tiene el poder de ayudar o dañar en algún aspecto.⁵³

Las variantes (i) y (v) construyen una noción de vulnerabilidad como propiedad extrínseca. En cambio, las variantes (ii), (iii) y (iv) pueden ser consideradas versiones poco sofisticadas de una definición de vulnerabilidad como propiedad disposicional en la medida que definen vulnerabilidad como una capacidad.⁵⁴

3. Posición n°3: La vulnerabilidad como propiedad disposicional

La tercera posición sostiene que la VULNERABILIDAD es una propiedad disposicional. Esta idea está insinuada en el trabajo de Hurst⁵⁵ y fue desarrollada con posterioridad por Martin, Tavaglione y Hurst.⁵⁶ Desde ahí la propuesta generó discusión en los círculos especializados.⁵⁷ Estos trabajos consideran distintas aristas de una idea sencilla: la VULNERABILIDAD es una propiedad que es una tendencia o propensión a ser dañado.

Hay dos versiones de esta posición. La primera considera que es una propiedad disposicional extrínseca y, la segunda, una propiedad disposicional intrínseca. La diferencia no es clara, porque la fundamentación de las posiciones es opaca ya que se usa una combinación de los criterios metafísico y sintáctico sobre qué es “intrínseco”. *Prima facie*, es posible afirmar que la diferencia intrínseco-extrínseco se formula como la expresión de una dependencia del contexto. Cuando la propiedad disposicional es extrínseca ella desaparece si se modifica el contexto, en cambio, si ella es intrínseca el cambio de circunstancias no la hace desaparecer. Pero en A.K. Martin y otros⁵⁸ se afirma que la propiedad es intrínseca aunque tiene formas de manifestación relacionales o extrínsecas.⁵⁹

a. Vulnerabilidad como propiedad disposicional extrínseca

Es McKittrick quien desarrolla una noción de vulnerabilidad como propiedad extrínseca en un trabajo de análisis conceptual de 2003. Este es un trabajo de filosofía que se ocupa de fundar la posibilidad de al menos una propiedad disposicional extrínseca. En el marco de esa argumentación, la autora usa la noción de vulnerabilidad como ejemplo. Revisaremos algunos puntos de su argumentación, porque permiten dar luz sobre cómo su idea ha producido desarrollos posteriores de esta posición en otras disciplinas.

McKittrick dice que algo es vulnerable si está dispuesto a sufrir daño como resultado de un ataque.

⁵³ GOODIN (1986).

⁵⁴ Sobre la capacidad jurídica como una propiedad disposicional ver NINO (1991).

⁵⁵ HURST (2008).

⁵⁶ MARTIN ET AL (2014).

⁵⁷ ARMSTRONG (2017); LUNA (2019); y LUNA (2021).

⁵⁸ MARTIN ET AL (2014), p. 58.

⁵⁹ Otra razón de opacidad es que varias versiones de esta posición usan un lenguaje que intenta reemplazar la terminología filosófica estándar sobre las propiedades disposicionales.

Una cosa puede ser vulnerable de muchas maneras, a varias cosas y en diversos grados. A juicio de McKitrick la vulnerabilidad es una propiedad disposicional pues cumple con todas las marcas de disposicionalidad: ella tiene una manifestación: el daño al objeto vulnerable y circunstancias de manifestación, en el ejemplo que ella da, el caso de un ataque aéreo. La vulnerabilidad está asociada con ciertos contrafácticos “*Si fuera atacada, sería dañada*” y también puede ser referida con una locución abiertamente disposicional: “*la disposición a sufrir daño como resultado de un ataque*”.⁶⁰

La noción de vulnerabilidad McKitrick la ilustra a través de un ejemplo: una ciudad protegida con un sistema de defensa militar similar al de *Star Wars* que se ubica fuera de las fronteras de la ciudad y que es construido, mantenido y operado por un país extranjero. McKitrick nos dice que si el país extranjero retira la protección o desactiva el sistema de defensa la ciudad pasa de ser invulnerable a ser vulnerable sin que nada en ella cambie.⁶¹ En términos simples, McKitrick considera que la vulnerabilidad es una propiedad extrínseca, ya que duplicados perfectos pueden diferir con respecto a su vulnerabilidad y al modificar el entorno o el contexto de una cosa puede hacerla vulnerable.

Para cerrar la exposición del argumento es importante considerar que el trabajo de McKitrick ha sido cuestionado. Un buen ejemplo de las críticas es la investigación de Seungbae Park quien desarrolló un argumento a favor de la vulnerabilidad como propiedad disposicional intrínseca.⁶² Park sostiene que un portador posee una disposición incluso si ella no se manifiesta. Entonces, equipara la fragilidad del vidrio con la vulnerabilidad. La fragilidad del vidrio y la vulnerabilidad de la ciudad dependen, a su juicio, de su base causal (su estructura atómica). Entonces, que la ciudad atacada no sufra un daño no implica que no sea vulnerable, sino solo que la propiedad no se ha manifestado. Además, la ciudad retiene la disposición de ser vulnerable incluso si se construye un sistema de defensa externo, porque si el sistema es destruido, la ciudad sería dañada.⁶³

A nuestro juicio el argumento de Park lleva las cosas al extremo. En un sentido general, cualquier entidad material que esté conformada de átomos puede ser destruida. El significado de vulnerabilidad como la propensión de algo a ser destruido por estar hecho de átomos es un significado trivial, porque cuando todo es vulnerable, nada es vulnerable. El argumento de Park tampoco funciona con personas, porque conduce a confundir la vulnerabilidad con otras propiedades como la mortalidad. Y como he dicho, dos propiedades se distinguen por su extensión. Si la vulnerabilidad y la mortalidad tienen extensiones diversas son propiedades diferentes que no pueden hacerse colapsar. En este sentido, Park olvida que el uso ordinario del término vulnerabilidad funciona como un destacador. Decir que algo es vulnerable no solo describe su propensión a sufrir un daño, sino que también subraya que eso sobre lo que se predica, merece especial atención o cuidado en ciertas circunstancias y que si se toman las medidas de resguardo necesarias el daño puede ser evitado. Como es obvio, en muchos casos la mortalidad no puede ser evitada.

⁶⁰ MCKITRICK (2003), p. 161.

⁶¹ MCKITRICK (2003), p. 162.

⁶² PARK (2017).

⁶³ PARK (2017), p. 100.

En otra disciplina, en bioética, fue Hurst quien insinuó, de forma sutil, la idea de que la vulnerabilidad es una propiedad disposicional.⁶⁴ En ese trabajo Hurst no cita a McKitrick (2003). Sin embargo, en trabajos posteriores sí lo ha hecho.⁶⁵ El trabajo inicia con el análisis de la distinción de diversos contextos lingüísticos de uso de la palabra vulnerabilidad y restringe la investigación a la vulnerabilidad humana intrínseca.⁶⁶ A continuación, cuestiona las nociones de vulnerabilidad que circulan en contextos médicos y que se basan en el consentimiento y en la equidad. Su propósito es resolver el dilema de definir vulnerabilidad como una propiedad universal o definirla como una lista de agravios. Propone, entonces, una definición limitada de vulnerabilidad que enfoca quienes son vulnerables y quienes no en contextos de atención sanitaria. Así, la definición de Hurst no se hace cargo de todas las formas de vulnerabilidad asociadas con ser humano, falible, moral y capaz de sufrir.⁶⁷

Hurst usa la definición de Agrawal como punto de partida para su definición de vulnerabilidad como “un aumento del potencial de que la inclusión de sujetos vulnerables sea automáticamente considerada poco ética o incorrecta”.⁶⁸ A su juicio, esta definición permite entender que todos tenemos múltiples intereses y que cada uno de ellos puede tener un distinto grado de propensión a estar en riesgo. Hurst propone que “la vulnerabilidad [sea entendida] como una reclamación de protección especial que debe entenderse como una probabilidad identificablemente aumentada de sufrir un agravio adicional o mayor”.⁶⁹ La definición queda limitada a los daños y agravios incluyendo los derivados de la lesión de un derecho. Primero, porque no es verdadero que se deban reparar todos los intereses de todos los daños y, segundo, porque entiende que la vulnerabilidad es una demanda de protección especial en ciertas circunstancias.⁷⁰

Frédéric Armstrong ha sostenido una defensa de la noción de vulnerabilidad como propiedad disposicional extrínseca. Usando como punto de partida el trabajo de McKitrick analiza críticamente la propuesta de Martin et al. afirmando que es defectuosa, porque no es posible sostener que la vulnera-

⁶⁴ HURST (2008), p. 196. El texto original dice: “I propose that vulnerability as a claim to special protection should be understood as an identifiably increased likelihood of incurring additional or greater wrong. Vulnerability in this sense is not restricted to the likelihood of faulty consent or even to the limited capacity to defend one’s own interests. If we understood the worst, or perhaps the only, wrong to be lack of respect for selfdetermination, and that no harm is done to the willing, then this definition would be identical to previous ones”.

⁶⁵ MARTIN Y HURST (2017).

⁶⁶ MARTIN ET AL (2014), pp. 54 y 55. El texto original señala: “When defining vulnerability, it is crucial to distinguish two different semantic uses which are often used interchangeably, but which clearly should be separated. On the one hand, we can say that “x is vulnerable to y.” An example of this use is provided by the sentence “Dave is vulnerable to poverty.” In such sentences, “vulnerable” can often be replaced by “susceptible.” On the other hand, we can say that “x is vulnerable” tout court. This adds up to “x exemplifies the intrinsic property of vulnerability.” Admittedly, there are sometimes overlaps in meaning between these two types of vulnerability predications. However, in this article, we aim to clarify what intrinsic (human) vulnerability is”.

⁶⁷ HURST (2008), p. 197.

⁶⁸ HURST (2008), p. 195. El texto original dice: “increased potential that one’s interests cannot be protected’ (Agrawal, 2003, p. note 8). As he correctly notes, labelling the inclusion of vulnerable subjects as automatically unethical is incorrect. It can put these people at disadvantage, for example if their systematic exclusion from research leads to missed opportunities to gain knowledge useful to them”.

⁶⁹ HURST (2008), p. 195. El texto original señala: “I propose that vulnerability as a claim to special protection should be understood as an identifiably increased likelihood of incurring additional or greater wrong”.

⁷⁰ En este punto Hurst cita a LEVINE ET AL (2004).

bilidad es una propiedad disposicional y, al mismo tiempo, que es una propiedad intrínseca.⁷¹ Siguiendo a McKitrick, Armstrong afirma que las propiedades extrínsecas son una función de las relaciones del objeto con otros objetos o con las circunstancias. Entonces, si la vulnerabilidad es una propiedad disposicional y el objeto sólo está dispuesto a sufrir un daño cuando está en relación con otros objetos, la propiedad de “*ser vulnerable*” es una propiedad disposicional extrínseca y relacional. A su juicio: “*The fact that the same concept applies to a wide variety of phenomena and comes with a wide variety of moral commitments is not necessarily a problem. But there is something genuinely puzzling about a concept that refers (1) to a seemingly permanent and necessary fact and (2) to a seemingly contingent and occurrent relation. Ideally, we would have a conceptual solution to this puzzle*”.⁷²

El razonamiento desplegado por Armstrong tiene dos argumentos fundamentales más allá de los formulados por la ya citada McKitrick. En primer lugar, que la dicotomía intrínseca/extrínseca atraviesa la dicotomía universal/particular. Lo que significa que ya todos estamos en relación con el mundo, el riesgo de ser dañados es universal pero esa universalidad no implica que la propiedad en sí misma sea una propiedad intrínseca. En segundo lugar, los riesgos imposibles de predecir o prevenir no son auténticos casos de vulnerabilidad. La propensión a morir por la caída de un rayo o por una enfermedad desconocida son hechos que no implican que deba tenerse un especial cuidado. A su juicio, el término vulnerable, cuando es usado ante esos casos, no es trivial: sólo informa que se sufrirá un daño.

Pensamos que hay dos vacíos en el argumento de Armstrong. En primer lugar, hay usos de vulnerabilidad que se refieren a daños o a limitaciones de actuación que son predecibles e incluso rutinarios. Por ejemplo, quien afirma que un automóvil eléctrico es vulnerable a la pérdida progresiva de capacidad de carga que tienen las baterías de litio. Ese uso del término también debería ser descartado, por irrelevante. En segundo lugar, siguiendo la distinción de propiedades en virtud de su extensión, un buen argumento para distinguir la vulnerabilidad de la susceptibilidad, de la fragilidad, de la mortalidad o de la enfermedad es comparar sus extensiones. Si ellas se superponen, lo que ocurre es que el discurso hace colapsar las propiedades. En tercer lugar, parece que la distinción entre concepto y concepción podría ser útil para afrontar el debate ¿Hay dos concepciones de vulnerabilidad y un solo concepto o se trata, en realidad, de concepciones sobre conceptos diferentes? Este asunto lo abordaremos más adelante.

b. Vulnerabilidad como propiedad disposicional intrínseca

La segunda versión de esta posición, es decir, la versión de la vulnerabilidad como propiedad dispo-

⁷¹ ARMSTRONG (2017), p. 192, dice: “Another way out would be for Martin et al. to stress that they sought to talk about only the particular kind of vulnerability that is relevant to health care. This vulnerability, they could claim, is indeed an intrinsic disposition—after all, even though they cite McKitrick, who clearly states that vulnerability is an extrinsic disposition, Martin et al. merely say that vulnerability is a dispositional property and postpone a full discussion of the metaphysical difficulties related to dispositions (p. 55, p. 68 n. 5). In other words, Martin et al. could say that McKitrick’s examples—the city (un)protected by a defense system and the person walking with(out) bodyguards—are not of the right kind of vulnerability. This would not be incompatible with McKitrick’s thesis since she is merely saying that at least some dispositions are extrinsic. Maybe the kind of vulnerability relevant to health care is distinct from the kind of vulnerability discussed by McKitrick”.

⁷² ARMSTRONG (2017), p. 185.

sional intrínseca ha sido desarrollada por Martín et al. y por los últimos trabajos de Luna.⁷³ Martín y sus colegas defienden que la vulnerabilidad es una propiedad disposicional intrínseca.⁷⁴ A partir de ahí distinguen tres elementos de análisis asociados a la disposicionalidad de la propiedad: (i) las condiciones que un individuo debe cumplir para ser descrito como generalmente vulnerable; (ii) las circunstancias bajo las cuales la vulnerabilidad puede manifestarse; y (iii) las manifestaciones de vulnerabilidad.⁷⁵

En 2014 Martín, Tavaglione y Hurst desarrollaron una posición de la vulnerabilidad como propiedad disposicional intrínseca. La propuesta ha sido influyente en trabajos posteriores.⁷⁶ Las condiciones que explican la vulnerabilidad son tres: (i) intereses de bienestar o (ii) intereses de agencia y (iii) la posibilidad de que los intereses se frustren por acciones de los propios individuos, de terceros o por circunstancias externas. Las condiciones (i) y (ii) son razones “*por las cuales un ser es vulnerable*” y (iii) es una circunstancia de manifestación. La condición (i) excluye los intereses de preferencia como fundamento de la vulnerabilidad y permite definir daño como la insatisfacción del interés de bienestar: el sujeto está peor que antes.

La condición (ii) enfatiza la persecución de valores, principios y creencias individuales que han sido reflexionados y son importantes.⁷⁷ Por efecto dominó la insatisfacción de un interés de agencia puede, en algunos casos, afectar un interés de bienestar. La condición (iii) permite observar que la vulnerabilidad puede manifestarse en circunstancias de causas accidentales o voluntariamente por la persona misma o por circunstancias externas evitables o inevitables.

Conforme a la definición, los intereses de bienestar se frustran cuando acontecen dos fenómenos: (i) si alguien está en una situación peor que antes o en la que podría haber estado “*en relación con el potencial de nuestra especie para vivir una vida plenamente humana*”⁷⁸ y, (ii) si alguien está peor de lo que podría estar, medido por su potencial personal de bienestar y florecimiento. La primera condición se aplica a los miembros paradigmáticos de una especie, es decir, aquellos que tienen capacidades e intereses típicos de la especie en cuestión. La segunda condición se refiere a seres que no son paradigmáticos en la medida en que no pueden lograr el florecimiento típico de los demás miembros de su especie.

En relación con los intereses de agencia, la vulnerabilidad es la afectación de valores, principios o creencias individuales que las personas persiguen y que pueden ser afectados por contratiempos. La agencia, entonces, expresa la libertad del individuo en la concepción del bien que tiene la persona.⁷⁹

⁷³ MARTÍN ET AL (2014); LUNA (2019); y LUNA (2021).

⁷⁴ MARTÍN ET AL (2014). Aunque curiosamente citan a MCKITRICK (2003).

⁷⁵ MARTÍN ET AL (2014), p. 55.

⁷⁶ HURST (2020); MARTÍN Y HURST (2017); y TAVAGLIONE ET AL (2015).

⁷⁷ Citan a SEN (1985a), p. 203.

⁷⁸ Citan a HARROSH (2012), p. 493.

⁷⁹ Citan a SEN (1985b), p. 203.

También quedan fuera los intereses de agencia en la persecución de valores no importantes.

Esta definición de vulnerabilidad excluye la afectación de intereses de preferencia.⁸⁰ Pero considera que hay relaciones entre los intereses de bienestar y agencia. Martín y otros señalan que estos intereses están superpuestos.⁸¹

Según Martín y otros pueden haber lesiones a intereses de agencia (injusticias) sin daño, es decir, sin afectación de los intereses de bienestar y, como señala el tercer requisito de la vulnerabilidad, las afectación de intereses puede provenir de la misma persona, de un tercero o de circunstancias. A partir de ello concluyen que “*aunque la vulnerabilidad es una propiedad intrínseca, sus condiciones de manifestación son relacionales: una manifestación de vulnerabilidad ocurre debido a alguna interacción del individuo vulnerable con el mundo*”.⁸²

Los trabajos de Luna⁸³ usan las ideas de los trabajos ya citados de Hurst y Martín y otros para desarrollar de forma progresiva una definición de vulnerabilidad asociada a la metáfora de capas de vulnerabilidad. En su trabajo de 2019, Luna se preocupa de una noción de vulnerabilidad que sea útil para investigaciones médicas, y por ello descarta la posición intrínseca. A su juicio, si todos somos vulnerables no es posible justificar obligaciones especiales para situaciones especiales. Además, le preocupa la naturalización de la vulnerabilidad que se deriva de definiciones como la de CIOMS 2002.

El punto de partida del artículo de 2019 es su trabajo previo: *Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels* (2009) en donde propuso que el concepto VULNERABILIDAD opera por medio de capas o estratos que pueden adquirirse o eliminarse. Usando su propio trabajo Luna distingue la estructura y el funcionamiento del concepto y su contenido o caracterización.⁸⁴ Así, construye un concepto de vulnerabilidad que es contextual, en el sentido que “*una persona puede dejar de ser considerada vulnerable si la situación cambia*”.⁸⁵ En relación con la estructura del concepto señala en su propuesta tres elementos: “(1) *no existe un estándar único o ideal y hay múltiples factores o fuentes de vulnerabilidad; (2) están profundamente relacionados con el contexto; y (3) la vulnerabilidad no es una propiedad esencial de los sujetos o grupos de investigación per se*”.⁸⁶ Luego, el funcionamiento conceptual es relacional y dinámico vinculado a la situación de análisis. Así, la metáfora de las capas solo se preocupa del funcionamiento del concepto y permite integrar todas las definiciones sin tener que elegir entre

⁸⁰ Citan a REGAN (2004), pp. 87, 88 y 91.

⁸¹ MARTÍN ET AL (2014). Esto es un error conceptual. Una mejor reconstrucción de la racionalidad práctica es considerar que la satisfacción de los intereses de agencia puede ser un medio para satisfacer intereses de bienestar.

⁸² MARTÍN ET AL (2014), p. 58. El texto original dice: “*Thus, while vulnerability is an intrinsic property, its conditions of manifestations are relational: a manifestation of vulnerability occurs due to some interaction of the vulnerable individual with the world*”.

⁸³ LUNA (2009); LUNA (2019); y LUNA (2021). Luna reconoce que la idea de considerar a la vulnerabilidad como una propiedad disposicional es planteada pero no desarrollada por HURST (2008).

⁸⁴ LUNA (2019), p. 89.

⁸⁵ LUNA (2019), p. 89.

⁸⁶ LUNA (2019), p. 88.

ellas, porque se organizan como una cascada (*cascade layers*).⁸⁷ En algún sentido, el trabajo de Luna intenta mostrar una forma de hacer compatibles diversas concepciones del mismo concepto de una forma en que no son competitivas entre sí.⁸⁸

Para cerrar este punto es importante resaltar la función prescriptiva que cumplen estas posiciones. La primera posición, la intrínseca, es útil para prescribir deberes categóricos (universales) de acción o reconocimiento. Ya que todos compartimos la vulnerabilidad, es obligatorio que construyamos mecanismos sociales para enfrentarla. En cambio, la segunda posición, la extrínseca, es funcional a la prescripción de deberes condicionales o especiales que permiten justificar un cuidado o resguardo extraordinario en ciertas circunstancias. Así, el foco de la segunda posición es determinar en qué condiciones un reclamo de prestaciones asociado a la situación de vulnerabilidad es legítimo. La tercera posición contribuye un poco a ambos programas prescriptivos en la medida en que la vulnerabilidad se considere una propiedad intrínseca in-manifiesta o una propiedad extrínseca que es función de la relación del portador con el contexto.

III. ¿ESTAMOS EN PRESENCIA DE TRES CONCEPCIONES SOBRE LA VULNERABILIDAD?

Para resolver esta pregunta hay que poner atención a la distinción entre concepto y concepción. La distinción es de Gallie.⁸⁹ Aunque no es aceptada por todos los filósofos,⁹⁰ en filosofía política ha sido usada por Rawls y luego Dworkin en teoría del derecho.⁹¹ En Italo-iberoamérica, a partir de la influencia de estos trabajos, ha sido recurrida por teóricos del derecho.⁹²

La distinción concepto y concepción es útil por tres razones. Primero, la distinción puede servir para desarrollar una definición descriptiva y neutral de VULNERABILIDAD que puede ser acordada como fundamental e independiente de las controversias de política sobre esta idea.⁹³ Segundo, porque permite ordenar el debate. Ya que una reconstrucción de un concepto de VULNERABILIDAD general o

⁸⁷ Ella denomina “gatillos o condiciones-estímulo” a las condiciones de actualización de la propiedad disposicional. LUNA (2019), p. 140.

⁸⁸ LUNA (2019), p. 91. Un problema del trabajo de Luna es que piensa que el trabajo de Hurst encaja con su propuesta, cuando eso no es posible. El original dice: “*Being vulnerable or suffering a layer of vulnerability reveals that a person might be mistreated/abused/exploited under certain circumstances. Yet, a person need not be mistreated/abused/exploited to be viewed as having a layer of vulnerability or being considered vulnerable. Moreover, if she is abused, mistreated or exploited, she is no longer vulnerable because she has already been harmed, abused, and so on. It is the possibility of being harmed, mistreated or exploited that is relevant. Hurst’s analysis, for example, also assumes this dispositional character when she speaks of an “increased likelihood of incurring additional or greater wrong”.*”⁵¹ Hurst’s proposal fits very well to the dispositional analysis of vulnerability that I am suggesting. This aspect of the concept of vulnerability which is highly relevant; has not been sufficiently analyzed and given the importance it should have (granting some exceptions such as Hurst proposal)”.

⁸⁹ GALLIE (1956). Diferentes formas de trazar la distinción entre concepto y concepción se pueden encontrar en LALUMERA (2014) y SWANTON (1992), pp. 2 y 3.

⁹⁰ HALPIN (1997), p. 11; y RAZ (1986). Algunos filósofos creen que la distinción es oscura o engañosa. Por ejemplo, en una *review* que Joseph Raz hizo al libro *A Matter of principle* de Dworkin, Raz duda de la distinción diciendo “*Dworkin’s point here is sound and does not require the dubious distinction between concepts and conceptions*”. DWORKIN (1986), p. 1110.

⁹¹ RAWLS (1971) y DWORKIN (1977), pp. 103, 134-136, 226 y 227; y DWORKIN (1986), pp. 70 y 71.

⁹² COMANDUCCI (1998); GARZÓN (1988); GARZÓN (1992); y PÉREZ (1987).

⁹³ FLEW (1985) y HIGGINBOTHAM (1998).

independiente de las interpretaciones deja afuera de las controversias a todos los elementos que se consideran como parte del concepto, pero no de las concepciones.⁹⁴ Tercero, podemos ganar claridad. La distinción permite separar aquello que podemos discutir y aquello que no tiene sentido controvertir, ya sea porque es común a todas las posiciones prescriptivas o porque no es rechazado por ninguna de ellas.⁹⁵

En las líneas que siguen sólo profundizamos en las propuestas de Rawls y Dworkin para dar contenido a la distinción. Luego, argumentamos sobre la posibilidad de aplicar el modelo rawlsiano de construir la distinción a las posiciones sobre la VULNERABILIDAD y también defenderemos la posibilidad de usar, de forma moderada, la distinción trazada por Dworkin.

En Rawls una concepción es un conjunto de principios.⁹⁶ No es nuestro propósito hacer una exégesis de Rawls.⁹⁷ Solo nos interesa mostrar dos puntos. Primero, las concepciones (los principios) incluyen los criterios que se necesitan para subsumir un caso singular en una de ellas, porque Rawls no elucida qué incluyen los conjuntos de principios. Segundo, la relación entre un concepto y sus concepciones puede calificarse como: no-biunívoca, teleológica y agonal. La relación entre el concepto y sus concepciones no es biunívoca, porque un concepto puede tener varias concepciones, pero no al revés. La relación es teleológica porque las concepciones parecen operar como medios y el concepto como un fin u objetivo.⁹⁸ Las relaciones entre las concepciones de un mismo concepto son agonales, es decir, las concepciones compiten por una suerte de liderazgo o influjo en el debate social.

En *Law's Empire* Dworkin usa una relación entre concepto y concepción similar a la de Rawls. El ejemplo sobre la CORTESÍA y el RESPETO ilustra bien cómo construye la relación entre concepto y concepción.⁹⁹ Dworkin usa la imagen de un árbol para ilustrar los debates ordinarios sobre la cortesía en una comunidad imaginaria. Distingue, entonces, las proposiciones más generales y abstractas sobre la cortesía (*general and abstract propositions*) y los refinamientos más concretos o subinterpretaciones de estas proposiciones (*concrete refinements or subinterpretations*). Las primeras son el tronco

⁹⁴ EZCURDIA (1998).

⁹⁵ GINSBERG (1963).

⁹⁶ RAWLS (1971), p. 5. En *Theory of Justice*, señala: "Existing societies are of course seldom well-ordered in this sense, for what is just and unjust is usually in dispute. Men disagree about which principles should define the basic terms of their association. Yet we may still say, despite this disagreement, that they each have a conception of justice. That is, they understand the need for, and they are prepared to affirm, a characteristic set of principles for assigning basic rights and duties and for determining what they take to be the proper distribution of the benefits and burdens of social cooperation. Thus it seems natural to think of the concept of justice as distinct from the various conceptions of justice and as being specified by the role which these different sets of principles, these different conceptions, have in common.¹ Those who hold different conceptions of justice can, then, still agree that institutions are just when no arbitrary distinctions are made between persons in the assigning of basic rights and duties and when the rules determine a proper balance between competing claims to the advantages of social life. Men can agree to this description of just institutions since the notions of an arbitrary distinction and of a proper balance, which are included in the concept of justice, are left open for each to interpret according to the principles of justice that he accepts".

⁹⁷ Rawls cita *The Concept of Law* de HART (1961), pp. 155-159.

⁹⁸ Por ello las personas pueden compartir el concepto de justicia, pero no estar de acuerdo en cómo se materializa o qué cuenta como una instancia de ese concepto.

⁹⁹ DWORKIN (1986), pp. 70-72.

del árbol mientras que las segundas son sus ramas.¹⁰⁰ A continuación, el autor señala:

“People by and large agree about the most general and abstract propositions about courtesy, which form the trunk of the tree, but they disagree about more concrete refinements or subinterpretations of these abstract propositions, about the branches of the tree. For example, at a certain stage in the development of the practice, everyone agrees that courtesy, described most abstractly, is a matter of respect. But there is a major division about the correct interpretation of the idea of respect. One party thinks respect, properly understood, should be shown to people of a certain rank or group more or less automatically, while the other thinks respect must be deserved person by person. The first of these parties subdivides further about which ranks or groups are entitled to respect; the second subdivides about what acts earn respect. And so on into further and further subdivisions of opinion.

*In these circumstances the initial trunk of the tree –the presently uncontroversial tie between courtesy and respect– would act, in public argument as well as private rumination, as a kind of plateau on which further thought and argument are built. It would then be natural for people to regard that tie as special and in the way of conceptual, to say, for example, that respect is part of the ‘very meaning’ of courtesy”.*¹⁰¹

El razonamiento de Dworkin inicia con la distinción entre concepto y concepción y se desplaza a la utilidad del trabajo filosófico. En el razonamiento que continúa al fragmento citado, Dworkin arguye que el filósofo sirve a su comunidad en la medida en que su análisis genera tres resultados. Primero, mostrar que el vínculo entre la cortesía y el respeto es un vínculo conceptual en la comunidad de referencia. Segundo, distinguir entre las posiciones en competencia como concepciones del concepto.¹⁰² Tercero, identificar el papel que los ejemplos paradigmáticos (*paradigms*) del concepto juegan en el razonamiento y en el debate de la comunidad.

Dworkin entiende que un ejemplo paradigmático es un ejemplo concreto que permite encajar cualquier interpretación plausible del concepto y que, además, es usado en la argumentación de una interpretación para ilustrar que el rival no lo incluye o no lo tiene en cuenta. Parece ser que, en este punto, el trabajo del filósofo es mostrar cómo los ejemplos paradigmáticos anclan las interpretaciones. Al menos hasta ser desafiados por una nueva interpretación que da cuenta de otros ejemplos paradigmáticos de forma más completa y que deja al ejemplo paradigmático inicial como un error aislado.¹⁰³

El éxito del trabajo filosófico depende, entonces, de que el resultado sea incontrovertible por parte de los miembros de la comunidad, es decir, que la mayoría de la gente piense que la cortesía es una cuestión de respeto.¹⁰⁴ En este punto, Dworkin entiende que la incontrovertibilidad dice relación con la

¹⁰⁰ DWORKIN (1986), p. 70.

¹⁰¹ DWORKIN (1986), pp. 70 y 71.

¹⁰² DWORKIN (1986), pp. 70 y 71.

¹⁰³ DWORKIN (1986), p. 73.

¹⁰⁴ DWORKIN (1986), pp. 71 y 72.

naturaleza interpretativa y no-semántica del resultado del análisis. Incontrovertible quiere decir que la mayoría temporal de los miembros de una comunidad debe estar de acuerdo con la relación conceptual entre cortesía y respeto. Además, incontrovertible no significa que el resultado del análisis no pueda ser desafiado. Desafiar el resultado del análisis es posible cuando se trata de una expresión del aumento del desacuerdo social en la medida que el desafiante parezca excéntrico y, al mismo tiempo, sea perfectamente comprendido por la comunidad de referencia.¹⁰⁵

Retomemos la distinción entre concepto y concepción de Dworkin. Aunque no es nuestro propósito hacer exégesis de Dworkin, es bastante claro que su forma de trazar la distinción se distancia de la de Rawls. Por ejemplo, no enfatiza la competencia entre las concepciones.¹⁰⁶ El principal uso que Dworkin da a la distinción es metodológico. En este sentido, la distinción trata diferenciar dos niveles de abstracción que permiten estudiar una práctica social. En primer nivel, el análisis conceptual se ocupa del acuerdo que se acumula en torno a ideas concretas no controvertidas en todas las interpretaciones que debaten en la comunidad de referencia. En el segundo, en cambio, la identificación de las concepciones exige identificar y asumir los puntos de controversia entre las interpretaciones que argumentan entre sí. En ese sentido, la distinción dworkiniana entre concepto y concepción parece operar, en parte, como una heurística inferencial y, en parte, como una heurística metodológica.¹⁰⁷

Los trabajos de Rawls y Dworkin intentan capturar el debate entre los participantes de discusiones éticas, políticas y jurídicas.¹⁰⁸ Sin embargo, ambos no se ocupan de mostrar cómo operan las concepciones que no son competitivas o que no razonan entorno a fuertes desacuerdos y tampoco aborda un hecho: una parte de las discusiones sociales que implican diferentes interpretaciones de un concepto no radican en relaciones conceptuales, ni en ejemplos paradigmáticos, sino que se producen en relación con situaciones relativamente rutinarias, es decir, son problemas de subsunción individual. En otras palabras, muchas veces no se discute sobre lo que es el significado del concepto, ni tampoco el conjunto de principios (la ética normativa) que aplica a un cierto tipo de caso genérico, sino que se discute si un caso singular es una instancia de cierta clase de caso.

Con estas ideas sobre la mesa, es posible afirmar que las posiciones sobre la vulnerabilidad no son concepciones en el sentido que Rawls da la expresión. Ellas no reclaman de forma agonal el máximo influjo posible en el espacio público y tampoco se atribuyen, en sentido, fuerte o radical, la defensa de una ética normativa omnicompreensiva que compite con otras. En cambio, en el sentido que Dworkin da a la distinción, es decir, como una distinción metodológica, la respuesta puede ser afirmativa según sea la importancia que se atribuya al consenso en el primer nivel del análisis dworkiniano.

¹⁰⁵ DWORKIN (1986), pp. 71 y 72.

¹⁰⁶ Dworkin también se separa de la Gallie, quien la usa para mostrar que hay niveles de desacuerdo en donde hay posibilidad de error y niveles en los que no hay error. Sobre este punto ver la crítica de Raz a otro trabajo del autor que ya he citado.

¹⁰⁷ CHOW (2015).

¹⁰⁸ Esta elaboración ha tenido varias lecturas. Según PÉREZ (1987), Dworkin sostuvo que cuando se apela a un concepto se plantea un problema, mientras que cuando se formula una concepción se intenta resolver un problema. Para White, en cambio, una concepción es una de las formas de llevar a la práctica un concepto. WHITE (1975), pp. 113 y 114.

Si el consenso conceptual es considerado básico para la posición dworkiniana la respuesta es negativa de nuevo. Pero si se flexibiliza ese requisito, podría usarse la etiqueta concepción para roturar a las tres posiciones descritas en el primer apartado. Entonces, a partir del análisis de las nociones de concepción que usan Rawls y Dworkin se puede considerar que el concepto de VULNERABILIDAD no tiene concepciones en sentido rawlsiano y puede tenerlas en sentido dworkiniano. Así, el debate en la literatura especializada no puede reconstruirse como una competencia por el influjo en la sociedad. Se trata, en realidad, solo de una discusión entre posiciones rivales dentro de la literatura especializada. Naturalmente, este desacuerdo tiene tintes prescriptivos: ganar la batalla en la disciplina permite a los expertos en vulnerabilidad legitimar sus pretensiones de re-orientar el debate político sobre otros asuntos conexos: regulación sobre libertades civiles y derechos sociales.

IV. CONCLUSIONES

El abordaje de la VULNERABILIDAD en contextos discursivos prescriptivos como ética, derecho y ciencia política omite expresar algo que es obvio, pero no trivial: se trata de un concepto evaluativo.¹⁰⁹ Así, hay varias preguntas sin respuesta: ¿qué tipo de concepto evaluativo es?, ¿es un concepto determinado?, ¿cómo se relaciona con otros conceptos evaluativos?, ¿es posible el error ante un juicio de vulnerabilidad? Estas preguntas y muchas otras quedan irresueltas en las posiciones que hemos reconstruido, porque el foco de los discursos no es una presentación analítica del concepto en cuestión, sino la defensa de una política del derecho.

El uso de discursos de política del derecho para generar construcciones conceptuales útiles en la toma de decisiones es problemático. Los discursos de política jurídica bien contruidos son coherentes en el modo en que jerarquizan fines o valores que defienden y los que critican, pero son débiles al momento de servir de herramientas para fundar una decisión singular. Ocurre que los discursos de política jurídica eluden las reglas bien determinadas y la definiciones y, entonces, son flexibles, indeterminados y abiertos a la reinterpretación. Así, las normas que surgen de los discursos de política jurídica no pueden ser insertadas en la premisa mayor de un silogismo práctico.

Si, por hipótesis, asumimos que la VULNERABILIDAD es un concepto evaluativo, es decir, que designa algo valioso, la siguiente pregunta es determinar qué tipo de concepto evaluativo es. Solo así podemos intentar reconstruir su estructura interna y sus relaciones con otros conceptos evaluativos como incertidumbre, riesgo y daño. En este sentido, la ausencia de una reconstrucción descriptiva de VULNERABILIDAD es un problema para el discurso práctico general y para el discurso jurídico en particular.

La posición de la VULNERABILIDAD como propiedad intrínseca es difícil de asociar a nociones de riesgo y daño que se usan en discursos jurídicos como los casos de responsabilidad extracontractual. Ideas como la “distribución de los riesgos” o la “cuantificación del daño” son típicamente nociones contingentes, hipotéticas y determinadas por medio de pruebas que se someten a juicios contrafácticos.

¹⁰⁹ Dejamos de lado la noción de conceptos deónticos tales como “debería” y “obligatorio”. TAPPOLET (2014) y TAPPOLET (2021).

Es difícil relacionar estas nociones con una idea de VULNERABILIDAD como propiedad intrínseca que, a la inversa que los conceptos jurídicos, es un concepto independiente del contexto, sobre el cuál tenemos un alto grado de certeza ya que es universal. Este desajuste conceptual no puede ser tratado en este trabajo. Nuestra conjetura es que una vía de solución es reconstruir una noción descriptiva de VULNERABILIDAD que pueda ser usada en razonamientos prácticos como una sentencia judicial. Pensamos que este concepto debe ser descriptivo, es decir, por medio de una definición libre de valores, neutral a valores e independiente de valores¹¹⁰ porque solo de este modo, queda restringido el margen de apreciación del adjudicador y es posible proponer una heurística de razonamiento para el tomador de decisión.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGRAWAL, Manish (2003): “Voluntariness in Clinical Research at the End of Life”, en: *Journal of Pain and Symptom Management* (vol. 25 núm. 4).
- ARMSTRONG, Frédérick (2017): “An extrinsic dispositional account of vulnerability”, en: *Les ateliers de l'éthique* (vol. 12 núm. 2-3).
- BIGLIA, Bárbara y BONET MARTÍ, Jordi (2014): “Precarity”, en: Teo, Thomas (editor), *Encyclopedia of critical psychology* (New York, Springer).
- BUTLER, Judith (2004): “Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation”, en: *The Journal of Speculative Philosophy* (vol. 26 núm. 2).
- CARTER, Ian (2015): “Value-freeness and value-neutrality in the analysis of political concepts”, en: Sobe, David; Vallentyne, Peter y Wall, Steven (editors), *Oxford studies in political philosophy* (Oxford, Oxford University Press), vol. I.
- CASALINI, Brunella (2018): “Le teorie femministe contemporanee, dal paradigma della sovranità al paradigma della vulnerabilità”, en: Bernardini, Maria Giulia; Casalini, Brunella; Giolo, Orsetta y Re, Lucia (a cura di), *Vulnerabilità: Etica, politica, diritto* (Roma, IF Press).
- CHAMBERS, Robert (2006): “Vulnerability, Coping and Policy (Editorial Introduction)”, en: *IDS Bulletin* (vol. 37 núm. 4).
- CHOW, Sheldon (2015): “Many Meanings of «Heuristic»”, en: *The British Journal for the Philosophy of Science* (vol. 66 núm. 4).
- COMANDUCCI, Paolo (1998): “Igualdad liberal”, en: *Revista jurídica de la universidad de Palermo* (año 3 núm. 2).
- COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (2002): *International ethical guidelines for health-related research involving humans*. Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS). Disponible en: <https://cioms.ch/publications/product/international-ethical-guidelines-for-health-related-research-involving-humans/>

¹¹⁰ CARTER (2015), pp. 279-306. El primer requisito implica que el *definiens* carezca de conceptos evaluativos. El segundo requisito significa que el *definiens* no se compromete con la superioridad material o axiológica de ninguna posición sobre el concepto. El tercer requisito exige que el *definiens* no dependa de definiciones evaluativas de otros conceptos.

- COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (2016): *International Ethical Guidelines for Health-related Research involving Humans*. Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS). Disponible en: <https://cioms.ch/publications/product/international-ethical-guidelines-for-health-related-research-involving-humans/>
- DUNN, J. Michael (1990): "Relevant Predication 2: Intrinsic Properties and Internal Relations", en: *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition* (vol. 60 núm. 3).
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire* (Cambridge, Harvard University Press).
- EZCURDIA, Maite (1998): "The Concept-Conception Distinction", en: *Philosophical Issues* (vol. 9).
- FLEW, Antony (1985): "The Concept, and Conceptions, of Justice", en: *Journal of Applied Philosophy* (vol. 2 núm. 2).
- FRYDRYCH, David (2017): "Down the methodological rabbit hole", en: *Crítica (México D F En línea)* (vol. 49 núm. 147).
- GALLIE, Walter (1956): "Essentially Contested Concepts", en: *Proceedings of the Aristotelian Society* (vol. 56 núm. 1).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988): "Acerca del concepto de legitimidad", en: *Anuario de derechos humanos* (vol. 5).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1992): "No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", en: *Claves de Razón Práctica* (vol. 19).
- GILSON, Erinn (2014): *The ethics of vulnerability: A feminist analysis of social life and practice* (New York, Routledge).
- GINSBERG, Morris (1963): "The Concept of Justice", en: *Philosophy* (vol. 38 núm. 144).
- GOODIN, Robert (1986): *Protecting the Vulnerable. A reanalysis of our social responsibilities* (Chicago, University of Chicago Press).
- HALPIN, Andrew (1997): *Rights and Law, Analysis and Theory* (Oxford, Hart Press).
- HARROSH, Shlomit (2012): "Identifying Harms", en: *Bioethics* (vol. 26 núm. 9).
- HART, Herbert (1961): *The concept of law* (Oxford, Clarendon Press).
- HIGGINBOTHAM, James (1998): "Conceptual Competence", en: *Philosophical Issues* (vol. 9).
- HURST, Samia (2008): "Vulnerability in research and health care; describing the elephant in the room?", en: *Bioethics* (vol. 22 núm. 4).
- HURST, Samia (2020): "Vulnerability in Old Age. The Fragility of Inappropriately Protected Interests", en: Schweda, Mark; Coors, Michael y Bozzaro, Claudia (editores), *Aging and Human Nature: Perspectives from Philosophical, Theological, and Historical Anthropology* (Berlin, Springer).
- INTER AMERICAN DEVELOPMENT BANK & ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN (2000): *Un tema del desarrollo: La reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres*. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/15833/un-tema-del-desarrollo-la-reduccion-de-la-vulnerabilidad-frente-los-desastres>
- IPPOLITO, Francesca (2019): "Vulnerability as a normative argument for accommodating "justice" within the AFSJ", en: *European Law Journal* (vol. 25 núm. 6).
- JUÁREZ GUTIÉRREZ, María del Carmen; ÑIGUEZ ROJAS, Luisa y SÁNCHEZ CELADA, Miguel Ángel (2006): "Niveles de riesgo social frente a desastres naturales en la Riviera Mexicana", en: *Investigaciones geográficas* (vol. 61).
- LALUMERA, Elisabetta (2014): "On the Explanatory Value of the Concept Conception Distinction", en: *Rivista Italiana di Filosofia del Linguaggio* (vol. 8 núm. 2).

- LEVINAS, Emmanuel (2012): *Totalidad e infinito* (Salamanca, Sígueme).
- LEVINE, Carol; FADEN, Ruth; GRADY, Christine; HAMMERSCHMIDT, Dale; ECKENWILER, Lisa y SUGARMAN, Jeremy (2004): "The Limitations of "Vulnerability" as a Protection for Human Research Participants", en: *The American Journal of Bioethics* (vol. 4 núm. 3).
- LEWIS, David (1983): "Extrinsic Properties", en: *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition* (vol. 44 núm. 2).
- LEWIS, David (1986): *On the plurality of worlds* (Oxford, Blackwell Publishers).
- LIEDO, Belén (2021): "Vulnerabilidad", en: *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* (núm. 20).
- LUNA, Florencia (2009): "Elucidating the concept of vulnerability: Layers not labels", en: *IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* (vol. 2 núm. 1).
- LUNA, Florencia (2019): "Identifying and evaluating layers of vulnerability – a way forward", en: *Developing World Bioethics* (vol. 19 núm. 2).
- LUNA, Florencia (2021): *Grupos en situación de vulnerabilidad*. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6503-covid-19-y-bioetica>
- MACKENZIE, Catriona; ROGERS, Wendy y DODDS, Susan (editoras) (2013): *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Oxford, Oxford University Press).
- MACKLIN, Ruth (2003): "Bioethics, Vulnerability, and Protection", en: *Bioethics* (vol. 17 núm. 5-6).
- MACKLIN, Ruth (2012): "A global ethics approach to vulnerability", en: *International Journal of Femonist Approaches to Bioethics* (vol. 5 núm. 2).
- MARTIN, Angela y HURST, Samia (2017): "On vulnerability—analysis and applications of a many-faceted concept: Introduction", en: *Les Ateliers de l'éthique / The Ethics Forum* (vol. 12 núm. 2-3).
- MARTIN, Angela; TAVAGLIONE, Nicolas y HURST, Samia (2014): "Resolving the Conflict: Clarifying 'Vulnerability' in Health Care Ethics", en: *Kennedy Institute of Ethics Journal* (vol. 24 núm. 1).
- McKITRICK, Jennifer (2003): "A Case for Extrinsic Dispositions", en: *Australasian Journal of Philosophy*. *Australian Association of Philosophy* (vol. 81 núm. 2).
- NINO, Carlos (1991): *Introducción al análisis del derecho*, 4ª edición (Barcelona, Ariel).
- PARIOTTI, Elena (2023): "Vulnerability and Human Rights: Which Compatibility?", en: *International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique* (vol. 36 núm. 4).
- PARK, Seungbae (2017): "Against Extrinsic Dispositions", en: *Review of Contemporary Philosophy* (vol. 16).
- PASTORE, Baldassare (2022): "Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico", en: *Teoría e Storia del Diritto Privato* (Numero speciale Anno 2012 Ombre del diritto).
- PÉREZ LUÑO, Antonio (1987): "Concepto y concepción de los derechos humanos", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (vol. 4).
- RAWLS, Jhon (1971): *A theory of justice* (Cambridge, Belknap Press).
- RAZ, Joseph (1986): "Review: Dworkin: A New Link in the Chain", en: *California Law Review. Symposium: New Perspectives in the Law of Defamation* (vol. 74 núm. 3).
- REGAN, Tom (2004): *The case for animal rights* (Los Angeles, University of California press).
- SANCHES, Mario; MANNES, Mariel y ROCHA DA CUNHA, Thiago (2018): "Moral vulnerability: A view of exclusions in the contexts of bioethics", en: *Revista Bioética* (vol. 26 núm. 1).
- SANCHINI, Virginia; SALA, Roberta y GASTMANS, Chris (2022): "The concept of vulnerability in aged care: A systematic review of argument-based ethics literature", en: *BMC Medical Ethics* (vol. 23 núm. 1).
- SEN, Amartya (1985a): *Commodities and Capabilities* (Oxford, Oxford University Press).

- SEN, Amartya (1985b): “Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984”, en: *The Journal of Philosophy* (vol. 82 núm. 4).
- SHIVAS, Tricha (2004): “Contextualizing the Vulnerability Standard”, en: *The American Journal of Bioethics* (vol. 4 núm. 3).
- SIDER, Theodore (1996): “Intrinsic Properties”, en: *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition* (vol. 83 núm. 1).
- SWANTON, Christine (1992): *Freedom: A Coherence Theory* (Indianapolis, Hackett Pub Co Inc).
- TAPPOLET, Christine (2014): “The Normativity of Evaluative Concepts”, en: Reboul, Anne (editora), *Mind, Values, and Metaphysics. Philosophical Essays in Honor of Kevin Mulligan, volume 2* (Cham, Springer).
- TAPPOLET, Christine (2021): “Evaluative Vs. Deontic Concepts”, en: LaFollette, Hugh (editor), *International Encyclopedia of Ethics* (Hoboken, Wiley).
- TAVAGLIONE, Nicolas; MARTIN, Angela; MEZGER, Nathalie; DURIEUX-PAILLARD, Sophie; FRANÇOIS, Anne; JACKSON, Yves y HURST, Samia (2015): “Fleshing Out Vulnerability”, en: *Bioethics* (vol. 29 núm. 2).
- VROUSALIS, Nicholas (2013): “Exploitation, Vulnerability, and Social Domination”, en: *Philosophy & Public Affairs* (vol. 41 núm. 2).
- WHITE, A. (1975): “Conceptual Analysis”, en: Bontempo, Charles (editor), *The Owl of Minerva: Philosophers on Philosophy* (New York, McGraw-Hill).
- WORLD MEDICAL ASSOCIATION (2013): “World Medical Association Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects”, en: *JAMA* (vol. 310 núm. 20).

Notas sobre el seguro de responsabilidad civil con especial énfasis en el seguro de defensa jurídica

Notes on civil liability insurance with special emphasis on legal defense insurance

Jaime Ramírez Cifuentes

Universidad San Sebastián, Concepción, Chile.

Correo electrónico: jaime.ramirez@uss.cl. <https://orcid.org/0000-0001-6177-0621>

Recibido el 30/12/2024

Aceptado el 14/01/2025

Publicado el 16/01/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.06>

RESUMEN: El trabajo tiene por objeto realizar un análisis dogmático y comparado del contrato de seguro por responsabilidad civil, particularmente el contratado por profesionales del derecho por los daños que puedan ocasionar tanto a sus clientes como a terceros. Lo anterior permitirá dilucidar concretamente sus contornos, para lo cual nos abocaremos a estudiar su conceptualización legal, el riesgo como elemento sustancial del seguro de responsabilidad, las cláusulas de delimitación temporal y un análisis particular del seguro de responsabilidad civil tomado por profesionales jurídicos.

PALABRAS CLAVES: Contrato de seguro, responsabilidad civil, responsabilidad profesional, seguro de responsabilidad civil.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze the civil liability insurance contract, particularly the one contracted by legal professionals for damages that may be caused to their clients and third parties. This will allow us to elucidate its contours, for which we will focus on its legal definition, the risk as a substantial element of liability insurance, the time limit clauses and a particular analysis of civil liability insurance taken out by legal professionals.*

KEY WORDS: *Insurance contract, civil liability, professional liability, civil liability insurance.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho del contrato de seguros no es otra cosa que la sistematización de múltiples figuras contractuales que tienen como factor común la subvención de una necesidad financiera futura y, además, incierta, si no en cuanto al surgimiento de la necesidad, al menos respecto a la época en que esta necesidad acaecerá. Bajo esta fórmula tan amplia, se agrupan figuras contractuales del todo disímiles, tales como los seguros de daños, de responsabilidad civil, de garantía o de vida.¹

Este trabajo se ocupará exclusivamente del seguro de responsabilidad civil, materia respecto de la cual se hace imperioso elaborar un análisis jurídico de su aseguramiento, el cual permite proteger al ocasionador del daño frente a terceros ante los cuales deba responder civilmente. Concretamente, el seguro de responsabilidad garantiza el pago de los daños y perjuicios de acuerdo con las definiciones, condiciones y términos establecidos en la póliza, y por los hechos derivados de los riesgos que se especifican en la misma.²

Si bien en Chile existe literatura relativa al contrato de seguro de responsabilidad civil,³ no se le ha dado un enfoque particular al seguro contratado por profesionales, muchos menos a los seguros de defensa jurídica contraídos por abogados. El trabajo se dividirá en dos partes: La primera (I), relativa a un estudio del contrato de seguro de responsabilidad civil; la segunda (II), sobre el seguro de responsabilidad profesional, específicamente sobre el seguro que cubre los daños ocasionados por el letrado en el ejercicio de sus funciones.

II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Del contrato de seguro de responsabilidad civil en general

Se ha definido tradicionalmente el seguro de responsabilidad civil como “un contrato por el cual el asegurador se compromete a garantizar al asegurado contra las reclamaciones de las personas con respecto a las cuales pudiera ser exigible la responsabilidad de ese asegurado y contra las resultas de esas reclamaciones, a cambio del pago, por el asegurado, de una suma fija y por anticipado, la prima, debida generalmente por vencimientos periódicos”.⁴

En Chile, el seguro de responsabilidad civil se encuentra regulado en los artículos 570 a 574⁵ del Có-

¹ LAGOS (2014), p. 61.

² MONTERROSO (2018), p. 141.

³ CONTRERAS (2014), pp. 389 y ss.; y BARROS (2020), pp. 1175 y ss.

⁴ MAZEUD y TUNC (1957), pp. 149 y 150, citado en MARTÍNEZ (2023), p. 39.

⁵ El resto de las normas se encargan de establecer deberes al asegurado, como dar aviso en tiempo razonable al asegurador de toda noticia que reciba, sea de la intención del tercero afectado o sus causahabientes de reclamar indemnización, o de la amenaza de iniciar acciones en su contra; de las notificaciones judiciales que reciba, y de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia que pudiere dar lugar a una reclamación en su contra (artículo 571); prohibirle aceptar la reclamación contraria o transigir, sin previa aceptación del asegurador (artículo 574); así como también la extensión de la cobertura (artículo 572) y la

digo de Comercio. La primera de estas normas ofrece una definición legal del mismo:

“Concepto. Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza”.

Esta disposición, incorporada al Código de Ocampo por la Ley N°20.667 –de 9 de mayo de 2013–, fue novedosa en nuestro medio, pues la versión original del código de 1865 no consideraba este seguro. Lo anterior, por cuanto en dicha época el seguro de responsabilidad civil estaba comenzando su desarrollo en el mundo y era foco de críticas, reprochándose su peligrosidad para el orden público y las buenas costumbres, pues relajaría el cumplimiento de la obligación que los hombres tienen de obrar con cuidado, de poner todo su empeño en no causar daños a terceros, toda vez que el seguro de responsabilidad civil vendría a hacerse cargo de las consecuencias patrimoniales que las reclamaciones de las víctimas pudieran entablar en su contra.⁶

Con todo, en otras latitudes, esta especial modalidad del contrato de seguro fue incorporada mucho tiempo antes.

En Argentina, la figura ya era reconocida en la Ley N°17.418 (*“Ley de Seguros”*), de 1967, que en su artículo 109 define al seguro de responsabilidad civil como:

“Aquel en que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercer en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

En Paraguay, el Código Civil de 1985 lo define en su artículo 1644:

*“Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar, por el asegurado, cuanto este llegue a deber a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.*⁷

En España, se introdujo a su ordenamiento el 8 de octubre de 1980, por la ley 50/1980, de Contrato de Seguro (en adelante, indistintamente, Ley Española de Contrato de Seguro, o LECS).⁸ En el artículo 73 de esta norma se define:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a

defensa del asegurado (artículo 574).

⁶ CONTRERAS (2014), p. 389.

⁷ Para las diversas problemáticas surgidas en este país, véase ANTOLA-ORTIZ y BENAVENTE (2017), pp. 77-106.

⁸ Para algunas reflexiones de reforma de esta ley, véase PEÑAS (2021), pp. 41-64.

un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

De esta definición se ha advertido que el elemento esencial de este tipo de seguro lo constituye la asunción por el asegurador del riesgo que gravita sobre el asegurado de quedar obligado, bien contractual bien extracontractualmente, por una conducta o actividad propia de una persona de cuyos actos u omisiones deba responder, en la medida que así se contemple en la póliza, a indemnizar los daños y perjuicios causados a un tercero como consecuencia de la verificación de un hecho previsto en el contrato, por el que se delimita materialmente el objeto de la cobertura.⁹ Se trata, sin duda, de un auténtico factor de atribución de la responsabilidad.¹⁰

No debe confundirse el contrato de responsabilidad con el seguro de daños. El primero tiene por objeto que el asegurador pague al asegurado, o por cuenta de este, las indemnizaciones a que resultare obligado respecto de terceros por los daños y perjuicios objeto de la cobertura. El segundo, cubrir cierto tipo de daños, con prescindencia de si el hecho que los produce da lugar a responsabilidad civil por su producción.¹¹

La idea fundamental de las pólizas de seguro de responsabilidad civil podría desdoblarse en dos finalidades. La primera y principal, consistente en cubrir al asegurado de los riesgos que origine la clase de actividad que desarrolle, y llegado el momento asumir el asegurador las consecuencias de la obligación reparatoria que nace con el daño y en relación al perjudicado por la injerencia en la esfera de su interés; la segunda, vendría a garantizar con el patrimonio de la compañía aseguradora que ningún daño por la concreta actividad del asegurado quedaría sin resarcir, respondiendo de tal obligación con los bienes del asegurador, además de los del dañador.¹²

En España, se ha entendido que el seguro de responsabilidad civil, en ocasiones, se concierta de forma voluntaria por los particulares (como el seguro del hogar que incluye el de responsabilidad civil por daños causados por la vivienda; o el del propietario de un animal no peligroso que, sin embargo, quiere asegurar los posibles daños que pueda causar; el seguro de responsabilidad civil empresarial, etc.). En otros casos, se trataría de un contrato forzoso, en el sentido de que la ley que regula una actividad impone su concertación como condición para poder realizar esa actividad.¹³

⁹ REGLERO (2008), p. 1352.

¹⁰ YZQUIERDO (2001), p. 511.

¹¹ BARROS (2020), p. 1175. Para este autor, la finalidad práctica del seguro de responsabilidad civil es desplazar hacia el asegurador el riesgo de la pérdida patrimonial que nace para el asegurado en razón de la obligación reparatoria, en contraprestación por el pago de una prima.

¹² ESTEVILL (1990), p. 485.

¹³ ÁLVAREZ (2022), p. 139. La autora aclara que la obligación de suscribir un seguro debe establecerse mediante normas con rango de ley, entre las que destaca el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (8/2004, de 29.10); el artículo 55 de la Ley 25/1964, de 29.04, de Energía Nuclear; el artículo 27 de la Ley de Auditoría de cuentas (22/2015, de 20.07); el artículo 61.1 del Texto refundido 1/2015 e 24.07 e Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; el artículo 52.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; el artículo 127 de la Ley 48/1960, de 28.07, de Navegación Aérea; la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5.11, en su artículo 19.1; el artículo 131 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (1/2007, de 16.11) y; los artículos 24 y siguientes de la Ley de Responsabilidad Medioambiental 26/2007, de 23.10. En Chile, diversas normas imponen la obligatoriedad en la contratación de un seguro. Un

Se ha advertido que, si bien el seguro de responsabilidad civil nace para una función de simple propagación de la responsabilidad, la práctica se ha ocupado de erigirlo en puro criterio de nacimiento de la misma: que los jueces se encuentran más propensos a condenar si detrás del demandado se halla una compañía de seguros, en supuestos en los que no está clara la certeza del daño o de la relación causal.¹⁴

B. El riesgo

El artículo 73 inciso 1º de la Ley Española de Contrato de Seguro señala como riesgo a cubrir por el seguro de responsabilidad civil el nacimiento a cargo del asegurado de una obligación de indemnizar a un tercero, de manera que no cubre los daños sufridos por el asegurado. Reglero indica que este precepto contiene dos elementos que deslindan con mayor precisión el riesgo cubierto. Uno de carácter objetivo: que esos daños provengan de un hecho previsto en el contrato; otro de naturaleza jurídica: que el asegurado sea responsable del daño. Estos elementos serían los que integran el concepto legal de riesgo y, en consecuencia, de siniestro.¹⁵

En nuestro medio, el artículo 572 del Código de Comercio expresa que, salvo la existencia de una cobertura especial, *“el monto asegurado comprende tanto los daños y perjuicios causados a terceros, como los gastos y costas del proceso que éstos o sus causahabientes promuevan en contra del asegurado”* [inc. 1º] *“Salvo pacto en contrario, la póliza no cubre el importe de las cauciones que deba rendir el asegurado, ni las multas o sanciones pecuniarias a que sea condenado”* [inc. 2º]. De estos textos se ha concluido que el seguro de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento cubre el riesgo de una deuda de indemnización o de resarcimiento referida a ciertos daños y perjuicios causados a terceros, pudiendo incluso estipularse en ausencia de culpa.¹⁶ En otras palabras, el riesgo cubierto es la pérdida patrimonial que el asegurado puede sufrir como resultado de una acción indemnizatoria iniciada por un tercero, que tenga por fundamento el régimen general de responsabilidad por negligencia o un estatuto de responsabilidad estricta.¹⁷

III. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

A. Aspectos generales y cobertura

En España, el artículo 11.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (en adelante, LESP), impone la obligación de suscribir un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto

listado de estas puede apreciarse en BARROS (2020), p. 1195.

¹⁴ YZQUIERDO (2001), p. 511.

¹⁵ REGLERO (2013), p. 222.

¹⁶ CONTRERAS (2014), pp. 395 y 396.

¹⁷ BARROS (2020), p. 1182.

social.¹⁸ Claramente, la existencia del seguro no impedirá el perjuicio a los potenciales clientes o a terceros, pero reducirá las consecuencias que se producirían si las víctimas no pudieran ser resarcidas debido a la insolvencia de la sociedad ocasionadora del daño. Además, la mayor ventaja que proporciona el seguro es que, conforme al 76 LECS, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Esta acción no puede ser enervada por las eventuales excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado.

Esta ley no recoge una obligación similar para los profesionales que no circunscriben su actividad en una sociedad. Se ha sostenido que esta omisión se debe a que en numerosas profesiones la contratación de un seguro por parte de los profesionales liberales ya parece impuesta por determinadas leyes especiales, o bien por imposición del colegio profesional respectivo, lo que puede ocasionar ciertas dificultades de coordinación entre los seguros exigidos a la sociedad, por una parte, y al profesional liberal, por otra.¹⁹⁻²⁰

Una cuestión poco clara en la legislación española es si esta póliza cubre únicamente la responsabilidad contractual o también se extiende a la aquiliana. El artículo 73.1 de la LECS no determina si su ámbito de aplicación es la responsabilidad contractual o se hace también extensivo a la extracontractual. Para Mate, ante este silencio del legislador habrá que estar a lo dispuesto en la póliza del seguro para conocer su cobertura, porque normalmente, sea de forma expresa o mediante la determinación del riesgo cubierto, permitirá conocer si el alcance del seguro cubre la responsabilidad contractual, la extracontractual o ambas.²¹ Con todo, si no es posible determinar el alcance el grupo con este criterio, la jurisprudencia ha estimado que la póliza cubre tanto los daños contractuales como extracontractuales.²²⁻²³

Esta problemática ha reforzado la propuesta de acercar los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, pues en el contrato de seguro de responsabilidad civil la unificación de ambos estatutos demuestra sus conveniencias prácticas. En España, la pólizas han ido paulatinamente abandonando la distinción, que las llevaba a dejar fuera de la cobertura los perjuicios causados en el marco del incumplimiento contractual.²⁴

¹⁸ MATE (2021), p. 39.

¹⁹ CRESPO (2011), pp. 354 y 355.

²⁰ En Colombia, dentro de las actividades en que la ley exige un seguro de responsabilidad civil, se encuentra el Seguro obligatorio de Riesgos Profesionales: ÁLVAREZ (2019), p. 30.

²¹ MATE (2021), p. 40.

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 1997 (RJ 1997, 5822), citada en MATE (2021), p. 40.

²³ En otras latitudes esta duda ha sido superada. Así, en Colombia, el seguro de responsabilidad civil comprende tanto el régimen contractual como extracontractual, aunque se ha discutido si en esta última sede es lícita la exclusión de la culpa grave en la cobertura. Véase VÁSQUEZ (2024), pp. 290-310; ISAZA (2019), p. 208; e ISAZA (2011), p. 206.

²⁴ YZQUIERDO (2001), p. 527. Agrega al autor, que en dichos términos la cláusula sería oponible a terceros, mas no cabe duda de que un terreno acotado de un modo tan difuso, dada la anchura de la zona fronteriza entre ambas modalidades de responsabilidad, sólo puede llevar a problemas de delimitación insolubles.

Como indica Yzquierdo: “[l]a adopción por parte de las compañías aseguradoras de una noción unitaria de la responsabilidad no sólo beneficia al profesional, sino también a las mismas aseguradoras; éstas podrán prever mejor el costo de una garantía voluntariamente incrementada, en vez de sufrir la carga mal calculada de una garantía impuesta por un juez que califica como extracontractual lo que en realidad era contractual”.²⁵

En Chile, por su parte, se ha entendido que tanto la responsabilidad contractual como aquiliana pueden constituir un riesgo que puede ser cubierto por un seguro de responsabilidad civil.²⁶ En este sentido, ambos regímenes de responsabilidad dan origen a una deuda de reparación de perjuicios similar. En el caso de la contractual, a través del seguro no se intenta asegurar el cumplimiento de la obligación del deudor, sino, por el contrario, garantizar el pago de los perjuicios que pueden surgir para el acreedor de la obligación incumplida. Con todo, en la práctica nacional la responsabilidad contractual es generalmente excluida de las pólizas. Así lo declaran en términos explícitos –por ejemplo– las pólizas profesionales.²⁷

Esta restricción tiene relevancia principalmente para la responsabilidad acaecida del ejercicio de profesiones liberales, que usualmente se vinculan con sus clientes a través de contratos de prestación de servicios. Por esto, algunas pólizas, principalmente para profesionales como abogados o médicos declaran cubierto el riesgo de incumplimiento contractual; aunque también existen pólizas que restringen a la responsabilidad extracontractual del asegurado.²⁸

B. Las cláusulas *claims made*

Tratándose de la responsabilidad profesional, la tipología del perjuicio se caracteriza, frecuentemente, por ser un daño no inmediato, sino que se manifiesta posteriormente en la verificación del hecho ilícito que lo ha provocado.²⁹

Aunque las cláusulas *claims made* no son exclusivas a los seguros de responsabilidad civil profesional, es esta circunstancia la que hace frecuente su incorporación.

Se denominan *claims made* aquellas cláusulas del contrato de seguro de responsabilidad civil en las

²⁵ YZQUIERDO (2001), p. 527. Hay, no obstante, quien se niega a admitir la licitud del seguro de responsabilidad contractual. Se aduce que no sería admisible un seguro semejante, pues en él faltarían las notas de accidentalidad e imprevisibilidad propias del seguro de responsabilidad extracontractual. Los deudores contractuales deberían responder personalmente, pues lo contrario sería “desresponsabilizar” (sic) la deuda, aniquilando uno de los elementos de la obligación y haciendo legítimo por vías indirectas el incumplimiento de la obligación contractual [GONZALEZ (1978), pp. 540 y ss.; citado en YZQUIERDO (2001), p. 527].

²⁶ TAPIA (2007), p. 77; CONTRERAS (2014), p. 395.

²⁷ TAPIA (2007), p. 77. A modo de contraste, el autor ejemplifica con la Póliza Suiza, que utiliza una confusa técnica, al señalar que la cobertura no se extiende a la responsabilidad contractual “que exceda la responsabilidad civil legal”. Se trataría –apunta Tapia–, de un error de redacción, porque tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual son responsabilidades civiles con fuente en la ley. A lo que se estaría refiriendo es a un hecho que reviste al mismo tiempo el carácter de ilícito civil e incumplimiento contractual.

²⁸ TAPIA (2007), p. 78.

²⁹ FERRANTE (2016), p. 229.

que se prevé que el asegurador sólo está obligado a indemnizar cuando tanto el hecho dañoso como la reclamación del perjudicado se haga dentro del período de vigencia de la póliza, o bien dentro de un determinado plazo posterior a su extinción. En otra acepción, implica una modalidad del seguro de responsabilidad civil en la que el objeto de la cobertura y, en consecuencia, el siniestro, no es en estricto rigor el hecho dañoso, sino más bien la reclamación del tercero perjudicado.³⁰ Se caracterizan principalmente en que la reclamación por parte del asegurado debe ser efectuada mientras está vigente la póliza, no siendo necesario que el daño se produzca una vez contratado el seguro.³¹

El origen de estas cláusulas de delimitación de la cobertura del seguro de responsabilidad civil se encuentra en el derecho anglosajón. En esta versión purista, distinta a las derivaciones creadas en la práctica ibero-latinoamericana, es que en la práctica anglosajona el reclamo (*claims*) debe realizarse (*made*) vigente la póliza, o sea, que el reclamo se efectúe durante la vigencia de la póliza o con anterioridad. La versión anglosajona, en este sentido, tiene una cobertura retroactiva, de carácter ilimitado, de manera tal que se amparan siniestros ocurridos en el pasado, con la única limitación que no hubieran sido conocidos por el asegurado.³²

Está discutido en Chile si estas cláusulas tienen validez. Se ha propuesto que las cláusulas *claims made* serían nulas, en atención a que en virtud de los artículos 512, 513 letra t) y 521 del Código de Comercio, no cumplirían la exigencia de un riesgo acaecido durante la vigencia de la póliza. En efecto, en estas cláusulas se extiende retroactivamente la cobertura a un riesgo que ya se ha producido, por lo que no se observarían las exigencias básicas que la normativa mencionada exige a estos contratos. Por la validez de estas cláusulas, se ha dicho que estas no extienden o restringen el riesgo contractual, sino que lo que verdaderamente alteran es el contenido del contrato de seguro. Con todo, aun cuando se concediera esta postura, debe analizarse si es efectivo que el contratante continúe beneficiado en mayor medida que lo predispuesto en los artículos 512 y siguientes del Código de Comercio; de no ser así, la cláusula es nula.³³

C. El seguro de defensa jurídica español

Ya en diversas latitudes se hace ineludible la necesidad de los abogados de tener concertado un seguro de responsabilidad que dé cobertura al riesgo profesional. Esta necesidad se extiende no solo a los abogados en el ejercicio libre de la profesión, sino también a los abogados de empresa; a las mismas empresas, que pueden verse compelidas a responder por los perjuicios ocasionados por los letrados en el ejercicio de sus funciones, y a la Administración pública, en el mismo caso.³⁴

El artículo 6º Ley 21/1990, de 19 de diciembre, “para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/

³⁰ REGLERO (2002), pp. 191 y 192.

³¹ FERRANTE (2018), p. 50.

³² MARTÍNEZ (2023), p. 46.

³³ FERRANTE (2018), p. 51.

³⁴ ÁLVAREZ (2000), p. 198.

CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados” incorporó a la LECS los artículos 76 a) a 76 g), englobados en una sección novena denominada Seguro de defensa jurídica. La incorporación de estos preceptos obedeció a la necesidad de llevar a cabo la transposición en el ordenamiento español de la Directiva 87/344/CEE, sobre Coordinación de las Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas Relativas al Seguro de Defensa Jurídica. A su vez, esta Directiva ha sido derogada y sustituida, en esta materia, por la directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.³⁵

El artículo 76 a) de la LECS/1980 otorga una definición de esta figura: “*por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro*”.

El artículo 8.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, de 2001, exigía como requisito para la colegiación “*contratar un seguro de responsabilidad civil cuyo objeto será el de cubrir las responsabilidades en que pueda incurrir el Abogado por razón de su ejercicio profesional. Los Colegios de Abogados adoptarán las medidas oportunas para facilitar este aseguramiento. No obstante, el seguro no se exigirá a los profesionales que actúen exclusivamente al servicio de una Administración Pública o cuando la actividad profesional se ejerza exclusivamente por cuenta de otro que ya tenga asegurada la cobertura por los riesgos que comprende el ejercicio de la profesión*”.

Es dable tener presente lo dispuesto en el artículo 125 t) del Estatuto General de la Abogacía Española de 2021, que tipifica como infracción grave la falta de contratación de un seguro de responsabilidad para cubrir las responsabilidades en las que pueda incurrir en el ejercicio de la profesión y, por su parte, el artículo 129 califica como infracción muy grave la ausencia de seguro cuando se preste la Abogacía a través de una sociedad profesional.³⁶

Sobre el particular, indica Díaz que respecto “*de los perjuicios ocasionados por un letrado, la dirección jurídica del asegurado puede ser asumida por la aseguradora a través de dos figuras contractuales: el seguro de responsabilidad civil y el seguro de defensa jurídica. El primero se rige por el artículo 74 de la LECS y el segundo por los artículos 76 a) a 76 g) de la LECS. En la primera de estas modalidades, el asegurador, salvo pacto en contrario, asumirá la dirección jurídica frente a las reclamaciones dirigidas contra el asegurado, y en la segunda rige el principio de libre elección de profesionales por el asegurado. En el primer caso, la prestación de dirección jurídica forma parte, con carácter accesorio, del propio seguro de responsabilidad civil, mientras que, en el segundo, la prestación del asegurador constituye el objeto específico de un contrato de seguro autónomo; incluso desde el punto de vista formal se exige que sea objeto de un contrato independiente, y en el supuesto de que se incluya en el de responsabilidad civil,*

³⁵ DÍAZ (2021), pp. 463 y 464.

³⁶ Véase MATE (2021), p. 39.

que se configure un capítulo aparte dentro de la póliza única”.³⁷ Así se colige del artículo 76 c) LECS, al indicar que “[e]l seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente. El contrato, no obstante, podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde”.

En Chile no existe norma jurídica que expresamente regule un seguro similar al de defensa jurídica española. No obstante, existe una Póliza de Seguro de Asistencia Jurídica, incorporada al Depósito de Pólizas bajo el código POL 1 03 011. Según su artículo 1º, conforme a esta póliza el asegurador debe cubrir los gastos y honorarios en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de la ocurrencia de algún o hecho o acontecimiento que le genere la necesidad de asistencia jurídica relacionada con las consultas legales, gestiones extrajudiciales y actuaciones judiciales expresamente previstas en esta póliza, según las materias que se detallan en el Título II “Descripción de la cobertura”.

Si bien esta regulación tiene la misma amplitud que su símil español, su cobertura explícita es mucho más limitada. El artículo 15 de la Póliza sólo refiere siniestros relativos a accidentes de circulación, otros daños causados al vehículo, daños a mercancías transportadas, intereses en el ámbito familiar, daños extracontractuales a personas y/o cosas muebles, daños relativos a la vivienda y contratos de suministro. En atención a ello, esta póliza no sería extensiva a actividades jurídicas o a cualquier otra actividad profesional, como sí ocurre en el sistema español.

No obstante, pensamos que esta póliza de asistencia jurídica si puede extenderse a otras situaciones allí contempladas. En primer lugar, al no tener este documento rango normativo, las partes pueden extender la cobertura a otras actividades, siempre que se observen las disposiciones legales atinentes al contrato de segur. En segundo lugar, la póliza indica en su artículo 15: “En virtud de este seguro la cobertura de asistencia jurídica que otorga la aseguradora, siempre y cuando esté indicada en las Condiciones Particulares de esta Póliza, puede comprender las materias que se especifican en las siguientes subsecciones”. De esta redacción puede colegirse que las partes pueden alterar lo dispuesto en el documento, pudiendo restringirlo o bien extenderlo a otras situaciones no previstas en la misma.

IV. CONCLUSIONES

El objeto del seguro de responsabilidad civil es, en primer lugar, dejar a cubierto el patrimonio del asegurado en el evento de que un tercero alegue el resarcimiento de los daños ocasionados por la mentada responsabilidad civil, y; en segundo lugar, otorgarle a la víctima del daño un segundo patrimonio (el de la compañía aseguradora) en el cual poder exigir el resarcimiento de los perjuicios.

Si bien en países como España la doctrina ha discutido si la extensión de la cobertura del seguro de responsabilidad civil se extiende a ambos regímenes de responsabilidad, en Chile y en otros países de Latinoamérica se ha entendido que el seguro perfectamente puede extenderse tanto a los daños

³⁷ Díaz (2021), pp. 464 y 465.

ocasionados con ocasión del incumplimiento de un contrato, así como también por los delitos o cuasidelitos cometidos por el asegurado.

Si bien el ordenamiento chileno obliga a ciertas actividades la contratación de un seguro de responsabilidad civil, no existe norma análoga al artículo 11.3 de la Ley de Contrato de Seguros española, que impone la obligación de suscribir un seguro que cubra la responsabilidad en la que las sociedades puedan incurrir en el ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social. Si bien dicha disposición no establece una exigencia a los profesionales liberales, se explica pues otras leyes especiales la establecen o bien los colegios profesionales imponen a estos tal obligación.

En lo concerniente a la actividad profesional jurídica, no existe en Chile disposición legal alguna que imponga a los letrados la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil o de asistencia jurídica, por cuanto el Código de Ética Profesional que regula la profesión de abogado en Chile carece de toda herramienta vinculante a aquellos letrados que no se encuentran colegiados.

Esta realidad discrepa totalmente de la legislación española, en que el artículo 125 t) del Estatuto General de la Abogacía Española tipifica como infracción grave la falta de contratación de un seguro de responsabilidad para cubrir las responsabilidades en las que pueda incurrir en el ejercicio de la profesión. Por su parte, el artículo 129 califica como infracción muy grave la ausencia de seguro cuando se preste la Abogacía a través de una sociedad profesional.

Una regulación más detenida en la materia podría aminorar el incesante incremento de acciones intentadas contra abogados tendientes a resarcir los perjuicios ocasionados a sus clientes por mala praxis. Si bien la normativa nacional vigente permite a estos profesional contratar voluntariamente una seguro de responsabilidad civil o una póliza de asistencia jurídica, se hace imperiosa la necesidad de que el legislador lo vuelva imperativo, o bien le otorgue competencias suficientes al Colegio de Abogados para imponer –al menos a sus colegiados– la contratación de estos seguros.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ÁLVAREZ LÓPEZ, Francisco (2000): *La responsabilidad civil de abogados, procuradores y graduados sociales* (Oviedo, Edita Francisco Álvarez López).

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar (2022): *Manual de Derecho de daños*, 2ª edición (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

ÁLVAREZ PÉREZ, Andrés (2019): “La obligación de dar aviso oportuno del siniestro a la aseguradora en el seguro de responsabilidad civil”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 28 núm. 50).

ANTOLA-ORTIZ Sandra y BENAVENTE FERREIRA, Zunilda (2017): “Problemática en torno a la limitación de la prestación en los seguros de responsabilidad civil en Paraguay”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 26 núm. 47).

BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Edi-

torial Jurídica de Chile).

- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014): *Derecho de seguros*, 2ª edición (Santiago, Legal Publishing).
- CRESPO MORA, María (2011): “El régimen de responsabilidad civil de las sociedades profesionales liberales”, en: Collantes González, Jorge (director), *Derecho de daños. Una perspectiva comparada* (Lima, Editorial Motivensa).
- DÍAZ FRAILE, Juan María (2021): “El seguro de defensa jurídica en la jurisprudencia reciente”, en: López y García de la Serrana, Javier (director), *XXI Congreso nacional Granada. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Sobre Responsabilidad Civil y Seguro, Noviembre de 2021* (Madrid, Editorial Jurídica Sepín).
- ESTEVILL, Luis (1990): *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual* (cont.), (Barcelona, Editorial Bosch), vol. 2, t. II: Parte especial.
- FERRANTE, Alfredo (2016): “La incorporación de la cláusula claims made en el contrato de seguro de responsabilidad civil según la nueva visión italiana”, en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 27).
- FERRANTE, Alfredo (2018): “Responsabilidad civil médica y contrato de seguro: Sobre las cláusulas de delimitación temporal”, en: *Revista chilena de radiología* (vol. 24 núm. 2).
- GARCÍA VÁSQUEZ, Diego (2024): “La ilícita exclusión de la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil extracontractual”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 33 núm. 61).
- GONZALEZ PORRAS (1978): “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)”, en: *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 150).
- ISAZA POSSE, María Cristina (2011): “La suscripción de pólizas de seguro de responsabilidad civil. Aspectos prácticos”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 34 núm. 20).
- ISAZA POSSE, María Cristina (2019): “El seguro de responsabilidad civil y la jurisprudencia Colombiana. Examen de los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 28 núm. 51).
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2014): “La relación entre el derecho de contrato de seguros y el derecho de protección a los derechos de los consumidores”, en: Jequier Lahuedé, Eduardo (editor), *Estudios de Derecho Comercial* (Editorial Legal Publishing).
- MARTÍNEZ MERCADAL, Juan José (2023): “Acerca de la regulación del seguro de responsabilidad civil en base a reclamos (claim made) en la ley uruguaya de contratos de seguros”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 32 núm. 59).
- MATE SATUÉ, Loreto (2021): *La configuración del daño y su relación con el nexa causal en la responsabilidad civil del abogado* (Pamplona, Editorial Thomson Reuters Aranzadi).
- MAZEAUD MAZEAUD, Henri y LEON TUNC, Andres (1957): *Tratado teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).
- MONTERROSO CASADO, Esther (2018): “El seguro de responsabilidad civil”, en: Monterroso Casado, Esther y Escudero Herrera, Concepción (coordinadores), *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*, 2ª edición (Universidad a distancia de Madrid, Ediciones CEF).
- PEÑAS MOYANO, María Jesus (2021): “Desafíos del legislador en la reforma del régimen del contrato de seguro en España”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros* (vol. 30 núm. 55).
- REGLERO CAMPOS, Luis (2002): “El seguro de Responsabilidad Civil”, en: Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis (coordinadores), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2ª edición (Navarra, Editorial Thomson Reuters Aranzadi).

REGLERO CAMPOS, Luis (2008): *Tratado de responsabilidad civil*, 4ª edición (Navarra, Editorial Aranzadi), t. I, parte general.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2007): “Responsabilidad asegurable en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 9).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001): *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Madrid, Dykinson).

Normas citadas

Código de Comercio de Chile, de 1865.

Ley 50/1980, de Contrato de Seguro de España.

Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales de España.

Estatuto General de la Abogacía, de España.

Debido proceso y tutela cautelar innovativa: comentarios a la sentencia Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta*

Due process and innovative precautionary protection: comments on the sentence Concesiones Recoleta S.A. with the Municipality of Recoleta

Bryan Precht Precht

Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: bryan.precht@uautonoma.cl. <https://orcid.org/0009-0005-8748-1672>

Recibido el 31/07/2023

Aceptado el 11/09/2024

Publicado el 17/01/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.07>

RESUMEN: En el presente comentario de sentencia se analiza el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirma la sentencia de primera instancia que a su vez deja sin efecto la medida prejudicial de suspensión de los efectos de dos administrativos. Se plantea que este tipo de medida tiene el carácter de innovativa y como tal no es posible tratarla como innominada o atípica en un procedimiento civil, sino más bien como manifestación esencial de la tutela judicial efectiva frente a un contencioso administrativo que carece de regulación expresa.

ABSTRACT: In the present sentence commentary, the ruling of the Court of Appeals of Santiago is analyzed, which confirms the first instance sentence, which in turn annuls the pre-judicial measure of suspension of the effects of two administrative ones. It is argued that this type of measure has the character of innovative and as such it is not possible to treat it as unnamed or atypical in a civil procedure, but rather as an essential manifestation of effective judicial protection against an administrative dispute that lacks express regulation.

* El presente trabajo se elabora en el marco del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes financiado por la Beca de Doctorado ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/ 2024 folio N°21240460.

PALABRAS CLAVE: Medidas conservativas, medidas innovativas, medidas innominadas, debido proceso, tutela judicial efectiva.

KEY WORDS: *Conservative measures, innovative measures, nameless measures, due process, effective judicial protection.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario jurisprudencial analiza el tratamiento que le otorga la Corte de Apelaciones de Santiago a las medidas cautelares civiles reguladas en el Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) en la sentencia “*Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta*”.¹

El tribunal rechaza el recurso de apelación interpuesto por la concesionaria y confirma lo resuelto por el tribunal *a quo* que dejó sin efecto la medida prejudicial innovativa de suspensión de los efectos de los actos administrativos que pusieron término unilateralmente al contrato de concesión de servicios de estacionamientos celebrado entre las partes.

A través del análisis de esta sentencia se propone que el fundamento para decretar la suspensión de un acto administrativo no radica en su supuesto carácter de medida cautelar innominada, indeterminada o genérica, sino que en cuanto manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de regulación expresa de las medidas innovativas en el procedimiento civil.

Así, se intentará evidenciar las debilidades de los fundamentos normativos que tiene la solicitud de suspensión de los actos administrativos como medida cautelar innominada en el juicio ordinario regulado en el Libro II del Código de Procedimiento Civil y que facilitan su denegación por parte de los tribunales.

La sentencia comentada denota una confusión conceptual entre medidas precautorias y medidas innovativas. Además, si bien podría afirmarse que las medidas innovativas están implícitamente reconocidas en el artículo 298 CPC -postura que no compartimos-, lo cierto es que, aceptándose esta tesis, aun así, no pueden hacerse valer como prejudiciales, pues el artículo 279 solo lo permite respecto de las medidas precautorias (conservativas) y las probatorias. Es decir, aun aceptándose la postura que admite a las medidas innovativas en los procesos civiles como medidas genéricas o innominadas, las partes podrían promoverlas solo durante la prosecución del juicio, encontrándose trabada la litis, no antes de su inicio, y sujeta a una eventual contra-cautela cuya exigibilidad es facultativa del tribunal.

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO MEDIDA INNOMINADA

Concesiones Recoleta S.A. (en adelante, “*la concesionaria*”) interpone una medida prejudicial innominada² y solicita la suspensión de los efectos de dos actos administrativos: el Acuerdo N.º 155 del

¹ *Concesiones Recoleta S.A con Municipalidad de Recoleta* (2021).

² *Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta* (2016).

Concejo Municipal de Recoleta y el Decreto Exento N°3662 en virtud de los cuales se puso término al contrato de concesión celebrado entre la concesionaria y la Municipalidad de Recoleta (en adelante, “la municipalidad” o “el municipio”). Sustenta su solicitud en lo dispuesto en el artículo 279 en relación con lo dispuesto en los artículos 290 y 298, todos del Código de Procedimiento Civil.

En cumplimiento de los requisitos que exigen dichas normas, la concesionaria argumenta que: i) la acción que se pretende interponer es la de nulidad de derecho público respecto de los mismos actos administrativos, ii) los fundamentos de la acción consisten en los perjuicios económicos que sufre la empresa y sus trabajadores al suspender la ejecución del contrato y, iii) ofrecen como contra-cautela y en calidad de fiador al gerente general de la sociedad. Indica, además, que se cumplirían los requisitos comunes de toda medida cautelar civil, esto es, el *fumus boni iuris*³ y el *periculum in mora*.⁴

En cuanto al primer requisito común, esto es “el humo de buen derecho” o verosimilitud del derecho invocado, indica acreditarse por la supuesta ilegalidad en la terminación unilateral del contrato de concesión celebrado entre ambas partes por un supuesto incumplimiento grave de las obligaciones que emanaban del contrato de parte de la concesionaria que, a criterio de Concesiones Recoleta S.A., ello debe ser el resultado de un proceso judicial y no quedar al mero arbitrio del municipio.

En cuanto al peligro en la demora, indica que la solicitud tiene por finalidad evitar la supuesta arbitrariedad del municipio que no tiene facultades jurisdiccionales y prevenir el perjuicio económico de los trabajadores de la concesionaria, pues quedarían sin trabajo producto de la terminación unilateral del contrato.

Finalmente, indica que al conceder la medida prejudicial innominada de suspensión de los efectos de los actos administrativos se impedirán los daños mencionados y se resguardará la tutela judicial efectiva de sus derechos.

En principio, el tribunal de instancia concedió la medida prejudicial innominada solicitada por la concesionaria y ordenó la suspensión, durante la duración del juicio de nulidad de derecho público, de los efectos del acuerdo N°155 del Concejo Municipal de la Ilustre Municipalidad de Recoleta tomado en la sesión celebrada el 09 de diciembre del año 2016 y del Decreto Exento N°3662 de Fecha 09 de Diciembre del año 2016, ambos relativos al término del contrato de Concesiones de Estacionamientos subterráneos y superficie.

Sin embargo, luego que la parte demandada -Municipalidad de Recoleta- se opusiera a la concesión de la medida prejudicial innominada por considerar que no se cumplían los requisitos legales para su procedencia, el mismo tribunal resuelve dejarla sin efecto y argumenta que la cuantía indeterminada del asunto y el carácter innominado de la medida consistente en la suspensión de los actos administrativos, hacían imposible una contra-cautela exigida para el otorgamiento de la medida precautoria

³ Requisito implícito en lo dispuesto en el art. 298 CPC.

⁴ Requisito propio de las medidas precautorias reguladas en el Título V del Libro II del CPC (artículos 290 y ss.).

solicitada. Dicha resolución fue objeto de recurso de reposición con apelación en subsidio.

III. RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO E INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Corte de Apelaciones de Santiago confirma la sentencia apelada de fecha 20 de abril de 2017, pronunciada por el 17° Juzgado Civil de Santiago que dejó sin efecto la medida prejudicial innominada decretada con fecha 7 de marzo de 2017.

El tribunal de alzada se refiere a los requisitos legales que debe cumplir la medida prejudicial innominada solicitada e indica que “(...) las medidas prejudiciales precautorias son aquellas actuaciones o diligencias que puede solicitar el futuro demandante antes del inicio del juicio para asegurar el resultado de su acción, esto es, a fin de asegurarlo de tal forma que no quede burlado en sus derechos. Dado que revisten a la vez la naturaleza de medidas prejudiciales como precautorias, para que puedan ser decretadas debe cumplirse con los requisitos de ambos tipos de medidas, establecidos en los artículos 279 -que las autoriza-, 287 y 298 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, debe expresarse por el solicitante la acción que pretende deducir y someramente sus fundamentos -por su naturaleza prejudicial-, y deben acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama en el juicio, por tener la calidad de medida precautoria. Adicionalmente, deben concurrir las condiciones especiales que ordena del artículo 279 para este tipo de medidas, que son, a saber, la existencia de motivos graves y calificados, debe determinarse el monto de los bienes sobre que debe recaer la medida precautoria y debe rendirse caución”⁵

Luego, el fallo añade que “es este último de los requisitos enunciados aquel que cobra relevancia en el presente caso, pues atendida la naturaleza de la medida cautelar decretada, esto es, la suspensión de la ejecución del acuerdo que decretó la terminación del Contrato de Concesión de Estacionamientos Subterráneos y de Superficie celebrado entre la solicitante y la Municipalidad de Recoleta no permiten determinar con certeza el monto y entidad de los bienes que de la demandada puedan resultar afectados por la medida, circunstancia que obsta, consecuentemente, a la debida elección de la garantía o caución que exigen los artículos 279 y 298 del Código de Procedimiento Civil, para responder de manera suficiente de los perjuicios que se originen. En este escenario los bienes inmuebles ofrecidos como caución no resultan suficientes para asegurar los eventuales perjuicios que pudiesen originarse, en especial si se tiene en consideración que las medidas precautorias deben ser limitadas y proporcionales al valor de la cuantía del juicio, razones suficientes para confirmar la resolución en alzada”⁶

Cabe mencionar que con fecha 14 de mayo de 2019 el Tribunal Constitucional⁷ resolvió acoger reque-

⁵ Considerando Tercero.

⁶ Considerando Cuarto.

⁷ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Concesiones Recoleta S.A. respecto de los artículos 279 y 298 del Código de Procedimiento Civil, en los autos sobre recurso de apelación de incidente, caratulados “Concesiones Recoleta S.A. con I. Municipalidad de Recoleta”, de que conoce la Corte de Apelaciones, bajo el Rol N°6000-2017 (2019).

rimiento de inaplicabilidad interpuesto por la concesionaria, declarándose inaplicable por inconstitucionalidad en la gestión pendiente sobre recurso de apelación que se sustanció ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 6000-2017, los artículos 279 N.º 2 y 298, segunda parte, del CPC, argumentando que la concreción de ambos preceptos, en el caso presente, “*afecta el legítimo ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva que, frente a los actos de la Administración, aseguran a todas las personas los artículos 19 N° 3 y 38 inciso segundo de la Constitución*”.⁸

Llama la atención sobre este último punto, que la Corte de Apelaciones en su sentencia omita lo resuelto por el Tribunal Constitucional en cuanto a inaplicar los artículos 279 N.º 2 y 298, segunda parte, del CPC, aplicándolos de todas formas.

A continuación, se analizará el razonamiento que utilizó la Corte de Apelaciones de Santiago para confirmar la sentencia de primera instancia que a su vez deja sin efecto la medida prejudicial innominada consistente en la suspensión de los efectos de dos actos administrativos.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONFIRMATORIA PRONUNCIADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

De los Considerandos Tercero y Cuarto es posible identificar tres problemas que demuestran la debilidad de los fundamentos normativos de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos como medida innominada y que facilitan el rechazo por parte del tribunal de primera instancia y por la Corte de Apelaciones: i) las medidas innovativas, dentro de las cuales se encuentra la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente en el CPC, a diferencia de lo que ocurre en materias específicas donde el legislador sí las reconoce; ii) producto de dicha omisión normativa, la Corte confunde las medidas precautorias o conservativas con las medidas innovativas y hace extensiva a éstas la aplicación del artículo 298, segunda parte, CPC, norma aplicable solo a las primeras y; iii) aun aceptándose la tesis que incluye a las medidas innovativas dentro de las genéricas, el artículo 279 solo permite promover como prejudiciales las medidas precautorias y las probatorias, no las medidas innovativas, por lo que la solicitud de la concesionaria no podía prosperar solo bajo este argumento normativo de derecho estricto, pilar fundamental del debido proceso.

A. Las medidas innovativas en el Código de Procedimiento Civil

La sentencia del tribunal de alzada no distingue en cuanto al tipo de medida cautelar que se solicita. El razonamiento de la Corte discurre sobre las medidas prejudiciales precautorias, sin prevenir que la medida solicitada por la concesionaria no tiene esa calidad, sino más bien la de una innovativa.

Según sus fines, las medidas cautelares se suelen clasificar en conservativas e innovativas.⁹ Las pri-

⁸ Considerando Primero.

⁹ MARIN (2006), p. 16.

meras se definen como aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”.¹⁰ En general, el Título V del Libro II del CPC regula este tipo de medidas facultando al demandante para solicitar una o más de ellas. Son el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.¹¹

Sus requisitos son el *fumus boni iuris* que se materializa en la necesidad de acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, según lo dispone el artículo 298, primera parte y; el *periculum in mora*, exigido por lo dispuesto en el artículo 290, en tanto la medida precautoria tiene por finalidad asegurar el resultado de la acción frente al peligro en la demora del juicio.

El *fumus boni iuris* se relaciona con la verosimilitud del derecho que se invoca. Que algo sea verosímil significa que tiene apariencia de ser real o verdadero y, por ende, resulta creíble.¹² Según Romero “no se trata en ningún caso de la plena prueba del derecho o interés legítimo, sino que de una simple apariencia de la situación tutelada mediante el ejercicio de la acción”.¹³ En consecuencia, no es necesario que el juez obtenga la plena certeza respecto del derecho que se reclama por el peticionario, más bien se trata de un estándar probatorio menor a la certeza pero superior, sin duda, a la incertidumbre.

Conforme dispone el artículo 298 el demandante deberá “acompañar comprobantes que constituyan a los menos presunción grave del derecho que se reclama”, es decir, la verosimilitud del derecho no basta con enunciarla en la solicitud, sino que debe constar en “comprobantes”¹⁴ que se deben acompañar para acreditar la verosimilitud del derecho. Excepcionalmente, el artículo 299 faculta a los jueces decretar medidas precautorias, en casos graves y urgentes, aun cuando falten dichos comprobantes, por un plazo que no exceda de diez días, mientras se presentan los comprobantes, exigiendo caución para responder por los eventuales perjuicios que resulten al demandado.

En cuanto al peligro en la demora, se afirma que se trata de un elemento de la esencia de toda medida cautelar.¹⁵ Señala Aguirrezábal que “existe unanimidad en que lo cautelar obedece a una necesidad común que invoca como justificación, la necesidad de evitar el *periculum in mora*, el peligro de retardo, y que genéricamente no es otra cosa que el riesgo constituido por el transcurso del tiempo necesario para la realización de la tutela”.¹⁶ Siguiendo a Calamandrei, distingue entre medidas que tienen por finalidad asegurar bienes del demandado para asegurar el resultado de la acción en una futura ejecución

¹⁰ CALAMANDREI (1945), p. 56.

¹¹ Véase el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil.

¹² ALVARADO (2011), p. 49.

¹³ ROMERO (2012), p. 58.

¹⁴ Se ha señalado que la voz “comprobantes” se refiere a todo medio de prueba que sirva para acreditar, verificar, confirmar o demostrar algo y no sólo la prueba instrumental, pues tiene un carácter más amplio que el instrumento o documento.

¹⁵ ROMERO (2012), p. 58.

¹⁶ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 37

de la sentencia y aquellas que tienen por finalidad evitar un perjuicio irreparable del demandante a través de la anticipación de la tutela pretendida.¹⁷ Así, es posible distinguir el *periculum in mora* del *periculum in damni*, o peligro de infructuosidad.¹⁸

El peligro en la demora, por tanto, exige acreditar por parte del peticionante que existe un hecho o situación que amenaza la eficacia de cosa juzgada de la sentencia considerando el tiempo de duración del juicio.

En cambio, las medidas innovativas sirven para “*alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor*”.¹⁹ Carnelutti señala que las medidas innovativas se encaminan a producir una alteración de hecho, que de no mediar comprometerían el resultado del proceso.²⁰

Profundiza Peyrano en cuanto a que la medida innovativa va más lejos que una medida precautoria, pues ordena “*sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente*”.²¹ En consecuencia, es posible afirmar que las medidas innovativas tienen por finalidad ordenar hacer o dejar de hacer algo, retrotrayendo los efectos de las cosas al estado anterior al hecho existente. Es decir, las medidas innovativas alteran el estado de las cosas existente al momento de la solicitud de la medida con efectos retroactivos.

En el caso de la sentencia en análisis, la medida que se solicita consiste en la suspensión de los efectos de dos actos administrativos que pusieron término unilateralmente a un contrato. El fundamento que se invoca es evitar el perjuicio irreparable que sufrirían los trabajadores de la concesionaria al quedarse sin trabajo producto del término del vínculo contractual. El estado de hecho y de derecho existente antes de la petición de la medida es que el contrato celebrado entre la concesionaria y la municipalidad se encuentra terminado. Por tanto, lo que se busca con la medida es volver al estado anterior a la terminación del contrato por considerar que este hecho es contrario a derecho y que produce un daño irreparable. A todas luces se trata de una medida innovativa pues se aprecian todos los elementos que hasta aquí hemos mencionado, principalmente la necesidad de volver al estado de vigencia del contrato previa a la terminación unilateral del mismo y el peligro en la irreparabilidad del daño del actor.

¹⁷ AGUIRREZÁBAL (2016), p. 37.

¹⁸ BARACAT (2009), p. 60. Agrega el autor que “*En la ponderación de este último requisito (periculum in mora) se trata de conjurar el riesgo de insolvencia del demandado y que conlleva la restitución sólo “mediata” del derecho (que puede sobrevenir con el transcurso del tiempo que insume la decisión de la causa). En cambio, en la valoración del periculum in damni que es exigible cuando la medida innovativa ostenta corazón de sentencia anticipatoria, la atención se centra en la situación del demandante, la que se vería notablemente agravada si no se otorga ya (total o parcialmente) la prestación que se reclama*”.

¹⁹ PEYRANO (2009), p. 15.

²⁰ CARNELUTTI (1994), pp. 246-248.

²¹ PEYRANO (2009), p. 46.

Además de tener por finalidad la alteración del estado de las cosas con efectos retroactivos, las medidas innovativas son de aplicación excepcional. Exigen de modo particular la inminencia de un perjuicio irreparable (*periculum in damni*) como requisito indispensable para su procedencia, lo que fija su marcado carácter excepcional y limita su ámbito de aplicación.²²

En el CPC no existe una regulación expresa de las medidas innovativas. Se plantea que ello obedece a razones históricas. Como indica Marín “desde antiguo rige el principio de que durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él (*lite pendente nihil innovetur*)”.²³ Siguiendo a Carnelutti, Marín razona que frente al favorecimiento que dicho principio le otorga a la posición del demandado, quien simplemente debe esperar el iter procesal del juicio bajo certeza que durante ese tiempo su patrimonio no sufrirá ningún detrimento, y que a efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte acogiendo la demanda, los ordenamientos jurídicos contemplaron medidas cuya finalidad es asegurar la efectividad de dicho cumplimiento, pero sin introducir ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se tramitaba el proceso.²⁴

Nuestro Código, que el Congreso Nacional aprobó el 28 de agosto de 1902, bajo el gobierno de German Riesco y que comenzó a regir desde el 1º de marzo de 1903, es una excepción a la regla de no intervención al regular en el Título V, Libro II las medidas precautorias. Todas las medidas cautelares, salvo las probatorias, reguladas en el Código tienen un carácter conservativo cuya finalidad es asegurar el resultado de la acción evitando la dispersión de los bienes que se encuentran en poder del demandado o la alteración del estado de las cosas, todo con miras a ejecutar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable que pueda conseguir el demandante durante el juicio.

Baste revisar el Mensaje del Código en que se indica lo siguiente: “Enumera y reglamenta el Proyecto las medidas prejudiciales que es lícito solicitar para que sea posible la entrada en juicio, y aun acepta que puedan reclamarse con este carácter las medidas precautorias que la ley autoriza, pero estableciendo al mismo tiempo restricciones que impida todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse”. Añade que a los que temen ser demandados “se les autoriza para reclamar como medidas prejudiciales aquellas que sean indispensables para preparar su defensa”. Finalmente, agrega que “menester es limitar dichas medidas (precautorias) a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante y evitar al mismo tiempo que con ellas sufra menoscabo el derecho de terceros”.

B. Consecuencia frente a la confusión entre medida conservativa e innovativa. Las medidas innominadas o genéricas

Ahora bien, hay quienes postulan²⁵ que las medidas innovativas tienen un reconocimiento implícito a

²² AGUIRREZÁBAL (2016), p. 43.

²³ MARIN (2006), p. 14.

²⁴ MARIN (2006), pp. 15 y 16.

²⁵ BORDALI (2021), p. 2 y ROMERO (2012), p. 65.

partir de una interpretación amplia de lo dispuesto en el artículo 298, segunda parte del CPC, al establecer que “podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”. Esta norma se refiere a las denominadas medidas cautelares genéricas o innominadas.

Fátima indica que “clásicamente ha sido denominada garantía cautelar innominada, desde el momento que no han merecido una regulación especial, consistiendo en aquella que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento”.²⁶

Creemos que se justifica la necesidad de contar con una fórmula amplia frente a la imposibilidad que legislador especifique todas y cada una de las medidas precautorias que podrían servir para asegurar el resultado de la acción siempre que estas medidas innominadas o genéricas exijan el cumplimiento de los dos requisitos básicos comunes a toda medida cautelar: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, junto con la rendición de una contra-cautela cuyo decreto es facultativo del tribunal.

Cabe preguntarnos, ahora, si la cláusula genérica del artículo 298 permite ampliar el espectro de medidas cautelares tanto a otras precautorias distintas a las enumeradas en el artículo 290 como a las innovativas. Nos inclinamos a afirmar que, i) atendida la necesidad de contar con un reconocimiento legal expreso de las medidas innovativas por su carácter excepcional, como ocurre en materias de familia y medioambiental, por nombrar algunas, ii) el contexto histórico de la dictación del código y, iii) los principios procesales que inspiraron su creación y que se manifiestan en el Mensaje, no es posible incluir las medidas innovativas dentro de las medidas innominadas o genéricas de la norma en comento. En consecuencia, el juez no puede decretar medidas innovativas a través de la fórmula genérica del artículo 298 porque el legislador solo ha considerado en esta ampliación a otras medidas conservativas siempre que no se traten de medidas reconocidas expresamente en la ley.

A propósito de este último punto, adherimos a la opinión de Cortez en cuanto “parece poco probable en que el legislador haya destinado el artículo 298 -más bien una parte de él, la final- para desempeñar tan trascendental propósito, como lo es la proclamación de una potestad cautelar general del juez, máxime cuando el precepto, lejos de ser categórico, alude a la consabida potestad en forma casi accidental, para referirse a otro tema diverso como lo es la exigencia de una caución”.²⁷ En conclusión, Cortez señala que la posibilidad de que el juez pueda decretar medidas indeterminadas o atípicas “está supeditada a que el legislador no haya dispuesto una norma que consagre una medida específica o típica, puesto que existiendo ésta se excluye la aplicación del artículo 298 CPC”.²⁸

Por lo tanto, el artículo 298 debe tener una aplicación restrictiva por cuanto faculta al tribunal a exigir caución cuando lo estime conveniente y no tratándose de medidas -conservativas- expresamente

²⁶ FÁTIMA (2011), p. 43.

²⁷ CORTEZ (1999), p. 105.

²⁸ CORTEZ (1999), p. 105.

autorizadas por la ley. Como las medidas innovativas se encuentran autorizadas expresamente en algunas leyes especiales, como por ejemplo en materia de familia²⁹ y de medioambiente,³⁰ entre otras, se excluye la aplicación del artículo 298 en materia civil a través de las medidas innominadas.

Para que sea posible decretar las medidas innovativas se requiere la autorización expresa de la ley, como ocurre en ciertas materias especiales, considerando el carácter excepcional de éstas. Señalar lo contrario, implica aceptar una vulneración al debido proceso y al principio de legalidad pues se facultaría al juez para dictar una resolución y decretar una medida que tiene injerencia en la libertad de los justiciables sin fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Además, el fundamento de la medida en esta causa radica en el *periculum in damni*, requisito propio de las medidas innovativas, más no en el *periculum in mora*. No existe temor a que el demandado burle el cumplimiento de una eventual sentencia favorable a través de la enajenación, por ejemplo, de bienes que formen parte de su patrimonio, sino que existe temor de que se provoque un perjuicio irreparable y la forma de evitarlo es a través de la concesión de la suspensión del acto administrativo. Así ha enfatizado Marín al señalar “en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure de manera pronta la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución. En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios graves”.³¹

C. Imposibilidad de prejudicializar a las medidas innovativas

Las medidas precautorias se clasifican en nominadas e innominadas. Las primeras se encuentran consagradas en el artículo 290 CPC, sin perjuicio de otras hipótesis especiales que regula nuestro ordenamiento jurídico.³² Las medidas innominadas, genéricas, atípicas o indeterminadas serían “el resultado del ejercicio de la potestad cautelar en la cual -a petición de parte- el juez adopta las medidas de seguridad que no están previstas expresamente en la ley, pero que se estiman como necesarias para asegurar el resultado de la acción deducida”.³³

²⁹ Véase por ejemplo el artículo 22 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, que dispone: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

³⁰ Artículo 24 de la Ley N°20.600, de 2012, que crea los Tribunales Ambientales: “De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida”.

³¹ MARÍN (2016), pp. 320 y 321.

³² ROMERO (2012), p. 64.

³³ ROMERO (2012), p. 65.

Romero, asumiendo que el tema no es pacífico en doctrina, plantea que la potestad cautelar del juez recibe reconocimiento normativo en el artículo 298, segunda parte, del CPC. Ello nos llevaría a concluir que las medidas innovativas tienen un reconocimiento implícito en esa norma. Sin embargo, como explicábamos más arriba, el carácter excepcional de las medidas innovativas por su injerencia en la libertad de los justiciables fundada en el peligro de daño irreparable exige que exista un reconocimiento legal expreso para su aplicación, tal como ocurre en ciertas materias especiales de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si aceptáramos la postura doctrinaria que reconoce tácitamente a las medidas innovativas en la cláusula general del artículo 298, segunda parte, nos vemos en la necesidad de cuestionarnos cuál es la oportunidad procesal en que se pueden solicitar.

Según lo dispuesto en el artículo 290 no cabe duda de que las medidas precautorias y las medidas innominadas del artículo 298 pueden pedirse “*en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda*”. En este punto cabe destacar el carácter instrumental de las medidas cautelares. A juicio de Calamandrei “*las cautelas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito*”.³⁴

En Chile, a juicio de Romero, nuestro sistema cautelar está construido sobre el principio que la tutela judicial del derecho es un acto intrínseco de la sentencia judicial sobre el fondo.³⁵ Por ende, no es posible conseguir la tutela de un derecho a través de una medida precautoria, justamente por su carácter instrumental no satisfactivo.

La posibilidad de solicitar como medidas prejudiciales las innovativas es nula por expresa disposición de la ley. El artículo 279 dispone que “*podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:*

- 1ª *Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y*
- 2ª *Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan*”.

Luego, el artículo 281 agrega que “*puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal, informe de peritos nombrados por el mismo tribunal, o certificado del ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño o perjuicio, o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer*”. Además, conforme a lo dispuesto en los artículos 282, 284, 285 y 286 se puede solicitar también como prejudiciales, las medidas probatorias de declarar bajo juramento, exhibición de título, absolución de

³⁴ CALAMANDREI (1945), p. 44.

³⁵ ROMERO (2001), p. 40.

posiciones, constitución de apoderado y declaración de testigos.

En consecuencia, por aplicación expresa de lo dispuesto en la ley, solo es posible solicitar como prejudiciales, las medidas precautorias y las probatorias, excluyéndose la posibilidad de solicitar como prejudiciales a las innovativas, aun aceptando su carácter innominado. Cabe mencionar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 279, la decisión sobre ordenar contra-cautela deja de ser facultativa del tribunal.

Como señala Cortez, excepcionalmente “es permitida la solicitud de una medida precautoria con carácter previo a la iniciación del proceso, debiendo tenerse en consideración que la ley procesal es particularmente rigurosa al regular las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas con antelación al proceso y para su adopción el legislador ha sido particularmente exigente, estableciendo, como se deja constancia en el Mensaje del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, ‘restricciones que impidan todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse’”.³⁶

Por todo lo anterior, se plantea que el tribunal de primera instancia no debió siquiera haberle dado tramitación a la medida prejudicial por tener carácter de innovativa y ser inaplicable, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 279.

V. POSIBLE SOLUCIÓN FRENTE A LA OMISIÓN LEGISLATIVA A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La acción de nulidad de derecho público se tramita a través del procedimiento ordinario regulado en el Libro II del CPC que tiene una aplicación general y supletoria (artículo 3° CPC). Los justiciables pueden interponer las medidas precautorias establecidas en los artículos 290 y siguientes del CPC.

Como se ha señalado más arriba, hay quienes postulan que las partes podrían solicitar la aplicación de medidas innovativas que reconocería implícitamente el artículo 298 CPC, refiriéndose específicamente a la suspensión del acto administrativo. Sin embargo, como se ha razonado hasta aquí y según sostienen Ferrada y Sagredo, cuya opinión compartimos, la solicitud de suspensión del acto administrativo en este tipo de procedimiento aparece como un mecanismo excepcional con fundamento normativo muy débil, lo que afecta su otorgamiento habitual por los tribunales de justicia.³⁷

Bordalí plantea que, en el contencioso administrativo de nulidad chileno, por regla general, las partes tendrán que recurrir a las normas supletorias del Código de Procedimiento Civil, pero entre las medidas cautelares no se encuentra la suspensión del acto administrativo. A modo de solución, plantea que sí es posible solicitar la suspensión en juicio de nulidad de derecho público como medida innominada conforme lo dispuesto en el artículo 298 segunda parte CPC.³⁸ La dificultad que señala el

³⁶ CORTEZ (2017), p. 237.

³⁷ FERRADA Y SAGREDO (2015), p. 356.

³⁸ BORDALI (2021), p. 2.

autor para que un juez pueda acoger esta medida en este tipo de procedimiento es la exigibilidad de contra-cautela, aun cuando sería facultativo del juez, y que como la cuantía de la acción de nulidad es indeterminada no es posible fijar un monto para la caución y en consecuencia, los jueces optan por no conceder la medida. Y es exactamente esto lo que ocurrió en el caso cuya sentencia estamos analizando.

Sin embargo, lo que se ha intentado plantear en este trabajo es que el problema no radica en la exigibilidad o no de la caución habida cuenta de la indeterminabilidad de la cuantía en la acción de nulidad de derecho público, sino que en la ausencia de regulación normativa expresa respecto de las medidas innovativas -y en especial de la suspensión del acto administrativo- en el CPC.

Aun cuando el juez decreta la suspensión de un acto administrativo en este tipo de procedimiento, sin exigir caución, aplicando en su razonamiento fundamentos normativos de las medidas conservativas a una medida de carácter innovativa, que tiene fines y requisitos propios y que no es posible subsumirla dentro de las medidas innominadas por referirse éstas solo a las conservativas no reguladas expresamente en la ley, se atenta contra el debido proceso porque el fundamento legal para otorgarla no existe en términos expresos.

Concordamos con el autor cuando señala que lo que corresponde, de *lege ferenda*, es que se regule expresamente la medida de suspensión del acto administrativo sin exigir caución.³⁹ o mejor aún, que se regulen expresamente las medidas innovativas en el CPC. Sin embargo, la no regulación expresa no puede dar espacio para que el juez, bajo la fórmula genérica de las medidas innominadas, realice una interpretación contra lo que dispone expresamente la ley en los procedimientos civiles.

Es por lo anterior, que se plantea que la tutela judicial efectiva se ve afectada en este caso no porque el juez no pudo determinar la cuantía de la caución al tratarse de una acción de nulidad de derecho público, sino porque las medidas innovativas, en específico la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente por el legislador en el procedimiento ordinario civil y no es viable impetrarlas como innominadas por las razones expuestas anteriormente. Estamos, en consecuencia, en presencia de una omisión legislativa.

Frente a esta omisión en el procedimiento civil clásico, “*la medida cautelar innominada pasó a ser vista como una especie de válvula de escape para la efectividad de los derechos*”.⁴⁰ Es decir, según Marinoni, a las medidas innominadas se les da un uso no cautelar.⁴¹ Citando a Zanuttigh, el autor señala que la doctrina italiana reconoce que ello significó una distorsión de la fisonomía original de la tutela cautelar, pues hizo desaparecer su principal característica, esto es, la instrumentalidad.⁴² Por ello se plantea que la solución frente a la omisión normativa no pasa por distorsionar la fisonomía de la me-

³⁹ BORDALI (2021), p. 3.

⁴⁰ MARINONI (2007), p. 96.

⁴¹ MARINONI (2007), p. 96.

⁴² MARINONI (2007), p. 97.

didada innominada cautelar del CPC para incluir dentro de ella la medida innovativa de suspensión del acto, que por lo demás no tiene un efecto cautelar, sino satisfactivo.

La solución pasaría porque el juez reconozca el derecho a la tutela judicial efectiva y lo concrete frente a este caso de omisión legislativa. Siguiendo a Marinoni *“si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador, el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve sólo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-Juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita”*.⁴³

El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N°3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.⁴⁴

Según García y Contreras el derecho a la tutela judicial efectiva *“importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”*.⁴⁵

Como elemento de la tutela judicial efectiva aparece la tutela cautelar que, a criterio de los autores, no es un elemento de su esencia, pues si lo fuera estaría considerado en todos los procedimientos lo cual no acontece pues ello depende de la naturaleza de la pretensión.⁴⁶ Sin embargo, como señala Bordalí se ha entendido en el derecho comparado, indica como ejemplo España, que la tutela judicial efectiva incluye a la tutela cautelar para que los jueces puedan adoptarlas. Asimismo, se ha señalado que los justiciables tienen derecho a que el juez pueda decretarlas de manera razonable y fundamentada.⁴⁷ Pues bien, a partir de este razonamiento, cabe cuestionarnos por qué en el procedimiento

⁴³ MARINONI (2007), p. 280.

⁴⁴ *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y otros respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en los autos caratulados “Pfeifer Frenz con Instituto de Salud Pública”, Rol 14980-2006, en el 11º Juzgado Civil de Santiago (2007).*

⁴⁵ GARCIA Y CONTRERAS (2013), p. 244.

⁴⁶ GARCIA Y CONTRERAS (2013), p. 252.

⁴⁷ BORDALÍ (2021), p. 5.

ordinario del Libro II no se consideran las medidas innovativas y si esa omisión se justifica en la naturaleza de la acción deducida.

La acción de nulidad de derecho público, al no contar con un procedimiento especial, se tramita a través de las reglas generales y supletorias del Libro II del CPC el cual solo regula las medidas precautorias clásicas, mas no las innovativas y menos la medida de suspensión de los actos administrativos. Este procedimiento contempla trámites y plazos, incluyendo recursos, que determinan su extensión en el tiempo del proceso, que no se corresponde con la celeridad con que se toman actualmente las decisiones en los demás ámbitos de la actividad social y económica.⁴⁸ Existe consenso que es un procedimiento cuya tramitación es lenta por contemplar una gran cantidad de trámites en su prosecución.

Sumado a lo anterior, la suspensión del acto administrativo es considerada como la medida cautelar por excelencia en lo contencioso-administrativo,⁴⁹ porque constituye el primer paso para conseguir la anulación del acto administrativo cuya legalidad se impugna. Tal es su carácter principal en este tipo de asuntos que los artículos 3º, inciso final y 57, inciso segundo, de la Ley N°19.880⁵⁰ que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, contemplan expresamente esta medida de suspensión.

La primera de estas normas establece, como regla general, que los actos administrativos producen sus efectos desde el momento en que entran en vigor, “salvo que mediar una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”. Y luego, la segunda norma señala como requisitos de la suspensión “cuando el acto pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”. Es decir, en la Ley N°19.880, que tiene un carácter especial por sobre la aplicación general del CPC, se contempla expresamente la posibilidad de que un juez pueda decretar la suspensión de un acto administrativo para evitar un daño irreparable o evitar hacer ilusoria la resolución final en caso de acogerse la acción.

Además, a este respecto es útil hacer notar lo expresado por Orellana en cuanto al carácter temporal de la “suspensión”. Señala que lo temporal de la suspensión es consustancial a su esencia. Algo se suspende a la espera de que se renueve, se solucione o desaparezca aquello que obsta a su continuación.⁵¹ En consecuencia, la suspensión no puede ser definitiva, siempre es provisoria, y la provisoriedad no es propia de la sentencia de fondo que se pronuncia sobre la acción principal.

Con todo lo anterior, la naturaleza de la acción deducida en la sentencia analizada corresponde a la nulidad de derecho público, implícita en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, por lo tanto,

⁴⁸ CAROCCA (2003), p. 61.

⁴⁹ BORDALÍ (2021), p. 14.

⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

⁵¹ ORELLANA (2017), p. 52.

se refiere a lo contencioso-administrativo que no sigue la misma lógica de un conflicto civil entre particulares.⁵² En razón de ello, creemos que en el juicio ordinario del Libro II del CPC, respecto de las acciones de nulidad de derecho público, cuya naturaleza corresponde a un conflicto entre un particular y la Administración del Estado donde la relación jurídica procesal no es igualitaria entre las partes, y la pretensión el futuro actor es obtener la nulidad de un acto administrativo por impugnarse su licitud, el juez no puede dejar de reconocer la tutela cautelar como elemento de la tutela judicial efectiva y, basándose en normas de carácter especial, como es la Ley N°19.880, que reconocen expresamente a la medida innovativa de suspensión del acto administrativo, debe decretar esta medida para evitar los perjuicios irreparables que pudiesen ocasionarse frente a su no concesión.

VI. CONCLUSIONES

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia que a su vez deja sin efecto una medida prejudicial innominada de suspensión de los efectos de dos actos administrativos argumentando que la cuantía indeterminada del asunto y el carácter innominado de la medida, hacían imposible una contra-cautela exigida para el otorgamiento de la medida precautoria solicitada, por tanto, no se cumplen los requisitos de los artículos 279 y 298 del CPC.

Las medidas innovativas, dentro de las cuales se encuentra la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente en el CPC, a diferencia de lo que ocurre en materias específicas donde el legislador sí las reconoce. Ello obedece a razones históricas.

En el caso de la sentencia en análisis, la medida que se solicita consiste en la suspensión de los efectos de dos actos administrativos que pusieron término unilateralmente a un contrato. El fundamento que se invoca es evitar el perjuicio irreparable que sufrirían los trabajadores de la concesionaria al quedarse sin trabajo producto del término del vínculo contractual. El estado de hecho y de derecho existente antes de la petición de la medida es que el contrato celebrado entre la concesionaria y la municipalidad se encuentra terminado. Por tanto, lo que se busca con la medida es volver al estado anterior a la terminación del contrato por considerar que este hecho es contrario a derecho y que produce un daño irreparable. A todas luces se trata de una medida innovativa pues se aprecian principalmente la necesidad de volver al estado de vigencia del contrato previa a la terminación unilateral del mismo y el peligro en la irreparabilidad del daño del actor.

La Corte confunde las medidas precautorias o conservativas con las medidas innovativas y hace extensiva a éstas la aplicación del artículo 298, segunda parte, CPC, norma aplicable solo a las primeras. Se concluye que, i) atendida la necesidad de contar con un reconocimiento legal expreso de las medidas innovativas por su carácter excepcional, como ocurre en materias de familia y medioambiental, por nombrar algunas, ii) el contexto histórico de la dictación del código y, iii) los principios procesales que inspiraron su creación y que se manifiestan en el Mensaje, no es posible incluir las medidas inno-

⁵² BORDALI (2021), pp. 15 y 16.

vativas dentro de las medidas innominadas o genéricas de la norma en comento. En consecuencia, el juez no puede decretar medidas innovativas a través de la fórmula genérica del artículo 298 porque el legislador solo ha considerado en esta ampliación a otras medidas conservativas siempre que no se traten de medidas reconocidas expresamente en la ley.

Para que sea posible decretar las medidas innovativas se requiere la autorización expresa de la ley, como ocurre en ciertas materias especiales, considerando el carácter excepcional de éstas. Señalar lo contrario, implica aceptar una vulneración al debido proceso y al principio de legalidad pues se facultaría al juez para dictar una resolución y decretar una medida que tiene injerencia en la libertad de los justiciables sin fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Aun aceptándose la tesis que incluye a las medidas innovativas dentro de las genéricas, el artículo 279 solo permite promover como prejudiciales las medidas precautorias y las probatorias, no las medidas innovativas, por lo que la solicitud de la concesionaria no podía prosperar solo bajo este argumento normativo de derecho estricto, pilar fundamental del debido proceso.

El problema no radica en la exigibilidad o no de la caución habida cuenta de la indeterminabilidad de la cuantía en la acción de nulidad de derecho público, sino que en la ausencia de regulación normativa expresa respecto de las medidas innovativas -y en especial de la suspensión del acto administrativo- en el CPC.

Es por lo anterior, que se plantea que la tutela judicial efectiva se ve afectada en este caso no porque el juez no pudo determinar la cuantía de la caución al tratarse de una acción de nulidad de derecho público, sino porque las medidas innovativas, en específico la suspensión de los efectos del acto administrativo, no se encuentran reguladas expresamente por el legislador en el procedimiento ordinario civil y no es viable impetrarlas como innominadas por las razones expuestas anteriormente. Estamos, en consecuencia, en presencia de una omisión legislativa.

Además, la suspensión no puede ser definitiva, siempre es provisoria, y la provisoriedad no es propia de la sentencia de fondo que se pronuncia sobre la acción principal.

En razón de ello, se propone que en el juicio ordinario del Libro II del CPC, respecto de las acciones de nulidad de derecho público, cuya naturaleza corresponde a un conflicto entre un particular y la Administración del Estado donde la relación jurídica procesal no es igualitaria entre las partes, y la pretensión el futuro actor es obtener la nulidad de un acto administrativo por impugnarse su licitud, el juez no puede dejar de reconocer la tutela cautelar como elemento de la tutela judicial efectiva y, basándose en normas de carácter especial, como es la Ley N°19.880, que reconoce expresamente a la medida innovativa de suspensión del acto administrativo, debe decretar esta medida para evitar los perjuicios irreparables que pudiesen ocasionarse frente a su no concesión.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2016): “Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental”, en: *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)* (vol. 23 núm. 1).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Las cautelares procesales (crítica a las medidas precautorias)* (Santiago, Librotecnia).
- BARACAT, Edgard (2009): “Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro”, en: Peyrano, Jorge (director), *Medida innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2021): “La caución como requisito para conceder una medida cautelar: su no exigibilidad en materia contenciosa administrativa”, en: *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)* (vol. 28).
- CALAMANDREI, Piero (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (Traducc. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Biblio gráfica).
- CARNELUTTI, Francisco (1994): *Sistema de Derecho Procesal Civil* (traducc. de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, UTEHA).
- CAROCCA PÉREZ, Álex (2003): *Manual de derecho procesal. Los procedimientos declarativos* (Santiago, LexisNexis), t. II.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017): “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXX núm. 1).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (1999): “La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (núm. 205 año LXVII).
- FÁTIMA GARRIDO, Alejandra (2011): *Medidas cautelares genéricas y no enumeradas, doctrina y jurisprudencia* (Córdoba, Alveroni Ediciones).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan y SAGREDO REYMAN, Pablo (2015): “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 44).
- 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).
- MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2006): “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (núm. 8).
- MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2016): *Tratado de las medidas cautelares: doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado* (Santiago, Jurídica de Chile), vol. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Traducc. de Aldo Zela Villegas, Lima, Palestra Editores).
- ORELLANA, Fernando (2017): *Paralización del proceso civil de ejecución. Suspensión de la ejecución y sus consecuencias jurídicas fundamentales de conformidad a la Ley de Enjuicimiento Civil de España y su repercusión en el proceso civil chileno* (Santiago, Librotecnia).
- PEYRANO, Jorge (2009): “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, en: Peyrano, Jorge (editor), *Medida Innovativa* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores).

- PEYRANO, Jorge, (2009): “Pasado y presente de la medida cautelar innovativa”, en: Peyrano, Jorge (editor), *Medida Innovativa* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2012): *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2001): “La tutela cautelar en el proceso civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (t. XCVIII núm. 2).

Normativa citada

- Constitución Política de la República, de 11 de agosto de 1980.
- Código de Procedimiento Civil, de 30 de agosto de 1902.
- Ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado de 29 mayo de 2003.
- Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2004.
- Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales, de 28 de junio de 2012.

Jurisprudencia citada

- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y otros respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en los autos caratulados “Pfeifer Frenz con Instituto de Salud Pública”, Rol 14980-2006, en el 11° Juzgado Civil de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, de 28 de mayo de 2007, rol N°792-2007.
- Concesiones Recoleta S.A con Municipalidad de Recoleta (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, de 09 de febrero de 2021, rol N°6.000-2017.
- Concesiones Recoleta S.A./municipalidad de recoleta (2023): 17° Juzgado Civil de Santiago, de 20 de noviembre de 2023.

El caso Girardi con Emotiv sobre “neuroderechos”: síntesis y comentario

Girardi with Emotiv on “neuro-rights”: synthesis and commentary

Francisco Pino Pino

Universidad Central de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: francisco.antonio.pino@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0002-2781-9342>

Recibido el 25/04/2024

Aceptado el 08/10/2024

Publicado el 18/01/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.08>

RESUMEN: Este comentario de jurisprudencia analiza el denominado caso “sentencia de los neuroderechos” pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile. Su relevancia radica en la reflexión que, en lo medular, se desarrolló sobre los neuroderechos y la reforma constitucional que introduce al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución chilena en su artículo 19 N°1 el mandato de “resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”. El artículo presenta un análisis en dos partes: en primer lugar, una síntesis de las dos sentencias (Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema de Chile) en las cuales se conoció el caso; en segundo lugar, se desarrolla un comentario de los puntos más relevantes del razonamiento de la Corte Suprema y algunos de sus problemas destacando, principalmente, que lo que se ha denominado un caso sobre “neuroderechos” no lo es.

PALABRAS CLAVE: Recurso de protección, neuroderechos, Constitución chilena, datos personales.

ABSTRACT: This jurisprudence commentary analyses the so-called “neuro-rights ruling” pronounced by the Third Chamber of the Supreme Court of Chile. Its relevance lies in the reflection that, at its core, was developed on neuro-rights and the constitutional reform that introduces into the catalogue of fundamental rights of the Chilean Constitution in its Article 19 N°1 the mandate to “specially protect brain activity, as well as the information coming from it”. The article presents a two-part analysis: firstly, a synthesis of the two judgments (Court of Appeals of Santiago and the Supreme Court of Chile) in which the case was heard; secondly, a commentary on the most relevant points of the Supreme Court’s reasoning and some of its problems, highlighting, mainly, that what has been called a case on “neuro-rights” is not a case on “neuro-rights”.

KEY WORDS: Petition of protection, neurorights, Chilean Constitution, personal data.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema ha llamado la atención por, *prima facie*, ser el primer fallo en pronunciarse sobre los neuroderechos a nivel nacional e internacional. Esta afirmación tiene especial relevancia pues, en el ordenamiento jurídico chileno, no hay una fuente formal que de forma explícita desarrolle ni regule los denominados neuroderechos.¹

En este trabajo se analizan las dos instancias judiciales que resolvieron el recurso de protección² de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Excelentísima Corte Suprema de Chile con el objeto de brindar una mirada panorámica y sintética del caso.³ Luego, se presentan argumentos críticos de lo resuelto a partir de la presentación de los puntos problemáticos de la decisión. Este comentario no es un trabajo de teoría de los derechos fundamentales ni la indagación particular sobre alguna postura teórica al respecto: se inscribe dentro del género “comentario de jurisprudencia”. Por ello, lo que se espera es brindar una visión panorámica del caso, en sus dos sentencias, para luego arrojar luz sobre algunos elementos de críticos del fallo que ha sido catalogado como histórico y, el menos entre nosotros, el primero de su clase.⁴ En consecuencia, y atendido que abordaré el caso en sus dos instancias con sus respectivas sentencias, el comentario se organizará así: primera parte, es reconstructiva y explicativa de las dos sentencias (primera y segunda instancia) que resuelven en caso en sede de protección; en segundo lugar, tomando en consideración la reconstrucción y explicación precedentes, se desarrollan comentarios críticos sobre el fallo; finalmente, se presentan de forma sintética, las principales conclusiones que es posible extraer del análisis.

A. Primera parte: reconstrucción y explicación

1. Síntesis de la sentencia de protección rol 49852-2022 en la primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago pronunciada el 24 de mayo de 2023

a. Parte expositiva

El caso. Inicia su tramitación al interponerse una acción de protección en contra de la empresa *Emotiv Inc.* por la venta y comercialización en Chile del dispositivo *Insight* consistente con un “tipo de tecnología EEG que mide la actividad eléctrica del cerebro mediante la colocación de electrodos sobre la superficie del cuero cabelludo”.⁵ Una vez instalado, opera de modo tal que “gestiona y tiene acceso a información de bioseñales eléctricas que incluyen información de gestos, movimientos, preferencias,

¹ Ley N°21.383, de 2021. En el ordenamiento jurídico chileno la regulación de más alto rango y que guardaría mayor armonía temática es el nuevo inciso final del artículo 19 N°1 del texto constitucional vigente que fue introducido por el artículo único.

² PALOMO (2023).

³ Me concentro en la estructura general de la sentencia destacando sus elementos centrales a fin de que, en tanto comentario jurisprudencial, sirva para dar una visión global y autosuficiente del caso. Sin perjuicio de ello, puede verse una revisión de la forma de reconstruir el razonamiento judicial como silogismo práctico (y algunas de sus críticas) en GUARINONI (2018), pp. 162-180.

⁴ AMUNÁTEGUI (2024), pp. 17-27.

⁵ Girardi con *Emotiv* (2023), considerando 1°.

tiempos de reacción y actividad cognitiva del usuario las cuales, para prestar el servicio, se almacenan en la nube virtual de la empresa recurrida”⁶ La gestión de los datos y uso del dispositivo se desarrolla por medio de una aplicación que dispone de una versión gratuita y otra pagada.

La recurrida precisa que el dispositivo “se posiciona entonces como un dispositivo del tipo Interfaz Cerebro Computador, no invasivo, conocido por sus siglas en inglés “BCI” Brain-Computer Interface (interfaz cerebro computador)”⁷ El dispositivo, de conformidad a las reglas vigentes y lo analizado por la Corte, “no se encuentra incorporado a la obligatoriedad de registro sanitario, conforme al artículo 111 del Código Sanitario y el artículo 22 del Decreto Supremo N° 895/98 que aprueba el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico del Ministerio de Salud”⁸ En consecuencia, “no necesita de autorización para ser comercializado, pero sí para importarlo debiéndose requerir el certificado de destinación aduanera”⁹.

b. Parte considerativa

Acción contra la cual se recurre. La parte recurrente alega que, al adquirir el producto y decidir hacer uso de la versión gratuita de la aplicación junto con el consecuente almacenamiento de los datos recopilados en la nube de la empresa se concede en cada etapa del proceso de utilización del dispositivo su consentimiento,¹⁰ por dicha razón se estarían afectando un conjunto de garantías constitucionales en cuanto no se protege: “adecuadamente la privacidad de la información cerebral, la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, infringiendo el derecho a la integridad mental, la integridad física y psíquica, el derecho a la vida privada, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho de propiedad, consagrados en los numerales 1°, 4°, 6° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República”. Además, a nivel legal también se infringiría “lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.628 al no proteger la privacidad de la información de usuarios y el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, al no permitir la cancelación de los datos cerebrales de dichos usuarios”¹¹.

Para la Corte es claro que: “no existe discusión entre las partes que el acto que el recurrente estima como vulneratorio a sus garantías constitucionales corresponde a la venta y comercialización en Chile del dispositivo Insight, el que no protegería adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, por lo que el almacenamiento de su información cerebral en la nube de EMOTIV contra su voluntad ha expuesto al actor a riesgo que su información cerebral sea compartida con terceros, aunado que dicho datos pudieran ser objeto de investigaciones científicas y de secuestro”¹².

⁶ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

⁷ Girardi con Emotiv (2023), considerando 5°.

⁸ Decreto N°825, de 1999. En esta parte la sentencia consigna un número de reglamento incorrecto (N°895) pero su nombre está correctamente consignado de conformidad a la discusión del fallo.

⁹ Girardi con Emotiv (2023), considerando 7°.

¹⁰ Girardi con Emotiv (2023), considerando 7°, 8° y 12°.

¹¹ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

¹² Girardi con Emotiv (2023), considerando 6°.

La parte recurrente alega que el grado de afectación es el de amenaza en tanto y en cuanto “el uso del dispositivo *Insight* y el almacenamiento de su información cerebral en la nube de *Emotiv* ha expuesto a su representado a riesgo que su información cerebral sea compartida con terceros”. No alegan una afectación concreta sino “que dicho datos sean objeto de investigaciones científicas; que su información cerebral sea objeto de secuestros; y que sus datos cerebrales sean almacenados por *Emotiv* en contra de su voluntad”.¹³

Para la Corte, la acción constitucional no cumple con algunos requisitos fundamentales. El grado de afectación, cualquiera sea, debe alegarse, justificarse y apreciarse en concreto. Los riesgos o amenazas denunciados en la acción de protección deben ser concretos de modo que sea claro el vínculo entre la acción denunciada y las amenazas (y perturbación o privación) concretas sobre cada garantía constitucional. Por el contrario, lo denunciado es una amenaza de perturbación de un conjunto de garantías constitucionales que sólo “son sostenidos y valorados en abstracto y de manera hipotética, no materializados como una amenaza, en los términos exigidos en el presente arbitrio constitucional -actual, precisa, concreta, seria, razonable, eficiente y directa, en que se acredite la existencia de un mal futuro o de un peligro inminente o un temor fundado o razonable-, respecto de cualquier plataforma tecnológica o de servicios que realiza el tratamiento de datos personales, sensibles o no”.¹⁴

Vínculo entre acción denunciada y la afectación a las garantías constitucionales. Junto con estimar que las alegaciones de la parte recurrida no enuncian ni justifican el grado de afectación denunciado en concreto, se plantean reparos adicionales respecto de la imputación al comportamiento de la recurrida como un comportamiento lesivo de derechos fundamentales.

La Corte de Apelaciones comprende el caso bajo el paradigma de la autonomía de la voluntad y la regulación civil, atendido a que la relación que vincula a la recurrida y recurrente es una compraventa de bien mueble. Expresa como fundamentos normativos el artículo 1545 del Código Civil¹⁵ destacando la idea de consentimiento y la fuerza obligatoria que recíproca y libremente suscriben las partes y el 1546 del mismo Código destacando que “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.¹⁶

Pasa a interpretar el artículo 4° de la Ley N°19.628¹⁷ de conformidad al artículo 1545 y 1546 del Código Civil, destacando que el tratamiento de datos personales puede efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular lo consienta expresamente.¹⁸

¹³ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 1°.

¹⁴ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 12°.

¹⁵ Código Civil, de 1855.

¹⁶ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 8°.

¹⁷ Ley N°19.628, de 1999.

¹⁸ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 9°.

La cuestión constitucional es comprendida como un caso de protección de datos personales. Entienden que el derecho fundamental involucrado en la resolución del conflicto, es el derecho a la autodeterminación informativa entendido como: “el derecho del individuo a controlar la obtención, tenencia, tratamiento y transmisión de datos relativos a su persona, decidiendo en cuanto a los mismos, las condiciones en que dichas operaciones pueden llevarse a cabo”.¹⁹ Luego, armonizan su interpretación con el precedente del Tribunal Constitucional Chileno que se ha referido a la autodeterminación señalando que “la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa”.²⁰

c. Parte resolutive

La Corte descarta que se hayan infringido las reglas legales o alguna garantía constitucional pues sólo se han planteado amenazas a los derechos fundamentales de forma hipotética, con sujeto indeterminado y en abstracto.²¹

Adicionalmente, se determinan dos cuestiones relevantes: en primer lugar, se despliega una interpretación extensiva de la Ley N°19.628²² sobre Protección de la Vida Privada señalando que su alcance es tanto para instituciones públicas o privadas llegando incluso al ciberespacio;²³ en segundo lugar, y entendiendo que el caso está dentro del ámbito de aplicación de la ley, se establece que la recurrida ajusta sus políticas de privacidad y protección de datos personales a la legislación vigente sin que se haya comprobado que ha actuado sin la diligencia debida del artículo 11 ni negando a la recurrente la posibilidad de eliminar sus datos de conformidad al artículo 13²⁴ máxime cuando se ha dado por acreditado que en cada etapa de utilización del dispositivo la parte recurrente dio su consentimiento de forma expresa.²⁵

Se concluye que la acción de protección no es la vía idónea para resolver eventuales riesgos que, de forma indeterminada, en abstracto y sin un sujeto activo afectado puedan ocurrir “*toda vez que no existen antecedentes que constituyan evidencia que el recurrente sufrió afectación a los derechos que estima conculcados*”.²⁶ Tampoco corresponde a esta acción “*declarar ni constituir situaciones jurídicas nuevas o declarar derechos permanente a favor de la partes*”²⁷ pues la ley franquea los medios idóneos

¹⁹ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 11°.

²⁰ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 11°.

²¹ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 12°.

²² Ley N°19.628, de 1999.

²³ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 14°.

²⁴ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 10°, 14° y 15°.

²⁵ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 12°.

²⁶ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 19°.

²⁷ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 18°.

para reclamarlos.²⁸

En consecuencia, dándose por acreditado que la parte recurrida actuó de conformidad a los estándares normativos vigentes, que no existe una que en concreto justifique algún nivel de afectación a las garantías constitucionales alegadas y que la legitimación activa de la acción de protección no da lugar a que ella sea entendida como una acción popular,²⁹ se desestima el recurso impetrado sin perjuicio de ordenar a la recurrida, atendida su propia disposición a satisfacer la pretensión relativa a la eliminación de información, que dentro del plazo de 15 días elimine los datos que posee de la parte recurrente.

B. La sentencia de protección de segunda instancia dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema rol N°105.065-2023

1. Parte expositiva

En lo sustantivo de la exposición del caso, la Corte Suprema mantiene las consideraciones de la Corte de Apelaciones contenidas en los considerandos 1° a 4° inclusive eliminando desde el considerando 5° a 23°.³⁰

El caso y las alegaciones de la parte recurrente y recurrida. Refrenda lo ya expuesto en la primera instancia en relación a la parte en favor de quien se interpone el recurso de protección. Además, establece que la parte recurrente reclama “en razón de la venta y comercialización en Chile del dispositivo “Insight”³¹

La misma parte, señala respecto del dispositivo que “éste no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios, vulnerando las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1, 4, 6 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”.³²⁻³³ Al mismo tiempo, vulneraría dos reglas legales: en primer lugar, el “artículo 11 de la Ley N° 19.628, sobre la debida diligencia en el cuidado de datos personales a la que se encuentran obligados los responsables de registros o bases de datos personales”; en segundo lugar, “lo señalado en el artículo 13 de la misma ley, sobre el derecho de las personas a la cancelación o bloqueo de sus datos personales, ya que, aún cuando la cuenta de usuario de Emotiv se encuentre cerrada, la empresa recurrida retiene información cerebral para propósitos de investigación científica e histórica”.³⁴

²⁸ Girardi con Emotiv (2023), considerando 18° y 19°.

²⁹ Girardi con Emotiv (2023), considerando 6° y 21°.

³⁰ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

³¹ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

³² Constitución Política de Chile, de 1980.

³³ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

³⁴ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

Por su parte, le recurrida (empresa Emotiv Inc.), indica que la parte recurrente “siguiendo las instrucciones del dispositivo y con el objeto de grabar y acceder a sus datos cerebrales, creó una cuenta en la nube de datos de Emotiv, tras aceptar los términos y condiciones de la empresa”.³⁵ Sin embargo, la utilización del dispositivo requiere de otros instrumentos y plataformas para funcionar, para ello la recurrente “instaló en su computador el software llamado Emotiv Launcher, consistente en un punto de acceso a toda la información, herramientas y gestión de dispositivos Emotiv, asociando su cuenta al dispositivo Insight propiamente tal, debiendo aceptar nuevamente los términos y condiciones de la empresa para ello”.³⁶ Señalan que, antes de iniciar su uso e incluso en cada etapa posterior, se incluye un detallado catálogo de términos y condiciones que se ajustan a la normativa nacional y europea. Es fundamental en las alegaciones de la empresa que destacan que la parte recurrente “omitió también mencionar que, de acuerdo con la política de privacidad de Emotiv que suscribió, los usuarios tienen acceso y derecho a solicitar la cancelación de sus datos personales tratados en el contexto de adquisición y uso del producto, rechaza el haber cometido infracción alguna a la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y de los datos personales”.³⁷

El problema, a juicio de la parte recurrente se presenta toda vez que, aun con conocimiento de los términos y condiciones, decidió utilizar la versión gratuita del software que no le permitía descargar la información registrada. Sólo la versión pagada de la utilización del software permitía la descarga de datos. En su opinión, “el sólo uso del dispositivo de conformidad a dichos términos y condiciones, ponen en riesgo su información permitiendo la reidentificación, el robo o piratería de sus datos almacenados en la nube de la empresa, cerebrales, reutilización no autorizada de los, datos cerebrales, mercantilización de los datos cerebrales, vigilancia digital y captación de datos cerebrales para fines no consentidos por el individuo”.³⁸

Como se observa, mantiene en abstracto su alegación sin indicar una vulneración que, en los hechos, se produzca por el hecho de la venta y comercialización.

2. Parte considerativa

El punto de partida de la Corte Suprema es la reforma constitucional introducida por la Ley N°21.383³⁹ que modifica el artículo 19 N°1 del texto constitucional chileno agregando un nuevo inciso final que dispone: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”. La corte sostiene que “a través de dicho cuerpo normativo, se materializó la especial preocupación del constituyente en el tema la neurotecnología y los Derechos Hu-

³⁵ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

³⁶ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

³⁷ Girardi con Emotiv (2023), considerando 2°.

³⁸ Girardi con Emotiv (2023), considerando 1°.

³⁹ Ley N°21.383, de 2021.

manos”,⁴⁰ el cual interpretan como un “*mandato directo de protección*” que armoniza con la referencia al artículo 15 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;⁴¹ la referencia a la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la ciencia⁴² de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); y, finalmente, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos⁴³ de la UNESCO.⁴⁴

La identificación del mandato constitucional contenido en el nuevo inciso final del Artículo 19 N°1 del texto constitucional es acompañado en la argumentación con el Artículo 11 de la Ley N°20.120⁴⁵ Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana destaca a juicio de la Corte Suprema por exigir consentimiento en cada etapa de una investigación y para el caso que datos quieran ser usados para una investigación científica con independencia de si su recopilación fue o no anonimizada. De este modo, establecen que el consentimiento tácito es una opción vedada en el tratamiento de la información para fines científicos con independencia del consentimiento prestado en calidad de consumidor de un producto.⁴⁶

Teniendo esto a la vista la Corte razona fijando como elemento central la noción de persona humana y dignidad que es la piedra angular en la fundamentación de los derechos fundamentales y su protección en el ordenamiento jurídico chileno. En ese orden de ideas señala que la integridad humana requiere de la protección de la “*privacidad y confidencialidad y los derechos propios de la integridad psíquica y del sujeto de experimentación científica*”.⁴⁷ Como el tipo de tecnología como la que es objeto del caso está vinculada con esas dimensiones de la integridad humana es que la Corte fija como necesario su análisis previo a su comercialización “*por parte de la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella*”.⁴⁸

En consideración de todo lo razonado, la Corte Suprema establece que la acción de comercializar la tecnología Insight, “*sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la de luz de lo expresado*”, (Considerando 9°) vulnera las garantías constitucionales “*contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se refieren a la integridad física y psíquica y de derecho a la privacidad*”.⁴⁹

Finalmente, señala que a las consideraciones normativas anteriores es necesario señalar que el “dis-

⁴⁰ Girardi con Emotiv (2023), considerando 6°.

⁴¹ Decreto Ley N°326, de 1989.

⁴² Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia: Marco General de Acción, de 1999.

⁴³ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005.

⁴⁴ Girardi con Emotiv (2023), considerando 6°.

⁴⁵ Ley N°20.120, de 2006.

⁴⁶ Girardi con Emotiv (2023), considerando 7°.

⁴⁷ Girardi con Emotiv (2023), considerando 8°.

⁴⁸ Girardi con Emotiv (2023), considerando 8°.

⁴⁹ Girardi con Emotiv (2023), considerando 9°.

positivo no cuenta con *Certificado de Destinación Aduanera*”,⁵⁰ se acogerá la presente acción según se señalará en lo resolutivo de este fallo, con el fin de que la autoridad sanitaria y aduanera estudie a cabalidad el dispositivo Insight a la luz de la normativa reseñada en este fallo.

3. Parte resolutive

Se revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, a fin de que la autoridad aduanera y sanitaria estudien “a cabalidad el dispositivo Insight a la luz de la normativa reseñada en este fallo”.

Por ello la acción de protección deducida se acoge: “para el solo efecto de que el Instituto de Salud Pública y la autoridad aduanera evalúen los antecedentes en uso de sus facultades, disponiendo lo que en derecho corresponda, a efectos que la comercialización y uso del dispositivo Insight y el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie y reseñada en esta sentencia. Ello, sin perjuicio que la recurrida deberá eliminar sin más trámite toda la información que se hubiera almacenado en su nube o portales, en relación con el uso del dispositivo por parte del recurrente”.⁵¹

II. SEGUNDA PARTE: COMENTARIOS Y CONTEXTO DEL CASO

A. Los neuroderechos: breve contexto y crítica

Las dos sentencias examinadas son las primeras en referirse, o mencionar, a los denominados “*neuroderechos*”. También es la primera acción de protección de derechos fundamentales que menciona, pero no utiliza en su razonamiento el nuevo inciso 4° del N°1 del Artículo 19 del texto constitucional chileno.⁵² No consta más que una mención, sin que exista una identificación del contenido normativo de una disposición compleja que, *prima facie*, expresa una pluralidad de normas. Este fallo, menciona los “*neuroderechos*” pero no los utiliza en su reflexión ni proporciona alguna determinación de significado relevante para su razonamiento; menciona, pero no usa de igual modo, el nuevo inciso 4° del N°1 del Artículo 19 del texto constitucional chileno.

No es este el lugar para desarrollar la historia y progreso de la noción de neuroderechos. Sin embargo, es necesario hacer presente que es una expresión que no corresponde al desarrollo dogmático de las disciplinas jurídicas. Cosa distinta es que la nueva regulación constitucional, siendo receptiva de nuevos movimientos desde otras disciplinas, intentara dar regulación a los denominados neuroderechos. El trabajo seminal a este respecto es el de Rafel Yuste, quien sentó las bases de lo que entendemos por neuroderechos y tendió puentes con el derecho y en particular con la regulación nacional.⁵³ El prin-

⁵⁰ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 10°.

⁵¹ *Girardi con Emotiv* (2023), considerando 10°.

⁵² Constitución Política de Chile, de 1980.

⁵³ YUSTE (2024).

cial aporte, en lo que respecta a la comprensión de este fallo, es justamente en iniciar el movimiento en virtud del cual es necesario dar cabida y protección a los “*neuroderechos*”. Además, advirtió que el fenómeno de los “*neuroderechos*” responde a un cúmulo de derechos que constituyen el ámbito de protección de la actividad cerebral. Así, los ámbitos específicos de protección en el desarrollo de tecnologías que constituyen una interfaz entre cerebro-computadora (como en este caso) son: a) la identidad; b) la privacidad; c) el libre albedrío; y d) sesgo.⁵⁴ Este es el contexto en el cual se inscribe la nueva regulación constitucional recién referida.

Este es, desde luego, un tema emergente y que no corresponde en su génesis a una cuestión de desarrollo dogmático. De hecho, no hay un desarrollo dogmático sobre el tema y los trabajos son incipientes y con un carácter exploratorio en la doctrina nacional. La realidad es que no contamos con una noción clara y dogmáticamente funcional respecto de los denominados *neuroderechos*. De hecho, el texto constitucional reformado no los refiere expresamente siendo todavía parte de la reflexión apenas incipiente en la dogmática constitucional que mantiene sus reflexiones en un conjunto de problemas referidos a la interfaz cerebro-computador y sus efectos sobre la autonomía, la noción de identidad, entre otras cuestiones todavía probables.⁵⁵

Este caso menciona, pero no se pronuncia, sobre alguna noción o propiedad relevantes expresado por el término “*neuroderechos*”. Misma cuestión ocurre con el nuevo inciso 4° del N°1 del Artículo 19 del texto constitucional chileno el cual es mencionado pero no interpretado en abstracto a fin de construir un parámetro constitucional de apreciación. El fallo que resuelve de forma definitiva la controversia en la Corte Suprema se aproxima a la cuestión de la protección de datos personales sin indagar conceptualmente en los conceptos relevantes que, como he señalado, son simplemente mencionados pero no usados en el razonamiento constitucional que se espera. En consecuencia, este fallo no versa sobre *neuroderechos* ni sobre el nuevo inciso del artículo 19 N°1. Es histórico sólo por mencionarlos pero prescinde de cualquier elucidación conceptual relevante, abordando el caso de forma bastante problemática.

A continuación, tomando en consideración la crítica precedente, planteo algunos de los elementos que es posible examinar de forma crítica en la sentencia de la Corte Suprema a la hora de analizar un fallo que se presume histórico pero que no lo es.

B. La acción de protección: la falta de acreditación de algún nivel de afectación

El origen normativo de la acción de protección aparece en el Acta Constitucional N° 3⁵⁶ en septiembre de 1976, la cual se titulaba “*Derecho, Deberes y Garantías Constitucionales*” siendo el antecedente directo del Capítulo III de la Constitución vigente.⁵⁷

⁵⁴ YUSTE ET AL (2017).

⁵⁵ Sobre el particular, en detalle, véase AMUNÁTEGUI (2024); LÓPEZ Y MADRID (2022); CORNEJO (2023); y CORNEJO (2021).

⁵⁶ Decreto Ley N°1552, de 1976.

⁵⁷ PALOMO (2003), pp. 133-159.

El Artículo 20, que consagra la acción de protección, inicia señalando al sujeto activo (“*el que*”) que pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Sin embargo, el sujeto activo está sujeto a un requisito: tiene que acreditar un interés pues la acción de protección no es una acción popular.⁵⁸

Debe acreditarse ante la Corte que, respecto del sujeto que se deduce la protección o a favor de quien se interpone, se genera un efecto lesivo de derecho o garantía de los protegidos por acción que se encuentran listados en el mismo Artículo 20.⁵⁹ En cambio, cuando una acción tiene el carácter de popular, como la acción de amparo económico,⁶⁰ esta es una condición que no se exige.

La importancia de esto radica en que se tiene que demostrar la relación de causalidad que debe darse necesariamente entre al acto y el menoscabo respecto del sujeto que ha deducido (o en favor de quien se deduce) la acción de protección. La afectación, en esta acción constitucional, admite una gradualidad decreciente de las formas de afectar un derecho: privación, perturbación y amenaza.

En el presente caso de análisis, las alegaciones no son presentadas en concreto, no se acredita una vulneración a un derecho indubitado como se da cuenta en ambas sentencias, y se produce un tratamiento laxo de los requisitos procesales de procedencia de la acción los cuales, en la regularidad de los casos, no harán procedente su admisibilidad.⁶¹

C. La doctrina de los actos propios y protección de datos personales: perspectivas

Es interesante, además de la laxitud en los requisitos procesales de procedencia de la acción, cómo en el fallo se deja de lado la evaluación normativa de la parte recurrente ignorando, a la luz del aforismo *venire contra factum proprium non valet*.⁶²

Este aforismo sirve de referencia para evocar la doctrina civil de los actos propios que tiene relación no sólo con la aplicación que hacemos de las reglas civiles sino con la comprensión de las relaciones jurídicas en general. Esta consideración, en este análisis, está implícita en el razonamiento de la Corte de Apelaciones cuando considera en su interpretación el artículo 4° de la Ley N°19.628⁶³ Sobre protección de datos personales, de conformidad al artículo 1545 y 1546 del Código Civil,⁶⁴ destacando que el tratamiento de datos personales puede efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular lo consienta expresamente.⁶⁵

⁵⁸ NOGUEIRA (2007), pp. 75-134 y BORDALI (2006), pp. 205-228. Para una revisión panorámica de la acción de protección, actualizada, puede consultarse HENRÍQUEZ (2018).

⁵⁹ Constitución Política de Chile, de 1980.

⁶⁰ Para un balance y perspectiva crítica sobre la utilización del amparo económico ALVEAR (2013), pp. 167-220.

⁶¹ LARROUCAU (2020).

⁶² SALAH (2008), pp. 189-202; y PADILLA (2013), pp. 135-183.

⁶³ Ley N°19.628, de 1999.

⁶⁴ Código Civil, de 1855.

⁶⁵ Girardi con Emotiv (2023), considerando 9°.

La consideración de la doctrina de los actos propios por la Corte de Apelaciones en la acción de protección permitía determinar: a) si el nexo causal entre la acción contra la cual se recurre y el daño se construye deliberadamente por “*el hecho de la parte recurrente*” y b) la implicancia que tiene para la acción de protección el comportamiento procesal de la parte que recurre. Esto es todavía más relevante cuando se le puede imputar a la parte recurrente conocimiento experto adicional en el manejo de tecnología de monitoreo cerebral por corresponder su profesión a la de médico.

En el caso en concreto, a juicio de la Corte Suprema, sería irrelevante el comportamiento de quien recurre pues, con independencia de la aceptación de términos y condiciones, con independencia de su conocimiento médico adicional, y aun cuando la recurrida consigna y alega la posibilidad de borrar los datos por parte del consumidor, se estima que la ilegalidad y arbitrariedad se construye por el solo hecho de la venta y por una presunta falta de control de autoridades administrativa que podría (en abstracto) generar algún peligro (abstracto y no acreditado como consta en la sentencia).

Esto último tampoco es comprensible en el fallo pues la autoridad sanitaria de salud controló el producto y evacuó informe a la Corte de Apelaciones en la primera instancia de este caso. Pareciera ser que la Corte Suprema omite los antecedentes consignados en el caso, así como la actuación de la parte recurrida, y dispone del proceso de protección como si este no fuera un proceso judicial en el cual es imperativo ponderar todos los antecedentes.⁶⁶

En consecuencia, la parte recurrente acepta los términos y condiciones del producto en cada etapa de uso, reclama la captura de sus datos cuestión que es de la esencia del funcionamiento del producto, conserva la facultad de solicitar la eliminación de sus datos y recurre de protección por dicha causa.

Todos los elementos críticos anteriores dan cuenta de la necesidad de preguntarse el por qué la Corte avanza de esta manera en la resolución del caso. La respuesta puede encontrarse en la reforma constitucional que agrega el nuevo inciso 4° al N1 del Artículo 19 de la Constitución chilena que consagra.

D. Reforma constitucional al artículo 19 N°1 inciso 4°: ¿es un fallo sobre neuroderechos o sobre protección de datos personales?

Por medio de la Ley N°21.096,⁶⁷ publicada el 16 de junio de 2018, que consagra el derecho a la protección de datos personales, el texto constitucional chileno, incorpora al Capítulo III “Derechos y Deberes Constitucionales” una frase adicional al N°4 del Artículo 19 agregando: “*a continuación de la expresión “y su familia”, lo siguiente: “, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.*”

Luego, por medio de la Ley 21.383 publicada el 25 de octubre de 2021, el texto constitucional chileno,

⁶⁶ Para una revisión crítica de la comprensión de la acción de protección en el discurso dogmático y jurisprudencial véase BORDALÍ (2014), pp. 277-283.

⁶⁷ Ley N°21.096, de 2018.

incorpora al Capítulo III “Derechos y Deberes Constitucionales” un nuevo inciso al N°1 del Artículo 19 agregando un nuevo inciso 4° que establece que: El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella.

Finalmente, en Chile la acción de protección establece en su artículo 20 los derechos que serán objeto de protección.⁶⁸ Se indica que los derechos son los “establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.⁶⁹

La Corte Suprema asume que esta disposición impone un mandato en el cual se “materializó la especial preocupación del constituyente en el tema la neurotecnología y los Derechos Humanos”⁷⁰ sin advertir un mayor contenido del mandato; al no existir una vulneración concreta tampoco fue posible que la Corte se pronunciara en profundidad en la dimensión vulnerada ni menos en una interpretación más acabada de esta nueva disposición constitucional.

Lo medular es presentado por algunos⁷¹ como un caso relativo a neuroderechos cuando en realidad es un caso sobre protección de datos personales. Es cuestionable que la acción de protección sea la vía idónea para resolverse atendido la inexistencia del cumplimiento de requisitos procesales de procedencia que, en ambas instancias, Corte de Apelaciones y Corte Suprema, advierten. Y de considerarla vía idónea, tampoco es comprensible la falta de consideración del Artículo 19 N°4 ni tampoco de un desarrollo de la infracción a la Ley N°19.628⁷² Sobre protección de datos personales.

La Corte de Apelaciones comprende el caso bajo el paradigma de la autonomía de la voluntad y la regulación civil, así mismo recurre a la Ley N°19.628⁷³ sobre protección de datos personales para comprender el caso. Con independencia de las deficiencias y aciertos de la regulación sobre protección de datos en Chile,⁷⁴ el caso se comprende de mejor forma bajo esa regulación. La peculiaridad que rodea el caso es el uso de un dispositivo electrónico de avanzada tecnología de uso doméstico que recopila datos.

⁶⁸ PFEFFER (2006), pp. 87-107 para una revisión estándar de la acción de protección en el discurso dogmático.

⁶⁹ Constitución Política de Chile, de 1980.

⁷⁰ Girardi con Emotiv (2023), considerando 5°.

⁷¹ Una reciente revisión general de este tema a nivel nacional, respecto de este caso, puede encontrarse en SÁNCHEZ ET AL (2024) orientada, en general y salvo excepciones, a destacar el fallo y la relevancia de los neuroderechos como novedad histórica.

⁷² Ley N°19.628, de 1999.

⁷³ Ley N°19.628, de 1999.

⁷⁴ BENUSSI (2020), pp. 227-279.

Este caso no corresponde a un caso sobre “*neuroderechos*” ni su protección; tampoco aborda el contenido normativo del nuevo inciso 4° del N°1 del Artículo 19 de la Constitución.⁷⁵

El fallo de la Corte Suprema, a diferencia de lo resuelto por la Corte de Apelaciones, confunde el ámbito de aplicación de la regulación normativa y resuelve de modo “*preventivo*” la instrucción de una revisión administrativa del dispositivo que ya había sido realizada en la primera instancia del caso; resuelve, además, ordenar la eliminación de datos por parte de la empresa en condiciones que esto ya había sido ofrecido por la recurrida y que era perfectamente posible de ser solucionado por medio de una solicitud del cliente a la empresa.

III. CONCLUSIONES

En primer lugar, respecto de lo resuelto por la Corte Suprema, se advierten problemas procesales en el tratamiento del caso. Las alegaciones no son presentadas como una afectación en concreto, tampoco se acredita una vulneración a un derecho indubitado como se da cuenta en ambas sentencias, y se produce un tratamiento laxo de los requisitos procesales de procedencia de la acción los cuales, en la regularidad de los casos, no harían procedente su admisibilidad.

En segundo lugar, respecto de lo razonado por la Corte de Apelaciones, se advierte una interpretación interesante para el caso. Se despliega una interpretación extensiva de la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada señalando que su alcance es tanto para instituciones públicas o privadas llegando incluso al ciberespacio. En la sentencia de la segunda instancia, esta interpretación no es descartada expresamente.

En tercer lugar, respecto de lo resuelto por la Corte Suprema y Corte de Apelaciones, inexistencia de una reflexión o conceptualización de alguna noción de *neuroderechos*. No se hace presente ninguna indagación en relación al término, su significado y su relevancia constitucional. De hecho, este término y los enunciados en el inciso 4° del N°1 del Artículo 19 de la Constitución son meramente mencionados, pero no usados en el razonamiento de la Corte Suprema: no se les atribuye significado alguno ni tampoco son utilizados para construir algún parámetro de evaluación constitucional del caso.

En cuarto lugar, respecto de lo resuelto por la Corte Suprema y Corte de Apelaciones, se constata la inexistencia de interpretación constitucional del nuevo inciso 4° del N°1 del Artículo 19 del texto constitucional chileno. Al igual que la noción “*neuroderechos*” precedentemente mencionada, simplemente se menciona, pero no se interpreta en ningún sentido. Esto es problemático no sólo desde el punto de vista del razonamiento judicial: no aporta ninguna decisión sobre su significado y la multiplicidad de normas que integran una disposición compleja como esta. En consecuencia, la cuestión relativa a la comprensión de esta disposición constitucional se mantiene abierta al desarrollo de la dogmática constitucional.

⁷⁵ Constitución Política de Chile, de 1980.

Finalmente, el fallo no razona sobre neuroderechos ni sobre la nueva reforma constitucional. Aborda, de forma precaria, la cuestión sometida a su conocimiento desde el punto de vista de la protección de datos personales sin que sean desarrolladas ninguna especificación sobre los “neuroderechos” o alguna dimensión relevante de este problema. Se advierte, incluso, la improcedencia de la acción en virtud del incumplimiento de requisitos procesales de admisibilidad de la acción.

El fallo constituye una oportunidad para reflexionar de forma crítica sobre la pertinencia y utilidad de la noción “neuroderechos”, tanto en el razonamiento judicial como en el desarrollo que cabe al legislador y la dogmática constitucional. Del mismo modo, es una oportunidad relevante para reflexionar sobre el efecto inflacionario y la utilidad que este tipo de temas ha despertado en una parte del discurso dogmático.⁷⁶

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2024): “Neuroderechos ante los Tribunales. Primera Sentencia en el mundo”, en: Sánchez, Moisés; Colombara, Ciro y Monti, Natalia (editores), *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Kamanau).
- ALVEAR TELLEZ, Julio (2013): “La jurisprudencia del amparo económico los tres grandes déficits de la última década”, en: *Estudios Constitucionales* (vol. 11 núm. 1).
- BENUSSI DÍAZ, Carlo (2020): “Obligaciones de seguridad en el tratamiento de datos personales en Chile: escenario actual y desafíos regulatorios pendientes”, en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (vol. 9 núm. 1).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2014): “El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 27 núm. 2).
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2006): “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (vol. 1 núm. 2).
- BUBLITZ, Jan Christoph (2022): “Novel Neurorights: From Nonsense to Substance”, en: *Neuroethics* (vol. 15).
- CORNEJO PLAZA, María Isabel (2021): “Neuroderechos en Chile: Consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías - Agenda Estado de Derecho”. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/neuroderechos-en-chile-consagracion-constitucional-y-regulacion-de-las-neurotecnologias/>.
- CORNEJO PLAZA, María Isabel (2023): “Chilean neurorights legislation and its relevance for mental health: Criticisms and outlook”, en: *Salud Mental* (vol. 46 núm. 5).
- GUARINONI, Ricardo (2018): *Derecho, lenguaje y lógica* (Buenos Aires, Cathedra Jurídica).
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2021): *Acción de protección, reimpresión* (Santiago, DER Ediciones).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020): “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales

⁷⁶ Desde una perspectiva crítica especialmente clara y relevante véase ZÚÑIGA ET AL (2020); ZÚÑIGA ET AL (2021); ZÚÑIGA ET AL (2022); y BUBLITZ (2022).

- y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, en: *Revista de derecho (Coquimbo en línea)* (vol. 27 núm. 4).
- LÓPEZ SILVA, Pablo y MADRID RAMÍREZ, Raúl (2022): “Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena”, en: *Prudentia Iuris* (núm. 94).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”, en: *Ius et Praxis* (vol. 13 núm. 1).
- PADILLA PAROT, Ricardo (2013): “Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 20).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2003): “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. un análisis comparado”, en: *Ius et Praxis* (vol. 9 núm. 2).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2023): “El recurso de protección y su origen explicado en breve: otra vez a propósito de los 50 años del inicio de la Dictadura”. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/cartas-al-director/el-recurso-de-proteccion-y-su-origen-explicado-en-breve-otra-vez-a-proposito-de-los-50-anos-del-inicio-de-la-dictadura/>.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2006): “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile”, en: *Estudios Constitucionales* (vol. 4 núm. 2).
- SALAH ABUSLEME, María (2008): “La doctrina de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa”, en: *Revista del Magister y Doctorado Universidad de Chile* (núm. 2).
- SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro y MONTI, Natalia (editores) (2024): *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Fundación Kamanau).
- YUSTE, Rafael; GOERING, Sara; ARCAS, Blaise; BI, Guoqiang; CARMENA, José; CARTER, Adrián; FINS, Joseph; FRIESEN, Phoebe; GALLANT, Jack; HUGGINS, Jane; ILLES, Judy; KELLMEYER, Philipp; KLEIN, Eran; MARBLESTONE, Adam; MITCHELL, Christine; PARENS, Erik; PHAM, Michelle; RUBEL, Alan; SADATO, Norihiro; SPECKER, Laura; TEICHER, Mina; WASSERMAN, David; WEXLER, Anna; WITHTAKKER, Meredith y WOLPAW, Jonathan (2017): “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, en: *Nature* (vol. 551).
- YUSTE, Rafael (2024): “Un paso histórico”, en: Sánchez, Moises; Colombara, Ciro y Monti, Natalia (editores), *En defensa de los neuroderechos* (Santiago, Fundación Kamanau).
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis, y SALAS VENEGAS, Ricardo (2020): “¿Neuroderechos? Razones para no legislar”. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/12/11/neuroderechos-razones-para-no-legislar/>.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis; ZAROR MIRALLES, Danielle y SALAS VENEGAS, Ricardo (2022): “La trivialidad de los neuroderechos”, en: *Revista Bits de Ciencia* (núm. 22).
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis; ZAROR MIRALLES, Danielle y SALAS VENEGAS, Ricardo (2021): “Chapter Seven - Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science”, en: Hevia, M. (editor), *Developments in Neuroethics and Bioethics* (vol. 4).

Normativa citada

Constitución Política de Chile, de 1980.

Código Civil de Chile, de 1855.

Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia: Marco General de Acción, de 1999.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005.

Decreto N°825, aprueba reglamento de control de productos y elementos de uso médico, 21 de agosto de 1999.

Decreto Ley N°326, promulga el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, 27 de mayo de 1989.

Decreto Ley N°725, de 1967.

Decreto Ley N°1552, 13 de septiembre de 1976.

Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, 28 de agosto de 1999.

Ley N°20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, 26 de septiembre de 2003.

Ley N°21.096, que modifica la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, 16 de junio de 2018.

Ley N°21.383, que modifica la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, 25 de octubre de 2021.

Jurisprudencia citada

Reservada (2023): Corte de Apelaciones de Santiago, de 09 de agosto de 2023, rol 49852-2022.

Girardi con Emotiv inc (2023): Corte Suprema, de 09 de noviembre de 2023, rol 105.065-2023.

CONTENIDO

- 3 El proceso contencioso-administrativo como primer nivel de protección de los derechos fundamentales: plena jurisdicción, tutela urgente y amparo constitucional**
The contentious-administrative process as the first level of protection of fundamental rights: full jurisdiction, urgent protection, and constitutional protection
Luís Alberto Huamán Ordóñez
- 21 Inmisiones y relaciones de vecindad: desde la aproximación casuística a la regulación del Código Civil italiano**
Immissions and neighborhood relations: from the casuistic approach to the regulation of the Italian Civil Code
Fabiana Tuccillo
- 36 Artículo 75 del Código Civil de Chile: Sus fundamentos históricos**
Article 75 of the Civil Code of Chile: Its historical Foundations
Patricio Carvajal Ramírez
- 50 Protección de los trabajadores frente al empleador empresario sometido a procedimientos concursales. Algunas consideraciones respecto del panorama actual en Chile**
Protection of workers against the employer subject to bankruptcy proceedings. Some considerations regarding the current panorama in Chile
Andrés Varela Fleckenstein, Jazmín Cifuentes Crisóstomo
- 78 Tres concepciones sobre la vulnerabilidad**
Three Conceptions of vulnerability
Claudio Agüero San Juan, Allan Gallardo Gajardo
- 104 Notas sobre el seguro de responsabilidad civil con especial énfasis en el seguro de defensa jurídica**
Notes on civil liability insurance with special emphasis on legal defense insurance
Jaime Ramírez Cifuentes
- 117 Debido proceso y tutela cautelar innovativa: comentarios a la sentencia Concesiones Recoleta S.A. con Municipalidad de Recoleta***
Due process and innovative precautionary protection: comments on the sentence Concesiones Recoleta S.A. with the Municipality of Recoleta
Bryan Precht Precht
- 136 El caso Girardi con Emotiv sobre "neuroderechos": síntesis y comentario**
Girardi with Emotiv on "neuro-rights": synthesis and commentary
Francisco Pino Pino