



UCSC

EDICIÓN N° 39 | 2021

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho
Universidad Católica de la Santísima Concepción



ISSN digital 2735-6337

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho

Universidad Católica de la Santísima Concepción

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

Comité Editorial

Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, EEUU

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

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

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

Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

John Sorabji, University College of London, Inglaterra

Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

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

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

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

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

Editorial

Publicamos el número 39 de la Revista de Derecho de nuestra Facultad. Con ello, seguimos el sendero de mejoramiento sostenido y sistemático de la revista, que persigue alcanzar un funcionamiento, acorde a estándares de indexación.

Durante el año 2021, hemos conseguido con éxito la incorporación a dos importantes bases de datos. El 18 de agosto, hemos conseguido la indexación Erih Plus, base de datos noruega de revistas, equivalente a Scielo, para varios grupos de estudios de Anid, por ejemplo. Y, el 28 de octubre, se nos notificó la inclusión en la prestigiosa base de datos Redib. Para nosotros constituyó una noticia de mucha relevancia, pues muchos de los criterios de Erih Plus y Redib, son equivalentes a Scopus, como por ejemplo, tener una página web propia, arbitrar los artículos o que éstos tengan doi, entre otros, lo que resulta ser una garantía, por consiguiente, de una avance.

Además, la incorporación de la revista de derecho de la UCSC presenta adicionalmente dos ventajas, porque revisadas las revistas chilenas indexadas, ninguna de las consultadas está en Erih Plus o Redib. Pero, además, la indexación en estas comentadas bases de datos ofrece la ventaja de saber que estamos en la senda correcta para alcanzar mayores niveles de calidad.

A contar del número que se publica este mes de diciembre, comenzaremos nuestro tránsito a la plataforma DOAJ, con el uso, por consiguiente, para la revista de open journal y las ventajas de administración que representa, tanto para autores, como editores.

Adicionalmente, junto al equipo editorial de la UCSC, hemos emprendido el desafío de sacar adelante, como iniciativa, un ciclo de seminarios, como actividades de extensión de la revista, consistentes en el examen y análisis de un artículo escogido de la misma, que persigue posicionar a la revista, como actor en la extensión académica de la Facultad, tal como hacen muchas revistas a nivel internacional. En parte este posicionamiento, se debe a la activa presencia en redes sociales, sin las cuales, el desafío de dar a conocer la revista, sería inútil.

En cuanto al número 39, el lector encontrará una muy variada oferta y de una calidad académica excepcional. Dos artículos de derecho patrimonial, uno de derecho de familia, dos de derecho administrativo y otro de derecho laboral, son los seis artículos que conforman esta edición, además de dos comentarios de sentencias sobre interesantes problemas de derecho civil (uno, a propósito de la responsabilidad civil y otro, relativo a bienes). Contamos con aportes de dos académicos extranjeros, profesores prestigiosos de las Universidades de Deusto, Bilbao, España y de la Pontificia Universidad Católica de Lima (profesores Javier Arrieta Idiákez y Sergio García Long), de consagrados profesores chilenos (los profesores Ruperto Pinochet Olave y Marcelo Barrientos, de las Universidades de Talca y Pontificia Universidad Católica de Chile, respectivamente, quienes escriben junto a María Luis Manríquez Novoa un interesante trabajo relativo a la interrupción de la demanda), y de investigadores más noveles, que ofrecen importantes trabajos, en el campo del derecho de familia (como es el caso de las profesoras Constanza Astudillo Meza y Camila Astudillo González), o en el ámbito del derecho ambiental (Nicolas Mahn Mendiburo) o, en el caso del derecho procesal administrativo (Pablo Aros Rojas). Los trabajos se cierran con dos excelentes comentarios a cargo del profesor Renzo Munita Marambio y del profesor Jaime Ramírez Cifuentes, que prestigian el rubro de los comentarios de sentencias, a menudo tan olvidados y abandonados. Por último, por primera vez hemos introducido las recensiones, esta vez a cargo de la profesora Sophia Romero, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

No quiero terminar esta editorial, sin antes agradecer a cada uno de los autores que han confiado en nosotros y, nuevamente, al equipo editorial a cargo del número y que me acompaña en este hermoso desafío Ramón García, subdirector, Fabrizio Macalusso, secretario de redacción y los miembros del equipo, Camila Molina, Jorge Miranda y Sebastián González, quienes son los verdaderos responsables de los cambios que ya están en marcha.

CRISTIAN AEDO BARRENA

Director

The Basque guaranteed living income and social inclusion scheme as a model for a universal labour guarantee

El régimen Vasco de renta vital garantizada e inclusión social como modelo de una garantía laboral universal

Francisco Javier Arrieta Idiakez

University of Deusto, Basque Country, Spain.

Correo Electrónico: javier.arrieta@deusto.es. <https://orcid.org/0000-0003-4696-6356>.

Recibido el 19/07/2021

Aceptado el 15/10/2021

Publicado el 30/06/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-01>

RESUMEN: El presente estudio define, en primer lugar, el alcance del concepto de Garantía Laboral Universal para incluir la protección social. Para ello, considera las directrices proporcionadas tanto por la Organización Internacional del Trabajo como por la Unión Europea. A continuación, se analiza el Régimen Vasco de Renta Vital Garantizada e Inclusión Social como expresión e ilustración práctica del concepto de Garantía Laboral Universal.

PALABRAS CLAVE: Garantía laboral universal, protección social, asistencia social, renta vital garantizada vasca y modelo de inclusión social.

ABSTRACT: This study first defines the scope of the concept of a Universal Labour Guarantee to include social protection. To do so, it considers the guidelines provided by both the International Labour Organisation and the European Union. The Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme is then analysed as a practical expression and illustration of the concept of a Universal Labour Guarantee.

KEY WORDS: Universal labour guarantee, social protection, social assistance, Basque guaranteed living income and social inclusion scheme.

I. AN APPROACH TO THE CONCEPT OF A UNIVERSAL LABOUR GUARANTEE

The ILO Centenary Declaration for the Future of Work, adopted on 21 June 2019, stated that one of the means to end poverty and leave no one behind is to build a fair, inclusive and secure future of work that provides full, productive and freely chosen employment and decent work for all (Part I, sections B and C). It established that the ILO must direct its efforts to ensuring equal opportunities and treatment for persons in vulnerable situations, as well as to adopting and expanding social protection systems that are adequate and sustainable, and are adapted to the evolution of the world of work (Part II, section A, subsections viii and xv). To this end, the ILO called upon all member States to work collectively by specifically focusing on a number of issues, while taking into account national circumstances. Their collaborative effort should be directed at:

- (a) Strengthening the capacities of all people to benefit from the opportunities of a changing world of work through universal access to comprehensive and sustainable social protection; and implementing effective measures to support people through the transitions they will face throughout their working lives (Part III, section A, subsections iii and iv).

- (b) Enabling all workers to enjoy adequate protection in accordance with the Decent Work Agenda, taking into consideration (Part III, end of section B):
 - (i) respect for their fundamental rights;
 - (ii) an adequate minimum wage, statutory or negotiated;
 - (iii) maximum limits on working time; and
 - (iv) safety and health at work.

In the light of the provisions of the Declaration, it is worth enquiring how to move forward towards fair, inclusive, and freely chosen employment when there are people who have precarious jobs that keep them on the poverty line and who are used to experiencing periods without employment.

The ILO seemed to provide a solution to this by invoking social protection as a mechanism that allows the transition to decent work, thus ensuring equal opportunities and treatment in the world of work for people in vulnerable situations. In other words, the transitions within working life that may involve shifting to decent jobs from precarious jobs, as happens with the so-called 'working poor', or simply, from non-work situations, can be covered through comprehensive and sustainable social protection, which can be supplemented at the same time by certain effective measures to help people cope with these transitions.¹

The reference made by the ILO to ensuring adequate protection for all workers, which expressly

¹ The Opinion of the European Economic and Social Committee on 'For a European Framework Directive on a Minimum Income', of 20 February 2019 (2019/C190/01), referred to the increase in the poverty rate since the outbreak of the economic crisis in the wake of the 2008 financial crisis, and differentiated between the long-term unemployed and the working poor (section 1.2). This is a clear example of the need to offer social protection to both population groups.

includes four major indicators, should be linked to the idea of establishing a Universal Labour Guarantee, as contained in the Global Commission report on the Future of Work *Working for a brighter future* (2019).

While the ILO Centenary Declaration did not expressly refer to this guarantee, it included its four major indicators. However, the Global Commission on the Future of Work introduced an important nuance, as it stated that *'the Universal Labour Guarantee provides a protection floor which can be raised through collective agreements or laws and regulations. It offered a starting point from which to build inclusive labour market institutions'*.² Put another way, social protection can be seamlessly integrated into the major indicators to be considered for the adequate protection that should be afforded to all workers according to the ILO Centenary Declaration.³

Furthermore, the ILO Global Commission on the Future of Work offered some corroborating evidence. When referring to the notion of a Universal Labour Guarantee, they noted that *'the employment relationship remains the centrepiece of labour protection'*.⁴ This highlighted the importance of work in providing the resources that every person requires for a decent life.

Nevertheless, since employment is a scarce commodity, the statement by the Global Commission that *'social protection is a human right and essential to enable workers and their families to navigate future transitions (...), provides workers with freedom from fear and insecurity, and helps them to participate in labour markets (...), [and] is a productive factor helping people and economies prosper'*⁵ takes on full meaning.

It is therefore not surprising that the Commission concluded that social protection systems must be strong and responsive, in order to provide support to meet people's needs over the life cycle.⁶

This is precisely the reason why the ILO Report declared that *'governments need to guarantee universal social protection from birth to old age,'* as the aim is to offer *'a basic level of protection to all in need'*.⁷

In light of the above, with regard to the idea of transitions, it has been specifically noted that social protection systems should crucially be able to articulate economic and welfare support, as well as training for people without employment or with precarious jobs that are below the threshold of poverty, in order to ensure their entry into the job market and obtain and maintain decent work. In other words, to enable them to be independent without having to depend on public benefits to survive.

² ILO (2019), p. 39.

³ In this sense, Vega Ruiz stated that *'the proposed list may be debatable at the national level, since, for example, the Guarantee does not include issues such as social protection (...)'*. VEGA RUIZ (2019), p. 98.

⁴ ILO (2019), p. 38.

⁵ ILO (2019), p. 35.

⁶ ILO (2019), p. 35.

⁷ ILO (2019), p. 35.

These measures should be temporary, transitory and short term, as their ultimate objective is decent work for recipients.

This undoubtedly requires giving meaning and scope to the social protection required. ILO Recommendation No. 202, on social protection floors, of 14 June 2012, is an essential instrument to achieve this aim.

However, it should be noted that this Recommendation referred to social protection floors as part of comprehensive Social Security systems (Preamble). In other words, the Recommendation did not differentiate between social protection and Social Security, since it aimed to extend the traditional scope of application of Social Security Systems to include everything that can be considered social protection.

Whereas this broad conception of Social Security clashes with the Spanish constitutional model of Social Security, to be discussed later (see section 2.1 below), ILO Recommendation No. 202 serves as grounds to move towards to the proposed objective and establish how the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme can be deemed to be in accordance with the Spanish Constitution.

Even the Preamble of ILO Recommendation No. 202 provided a link between social protection and employment promotion, considering both of them to be '*an economic and social necessity for development and progress*'. Likewise, the principles that should inspire social protection notably include '*coherence with social, economic and employment policies*' (paragraph 3, section 1).

In accordance with this link, firstly social protection should materialise into nationally defined sets of basic social security guarantees to ensure protection aimed at preventing or alleviating poverty, vulnerability and social exclusion (paragraph 2). One of these guarantees involves ensuring effective access to goods and services defined as basic, through benefits in cash or in kind (paragraph 9), with the aim that recipients can live in dignity (paragraph 8, section b).⁸ In addition, this should be a perfect subjective right and, therefore, it is enforceable whenever the circumstances prescribed by national law concur (paragraph 3, section b) rather than being a mere prospect that depends on whether there is sufficient budgetary provision for that right to be delivered.

Secondly, social protection should be complemented by active labour market policies, including vo-

⁸ This was also included in point 14 of Commission Recommendation (EU) 2017/761 of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights (OJ L 113, 29.4.2017).

In accordance with the Opinion of the European Economic and Social Committee (EESC) on 'For a European Framework Directive on a Minimum Income' of 20 February 2019 (2019/C 190/01), benefits in kind could be implemented in the form of 'access to health care, housing, mobility, family support and utilities'. This is based on the understanding that the decent minimum income 'must fit into a comprehensive approach to people's various needs that is not limited to mere subsistence or to a poverty rate calculated from the median income and which in reality does not, in certain countries, reflect essential needs'. Hence, such minimum income 'must therefore incorporate all needs in terms of standard of living, housing, education, health and culture so that people who are excluded from the labour market and trapped in poverty are given the best conditions for integration/reintegration' (paragraphs 3.2.1 and 3.2.2).

cational training or other measures aimed at employability (ILO Recommendation No. 202, paragraph 14, section d, in relation to paragraph 10, sections b and c).

A universal labour guarantee results from bringing both aspects together, that is, social protection and the promotion of employment. The next section analyses how this can take place by using the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme as a model. It should be clarified, however, that the Universal Labour Guarantee advocated in this study is intended both for people with precarious jobs –or working poor– and for unemployed people, provided that they are below the poverty threshold. This is aimed to cover their basic needs for a decent life and, based on this, to ensure that they are given true options for their incorporation into the labour market within decent jobs, with a view to their personal fulfilment and growth, and to their independence from any public support.⁹

II. THE BASQUE GUARANTEED MINIMUM INCOME AND SOCIAL INCLUSION SCHEME

A. Legal framework and jurisdictional authority within the Spanish Constitution

The Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme draws on the full authority that the Autonomous Region of the Basque Country has in matters of Social Assistance, pursuant to Article 10.12 of Organic Law 3/1979, of 18 December, of the Statute of Autonomy for the Basque Country, commonly known as the Statute of Gernika.¹⁰ This allocation of full authority has its *raison d'être* in Article 148.1.20 of the Spanish Constitution, which establishes that Autonomous Regions have authority over Social Assistance matters.

In this regard, Ruling 146/1986 of the Spanish Constitutional Court, issued on 25 November 1986, established that *'following the guidelines of some international instruments such as the European Social Charter, what should be understood by social assistance, in the abstract sense, includes protection procedures outside the Social Security System, with its own characteristics (...)'* (Point of Law 2).

Such social assistance is characterised by potentially encompassing all members of the population and by a tendency to protect various social needs of the economically weak.

Referring to its own characteristics takes on meaning when the constitutional model of Social Security is considered: *'the public authorities will maintain a public Social Security scheme for all citizens, which guarantees sufficient social assistance and benefits in situations of need, especially in case of unemployment'* (Article 41).

⁹ This is also an idea contained in the Opinion of the European Economic and Social Committee (EESC) on 'For a European framework Directive on minimum income', of 20 February 2019 (2019/C 190/01).

¹⁰ Official Journal of the Basque Country (BOPV) of 22 December 1979, no. 306.

This provision tacitly mentions the welfare-based nature that is partly the role of the Social Security, by establishing the mandate that Social Security must be ‘for all citizens’. In other words, it is stated that, in addition to contributory protection such as has been applied since the inception of Social Security schemes in Spain, forms of non-contributory protection must also be articulated. This is how non-contributory benefits¹¹ were established in Spain, pursuant to Law 26/1990, of 20 December.

Moreover, the fact that ‘*sufficient social assistance and benefits must be guaranteed in situations of need*’ entails explicitly recognising that social assistance is also internal to the Social Security system. The different characteristics of the form of social assistance which is external to Social Security are: that coverage is limited to those subjects protected by the public Social Security scheme, that is, both subjects protected on a contributory and a non-contributory basis; and that structurally it complements the benefits included in the two branches of protection of the public Social Security system.

In short, social assistance is included in the Spanish Social Security System both through non-contributory benefits that are alternative to those previously determined contingencies protected by contributory benefits; and through a form of Social Assistance that is called internal or inherent to the Social Security, on the terms set out above.

Both forms of Social Assistance are characterised by having need status as their object of protection, namely subjective, real and effective lack of financial resources;¹² and by the fact that protection is subject to the interested party providing evidence of need and meeting the requirements laid down in applicable laws and regulations. However, there is an important difference between the two: while non-contributory benefits are a subjective right, enforceable by those who fulfil the eligibility requirements, internal social assistance is discretionary (see Article 64.2 of Royal Legislative Decree 8/2015, of 30 October, which approved the revised text of the General Social Security Act).¹³

It has also been considered that the form of social assistance that is internal to Social Security currently plays a limited role, due to the lack of budget provision and to the devolution of powers over social assistance and social services matters to the Autonomous Regions, based on Article 148.1.20 of the Spanish Constitution.¹⁴

On the contrary, non-contributory benefits have become the preferred route of assistance benefits granted by Social Security, to the extent that, due to the regulation of the Guaranteed Minimum Income (GMI) under Royal Decree-Law 20/2020, of 29 May,¹⁵ ‘*the provision of assistance benefits by the Social Security cannot be questioned and the possible functional meaning of social assistance in the Autonomous Regions should be rethought and become subsidiary and complementary to Social Security*’.

¹¹ SPANISH OFFICIAL JOURNAL (BOE) no. 306 of 22 December 1990.

¹² MANRIQUE LÓPEZ (1984), p. 300.

¹³ SPANISH OFFICIAL JOURNAL (BOE) of 31 October 2015, no. 261.

¹⁴ AGUILERA et al (2005), p. 83.

¹⁵ SPANISH OFFICIAL JOURNAL (BOE) no. 154, of 1 June 2020.

This is based on the understanding that the form of social assistance that is external to the Social Security System and is under the authority of the Autonomous Regions *'will cover those excluded marginalised sectors of rescaled Social Security assistance and shall grant cash benefits to compensate for social needs not covered by Social Security (subsidiarity) and to complement or improve the cash benefits granted by Social Security (complementarity)'*.¹⁶

The GMI was created with the aim of ensuring a certain level of income for all households in a situation of vulnerability (section II of the Foreword to Royal Decree-Law 20/2020), in order to ultimately reduce poverty, especially extreme poverty (section V of the Foreword to Royal Decree-Law 20/2020). The Guaranteed Minimum Income is a non-contributory benefit (pursuant to Article 2.2 of Royal Decree-Law 20/2020).

Given the regulation of the GMI, the question arises as to how it can be made compatible with the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme.

This question has been resolved by making the GMI compatible with Basque Guaranteed Living Income benefits (Section V of the Foreword, Article 7.1.c, Article 8.2 and Article 18.1.e.1st of Royal Decree-law 20/2020).

Having clarified any doubts that may arise after the entry into force of the GMI regarding the legal framework and jurisdictional authority of the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme, this Scheme will be analysed below.

B. The characteristics of the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme

The starting point of the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme can be found in Law 10/2000, of 27 December, on the Charter of Social Rights.¹⁷ As set out in its Foreword, the Charter of Social Rights was adopted in order to develop the provisions of Article 9.2 of the Statute of Gernika, namely, that the Basque public institutions, within the scope of their authority, must guarantee the proper exercise of the fundamental rights and duties of citizenship established in the Spanish Constitution; further a policy aimed at improving living and working conditions; work towards increased employment and economic stability; promote conditions and remove obstacles to ensure that the effective and real freedom and equality of the people and the groups to which they belong; and facilitate the participation of all citizens in the political, economic and cultural life of the Basque Country.

With this objective in mind, the Charter of Social Rights sets out universal rights to be effectively enforced and guaranteed by the competent Basque authorities.

¹⁶ SALA FRANCO AND MARTÍN-POZUELO LÓPEZ (2020), p. 22.

¹⁷ OFFICIAL JOURNAL OF THE BASQUE COUNTRY (BOPV) of 30 December 2000, no. 249.

More specifically, as established in Article 1 of the Charter of Social Rights, referred to its purpose, two aims are sought by the declaration of these rights: to enable all citizens to access the labour market and to guarantee a basic income so that they can exercise their citizenship rights. The Charter clarifies that these rights will be developed and exercised as laid down in the specific provisions applicable to each of them.

The 'guiding principles' regulate the link between the two aims outlined above in such a way that they cannot be conceived separately. According to Article 2 of the Charter of Social Rights: "*The effective exercise of citizenship rights involves having sufficient financial resources for people to be able to lead an autonomous, decent, quality life, which in turn depends on their access to the labour market in order to achieve full social integration*". It is further emphasised that "*taking into account that there are people who have been excluded from the labour market for multiple reasons, in addition to the measures aimed at facilitating their entry into work, it is deemed necessary to establish a basic income as an additional mechanism for the redistribution of wealth*". Furthermore, a principle is established whereby employment policies must promote "*access to decent employment for all citizens*".

The basic social rights recognised for all citizens of the Basque Country include the right to sufficient social protection (Article 3.a).

It is precisely through the right to sufficient social protection that a basic income is intended to be guaranteed for people who are in a situation of social exclusion. However, eligible applicants will receive the guaranteed basic income subject to their participation in social and labour market inclusion programmes.

The open and flexible nature of the Charter of Social Rights means that the scope of the applicable regulations can be modulated at any time to provide sufficient social protection. This can be done by combining social and labour market inclusion and basic income programmes, and even by incorporating additional social protection means to guarantee other rights considered basic in the Charter, such as the right to decent and adequate housing.

Based on the full authority vested in the Autonomous Region of the Basque Country in matters of social assistance external to Social Security, the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme has been formally recognised "*as an autonomous scheme forming a coherent and integrated whole, capable of using different management procedures which are presently included within social services and employment services, but may be partly or fully covered by other areas in the future, if deemed appropriate*",¹⁸ as set out in section II of the Foreword to Law 18/2008, of 23 November, for Guaranteed Income and Social Inclusion.

The starting point for the implementation of the Scheme was the verification that "*the source of most of the problems related to poverty and lack of well-being are associated with precarious employment,*

¹⁸ OFFICIAL JOURNAL OF THE BASQUE COUNTRY (BOPV) no. 17, of 26 January 2009.

manifested not only in the high rates of job insecurity but also in a substantial body of people with low earnings” (section I of the Foreword).

For this reason, two significant new features were incorporated that differed from the previous model, which was regulated by Law 12/1998, of 22 May, against social exclusion.^{19 20}

Firstly, the Guaranteed Living Income was articulated into two different types based on two basic criteria: whether there is household income from employment;²¹ and the kind of connection that each of the types has with the active inclusion programme. Therefore, the two types of Guaranteed Living Income are:

(a) Basic income for social inclusion and protection, which is fundamentally aimed at people and households who lack economic resources of their own from employment, and whose monthly income is below the basic income amount for inclusion and social protection. This benefit or basic income is accompanied by support for social and/or labour market inclusion within specific programmes, unless the appropriate social service, after carrying out a needs assessment, decides otherwise.

(b) Income to supplement earnings from employment, which is intended for people who have income from their job whose monthly income is below the basic income amount for inclusion and social protection. This supplementary benefit or income is also associated with the provision of specific support aimed at improving the recipients’ work situation through employment services and of other support targeted at social inclusion, if the service deems it appropriate or necessary.

As established in Article 18, the shift from one type of income to the other resulting from a change of status of the recipient takes place automatically, without it being necessary to specifically terminate the first type to access the second. It should be noted that both types of income are mutually incompatible (Article 58.1), and they are also incompatible with the emergency social benefit provided to cover rental costs (Article 58.2).

Additionally, a supplementary housing benefit was introduced²² to provide access to housing for people who are most in need, that is, recipients of the Guaranteed Living Income (in either of its two forms). Therefore, this benefit is compatible with the Guaranteed Living Income.

The two types of Guaranteed Living Income and the supplementary housing benefit were set out as subsidiary benefits, which are additional and complementary to any statutorily provided cash sup-

¹⁹ OFFICIAL JOURNAL OF THE BASQUE COUNTRY (BOPV) no. 105, of 8 June 1998.

²⁰ For a detailed study of this rule, see HERNÁNDEZ MANRIQUE (1999), pp. 736-751.

²¹ The definition of household is that contained in Article 9.

²² The applicable definition of housing or accommodation is that contained in Article 10.

port and benefits for which the recipient or any household member may be eligible. For this reason, these benefits are regarded as 'the last social safety net and, consequently, cannot be supplemented by other benefits or support' (section III of the Foreword).

Likewise, both are de jure cash benefits, without prejudice to the fact that the Scheme also includes subsidised financial support through the so-called emergency social benefits, which are intended for those people whose resources are insufficient to meet specific ordinary or extraordinary expenses that are necessary to prevent, avoid or alleviate situations of social exclusion (Article 6.3).

Article 3 of the Scheme, referring to the basic governing principles, is a key element to the Scheme, as it explains its philosophical and conceptual foundations and its basic guidelines.

The main principles notably include the 'double right' principle, which involves recognising both the right to have economic means to meet the basic needs of life when a sufficient amount cannot be obtained from employment or from various social protection and assistance schemes; and the right to receive personalised support for labour market and social inclusion through compulsory participation in an active inclusion programme. This differentiation of rights entails the assumption that only people who have a problem related to insufficient economic resources and income level for reasons beyond their control are entitled to cash benefits or basic income, even if they are not in a situation of social exclusion and therefore do not require support for inclusion.

Another central principle is considering employment as a tool for social inclusion, on the understanding that it is necessary to reduce unemployment rates among the most disadvantaged groups and the high inactivity rates among certain population sectors. Therefore, while it must be recognised that for some people the objective of labour market inclusion is very remote, and that these people deserve appropriate services and benefits, the general underlying objective for the regulation is to facilitate the entry into the labour market of the greatest possible number of people and to restore the applicant's capacity for suitable employment in the labour market as a factor of social inclusion.

In line with these principles, the basic components of the Scheme are defined as follows (section IV of the Foreword, in relation to Articles 5, 6 and 7):

(a) Cash benefits, which include de jure cash benefits related to the two forms of Guaranteed Living Income and supplementary housing benefit, but also financial support in the form of the so-called emergency social benefits.

(b) Instruments aimed at social and labour market inclusion, which include, on the one hand, an active inclusion programme as a basic device for articulating a broad range of actions, with special emphasis on training and preparation for labour market inclusion; and, on the other hand, specific intervention measures, whether schemes, services or centres, organised by the different social protection areas, in particular, social services, employment services, health services and housing services, which can be applied together within an active inclusion programme.

The following sections will analyse the main characteristics of each of the components of the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme.

C. Cash benefits

1. Guaranteed Living Income

This is regulated in Law 18/2008 and developed in Decree 147/2010, of 25 May, on the Income Guarantee Income.²³

This benefit is a subjective right that is aimed at members of a household who do not have sufficient income to meet those expenses associated with their basic needs and derived from a process of social or labour market inclusion (Article 11 of Law 18/2008).

The same legal rules apply to the two types of benefits described above, namely, the basic income for inclusion and social protection and the income that supplements earnings from employment. This takes place under the umbrella of the so-called Guaranteed Living Income.

Initially, eligibility for the Guaranteed Living Income is linked to the applicant being party to an active inclusion programme, in order to facilitate their social and labour market inclusion. But this is not required of households made up exclusively of beneficiaries of retirement pensions and of permanent disability, severe disability, and non-contributory disability pensions (Article 15.1 of Law 18/2008).

In addition, when the beneficiary or other members of their household require actions aimed at social inclusion that must be provided by the social services, housing, health or education systems, the active inclusion programme must contain both the commitment on the part of the beneficiary that they will comply with the social inclusion actions designed by the different systems and their right to access these actions (Article 15.2 of Law 18/2008).

To be eligible for the Guaranteed Living Income, the following requirements must be met (pursuant to Article 16 of Law 18/2008):

- (a) Be a household on the terms of Articles 5 and 9.1 of Decree 147/2010.
- (b) Be registered and an actual resident in any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country at the time of filing the Guaranteed Living Income application, in either of its two forms, and having been registered and having been an actual resident in any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country for at least one year before the date of submission of the application. If the applicant does not fulfil the requirement of having been registered for one year before the application date, they will be required to have been regis-

²³ OFFICIAL JOURNAL OF THE BASQUE COUNTRY (BOPV) no. 114, of 17 June 2010.

tered and to have been an actual resident in any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country for five consecutive years within the immediately preceding ten-year period.

(c) If prior to the application date the applicant has not been registered in any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country for at least three years, they must provide evidence of having been in paid employment for at least five years, except for those people who receive a public retirement pension or have been victims of domestic violence.

(d) Not have sufficient resources, according to whether they meet the following requirements:

(d.1) Have a monthly income that is lower than the applicable monthly basic income for inclusion and social protection based on the number of members of the household.

(d.2) Not have any real property except for the regular dwelling, provided that it does not have an exceptional value on the terms established by Article 9.3.b) of Decree 147/2010.

(d.3) Have money and/or securities worth up to four times the annual amount of the Guaranteed Living Income they would be eligible for in the event of total lack of resources, based on the total number of household members.

(e) Be over 23 years old. The age requirement is not applicable to those people over 18 years old who meet the rest of the requirements and are in any of the situations specified in the applicable regulations.

(f) Not be permanent users of a publicly funded social, healthcare or hospice residential service.

(g) If the applicant has income from work under an employment contract, not have reduced working hours or a similar situation, except in exceptional circumstances.

Once the applicant's eligibility for the Guaranteed Living Income has been confirmed, the beneficiary must comply with the following obligations:

(a) Apply the cash benefits to cover the basic needs of all members of the household and, where appropriate, to cover expenses derived from their social and/or labour market inclusion process.

(b) Exercise any rights to any cash benefits to which the beneficiary and the members of their household are entitled while receiving the Guaranteed Living Income.

(c) Responsibly manage the available resources in order to avoid aggravating the economic situation or the situation of exclusion.

(d) Provide schooling for, and the means to ensure the effective attendance to school of, minors in their charge.

(e) Not engage in begging, allow other members of the household to beg, or force them to beg.

(f) Notify the authorities of any events that may result in the modification, suspension or termination of their right to receive the benefit, on the terms established in Article 12.1.f) of Decree 147/2010.

(g) Notify the authorities of any change of address, on the terms established in Article 12.1.g) of Decree 147/2010.

(h) Return any undue amounts and/or any benefits unduly received.

(i) Appear before the authorities and collaborate with them when required to do so, without prejudice to the specific criteria provided for in the active inclusion programme.

(j) Both the beneficiary and the members of their household who are of working age must be available to carry out work for the community when this may be extraordinarily required by the authorities through volunteering organisations within the region; this shall not apply to persons with total disability pensions; to people under 23 years of age who are in formal education; or to people who, in the opinion of LANBIDE (the Basque Employment Service), are not in a position to carry out work for the community.

In addition to these obligations, all beneficiaries of the inclusion and social protection form of the Guaranteed Living Income must comply with the following obligations (Article 19 of Law 18/2008):

(a) Negotiate, participate in and comply with an active inclusion programme, including signing an agreement to that effect. Households composed only of people who are not capable of entering the labour market are exempt from this obligation, although they may be provided with support aimed at their social inclusion when it is deemed appropriate based on the needs assessment conducted by the corresponding social service.

(b) Both the beneficiary and the members of their household who are of working age must be available for employment.

This availability includes a commitment to remain continuously registered as job seekers; not to reject a suitable job in accordance with current legislation; not to voluntarily withdraw permanently or temporarily from employment and not to take work leave unless with extreme just cause.

Likewise, all beneficiaries of the Guaranteed Living Income in the form of income to supplement earnings from work must comply with the obligation to negotiate, sign and comply with an active inclusion agreement aimed at improving employment. Consequently, they cannot voluntarily leave

employment, whether permanently or temporarily, or take a leave of absence unless with external just cause.

The amount of the Guaranteed Living Income is set according to different criteria, depending on whether it is basic income for inclusion and social protection or income to supplement earnings from work (Article 20 of Law 18/2008).

Regarding the basic income for inclusion and social protection, the following criteria must be considered:

(a) The beneficiary and all the members of the household will be taken into account in terms of setting the amount applicable to each household.

(b) The benefit monthly amount applicable to each household will be the difference between the amount of the minimum income guaranteed by the benefit for households such as that of the applicant and the income available in their household. For this purpose, the guaranteed minimum income will be defined as percentages of the minimum wage in force at the time of application; the amount of the guaranteed minimum income shall not exceed 125% of the minimum wage.

In order to determine the disposable income of the household, the income of all its members will be taken into consideration, in accordance with Article 52 and following of Law 18/2008.

(c) There is a cash subsidy to complement the basic income for social inclusion and protection aimed at single-parent households; for this purpose, single-parent households are those composed of the mother or the father with one or more dependent children, where the mother or the father does not have a marital or similar relationship at the time of application.

As regards the income to supplement earnings from work, in addition to the criteria set for the basic income for inclusion and social protection, the following criteria must be considered: in order to increase the incentive for employment, some percentages of income from self-employment or employment earned by the beneficiary or by the members of the household will be excluded from the calculation. This incentive will be temporary, unless there is an explicit opinion from the employment services recommending an extension.

The beneficiary of the Guaranteed Living Income will be entitled to it for as long as they remain eligible and the aforementioned requirements are fulfilled. Thus, in principle, they are entitled to the benefit for a 2-year period, but this can be extended on a 2-year basis as long as the beneficiary remains eligible and the conditions for access to the benefit (be they economic or otherwise) continue to be met (Article 23.1 of Law 18/2008).

2. Supplementary housing benefit

This is regulated by Law 18/2008 and developed by Decree 2/2010, of 12 January, on supplementary housing benefit.²⁴

The supplementary housing benefit is a subjective right consisting in a cash benefit to complement the Guaranteed Living Income, which is aimed to cover usual housing or accommodation needs. These needs are rental expenses in any of its forms, such as leasing, subletting, co-renting, lodging and renting rooms (Articles 29 and 30 of Law 18/2008, in relation to Article 4 of Decree 2/2010).

This benefit is subsidiary and complementary to any types of economic resources and cash benefits related to the use and maintenance of the regular housing or accommodation needs of the beneficiary and their household members, according to the applicable law (Article 31.2 of Law 18/2008).

In addition, those people who have a rental or property deemed to be social housing on the terms provided in the legislation in force at the time of application, and those who already owned property are not eligible for supplementary housing benefit, except for those people who have been forced to leave their usual home due to separation or divorce or other causes, such as eviction (Article 32 of Law 18/2008, in relation to Article 5.2 of Decree 2/2010).

All beneficiaries of this housing benefit must comply with the following obligations (pursuant to Article 34 of Law 18/2008):

- (a) Apply the benefit received to the purpose for which it was granted.
- (b) Assert any economic right and claim any cash benefit for which they are eligible before submitting the application and while receiving the benefit.
- (c) Notify the authorities of any events occurred in relation to the fulfilment of the requirements for benefit eligibility, on the terms established in Article 7.1.c) of Decree 2/2010.
- (d) Notify the authorities of any change of address, on the terms established in Article 7.1.c) of Decree 2/2010.
- (e) Return any undue amounts and any benefits unduly received.
- (f) Appear before the authorities and collaborate with them as required.
- (g) Fulfil any obligations arising from their status of beneficiaries of the relevant type of the Guaranteed Living Income.

²⁴ OFFICIAL JOURNAL OF THE BASQUE COUNTRY (BOPV) no. 11, of 19 January 2010.

Regarding the setting of the maximum amount payable to each beneficiary of this right, the applicable rules are those established by Articles 8 and following of Decree 2/2010. The maximum amount payable to each applicant for each of the expenses provided by the law is limited by the purposes for which the benefit was claimed, which must be appropriately substantiated (Article 35.2 of Law 18/2008).

In addition, LANBIDE (the Basque Employment Service) will verify the existence of a real need in relation to housing expenses before granting the benefit (Article 36 of Law 18/2008).

3. Emergency social benefits

These are regulated by Law 18/2008 and developed by Decree 4/2011, of 18 January, on Emergency Social Emergency Benefits.²⁵

These are non-periodic, subsidiary, cash benefits intended for those people who are part of a household whose resources are insufficient to meet specific ordinary or extraordinary expenses, which are necessary to prevent, avoid or alleviate social marginalisation situations (Article 44.1 of Law 18/2008). More specifically, these expenses include (Article 44.2 of Law 18/2008):

- (a) Expenses necessary for the use and maintenance of the regular home or accommodation.
- (b) Expenses related to the primary needs of one or more people in the household, such as clothing, education and training, and health care not covered by the different public systems.
- (c) Expenses related to prior debts resulting from any of the expense items indicated in sections a) and b) or from incurring expenses necessary to meet basic living needs.

These benefits must be used only for the purpose for which they have been granted. They are also additional and complementary to other types of cash resources and social benefits set out in applicable legislation that the beneficiary, any members of their household or other people residing in the same home or accommodation may be eligible for. These subsidies are subject to the availability of sufficient funds in the General Budget of the Autonomous Region of the Basque Country. However, the Basque public authorities must annually allocate sufficient amounts to meet the expenses related to these benefits (Article 45 of Law 18/2008).

These benefits are incompatible with the Guaranteed Living Income.

To be eligible for these benefits, the following requirements must be met (Article 46 of Law 18/2008):

- (a) Be registered and an actual resident in any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country at the time of submitting the application and having been registered and hav-

²⁵ OFFICIAL JOURNAL OF THE BASQUE COUNTRY (BOPV) of 9 February 2011, No. 27.

ing been an actual resident in any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country for at least six months before the date of submission of the application. If the applicant does not fulfil the requirement of having been registered for six months before the application date, they will be required to have been registered and have been an actual resident of any municipality of the Autonomous Region of the Basque Country for five consecutive years within the immediately preceding ten-year period.

(b) Be a household on the terms established in Article 5.1.b) of Decree 4/2011.

(c) Not be a recipient of the supplementary housing benefit, but only in relation to the emergency social benefits to cover the aforementioned housing expenses.

(d) Be 18 years of age or older. This age requirement is not applicable to those people over 18 years old who meet the rest of the requirements and are in any of the situations specified in the applicable regulations.

(e) Not having sufficient resources with which to meet the aforementioned expenses related to the members of their household. As a general rule, it is considered that sufficient resources are not available when the following conditions are met:

Not having obtained income higher than 150% of the maximum amount of the basic income for inclusion and social protection that the applicant would have been eligible for based on the number of household members in the previous year or in the period of time for which the benefits are applied for, according to Articles 52 and following of Law 18/2008. Without prejudice to the foregoing, in the cases set out by the applicable regulations, the income of other people who share a home or accommodation with the applicant may also be considered for the purpose of this benefit.

(f) Not having assets whose value is greater than four times the annual amount of the basic income for inclusion and social protection that they may be eligible for in the event of total lack of resources, based on the total number of related persons. The value of the assets will be determined in accordance with the provisions of Article 52 and following of Law 18/2008.

(g) Be registered as housing applicants in the Etxebide service of the Basque Housing Department in cases where the emergency social benefit is used to cover rental expenses.

Once the emergency social benefits have been granted, the beneficiaries have the following obligations (pursuant to Article 48 of Law 18/2008):

(a) Apply the benefits received to the purpose for which they were granted.

(b) Assert any right or claim any cash benefit they may be eligible for, both prior to the application and while they receive the benefits.

(c) Notify the authorities of any events occurred in relation to the fulfilment of the requirements for eligibility for benefits, on the terms set out in Article 7.1.c) of Decree 4/2011.

(d) Notify the authorities of any change of address, on the terms established in Article 7.1.c) of Decree 4/2011.

(e) Return any undue amounts and any benefits unduly received.

(f) Appear before the authorities and collaborate with them as required.

In order to set the amount applicable to each applicant for each of the specific expenses mentioned above, the following criteria are taken into account (see Article 49 of Law 18/2008):

(a) The maximum amount applicable to each applicant for each of the specific expenses foreseen will be determined by:

(a.1) The level of resources of the applicant, of the other members of their household and of any other people who could also be eligible for these benefits.

(a.2) The amount of the specific expenses incurred or to be incurred.

(b) The maximum applicable amount will be set based on:

(b.1) The budget availability.

(b.2) The assessment made by social services regarding the actual need for the expense, its importance to contribute to the inclusion of people in need, and its level of priority.

In addition, the maximum amounts established in Articles 8 and following of Decree 4/2011 must be met and cannot be exceeded for each of the specific expenses.

Emergency social benefits will be granted after the social services have confirmed that there is a genuine need and when there is funding available for that purpose (Article 50.1 of Law 18/2008). The competent body must also carry out reviews every six months to verify if the reasons that resulted in the need for benefits persist. For this purpose, the beneficiaries may be required to appear before the authorities and collaborate with them (Article 51 of Law 18/2008).

D. Social and labour market inclusion instruments

1. Specific social inclusion schemes

These are programme documents in which the parties establish which specific social and labour market actions are necessary to prevent the risk or the situation of exclusion of the beneficiary and of all

the members of their household, and to facilitate their social and labour market inclusion (Article 65 of Law 18/2008).

The parties to these documents are the Basque Government, through LANBIDE (the Basque Employment Service), in collaboration and in consultation with local government social services; and the people who are eligible because they are at risk or in a situation of exclusion (Article 66 of Law 18/2008).

Specifically, according to Article 66 of Law 18/2008, active inclusion agreements can be entered into with:

(a) Persons who apply and are eligible for the Guaranteed Living Income, in any of its forms, when the beneficiary or one of the members of their household is of working age, unless they are beneficiaries of absolute permanent disability, severe disability or non-contributory disability pensions.

(b) Persons who, despite not being eligible for, or beneficiaries of, any type of the Guaranteed Living Income, require a specific intervention or action aimed at their entry in the labour market and so request; they may be persons entitled to unemployment benefit or who do not have access to any type of cash benefit.

2. Social and labour market inclusion programmes and services

The objective of social and labour inclusion of people who are at risk or in a situation of exclusion within the Basque Guaranteed Living Income and Social Inclusion Scheme entails the development of employment-related programmes, services or centres which make it possible to implement actions aimed at labour market inclusion under active inclusion agreements; this also involves establishing programmes, services and centres in other areas of social protection, particularly in social services, health services, the education system and housing services (Article 75 of Law 18/2008).

In this way, pursuant to Article 77 of Law 18/2008, it is considered that the measures aimed at promoting and facilitating the entry into the labour market of people or groups who, due to their characteristics, cannot access it on equal terms or have difficulties in entering the labour market, may include: occupational training; labour market intermediation; support in the process of entering the labour market; supported employment; support for the creation and maintenance of social inclusion businesses; support for the opening of special employment centres to people at risk or in a situation of exclusion; promoting the hiring of people in a situation of exclusion from the ordinary labour market; introduction of social clauses in public contracts that give priority to businesses that hire people in a situation of exclusion or in process of entering the labour market; support measures within family and work life balance policies; and promotion of financing instrument plans aimed at facilitating labour market entry.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G. and SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2005): *Protección social complementaria*, 2nd edition (Madrid, Tecnos).
- HERNÁEZ MANRIQUE, F.J. (1999): “Servicios sociales y asistencia social”, in: Goñi Sein, J.L. and Landa Zapirain, J.P. (eds.) *Derecho Social Vasco* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública).
- ILO GLOBAL COMMISSION ON THE FUTURE OF WORK (2019): *Working for a brighter future* (Geneva, International Labour Office).
- MANRIQUE LÓPEZ, F. (1984): *Manual de Derecho de la Seguridad Social* (Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto).
- OPINION OF THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on ‘For a European framework directive on minimum income’, of 20 February 2019.
- SALA FRANCO, T. and MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. (2020): *El ingreso mínimo vital. El sistema español de rentas mínimas* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- VEGA RUIZ, M.L. (2019): “Trabajo, relación de trabajo y Derecho del trabajo: ¿crisis o renacimiento?”, in: VEGA RUIZ et al. (eds.), *El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social).

La garantía de la tutela judicial a la luz reclamo de ilegalidad municipal de la ley 18.695

The guarantee of judicial protection in light of the judicial review of municipal acts under law 18.695

Pablo Fabián Aros Rojas

Universidad San Sebastián, Concepción, Chile.

Correo electrónico: parosr@docente.uss.cl. <https://orcid.org/0000-0002-4398-5132>.

Recibido el 19/05/2021

Aceptado el 15/10/2021

Publicado el 30/06/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-02>

RESUMEN: Este trabajo expondrá sobre la Tutela Judicial, en relación con el acceso a la justicia y debido proceso, como premisa esencial, proponiendo un estructura conceptual; luego se revisará si los elementos del concepto propuesto se satisfacen en el reclamo de ilegalidad municipal de la Ley 18.695. Finalmente, unas conclusiones hacia el futuro cierran la presentación.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial, debido proceso, contencioso-, reclamo de ilegalidad municipal.

ABSTRACT: This work will expose on judicial protection, its relationship with the access to the justice system and due process, as an essential premise, proposing a conceptual structure; then it will be analyzed if the elements of the proposed concept are satisfied within the judicial review of municipal acts under Law 18.695. Finally, some conclusions towards the future will close the presentation.

KEY WORDS: Judicial protection, due process, administrative litigation, judicial review of municipal acts.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es doble: en primer lugar, busca establecer un análisis conceptual sobre la tutela judicial (relacionándola con *acceso a la justicia* y *debido proceso*), e identificando claramente sus elementos; luego, en segundo lugar, analizar, de forma general, si dicha garantía se satisface o no dentro de un contencioso administrativo especial: el Reclamo de Ilegalidad Municipal, contemplado en la Ley 18.695, que se interpone por cualquier particular ante el alcalde contra sus Resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime ilegales, cuando éstas afecten el interés general de la comuna.

Su relevancia dice relación con que la Tutela Judicial busca proteger los derechos de las personas cuando han sido conculcados, accediendo a la justicia, requiriendo su efectivo resguardo, dentro de un debido proceso, siendo relevante analizar su concepto y sus efectos, para luego analizarlo a la luz del reclamo de ilegalidad municipal, por tratarse de un procedimiento administrativo especial, que tiene una etapa ante la Municipalidad y otra ante la Corte de Apelaciones, donde debiesen conjugarse los conceptos señalados y determinar si son o no aplicable en dichas sedes. Para ello, se citarán de modo descriptivo doctrina comparada y nacional, fallos del Tribunal Constitucional y algunas referencias a Tratados Internacionales, por considerarlo adecuado y pertinente en consideración al hecho que esta garantía ha sido tratada solamente desde la visión del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

Lo anterior encuentra su justificación en cuanto al hecho que, dentro de los principales valores de un Estado de Derecho, los procedimientos administrativos, en general, exigen que, ante una eventual reclamación, sean los Tribunales de Justicia los llamados a resolverlos atendido que, en definitiva, lo que se quiere lograr es que los derechos de los ciudadanos conculcados por la administración, puedan contar con una tutela judicial que logre su resguardo, regla que se deriva del Principio de Juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el cual supone una vinculación de la administración con el ordenamiento jurídico, limitando el poder público, fruto del respeto, por cierto, al Estado de Derecho,¹ y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales.²

La relevancia, además, dice relación con el hecho que en Chile no existen Tribunales Contenciosos Administrativos que diriman las reclamaciones de los particulares contra las actuaciones de la administración, sin que existan jueces especializados en aplicar un derecho diferente, especial, que regular las relaciones entre los órganos de la Administración del Estado o entre estos y los particulares, de allí que sea relevante construir un concepto de Tutela Judicial a la luz, para este trabajo, del reclamo de ilegalidad municipal de la Ley N°18.695.

¹ BERMÚDEZ (2014), p. 89.

² BERMÚDEZ (2014), p. 89.

II. PRIMER PARTE: TUTELA JUDICIAL: PROPUESTA CONCEPTUAL

A. Distinción básica de tres conceptos distintos: acceso a la justicia, tutela judicial, y debido proceso

En primer lugar, antes de construir una idea y los elementos de la tutela judicial, debemos distinguirla de otros conceptos que, si bien se vinculan a ella, su definición y alcances son distintos: acceso a la justicia y debido proceso.

El Derecho a la Tutela Judicial, según se explica de sus orígenes en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, “se dirige principalmente a enjuiciar la actuación administrativa, mientras que los litigios que se deducen de las relaciones jurídicas privadas y de los procesos penales se fundan en la cláusula del Estado de derecho”;³ luego, en España, con clara influencia del reconocimiento alemán, se ha transitado desde un rol de protección de legalidad objetiva a la defensa de intereses subjetivos, buscando un equilibrio entre el interés público y los derechos públicos subjetivos e, incluso, intereses legítimos de particulares, sobre considerando la desproporción entre el poder de la administración y los ciudadanos,⁴ de tal suerte que el análisis de esta institución deba, necesariamente, vincularse con aspectos judiciales, por cuanto es en dicha sede donde se evalúa su contenido y es posible exigir su cumplimiento.

Luego, a su turno, respecto del derecho de acceso a la justicia, se ha dicho que el constitucionalismo moderno lo ha incorporado dentro del catálogo de derechos fundamentales incluidos en los tratados internacionales, y que “encuentra su fundamento en la prohibición de la autotutela que contemplan todos los sistemas jurídicos, imponiendo así a los Estados la obligación de proveer a sus ciudadanos de un sistema capaz de procesar y resolver los conflictos de relevancia jurídica y de reparar o sancionar judicialmente las lesiones por las violaciones a este derecho”.⁵

Estos mismos autores, prosiguen, enseñando que entienden “por tutela judicial o acceso a la justicia en sentido amplio aquel derecho que tienen todas las personas a acudir al sistema de justicia para obtener de parte del Estado una respuesta fundada y congruente sobre el fondo del asunto y que, en caso de ser favorable, pueda ser efectivamente cumplida”.⁶

Y, por otro lado, el debido proceso, se ha conceptualizado como “aquel conjunto de requisitos que asegura a las personas que –en las contiendas judiciales que deban enfrentar– podrán participar y defenderse de forma tal de incidir en el resultado del proceso judicial (...) previniendo que “en ningún caso estas condiciones aseguran un resultado favorable; solo garantizan las reglas del juego justas y comunes para las partes”.⁷

³ ARAUJO-OÑATE (2011), p. 259.

⁴ ARAUJO-OÑATE (2011), p. 265.

⁵ VARGAS y FUENTES (2017), p. 181.

⁶ VARGAS y FUENTES (2017), p. 184.

⁷ VARGAS y FUENTES (2017), p. 147.

Aunque, otros autores han expresado que existe la creencia errada de formular un concepto único de debido proceso, por cuanto no se lograría subsumir todas las garantías y requisitos que éste debe tener, y se opta por enumerar los mismos en vez de intentar dar un concepto único del mismo.⁸

Lo cierto es que efectivamente no existe un concepto unívoco de lo que es debido proceso, pero ello no obsta a conceptualizar su marco de aplicación, cuestión que inexorablemente nos permite colegir que esta garantía es esencial y que debe primar en todo tipo de procedimiento judicial, en busca de establecer las condiciones mínimas para su eficaz desarrollo.

En ese contexto, considero que la distinción entre estas garantías es de vital importancia para el desarrollo de las ideas que se expondrán, por cuanto la doctrina en general, busca justificar si la Tutela Judicial se encuentra o no dentro del catálogo de garantías fundamentales contenidas en la Constitución Política, principalmente, en el artículo 19 N°3, norma que, tradicionalmente, sin discusión, se ha entendido que consagra la garantía a un debido proceso (y con muchas otras denominaciones).

En nuestro medio, a mi juicio, se han seguido, fundamentalmente, las ideas expuestas por el profesor Bordalí, quien, luego de analizar fallos del Tribunal Constitucional chileno sobre la tutela judicial, expresa que *“sin embargo, pese a que hoy en día existen un número considerable de fallos que se han pronunciado sobre este derecho, esa jurisprudencia ha sido bastante errática para referirse al mismo.”*⁹ El profesor citado explica su afirmación, señalando que se confunde dicha garantía con el acceso a la justicia, con derecho a la acción, o derecho fundamental al proceso, lo que genera, a la larga, errores conceptuales, que confunden la verdadera naturaleza de cada uno de ellos.

Pero, respecto de lo que sí existe claridad, es que no puede existir un proceso puramente abstracto, sino que se trata de un instrumento para conseguir la finalidad relativa a la satisfacción de los intereses o derechos de las personas, dándoles protección, así entonces *“el ejercicio del derecho a la tutela judicial se concreta fundamentalmente en el poder valerse del instrumento técnico-jurídico a través del cual se forma el acto jurisdiccional erogador de la solicitud de tutela, como lo es el proceso, pero se necesita algo más que eso.”*¹⁰ Conforme a este análisis, planteado de forma clara, es que considero que la instrumentalidad de la Tutela Judicial, entendida como un medio para lograr la adecuada satisfacción de los intereses de los particulares que hubieren sido conculcados, otorga la naturaleza “procesal” a la misma; sin embargo, también estimo que su contenido tiene una naturaleza sustantiva, que encierra una serie de características que la diferencia del acceso a la justicia y del debido proceso, tal como desarrollaré en las líneas siguientes.

B. ¿Qué es la Tutela Judicial?

Dicho lo anterior, se precisa ahora elaborar un concepto meridianamente claro de tutela judicial, el

⁸ PINOCHET (2017), p. 41.

⁹ BORDALÍ (2011), p. 312.

¹⁰ BORDALÍ (2011), p. 315.

cual será utilizado en el desarrollo de las líneas siguientes. Ello es relevante por cuanto la idea subyacente al concepto en análisis es que se busca justificar la importancia que reviste esta garantía en nuestro medio, vinculada con la actividad administrativa, ante la falta de Tribunales Administrativos. Es decir, la tutela judicial es una garantía que se debe exigir en un Estado de Derecho, conforme al Principio de Juridicidad, por cuanto las actuaciones administrativas se encuentran sometidas al control externo de los Tribunales de Justicia, y ello es así ya que *“en todo ámbito de actuación del poder ejecutivo, la idea de su vinculación al principio de juridicidad lleva a postular la correlativa sujeción al control judicial. Esta sujeción debe entenderse en términos particularmente estrictos en los que atañe a los derechos fundamentales (...) que el poder detenga al poder en defensa de la libertad. La posibilidad de tutela aquí no se encuentra solamente dada por la posibilidad de acceso a los tribunales, sino también por el desarrollo de acciones idóneas y procedimientos eficaces para el control de la actividad administrativa (...) Esto implica, por un lado, reconocer una amplia justiciabilidad de todos los actos de los órganos del poder ejecutivo y, también, la necesidad de reconocer instrumentos procesales adecuados para la tutela de los derechos frente al actuar de la administración”*.¹¹

Como dijimos en la introducción, para efectos de poder conceptualizar de forma correcta la Tutela Judicial y explicar sus alcances, me parece correcto, en los siguientes apartados, hacer un triple análisis de tipo descriptivo y que sintetice las opiniones más relevantes tanto respecto de la doctrina comparada, la doctrina nacional y un breve enfoque a la regulación que se contiene en los más importantes tratados internacionales ratificados por Chile y que forman parte de nuestro derecho interno.

En primer lugar, en el Derecho Comparado, la Tutela Judicial ha generado un desarrollo doctrinario relevante, principalmente en España, país donde su denominación de “tutela judicial efectiva”, encuentra consagración constitucional descrita de forma clara y sin lugar a interpretaciones; luego, existen otros trabajos en América Latina donde se han generado interesantes reflexiones y debates sobre su aplicación y contenido. Estas ideas serán recogidas en los apartados siguientes, con la finalidad de generar más argumentos que justifiquen la utilidad de este estudio y el contenido de la definición propuesta sobre Tutela Judicial.

Como dijimos más arriba, la influencia alemana encuentra su sustrato inmediato en la regulación establecida por la Constitución italiana, ya que *“una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la “tutela giurisdizionale”, en el sentido que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate (...) subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano”*.¹² Como se aprecia, la definición entregada por la Constitución Italiana es el origen también de esta claridad que presenta la normativa española: pero también deja en claro que

¹¹ ALDUNATE, (2008), pp. 193 y 194.

¹² ARAUJO-OÑATE, (2011), p. 258 (nota al pie).

su principal objetivo es la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, colocando énfasis en que lo que se busca es equiparar la posición del ciudadano frente a los actos de la administración, en el supuesto que los procesos administrativos de reclamación no logren satisfacer adecuadamente dichas pretensiones o que, derechamente, las decisiones de la Administración no se ajusten al Principio de Juridicidad.

Dicho fundamento explica que a través de la tutela judicial se buscaba enjuiciar la actuación administrativa, *“en esencia, se trata de un control judicial efectivo sobre todo tipo de actuaciones administrativas que vulneraban los derechos individuales, sobre la base de garantizar al ciudadano, el control pleno y efectivo sobre todas las actuaciones administrativas que puedan poner en peligro o causar un daño o lesión a los derechos propios y libertades individuales (...)”*¹³

Luego, en dicho contexto, el derecho en análisis fue establecido en España en el artículo 24 de su Constitución, fundado e inspirado en el derecho alemán, sin embargo la regulación española ha sido catalogada como una de “rasgos propios”, puesto que, en su Capítulo Segundo “Derechos y libertades”, Sección 1º “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, Artículo 24 “Protección judicial de los derechos”, inciso primero, emplea la siguiente locución: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*; por lo tanto, a mi entender, dicha concepción comprende la tutela judicial en sí misma, y además el derecho de acceso a la justicia, debido a su expresión relativa a que en ningún caso ha de producirse indefensión, puesto que no acceder a la justicia es indefensión. En efecto, en España *“el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el acceso a la justicia y el principio de la universalización del control jurisdiccional de la actividad administrativa, el cual por virtud del derecho fundamental ha ampliado su ámbito y posibilidades de acceso, con lo que ha permitido al ciudadano el acceso sin limitaciones formales de ningún tipo y, por lo tanto, ha sido admitido como parte en el proceso”*¹⁴

La doctrina española, además, ha explicado que la tutela judicial no sólo se reconoce en el ordenamiento respecto de las actuaciones de la administración, sino que también respecto del ámbito de las relaciones privados, ampliando su interpretación mas allá de lo que la doctrina italiana y alemana han expuesto (que la tutela judicial nace respecto de la actividad de la administración).¹⁵

Es tan importante la labor que la garantía de tutela judicial cumple en el ordenamiento español, que enfáticamente se ha sostenido que tiene un puesto de honor en la Constitución y que su contenido se encuentra *“en la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 10, que concluye declarando que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Y preceptos análogos están*

¹³ ARAUJO-OÑATE, (2011), p. 259.

¹⁴ ARAUJO-OÑATE, (2011), p. 264.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2015), p. 550.

recogidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14) y en el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 6.º)¹⁶. Ello permite colegir que la relevancia de esta garantía justifica su inclusión en dichos textos supranacionales, que establecen reglas para los Estados que forman parte de estos Pactos Internacionales, con el claro interés de generar una reglamentación común entre ellos, y nuestro derecho no está exento de aquello, tal como se detallará un poco más adelante.

De tal suerte que podemos señalar, como primera aproximación, que la Tutela Judicial es la garantía esencial que debe resguardar el Estado en el desarrollo de los procedimientos judiciales, pero con especial énfasis en las reclamaciones contra actuaciones de la Administración, que se ventilan en sede judicial, cuyo contenido esencial abarca las otras dos garantías referidas (acceso a la justicia y debido proceso), derivándose otras que se subsumen en ella, como el derecho a la obtención de una sentencia de fondo, que ésta sea motivada o fundada, coherente, que se haga cargo de todas las pruebas rendidas, para luego dar pie a la correcta ejecución de las mismas en caso de incumplimiento.¹⁷

Por otro lado, en nuestro medio, una parte de la doctrina ha venido a reconocer la tutela judicial, bajo la teoría de los “derechos implícitos”, es decir, aquellos cuya aplicación se deduce de un reconocimiento constitucional expresado, del cual se extrae su contenido. Así, la tutela judicial y el debido proceso cabrían dentro de este tipo de derechos, siendo obligación del Estado lograr la protección jurídica debida,¹⁸ extrayendo su contenido de la garantía del artículo 19, numeral 3º inciso 1º, relativo a que a todas las personas se les asegura la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Luego, esta doctrina refiere que la tutela judicial comprende el acceso a la justicia, puesto que aquello que la define es que existan todos los supuestos jurídicos “que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso”,¹⁹ afirmando que, por su parte, el Debido Proceso comienza una vez que se han impetrado las acciones, pero se requiere que el acceso se encuentre suficientemente garantizado y que las condiciones en que se envuelve su ejercicio sean conocidas por las personas que buscan la protección de sus derechos vulnerados, concluyendo, con cita a un fallo del Tribunal Constitucional chileno, que “el artículo 19, número 3º inciso quinto, de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva”.²⁰

Siguiendo en nuestro medio, el destacado profesor Bordalí, en su texto ya citado, se pregunta al respecto de la tutela judicial ¿Cuál es la funcionalidad de este derecho? ¿Se reconoce este derecho

¹⁶ SÁNCHEZ (1984), p. 287.

¹⁷ GÓMEZ DE LIAÑO (2006), p. 66.

¹⁸ GARCÍA Y CONTRERAS (2013), p. 244. Estos autores expresan que “la noción de “derecho a la tutela judicial” 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 (...)”

¹⁹ GARCÍA Y CONTRERAS (2013), p. 244.

²⁰ GARCÍA Y CONTRERAS (2013), p. 245.

simplemente para que las personas puedan acceder a los tribunales de justicia, pidan lo que pidan a estos, o bien se trata de un derecho que lo que busca es que las personas puedan solicitar tutela a los tribunales de justicia para los derechos e intereses que ellos reclamen como propios? Hay un fallo del Tribunal Constitucional que señala que el derecho a la tutela judicial tiene esas dos dimensiones. Esto tiene importancia, pues si se desvincula el derecho a la tutela judicial de la protección de derechos e intereses que se reclaman como propios por quienes demandan justicia, el derecho pasa a tener una dimensión abstracta de variada proyección, que podría implicar que las personas puedan iniciar procesos en los que no invoquen ningún derecho o interés comprometido.²¹

A su turno, el profesor Ferrada, expone que una garantía fundamental que reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es el derecho de las personas a la tutela judicial o derecho a la acción, entendiendo por ésta el derecho a acceder a un tribunal de justicia a solicitar amparo o tutela de sus derechos e intereses, cuando se hace necesaria la intervención estatal. Por ello, se parte de la premisa que, ante eventuales lesiones por parte de la Administración a derechos de las personas, estas puedan ser conocidas por un Tribunal, allí que nuevamente se vaya sosteniendo que la Tutela Judicial obliga a que primeramente se encuentre satisfecha la garantía de acceso a la justicia, y que una vez que el procedimiento se inicie, éste se desarrolle dentro de un debido proceso. Por ello, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental sustantivo, pero al mismo tiempo instrumental, en la medida que permite a las personas obtener protección jurisdiccional de los derechos subjetivos o intereses que le confiere el propio ordenamiento jurídico, sin necesidad de recurrir a mecanismos auto compositivos o directamente a la autotutela de sus derechos.²² Este análisis cobra relevancia considerando que, al no existir Tribunales Administrativos en Chile, es necesario moldear el contenido de la tutela judicial frente al ejercicio de acciones administrativas y judiciales contra las decisiones de la administración cuando lesionan intereses legítimos de las personas.

Estas afirmaciones encuentran sustento en diversos fallos del Tribunal Constitucional chileno, el cual ha expresado que *“para una acertada resolución del conflicto sometido a esta Magistratura, también debe reiterarse que este conjunto de derechos fundamentales incluye el acceso a la jurisdicción como presupuesto para lograr el derecho a la “tutela judicial efectiva” de sus derechos constitucionales, conceptualizada ésta por los especialistas como “aquel (derecho) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 58 2005). Este derecho, como ya se viera, incluye el libre acceso a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de formular pretensiones ante el juez y obtener una resolución acerca de las mismas –independientemente del ente persecutor estatal–, así como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias”*.²³

²¹ BORDALÍ (2011), p. 313.

²² FERRADA (2015), p. 339.

²³ Eduardo Sánchez Eyquem (2010).

De esta forma podemos deducir que nuestro Tribunal Constitucional entiende que la satisfacción de la Tutela Judicial exige, en primer lugar, que exista acceso a la justicia, y, segundo, que el desarrollo del procedimiento judicial se enmarque dentro de un debido proceso, sirviendo entonces de puente para lograr la concreción del resguardo efectivo de los derechos de las personas vulnerados por parte de la Administración, cuyo conocimiento y resolución se entrega a a los Tribunales de Justicia.

Por otro lado, no debemos dejar de mencionar que el contenido del artículo 38 inciso segundo de la actual Constitución de la República, en relación con el artículo 2° de la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, configuran los alcances de la Tutela Judicial, como garantía fundamental que debe ser reconocida y respetada por el ordenamiento jurídico y por el poder estatal a través de sus políticas públicas en la materia, toda vez que la Tutela Judicial supone que exista una herramienta que permita a los ciudadanos contar con un mecanismo general de justicia en materia contenciosa administrativa. Lo anterior dice relación, de forma directa, con la garantía general de lo que se entiende por Estado de Derecho, donde la actuación de la administración debe ser revisada y sancionada por los Tribunales de Justicia. En ese contexto, desde antiguo, la Constitución Política entregó solución de los conflictos contenciosos administrativos a tribunales especiales, cuya organización y atribuciones quedaron condicionadas al mandato de una ley la que nunca fue dictada.²⁴ Así, el artículo 87 de la Constitución Política de 1925, señalaba: “*Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley*”.

Luego, la Carta Fundamental de 1980, en el inciso segundo de su artículo 38 señalaba: “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”. Posteriormente, la reforma constitucional de 1989, realizada en virtud de la Ley 18.825, eliminó la expresión “*tribunales contencioso administrativos*”, sustituyéndola por “*los tribunales que determine la ley*”, sin que a la fecha se haya dictado la ley que cree los Tribunales Administrativos.

Lo relevante de destacar las normas que venimos explicando, dicen relación con que, si agregamos a lo anterior la regla del inciso segundo del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, podemos darnos cuenta que el Estado tiene por obligación propender a que eficazmente exista protección a los derechos de los ciudadanos, vulnerados por la Administración, y que no solo se entregue dicha tarea a los Tribunales ordinarios, ni mucho menos que se busque utilizar el recurso de protección con mecanismo general para ese tipo de respuestas, de allí que resulte relevante poner énfasis en la Tutela Judicial que, precisamente, es la garantía fundamental que debe cumplir con dicho objetivo. Dicha premisa tiene su sustento en la reglamentación del artículo 87 de la Constitución de 1925 y artículo 38 inciso segundo de la Carta Fundamental de 1980, donde sí se regulaba y presentaba la creación de Tribunales Administrativos, sin que se concretara. En efecto, a partir de una “*interpretación estricta*”

²⁴ AYLWIN AZOCAR (1990), p. 45.

del art. 87 de la Constitución de 1925, en virtud del cual estos asuntos sólo podían ser conocidos por los tribunales especiales dispuestos por éste y, por tanto, mientras no hubiere tribunal competente estos asuntos no tenían en el ordenamiento chileno una vía jurisdiccional de impugnación, se estableció en la cultura jurídica chilena una conciencia de la imposibilidad de tutela judicial de los derechos frente a la actuación administrativa, lo que evidentemente lesionaba seriamente el Estado de Derecho”.²⁵

Dicho fenómeno influye en la forma cómo se configura la reclamación ante las decisiones de la Administración del Estado, ya que la judicialización de los mismos se manifiesta, de mayor manera, vía recurso de protección más que desde las herramientas que las leyes especiales establecen, como el reclamo de ilegalidad municipal.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley N°18.575, prescribe que: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”. Esta norma, contiene un mandato expreso de protección, respecto de las decisiones que adoptan los órganos de la administración del Estado, en cuanto a que todo exceso o abuso (ilegalidad o arbitrariedad) en contra de las personas o de quienes son sujetos de sus decisiones, dará lugar a las acciones establecidas en la ley, lo que nuevamente viene a servir de argumento para definir los contornos de la Tutela Judicial, y su necesario respeto en procedimientos administrativos en general, o en particular como el que se analiza en este trabajo, con la finalidad de que al menos quede planteada la interrogante respecto sus alcances y su reconocimiento constitucional y legal.

En ese sentido, como ha dicho el profesor Pedro Pierry Arrau,²⁶ la justificación de este tipo de Tribunales se funda en razones prácticas, ya que debe existir una jurisdicción que aplique un derecho distinto de aquel que regula la actividad de los particulares, lo que exige jueces especializados, que tendrán el criterio y conocimiento suficientes para desarrollar las normas de control de la Administración, conjugando dos intereses aparentemente contrapuestos, tales como los derechos de los particulares (donde la Tutela Judicial debe prevalecer como fin inspirador) y el interés público que preside toda la actividad administrativa (en el cual la Tutela Judicial aparece como el mecanismo de resguardo ante actividades abusivas o arbitrarias de la administración).

Finalmente, respecto de la Tutela Judicial, en relación con la garantía de acceso a la justicia y debido proceso, que se expusieron al principio de este trabajo, podemos señalar que, su reconocimiento y respeto existe en dos textos internacionales fundamentales y obligatorios para Chile: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica,²⁷ y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁸ Estos Tratados Internacionales, a la luz de la regla del

²⁵ FERRADA, et al (2003), p. 72.

²⁶ PIERRY ARRAU, Pedro (1981), p. 211.

²⁷ Aprobado por Decreto 873, promulgado con fecha 23 de agosto de 1990, y publicado el 5 de enero de 1991

²⁸ Aprobado por Decreto N°778 de fecha 29 de abril de 1989, habiéndose promulgado el 30 de noviembre de 1976.

artículo 5° de la actual Constitución Política de la República, se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento, y constituyen derecho vigente, obligatorio y vinculante.

Entonces, el primero de ellos, (que denominaremos simplemente Pacto de San José de Costa Rica), expresa en su artículo 8 n°1, relativo a la garantías judiciales que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. A su turno, el artículo 25 del mismo texto prescribe que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”*.

Al respecto, y de acuerdo al análisis extraído del DIGESTO, la *“Corte Interamericana reiteró en cada oportunidad que la “disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática 8...)* El artículo 25 como componente del derecho de acceso a la justicia. La interrelación del artículo 25 con los artículos 8 y 1.1: la consagración transversal del acceso a la justicia. La interrelación entre los artículos 1, 8 y 25 de la Convención es jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, desde su primera sentencia. En este sentido, *“los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)”*.²⁹

A su turno, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en artículo 14 consagra dichas garantías al prescribir en su numeral 1: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de mora, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la*

²⁹ Análisis extraído del Digesto, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm> (consultado el 12 de marzo de 2019). El Digesto es concebido como un documento público que contiene todos los pronunciamientos jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto de un artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Las mismas ideas expuestas en la cita, se han establecido en los casos *Caso Blake Vs. Guatemala*; *Caso Cantos Vs. Argentina*; en el *Caso Castañeda Gutman Vs. México*.

vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”, lo cual viene a confirmar la regla establecida en el Pacto de San José de Costa Rica, consolidando la idea que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”, lo cual se consigue mediante la satisfacción de la Tutela Judicial, y amparada en un contexto de Debido Proceso.

Así, en materia de Tratados Internacionales, que constituyen derecho interno chileno, podemos colegir que la Tutela Judicial se encuentra expresamente reconocida en ellos lo que obliga al Estado a su efectiva protección y resguardo, tanto respecto de la actuación de la Administración como en los procesos judiciales en los que se ventilan reclamaciones contra el actuar de la administración.

De lo expuesto en este apartado, podemos dar respuesta a la interrogante que le dio título: ¿qué es la Tutela Judicial? Así, decimos que se trata de “un derecho fundamental, respetado por el Estado, consistente en la efectiva protección de los intereses o derechos legítimos conculcados a las personas ya sea por actuaciones u omisiones de entes públicos o privados, previo acceso a la justicia, formal y materialmente, ante un Tribunal de Justicia, desarrollándose con las garantías de un debido proceso”. De dicha definición, se extraen, sus elementos, los que se expondrán a continuación.

C. Elementos que componen el concepto propuesto de tutela judicial

Del concepto de Tutela Judicial, analizaremos sus elementos de la siguiente forma:

Es un Derecho Fundamental, respetado por el Estado. Decimos que es un Derecho Fundamental, ya que se encuentra consagrado en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que versan sobre Derechos Humanos, por lo tanto, su jerarquía jurídica es la misma que el catálogo de Derechos contenidos en nuestra Carta Fundamental. Otorgarle esta calidad es de suma, ya que “un derecho fundamental sólo constituiría un derecho público subjetivo cuando, aparte de la consagración normativa del respectivo derecho, se consagran sus garantías primarias, esto es, los correlativos deberes o prohibiciones de actuación, y las garantías secundarias, o sea, los órganos y procedimientos destinados a atacar el incumplimiento de los deberes constitutivos de las garantías primarias”.³⁰ En este contexto la tutela judicial es entendida como una garantía judicial, ya que constituye un elemento esencial para la adecuada protección de los derechos fundamentales, en el desarrollo de un procedimiento judicial, cuando conocen de reclamaciones contra actuaciones de la Administración. Por ello, “cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente y en un sentido integral de protección. Estas garantías pueden ser clasificadas en ordinarias (derecho a tutela judicial, amparo judicial u ordinario) y en constitucionales, ubicando dentro de estas

³⁰ ALDUNATE (2008), p. 79.

últimas tanto el control de constitucionalidad, como el amparo constitucional previsto en el artículo 53.2 de Constitución Española”³¹

De acuerdo con lo expuesto previamente, reconocer a la tutela judicial como derecho fundamental, permite su efectiva protección, pese a no encontrarse expresamente regulada en nuestro ordenamiento.³² La definición propuesta se obtiene, sin duda, de la interpretación de las normas constitucionales y, sobre todo, de lo regulado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, reconocidos por Chile, así como por las ideas y fundamentos que entrega nuestro Tribunal Constitucional y la doctrina especializada.

La Tutela Judicial consiste en la efectiva protección de los intereses o derechos legítimos conculcados a las personas ya sea por actuaciones u omisiones de entes públicos o privados. En efecto, ya que citando las palabras utilizadas por la Constitucional española, la Tutela Judicial supone que, respecto de los ciudadanos, en ningún caso y bajo ningún respecto, debe producirse indefensión; esto significa que la locución “efectiva”, implica un estándar adicional que va más allá del acceso a la justicia, y que obliga, entonces, a que esta tutela deba expresarse dentro de un debido proceso, considerando ello como premisa esencial. Los derechos e intereses conculcados deben ser legítimos, por cuanto actuaciones de otra índole, no reconocen protección alguna.

La Tutela Judicial presupone acceso a la justicia. Ello es así toda vez que, como se dijo, la consagración de acceso a la justicia implica, precisamente, *acceder* a la Justicia, garantizar que los ciudadanos logren presentar sus alegaciones o instar a la prosecución de un procedimiento respecto de sus intereses o derechos legítimos que estiman vulnerados, de forma óptima, oportuna, y gratuita. Esa tarea en Chile, al menos formalmente, está entregada a las Corporaciones de Asistencia Judicial y, mediante las facultades de Derecho, a través de sus respectivas Clínicas Jurídicas, cuestión que debe materializarse no solo con la presentación de la acción respectiva, sino que aquella sea admisible y en inserte dentro de un Debido Proceso, con todas sus garantías. Entonces, la Tutela Judicial, es decir, la protección del Estado al resguardo de los intereses o derechos legítimos conculcados, lleva consigo, inseparablemente, este acceso. De este modo, bajo la lógica de lo que la Tutela Judicial significa el Estado debe asegurar y proteger la Tutela Judicial en cuanto las reclamaciones que las personas presenten contra actuaciones de la Administración y que, una vez admitidas en sede judicial deban ser tramitadas conforme a las reglas del Debido Proceso.

El desarrollo del procedimiento ante un Tribunal de Justicia, debe enmarcarse dentro de un debido proceso. Ello implica que este acceso a la justicia con la mira de buscar protección real a los intereses y derechos conculcados, debe desarrollarse en un contexto que satisfaga adecuadamente dicha finalidad, por lo que, una vez que se activa el aparato jurisdiccional, se activan las garantías consagradas

³¹ ALDUNATE, (2008), p. 81. En esta sección, el profesor ALDUNATE cita principalmente a PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, 1995, Universidad Carlos III, Madrid, España, pp. 707.

³² O por lo menos así se ha venido explicando por la doctrina, aunque debe recordarse que el Tribunal Constitucional lo consagra como un derecho fundamental, incluso distinguiendo su naturaleza instrumental y sustantiva, como se ha expuesto previamente.

en el Debido Proceso, sobre todo, el plazo razonable, y la decisión correctamente fundada. No solo basta que el Juez falle, sino que su sentencia sea producto de un análisis racional de las pruebas, que haya respetado las prerrogativas que se le entregan a los litigantes, utilizando luego una adecuada motivación o justificación de las razones a las que arriba su convencimiento, que entregue su decisión dentro de un plazo óptimo que logre la satisfacción de la Tutela Judicial, ya que de lo contrario se vulneraría esta garantía y no se daría cumplimiento a su contenido, la que no consiste en otra cosa más que en permitir a los ciudadanos que, ante la conculcación de derechos o intereses legítimos por parte de la Administración, logren la reparación deseada o, al menos, logren obtener una adecuada tramitación de los asuntos, y que las decisiones a que se arriben en definitiva contengan un estándar mínimo de fundamentación y coherencia, de modo que exista seguridad jurídica y protección por parte del Estado.

III. SEGUNDA PARTE: TUTELA JUDICIAL A LA LUZ DEL RECLAMO DE ILEGALIDAD MUNICIPAL DE LA LEY N°18.695

Tradicionalmente, se ha enseñado que este reclamo persigue la protección de los derechos subjetivos violados por un acto o mero hecho de la Municipalidad; así por ejemplo, en el caso de una orden de demolición de un inmueble que al parecer amenaza ruina, el tribunal que conoce del respectivo reclamo está investido de amplias atribuciones. Así, él podrá dictar sentencia por la cual la resolución puede ser declarada nula o modificada y puede decretarse además el pago de una indemnización por los perjuicios ocasionados, persiguiendo además el restablecimiento de la legalidad violada por un acto de administración, mediante su anulación.³³ Asimismo, este recurso *“procede cuando existe violación de la ley propiamente tal, cuando se ha incurrido en omisión del acto; en caso de incompetencia; en casos de vicios de la voluntad, esto es, cuando el acto está viciado por error, fuerza o dolo. En este caso no se puede atacar mediante el reclamo de la resolución misma, sino de la ilegalidad específica en que se ha incurrido por el vicio”*.³⁴

Como se aprecia, este reclamo busca atacar la ilegalidad contenida en una Resolución municipal o en una omisión, pero su fundamento supone que de ello se derive una lesión a un interés subjetivo.

Luego, se confirma aquello por cuanto este reclamo de ilegalidad municipal tiene una dimensión anulatoria y reparatoria, de plena jurisdicción.³⁵ Se encuentra regulado en el artículo 151 de la Ley 18.695, y se compone de dos etapas:³⁶ una de tipo administrativa, por cuanto permite a cualquier particular reclamar de las acciones u omisiones ilegales ante el alcalde cuando se afecte el interés general de la comuna, o a aquel que, en concreto y de forma específica, sufra un perjuicio por este tipo de actua-

³³ FERNÁNDEZ (2007), pp. 163 y 164.

³⁴ FERNÁNDEZ (2007), p. 164.

³⁵ HUIDOBRO (2011), p. 102.

³⁶ Este procedimiento contempla dos etapas o dos fases, una en sede administrativa y otro en sede judicial ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuestión que se encuentra asentada en la jurisprudencia administrativa, como se lee en el Dictamen N°13.215, de 27 de febrero de 2013, expuesto por el profesor HUNTER (2014).

ciones. La según fase es jurisdiccional, y se tramita ante la respectiva Corte de Apelaciones, donde se desarrollará la etapa propiamente contenciosa-administrativa.³⁷

De tal suerte, entonces, que el reclamo de ilegalidad municipal encuentra su fundamento en la afectación de un interés legítimo, respecto del cual el afectado puede reclamar el perjuicio provocado por un Decreto Alcaldicio, o una omisión, o una actuación de un funcionario municipal, que se estimen ilegales.

Este reclamo tiene su origen en normas muy antiguas, y se vincula dentro del contexto del control de los actos administrativos municipales.³⁸ Igualmente, se contemplaba una acción de la misma naturaleza, de carácter popular, en la Ley Orgánica de 1887.³⁹

Desde el punto de vista de la legitimación activa para su interposición, este reclamo puede ser intentado por el propio afectado, y si se afecta a la comunidad en general, se concede acción pública.⁴⁰ Igual opinión establece otra doctrina,⁴¹ aclarándose que existe una amplia posibilidad de interposición, atendida su propia naturaleza, y sus orígenes. Al respecto, si bien es cierto que el hecho que cualquier persona pueda interponer un reclamo de ilegalidad municipal, vendría a significar una manifestación de la tutela judicial, no debe dejarse de lado el hecho que, en este caso, para ejercer la vía jurisdiccional es requisito previo el haber interpuesto este reclamo administrativo, sin que pueda interponerse directamente, lo que se explica, a mi juicio, desde la perspectiva de considerar a los recursos administrativos como garantías para los ciudadanos donde se pretende que la Administración enmiende o revoque sus decisiones cuando estas son arbitrarias o ilegales, de allí que sea obligatorio, entonces, primero interponer el reclamo de ilegalidad en sede municipal y, sólo cuando la resolución es desfavorable a los intereses del reclamante o ante el silencio de la administración, esté podrá interponerlo en sede jurisdiccional.

Considerando lo dicho, podemos concluir que la existencia de este recurso dice relación con el control externo de la actividad municipal, principalmente respecto del contenido de sus Resoluciones, las cuales, además, estarán a disposición del público y deberán ser publicadas en los sistemas electrónicos o digitales de que disponga la municipalidad, facilitando su acceso; de allí entonces que, las personas afectadas, es decir, a quienes la dictación de alguna de estas Resoluciones les ha

³⁷ PONCE DE LEÓN (2018), pp. 107 y 108.

³⁸ HUIDOBRO (2011), p. 100. Así, ya en 1859 se decía que cualquier ciudadano tiene derecho a reclamar contra los acuerdos o resoluciones municipales dictadas sobre negocios que no sean de su competencia, "o en que se ha excedido de sus atribuciones, o que se contraría una Lei o disposición dictada por la autoridad competente. Si la Municipalidad, ante quien se interpone el reclamo, resuelve declarando legal o lejítimo el acuerdo, puede el reclamante ocurrir al Consejo de Estado para que resuelva".

³⁹ HUIDOBRO (2011), p. 101.

⁴⁰ HUNTER (2014), pp.193. Este autor explica que "por un lado, concede legitimación popular cuando la resolución u omisión estimada ilegal afecta el interés general de la comuna y, por el otro, si el acto u omisión agravia a un ciudadano particular solo este puede deducir la reclamación. Se trata de un contencioso administrativo centrado en la tutela de derechos e intereses legítimos, cuyo agravio se debe justificar por el impugnante en el proceso jurisdiccional, en oposición a la reclamación judicial centrado en el acto".

⁴¹ Sobre el mismo punto, se ha dicho que se "presentan dos alternativas. Por un lado, el reclamo lo puede interponer cualquier particular", invocando el interés general de la comuna respectiva. En este caso se ha entendido que se consagra en la norma una verdadera "acción popular". El otro legitimado, es el particular agraviado, entendiéndose en este caso que el referido agraviado deberá acreditar a lo menos algún interés para la interposición del reclamo". MORALES (2018), p. 45.

lesionado un interés subjetivo, tienen el legítimo derecho de reclamar en la forma expresada en el párrafo anterior.

Al respecto nuestro la Corte Suprema ha señalado que este reclamo “*por su naturaleza y por así decirlo la ley, no requiere un derecho subjetivo lesionado, sino que basta con tener un interés legítimo. Es necesario resolver cuál es éste para el caso de autos a partir de la distinción que establece la Ley de Municipalidades y cuyos alcances es necesario determinar. En efecto, la letra a) del artículo 151 citado otorga la acción a cualquier particular, contra actos que afecten el interés general de la comuna, dentro del plazo de treinta días desde la fecha de publicación del acto impugnado, tratándose de resoluciones. Por otro parte, la letra b) del mismo artículo otorga idéntica acción al particular agraviado, dentro del mismo plazo, contado desde la notificación*”.⁴²

En este orden de ideas, nos parece relevante que se deje claramente establecido que para ejercer este reclamo de ilegalidad basta con tener un interés subjetivo legítimo y que cualquier persona o quien se encuentre específicamente afectado pueda ejercerlo. Por lo mismo, pareciera ser que este reclamo tiene la naturaleza de una acción pública; sin embargo, es útil hacer el distingo entre acción popular y acción pública, básicamente, porque la segunda requiere, de todas maneras, un interés (legítimo), y la primera es propiamente una acción popular, donde cualquier pueda interponerla, sin que necesariamente tenga interés. Un ejemplo de este tipo de acciones es la regulada en el artículo 2333 del Código Civil, según el cual: “*Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas (...)*”. En ese sentido, la acción de reclamación de ilegalidad municipal, debe ser interpuesta siempre invocando un interés, aun cuando se utilice la expresión “pública”, ya que dicha calidad solo dice relación con el sujeto activo; pero no es propiamente una acción popular, como el ejemplo citado, donde no es requisito tener interés, en los términos clásico del Derecho Civil.

Desde el punto de vista de los plazos para su interposición, consideramos que los 30 días hábiles en sede administrativa contados desde la comunicación del acto administrativo respectivo,⁴³ y en su fase judicial los 15 días contados desde el rechazo del reclamo,⁴⁴ permite ejercer adecuadamente el derecho consagrado en la normativa en análisis, resguardando el derecho fundamental a la tutela judicial, ya que si bien, en sede administrativa no se exige patrocinio de abogado, sí se requiere para la sede jurisdiccional, aplicando las reglas generales. Entonces, el plazo regulado en la ley, es prudente

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de noviembre de 2013, rol 5343-2013, citado por MORALES (2018), p. 45.

⁴³ Sobre ello, la Corte Suprema ha resuelto que “*en este evento, de actos no publicados ni notificados, la solución es que el plazo de treinta días debe contarse desde la dictación del acto, lo que no puede ser de otra manera, ya que y salvo que se rechace la posibilidad de accionar, la única otra solución sería que el plazo se cuente desde que se tuvo conocimiento del acto, lo que resulta contradictorio con la naturaleza misma del reclamo de ilegalidad y la certeza jurídica necesaria*” (Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013, ROL N°377-2012, citado por MORALES (2018), p. 50).

⁴⁴ Del mismo modo, citando nuevamente al profesor MORALES (2018), p.50, la Corte Suprema ha especificado que “*el plazo se cuenta desde la fecha de recepción en la Municipalidad del reclamo, y si se rechaza directamente o no se pronuncia dentro del término de 15 días, el reclamante posee idéntico plazo para recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, sin que sea necesario para ello el certificado del secretario municipal, porque el plazo no se cuenta desde la fecha en que éste sea expedido, dado que dicho atestado no equivale a una declaración de rebeldía sino que se considera rechazado en la forma previamente citada, esto es, por el solo ministerio de la ley*”.

para una persona que concurre sin representación judicial letrada considerando que en sede administrativa los días inhábiles abarca los días sábados, los domingos y los festivos (artículo 25 de la Ley N°19.880), y que en sede judicial los días hábiles son los no feriados (artículo 59 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, respecto del plazo, considero que su cómputo debe efectuarse desde la notificación del acto administrativo respectivo, y no desde que se dicta, sin perjuicio de los efectos inmediatos de los actos administrativos, toda vez que contar el plazo de forma incorrecta afectaría a los fines de la tutela judicial.⁴⁵ Lo anterior, sobre todo considerando que se puede colegir una cierta tendencia hacia la formalidad en la interposición de este reclamo, atendida la uniformidad jurisprudencial de considerar este reclamo como formal, requiriendo mayores exigencias que las que se contemplan en la propia norma. Hay jurisprudencia que ha entendido que el reclamo de ilegalidad tiene un carácter formal, semejante al recurso de casación, lo que exigiría señalar con exactitud las normas jurídicas infringidas y el modo en la que esta se produce.⁴⁶

Así entonces, el reclamo de ilegalidad municipal parece haber sido concebido adecuadamente desde la óptica de la tutela judicial, por cuanto en una de las dos hipótesis de interposición da lugar a acción popular (pero con un interés determinado), cuestión que es de suma relevancia tratándose de decisiones de autoridad que afectan a toda la comunidad, ya que facilita la interposiciones de reclamaciones frente a sus decisiones; por otro lado, la norma establece plazos razonables para su interposición, tanto en sede administrativa como en sede judicial, y más aún, una vez tramitado en la Corte de Apelaciones respectiva, ésta tiene amplias facultades para resolver el reclamo de ilegalidad, ya que puede decretar la anulación total o parcial del acto, la orden para que la Municipalidad rectifique, corrija, subsane la omisión, o reemplace la resolución anulada; además, podría ordenar el envío de los antecedentes al Ministerio Público si estima que puede haber un delito en la infracción detectada, según lo que ha resuelto la Excma. Corte Suprema,⁴⁷ y así opera en la práctica judicial que resuelve sobre este recurso.

⁴⁵ HUNTER (2014), pp. 200 y 201. Este autor expone que *“una interpretación que permita hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva debería descartar dos extremos: el primero es que el cómputo del plazo no puede arrancar desde la dictación, pues la vigencia del acto no constituye un presupuesto lógico a partir del cual se pueda presumir o inferir el conocimiento de un acto. La vigencia no produce el efecto de la notificación o publicación. El tercero ni siquiera tiene noticia de que se va a dictar un acto que lo perjudica. El segundo evento que también debe descartarse es que el cómputo del plazo se inicie desde que se toma conocimiento real y efectivo del acto y de los antecedentes que lo justifican. Una regla de esta naturaleza no es desproporcionada para los fines que se quieren conseguir, y además no es exigible prácticamente en ninguna parte de nuestro ordenamiento jurídico (...) si un ciudadano no conoce la existencia del acto administrativo entonces carece de necesidad actual de tutela jurisdiccional, esto es, de interesse al agere. La noción de “interés” quiere aludir a la existencia de una lesión al derecho o interés legítimo y la consecuente necesidad, que emerge de dicha lesión, de obtener la tutela jurisdiccional”*.

⁴⁶ HUNTER (2014), p. 201. El profesor HUNTER expone en su trabajo una serie de interpretaciones que denomina como situación de “caos”, respecto de diversos aspectos del reclamo de ilegalidad municipal, que inciden directamente en el análisis que este trabajo pretende desarrollar, y los fundamenta con citas de diversos fallos de nuestros Tribunales.

⁴⁷ *Inmobiliaria Santa Anita con I. Municipalidad de Lo Barnechea* (2012).

IV. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era doble, ya que por una parte buscamos establecer o construir un concepto o ideas esenciales sobre la tutela judicial, relacionándola con el acceso a la justicia y debido proceso, entregando una propuesta de conceptual e identificando sus elementos; para, así, extrapolar su contenido ante el Reclamo de Ilegalidad Municipal de la Ley N°18.695, en cuanto se trata de un procedimiento administrativo especial, que se ejerce ante la autoridad edilicia y luego en la Corte de Apelaciones respectiva donde se ventila el contencioso-administrativo propiamente tal.

Luego de haber expuesto, de forma descriptiva, lo que ha dicho la doctrina comparada y nacional sobre la tutela judicial, y haber citado los principales tratados internacionales ratificados por Chile, donde ésta se contempla, se presentaron sus efectos o alcances, en base al concepto entregado, con la finalidad de llevar dicho contenido al procedimiento administrativo especial referido. Lo anterior, tomando en consideración el hecho que no existan Tribunales Contenciosos Administrativos en nuestro medio, lo que dificulta a los ciudadanos ejercer reclamaciones en sede judicial contra las decisiones que la Administración adopta, y que lesionan sus intereses subjetivos. Como hemos dicho en este trabajo, además, la revisión y control judicial de las decisiones de los órganos de la administración del Estado, es una manifestación del Estado de Derecho y una consagración del Principio de Juridicidad. Así, la Tutela Judicial se erige como un mecanismo de resguardo ante actividades abusivas o arbitrarias de la administración.

En concreto, me parece que la actual regulación del reclamo de ilegalidad municipal es fruto de una evolución que desde antiguo ha establecido la posibilidad concreta de reclamar en contra de las decisiones de las Municipalidades cuando estas adolecen de alguna ilegalidad o arbitrariedad, permitiendo un control de su actividad que produce consecuencias jurídicas reales, y que influye directamente en el modo cómo se dirigen y administran estos servicios comunales. La amplitud vinculada con la legitimidad activa para su interposición permite suponer que existirá una mayor inclinación al logro del respeto por la Tutela Judicial. Las decisiones que adopten los municipios y los órganos de la Administración del Estado, en general, deben contener un análisis razonado, apegado a derecho y fundado, tal como lo ha resuelto la Contraloría,⁴⁸ aun cuando, en la práctica, existe una inclinación a la interposición de recursos de protección,⁴⁹ principalmente debido a su tramitación más breve y expedita.

La tramitación en la interposición de reclamaciones en contra de las decisiones de la administración, tanto en sede administrativa como judicial, debe orientarse en resguardar la tutela judicial, que su regulación permita a los ciudadanos, efectivamente, evitar indefensión ante la afectación de sus

⁴⁸ Dictamen N° 78.692, de fecha 26 de octubre de 2016.

⁴⁹ Así lo exponen los profesores FERRADA, et al (2003), p. 67. En este texto, los autores exponen que “el Recurso de Protección se ha utilizado como un mecanismo procesal para tutelar ampliamente los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, ampliándose –a partir de interpretaciones extensivas de las cláusulas generales de ciertos derechos fundamentales– a derechos subjetivos e intereses legítimos no amparados por esta vía procesal. En este sentido, el Recurso de Protección ha servido, aparentemente, más que como instrumento de tutela de derechos fundamentales, como vía de control de legalidad de la actuación administrativa”. Esta conclusión genera diversos problemas, ya que la naturaleza jurídica del Recurso de Protección es servir como una herramienta de protección eficaz de derechos indubitados, de carácter sumario, y urgente, no como un nuevo juicio de lato conocimiento donde se discutan nuevamente los derechos sustantivos objeto de los pleitos en que en ellos incide su resultado.

derechos. En Chile, al no existir Tribunales Contenciosos Administrativos, el conocimiento de estas acciones se entrega a la jurisdicción ordinaria, con base en la regulación contenida en el Código de Procedimiento Civil, cuestión que dificulta el logro del objetivo señalado, no solo por la demora en su gestiones,⁵⁰ sino que por la falta de una jurisdicción especializada en aplicar un derecho distinto de aquel que regula la actividad de los particulares, lugar donde debe existir un criterio y conocimiento suficientes para desarrollar las normas de control de la Administración, cuestión que ciertamente tiene como finalidad única el logro efectivo de la Tutela Judicial.

Finalmente, quisiéramos concluir que la tutela judicial se ha tratado, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial como una garantía que debe respetarse y exigirse en sede judicial, y no en los procedimientos administrativos que se tramitan ante los propios órganos de la administración, toda vez que las actuaciones de estos no tiene el carácter de “jurisdiccional” y no se encuentran, entonces, obligados a dicho estándar. En ese sentido, como hemos dicho en este trabajo, la revisión de la actividad administrativa (control externo) por parte de los Tribunales es una manifestación del Principio de Juridicidad, contemplado en el artículo 7° de la Constitución y una consecuencia del Principio de igualdad ante la ley que deriva del artículo 1° y 19 N°2 del texto constitucional; por tanto, considerando la tutela judicial, como garantía frente a los ciudadanos al momento de ejercer reclamaciones en contra de las actuaciones de la Administración del Estado (en general) y de las Municipalidades (en particular), permitiría, con matices, exigirla no solo en sede jurisdiccional sino que también en sede administrativa, construyendo así una teoría al respecto que oriente y configure la regulación de los recursos administrativos cuando el actuar arbitrario o ilegal del Estado vulnere los intereses subjetivos legítimos de las personas.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina Citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*, (Santiago, editorial Legal Publishing Thomson Reuters).
- ARAUJO-OÑATE, Rocío Mercedes (2011): “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión del Derecho Comparado” en: *Revista Estudios Socio-jurídicos* (vol. 13 N°1).
- AYLWIN AZOCAR, Patricio (1990): “Efectos de la Reforma del Art. 38, Inciso 2°, de la Constitución Política Sobre Régimen de lo Contencioso Administrativo” en: *Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales* (vol. 13 N°1).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008): “El Derecho fundamental a la Tutela Judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado”, en: *Revista De Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile* (N°2).

⁵⁰ Así lo evidencia un Estudio realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), disponible en <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2011): “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38 N°2).
- FERNÁNDEZ RICHARD, José (2007): *Derecho Municipal Chileno*, 2ª edición actualizada (Santiago, editorial jurídica de Chile).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CAZOR ALISTE, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (Vol. XIV).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, 17ª edición (España, editorial Civitas – Thomson Reuters), t. I.
- GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo (2013): “El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* (vol. 11 N°2).
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta (2006): “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: Protección y Contenido”, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea* (N°11).
- HUIDOBRO SALAS, Ramón (2011): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III “Derecho y Administración Comunal” (Santiago, Legal Publishing),.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2014): “Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXVII, N° 2, diciembre).
- MORALES ESPINOZA, Baltazar (2018): *Actos Administrativos* (Santiago, DER Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- PINOCHET CANTWELL, Francisco José (2017): *El Recurso de Protección. Estudio profundizado y actualización sobre sus orígenes, evolución, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago, Editorial De Derecho, Editorial El Jurista).
- PIERRY ARRAU, Pedro (1981): “Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del poder judicial hasta la dictación de la ley”, en: *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, (N° 29/30 Ene/Dic).
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2018): *Jurisprudencia contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Procedimientos aplicables* (Santiago, DER Ediciones, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1984): “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, comentario al libro de Jesús González Pérez”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional* (año 4 número 10, enero-abril).
- VARGAS PAVEZ, Macarena; FUENTES MAUREIRA, Claudio (2017): *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones* (Santiago, DER Ediciones).

Jurisprudencia citada

- Eduardo Sánchez Eyquem (2010): Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2010, Rol 1445-09 INA. Inmobiliaria Santa Anita con I. Municipalidad de Lo Barnechea (2012): Corte Suprema, 22 de noviembre de 2012, rol N° 5286-2010.
- Sociedad Agrícola Vásquez Limitada con Fisco de Chile (2017): Tribunal Constitucional, 11 de junio de 2019, Rol 5257-18 INA.

Nel Greeven Bobadilla, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel (2019): Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2019, Rol 4572-18 INA.

Plaza Estación S.A. con Comercializadora de Vestuario Yenny Oyarce Flores (2019): Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2019, Rol 5849-18 INA.

Espinoza Morales, Carlos con Fisco de Chile (Servicio Nacional de Menores) (2019): Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2019, Rol 6089-19 INA.

Fisco de Chile, Consejo de Defensa del Estado con Caja de Ahorros de Empleados Públicos (2019): Tribunal Constitucional, 25 de junio de 2019, Rol 5437-18 INA.

La familia extendida en Chile: Un reconocimiento del rol de los abuelos en beneficio del interés superior del niño

The extended family in Chile: A recognition of the role of grandparents in the best interest of the child

Constanza Astudillo Meza

Universidad Santo Tomás, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: castudillom@santotomas.cl. <https://orcid.org/0000-0001-9796-3492>.

Camila Astudillo González

Universidad Santo Tomás, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: castudillo3@santotomas.cl. <https://orcid.org/0000-0002-1365-6776>.

Recibido el 01/06/2021

Aceptado el 25/11/2021

Publicado el 30/06/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-03>

RESUMEN: La constitución de la familia ha variado considerablemente en las últimas décadas, dando paso a nuevas formas de familia como consecuencia del cambio de roles que sus miembros han experimentado en la sociedad. La concepción matrimonial de la familia, compuesta por un padre, una madre y sus hijos ha sido superada, lo que ha supuesto un desafío para

ABSTRACT: The constitution of the family has changed considerably in recent decades, giving way to new forms of family as a result of the role changes that its members have experienced in society. The matrimonial conception of the family, composed of a father, a mother and their children, has been surpassed, which has meant a challenge for our legal system, in order to recognize this

nuestro ordenamiento jurídico, en orden a reconocer esta nueva realidad social. En este contexto y desde el área jurídica, surge la noción de familia extensa con una intensa participación de los abuelos en el rol de crianza, cuyo contenido pretendemos estudiar en esta investigación. De este modo, el trabajo abordará la noción de familia e instituciones que realizan un reconocimiento jurídico a los abuelos.

PALABRAS CLAVE: Familia extendida, abuelos, interés superior, niñas, niños y adolescentes.

new social reality. In this context and from the legal area, the notion of the extended family arises with an intense participation of grandparents in the role of upbringing, whose content we intend to study in this research. Thus, the work will address the notion of family and institutions that give legal recognition to grandparents.

KEY WORDS: Extended family, grandparents, best interest of the child, children and adolescents.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad en la sociedad chilena encontramos un número considerable de abuelos que participan en la crianza de sus nietos, volviéndose adultos significativos en el tránsito de la niñez a la adolescencia. Las razones materiales que provocan que sean estos ascendientes los que de facto asumen el cuidado personal de sus nietos obedece al número de mujeres que detentan unilateralmente el cuidado personal de sus hijos, y que deben conciliar este rol con las obligaciones laborales, sin que exista una figura paterna, o si existe su presencia es en menor medida. El panorama descrito anteriormente nos conduce a la idea de familia extensa, que trataremos en este trabajo, y cómo en los hechos esta aparece como una estructura familiar cada vez más reconocida por el Derecho chileno, en diversas instituciones del derecho de familia. Además, esta vinculación es una manifestación concreta del interés superior, en su variante de principio. Esta investigación es descriptiva y teórica, pues pretende exponer una realidad jurídica desde la dogmática, a través de la revisión de doctrina y jurisprudencia pertinente.

II. LA FAMILIA

El vocablo familia es de uso frecuente para la comunidad, sin embargo, es un concepto polisémico, y para precisarlo es necesario determinar el “*contexto del discurso comunicativo en el que lo queremos emplear*”.¹ Por esta razón resulta interesante estudiarlo, no solo desde la perspectiva social, pues es sabido que su constitución ha cambiado con el paso de las décadas, sino también desde la perspectiva jurídica, pues la evolución de la familia también impacta al derecho, ya que este núcleo de la sociedad no solo ha mutado en cuanto a su composición, sino también a la forma de vincularnos, lo que incide directamente en la creación de nuevas relaciones jurídicas que deben ser reglamentadas por el ordenamiento jurídico. En esta senda, la familia como objeto de estudio ha dado origen en Chile a refor-

¹ CORRAL (2015), p. 22.

mas legales importantes, que se han ocupado de regular la situación de los individuos especialmente considerados que la componen y no a la familia en sí misma (padres, hijos, madres). De este modo y siguiendo a Domínguez Hidalgo, la tendencia legislativa se ha encaminado a “regular sus componentes de manera separada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos e independientes”,² lo que a nuestro juicio no afecta a lo que debemos entender por familia.

A) Concepto de familia

Conceptualizar el vocablo familia es complejo, pues ésta puede ser estudiada de distintas disciplinas, y tantas disciplinas existen como definiciones. Para efectos de esta investigación abordaremos un concepto desde la sociología y otro desde el derecho. Así las cosas, desde un enfoque sociológico y tomando en consideración las formulaciones de esta ciencia social desde los años 50', podemos entender a la familia “como un organismo cultural viviente que evoluciona por adaptación del ambiente. La familia es vista como una institución, que, aunque creada por la sociedad responde a necesidades naturales”.³ Por otro lado, desde un planteamiento funcional, la familia es pensada como “una estructura de estatus y roles en la que deben desempeñarse funciones especializadas, asignada por la sociedad”.⁴

Desde el ámbito jurídico, y particularmente en el “derecho chileno no se ha contemplado una definición o concepto de familia, salvo la remota y limitada referencia contenida en el artículo 815 del Código Civil, con ocasión de la regulación de los derechos de uso y habitación”.⁵ Sin embargo, desde el año 2019 la ley N° 21.150 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y las Familias la define como “núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.⁶ Podemos afirmar que ambos conceptos se relacionan, pues en ambas ciencias se destaca que la familia no es producto de alguna autoridad, sino de la naturaleza misma del hombre, y es el poder público “el que la reconoce mediante la elaboración de normas jurídicas, y las reglas seguidas inconscientemente en el hábito, el uso y la costumbre”,⁷ de ahí radica la importancia del Derecho en ésta.

B) Nuevas formas de familia

La estructura familiar ha variado con respecto a su forma más tradicional inspirada en la familia nuclear matrimonial (padre y madre). En la actualidad existe gran variedad de arreglos familiares, de este modo “las personas pueden optar por vivir solas, en parejas sin hijos, en hogares monoparentales, en uniones consensuales, en uniones homoparentales. Se sabe de un creciente número de familias

² DOMÍNGUEZ (2005), p. 214.

³ GONZÁLEZ (2009), p. 513.

⁴ GONZÁLEZ (2009), p. 543.

⁵ DEL PICÓ (2011), p. 35.

⁶ Ley N° 21.150, de 2019.

⁷ ESPINOZA (2017), p. 224.

recompuestas (parejas que se unen y traen sus hijos de uniones anteriores y de otros padres), así como de familias a distancia, producto de las migraciones de alguno de sus integrantes, pero cuyo peso se desconoce porque no es posible inferir su magnitud a partir de la información de censos de población y de encuestas de hogares”.⁸ En este contexto, y bajo el escenario de nuevas formas de familia, no podemos dejar de mencionar que el rol de la mujer ha influido notoriamente en el nacimiento de nuevas estructuras familiares. Lo anterior, pues pasó de tener un papel exclusivo de jefa de hogar a insertarse al mercado laboral, lo que trajo consigo la aparición de familias con doble ingreso, pero también con roles compartidos. Dentro de las razones que permiten explicar la división de roles se encuentra “la ideología democrática de igualdad de derechos que comenzó a extenderse junto con los estudios realizados por investigadores feministas (mujeres y hombres) que hicieron visible la amplitud de los roles de la mujer”;⁹ hacemos mención a la idea de roles, pues las representaciones que tenemos acerca de lo “masculino o femenino, las expectativas de rol -comportamiento socialmente esperado para un hombre o mujer- y la conducta, no están determinados biológicamente. Más bien, corresponde a un orden construido sobre lo que culturalmente se considera ser hombre o mujer”.¹⁰ De esta manera es la sociedad la que tradicionalmente ha determinado que en este orden las mujeres deban ocuparse de tareas asociadas a lo doméstico, o a labores de cuidados, desplazándolas de actividades laborales remuneradas. Sin embargo, progresivamente se ha ido abandonado esta creencia y en la actualidad es común que las mujeres desarrollen una actividad laboral, y que deban compatibilizar el ámbito de vida personal con la vida profesional y en la búsqueda de lograr este equilibrio y armonía, aparecen los abuelos, quienes se constituyen en el principal apoyo para la crianza de los hijos de madres que desean y deben desarrollarse en el mundo del trabajo. Los abuelos y abuelas no solo son los principales coadyuvantes en el cuidado y educación de los niños, niñas, y adolescentes (en adelante NNA) cuyas madres, padres o ambos trabajan, sino que se constituyen en un referente de protección, inclusive muchas veces viven con sus nietos e hijos dando origen a la familia ampliada o extensa constituida por ambos progenitores y sus hijos, además de los parientes consanguíneos, tanto en la línea recta como en la colateral y, si existe vínculo matrimonial entre los padres, conformada, también, por los afines.¹¹

Esta estructura familiar en los hechos ha existido siempre en la sociedad chilena, pero no ha tenido el debido reconocimiento jurídico, a pesar de que “los abuelos deben considerarse como parientes privilegiados, ello por la proximidad e importancia de éstos para el desarrollo del niño”.¹² Por lo anterior revisaremos instituciones del derecho chileno, que corresponden a efectos de la filiación, como lo son el cuidado personal, relación directa y regular y familias de acogidas en las que el legislador nacional indirectamente le ha otorgado a los abuelos un reconocimiento reglamentario, así como también la obligación de los abuelos de proveer -aunque de forma subsidiaria- a las necesidades de sus nietos.

⁸ ARRIAGADA (2007), p. 13.

⁹ CEBOTAREV (2003), p. 1.

¹⁰ FUENTEALBA et al (2020), p. 30.

¹¹ QUINTANA (2015), p. 20.

¹² PINOCHET (2011), p. 594.

III. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS ABUELOS EN EL DERECHO DE CHILENO

A) Relación directa y regular

La relación directa y regular, según el artículo 229 del Código Civil, es *“aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no detenta o ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”*.¹³ Desde un punto de vista doctrinal, podemos señalar siguiendo a Gómez de la Torre que la “relación directa y regular” puede ser entendida como un *“derecho-deber que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, en procura del desarrollo afectivo, emocional y físico, así como de la consolidación de la relación paterno filial”*.¹⁴ Al tener una naturaleza jurídica de derecho-deber, implica que no solo constituye una facultad del adulto responsable sino que es un derecho del NNA, pues estos son sujetos de derecho y como tal titulares del derecho a mantener una relación directa y regular con su referente. En este sentido reflexiona la Corte de Apelaciones de Coyhaique indicando que la relación directa y regular *“no es un privilegio del padre o madre o abuelos que no viven en compañía de su hijo o nieto, sino que es también un derecho de este último, porque el desarrollo de su autonomía progresiva e integral exige mantener un régimen de comunicación fluida y filial con ambos padres y también con sus abuelos”*.¹⁵

Pueden ser titulares de la relación directa y regular, no solo el padre no custodio, sino también los abuelos, y si bien los tribunales de familia han regulado este tipo de contacto casi de manera natural, la consagración legal de su titularidad se explicita con la Ley N°20.680.¹⁶ De este modo de manera expresa se reglamenta en el artículo 229-2 del Código Civil el derecho-deber de mantener una relación directa y regular en los siguientes términos: *“El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con los abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendiendo al interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229”*.¹⁷ De la norma, se desprende que el interés del hijo es el factor determinante para conceder este régimen de relación directa y regular, que por lo demás es autónomo e independiente del que corresponde al padre no custodio. Así las cosas, podemos concluir que: el régimen de relación directa y regular decretado en favor de los abuelos es independiente y diverso al establecido en favor del padre/madre no custodio y se concederá en la medida que resulte en beneficio y provecho del NNA. Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Suprema, que ha indicado que *“se dispone que la prerrogativa de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, corresponde a un régimen autónomo y diferente al anterior, en cuanto derecho que les corresponde a los hijos, y no una facultad de los abuelos, no obstante que su regulación judicial se sujeta a los criterios del inciso tercero de artículo 229 del Código Civil”*.¹⁸

¹³ DFL 1, de 2000.

¹⁴ GÓMEZ DE LA TORRE (2014), p. 45.

¹⁵ N.R.H con A.L.G (2015).

¹⁶ Ley N°20.680, de 2013.

¹⁷ DFL 1, de 2000.

¹⁸ H.G.C con J.I.A (2019).

La importancia y aporte de los abuelos en la crianza y bienestar de los NNA es innegable, pues es una manifestación del derecho de estos a la vida familiar, y al derecho a la identidad, el cual es un proceso de construcción activo,¹⁹ y que se da de manera progresiva, y evolutiva, por lo que las experiencias de la niñez son determinantes para forjar la identidad, pues este derecho comprende la historia personal desde el nacimiento, su raza, cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual.²⁰ En este orden de ideas la identidad se forja durante toda la vida por lo que resulta determinante la influencia que pueden tener los abuelos que participan en la crianza de sus nietos, pues el derecho a la identidad implica *“si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”*.²¹

En relación a lo expresado, debemos indicar que el reconocimiento del legislador de la titularidad de los abuelos a mantener una relación directa y regular con sus nietos, contribuye a garantizar no solo el mejor interés para los NNA que se materializa en este caso en concreto en tener un vínculo afectivo con sus parientes, destacando de esta forma, el papel central de la familia y de la vida familiar en la existencia de la persona y a fomentar el hecho de mantener el contacto periódico pese a la ruptura amorosa de los padres. Por lo anterior, creemos que lo que justifica el reconocimiento de los abuelos y abuelas como sujetos legitimados para solicitar la regulación de un régimen de relación directa y regular, no es el simple lazo de parentesco, sino la relación afectiva que se origina, así *“lo que se presume iuris tantum es el cariño y afecto en esta relación intergeneracional que contribuye al pleno desarrollo de los niños, pero también de los abuelos”*.²² De esta manera, podemos observar que la familia ha pasado de ser considerada por la legislación chilena *“como una institución fundada exclusivamente en la existencia del vínculo matrimonial, destinada a crear un marco único e indisoluble que permita la procreación y crianza de los hijos, a constituir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros”*.²³

B) Cuidados personales

El cuidado personal de los hijos –también conocido como tuición o guarda y custodia– se refiere a los cuidados y atenciones diarias y habituales del NNA, y habilita al ejerciente para tomar por sí solo las decisiones corrientes que se refieran a él.²⁴ Por regla general, la titularidad de los cuidados personales corresponde a los padres, dependiendo su ejercicio de su situación convivencial: si viven juntos, este cuidado personal se ejercerá de consuno, y si viven separados, les corresponderá a ambos o a uno de ellos a través de un acuerdo; a falta de acuerdo, se atribuye este cuidado personal de facto al padre o madre con quien estén conviviendo.²⁵ Sin perjuicio de lo anterior, cuando las circunstancias así lo re-

¹⁹ QUIROGA ET AL (2021), p. 3.

²⁰ LATHROP Y ESPEJO (2015), p. 406.

²¹ RAVETLLAT (2018), p. 421.

²² ESPADA (2015), p. 75.

²³ OBRADOR (2014), p. 283.

²⁴ DEL PICÓ (2016), p. 487.

²⁵ ACUÑA (2016), p. 1.

quieran y el interés superior del niño así lo aconseje, el juez decidirá a qué padre le corresponde ejercer este cuidado, todo ello de conformidad a lo indicado en los arts. 224 y siguientes del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, el art. 226 inciso primero del Código Civil admite la posibilidad de que el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, pueda confiar su cuidado a otra persona competente, velando desde luego por el interés superior del niño y basándose para ello en los criterios del art. 225-2 del Código de Bello. Estos terceros competentes –que pueden ser parientes o extraños–, asumen los cuidados personales de forma completamente excepcional, en aquellos casos en los que existe una inhabilidad física o moral de ambos padres, tal y como indica la norma *supra* señalada. Para tales efectos, es menester acreditar que existen circunstancias graves que configuren la inhabilidad física o moral, basándose para ello en lo dispuesto en el art. 42 de la Ley de Menores.

Así las cosas, la norma en comento regula las inhabilidades que deben concurrir en ambos padres para efectos de trasladar los cuidados personales a un tercero, prescribiendo que: “*Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material*”.²⁶ Estos hechos constituyen una presunción de inhabilidad física o moral, por lo tanto al fijar los hechos a ser probados en el juicio, el juez deberá considerarlo y exigir prueba sobre cualquiera de ellos.²⁷

Adicionalmente, es pertinente señalar que la atribución judicial de los cuidados personales a un tercero se realiza a partir de la ponderación de la prueba que acredite dicha inhabilidad, considerando que se trata de una decisión que separará a los niños de sus padres, cuestión que es especialmente delicada de conformidad a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuerpo normativo internacional que promueve la no separación de la familia, excepto cuando dicha separación sea necesaria a la luz del interés superior del niño (art. 9.1 de la CND). Por lo anterior, el tercero solicitante recibe la carga de acreditar su propia habilidad o competencia para asumir los cuidados personales, de lo que fluye que la sola inhabilidad de los padres no es suficiente para trasladar los cuidados personales del niño a un tercero, debiendo además acreditarse que este nuevo cuidador sí posee las competencias requeridas.²⁸

Desde luego que serán competentes para conocer los asuntos relativos a los cuidados personales de menores los tribunales de familia, de conformidad a lo dispuesto en el art. 8 N°1 de la Ley que crea los

²⁶ Ley N° 16.618, de 1967.

²⁷ RODRÍGUEZ (2017) p. 335.

²⁸ ACUÑA (2016), p. 2.

Tribunales de Familia (Ley 19.968), debiendo el juez tener en especial consideración, al momento de resolver, el interés superior del niño, sin perjuicio de tener en cuenta además su opinión, en función de su edad y madurez, todo ello según se indica en los artículos 242 inciso 2 del Código Civil, art. 85 de la Ley de Matrimonio Civil, y art. 16 de la Ley 19.968.

Para la elección de estas personas, hasta octubre del año 2015 el artículo 226 inciso segundo prescribía que se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes;²⁹ sin embargo y tras la modificación introducida por la Ley 20.830, se ha ampliado el espectro de posibilidades incorporando al cónyuge o conviviente civil del padre o madre, según corresponda, alterando la posición de privilegio que detentaban hasta entonces los abuelos, ello desde luego que contrastado con lo que ordene el interés superior del niño.³⁰

Así las cosas, en la actualidad se admite que los abuelos sean terceros aptos para detentar los cuidados personales de NNA, siempre y cuando ambos padres posean una inhabilidad física o moral que les impida su ejercicio, y en la medida que cuenten con las habilidades e idoneidad suficiente para cumplir su rol cuidador.

C) Las familias de acogida

Las familias de acogida constituyen un programa o modelo de cuidado alternativo de larga data en nuestra legislación. Sus orígenes se encuentran en los años '80, a través de la institución de las "Colocaciones Familiares", que buscaban otorgar protección temporal a aquellos menores de edad a través de su red familiar extensa, evitando su internación en centros residenciales mientras se resolvía alguna situación de vulnerabilidad que les afectasen. Esta modalidad es modificada el año 2015, adquiriendo el nombre de FAE PRO (cuyas siglas significan Familia de Acogida Especializada con Programa Adosado de Protección). Estos programas tienen una vocación esencialmente transitoria,³¹ toda vez que los NNA son integrados a otro grupo familiar mientras se trabaja en la reparación del daño provocado con ocasión de las vulneraciones que los han separado de sus padres, siempre a través de una decisión judicial. Cabe resaltar que el mantenimiento del cuidado y guarda del niño dentro de su propia familia ampliada es particularmente respetuoso del derecho a la familia y a la identidad del niño, y facilita el restablecimiento futuro del niño a la vida familiar con sus progenitores, fin al que están orientadas las medidas especiales de protección de carácter temporal.³²

El fundamento legal de esta institución guarda íntima relación con lo dispuesto en el art. 20 de Convención sobre los Derechos del Niño, obligando a los Estados Parte a garantizar protección y asisten-

²⁹ En este mismo sentido véase: TRONCOSO (2017), p. 308.

³⁰ DEL PICO (2016), p. 501.

³¹ En Chile, se considera a las familias cuidadoras o familias de acogidas, como una medida de protección transitoria de NNA privados de su entorno familiar, que les proporciona los cuidados necesarios mientras este lo requiera, ya sea para regresar al cuidado de su familia de origen, o bien, si ello no es posible, o atenta contra su interés superior, pueda ser adoptado. EN TRUFFELLO (2019), p. 3.

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019), p. 120.

cias especiales a los niños que temporalmente o permanentemente deban ser separados de su medio familiar.

Las familias de acogida pueden tener el carácter de extensas o bien de externas, según exista o no un lazo de consanguinidad entre el cuidador y el niño o niña, siendo las primeras las de más amplio porcentaje en nuestro país. A partir de un estudio realizado por el Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño, dentro del primer grupo se encuentra como principal cuidadora precisamente la abuela, con un 53,9%. Estas estadísticas no son casuales, pues según indica la Convención Internacional de Derechos del Niño, debe priorizarse siempre la entrega de éstos a sus parientes consanguíneos o personas que posean vínculos afectivos con ellos, ello desde luego con la intención de dar cumplimiento a su derecho al entorno familiar y comunitario. Así las cosas, y sólo en el evento que no exista la posibilidad de mantener al menor de edad dentro de su entorno familiar o comunitario, se decretará como medida de cuidado alternativo una familia de acogida externa, señalando en este sentido la Corte Suprema que “(...) no concurriendo circunstancias que lo justifiquen, ni habiéndose establecido la conveniencia en razón del interés superior de la niña de preferir a terceros por sobre sus propios parientes consanguíneos, debe entregarse su cuidado personal a éstos (...)”.³³ Del mismo modo que ocurre cuando se trasladan los cuidados personales a los abuelos, en la decisión de entregar a un menor de edad a una familia de acogida deben ponderarse siempre las capacidades parentales de quienes asumirán el rol de cuidador, a efectos de alcanzar relativa certeza en lo que respecta a la mayor satisfacción de sus derechos y necesidades, siempre a la luz del interés superior del niño, de acuerdo a lo prescrito en el art. 74 de la Ley de Tribunales de Familia, en concordancia con el art. 9 de la Convención.

Se debe resaltar que su naturaleza es de una institución de carácter cautelar, pues opera como una medida de protección de los NNA que han sido vulnerados en su derecho, en específico, su derecho de vivir en familia. Lo anterior se obtiene aplicando los artículos 71 letra C de la LTF y del artículo 30 N° 2 de la ley de menores, pues la ley que incorporo las familias de acogida no desarrolla en ninguna de sus normas “la forma en que se concreta, así como tampoco regula sus plazos ni tampoco sus efectos”.³⁴

D) Los abuelos y el derecho de alimentos respecto de sus nietos

Como es sabido, no existe una definición legal de derecho de alimentos. Sin perjuicio de lo anterior, es posible extraer algunas luces a partir de lo dispuesto en el art. 323 del Código Civil, que incorpora las ideas de “subsistencia modesta” y de “posición social” como elementos de este derecho. Por su parte y en el sentido gramatical de la palabra, la Real Academia Española define los alimentos en su sexta acepción, refiriéndose a ellos como una prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades. Estas necesidades, como apunta GÓMEZ, incluyen “la alimentación, la vestimenta y la habitación, como lo preciso para que la persona que los

³³ H.G. C. con J.I.A (2019).

³⁴ RODRÍGUEZ (2020) p. 287.

*solicita pueda desarrollarse espiritual y materialmente, lo que abarca la educación y la salud, también actividades recreativas y de esparcimiento, por lo tanto, la obligación de proporcionar alimentos no solo tiene por finalidad conservar o mantener la vida física de la persona del alimentario sino también propender a su desarrollo intelectual y moral”.*³⁵

En cuanto a su regulación, esta se encuentra radicada principalmente en el Código Civil, sin perjuicio de la legislación especializada de tipo familiar, como lo es la Ley 14.908,³⁶ y todos aquellos tratados internacionales que lo elevan a la categoría de derecho humano. Ahora bien, particularmente en lo que respecta a los abuelos, su titularidad como deudores se consagra en el art. 321 N°2 del Código Civil, al disponer que se deben alimentos a los descendientes, categoría dentro de la cual se encuentran desde luego que no sólo los padres, sino que también los abuelos y los bisabuelos.³⁷ Esta obligación legal también se encuentra contenida, como señalábamos, en el art. 3 de la Ley 14.908, que dispone que *“cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el art. 232 del Código Civil”*, norma que a su vez prescribe que *“la obligación de alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea conjuntamente. En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación indicada precedentemente pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee; y en subsidio de éstos a los abuelos de la otra línea”*.

Como se aprecia, los abuelos cumplen una función subsidiaria en cuando a la responsabilidad de pagar alimentos a sus nietos, siendo los padres los obligados principales, debiendo por tanto los abuelos responder únicamente en caso de insuficiencia de la obligación principal de aquellos. Ahora bien, considerando que tanto los abuelos como los padres tienen la calidad de ascendientes respecto del alimentario, todos se encuentran obligados por un mismo título y, por lo tanto, el juez deberá distribuir la obligación en proporción a las facultades económicas de cada uno.

Así las cosas, tal y como apunta GARRIDO, la naturaleza de la obligación alimenticia de los abuelos tiene el carácter de subsidiaria y simplemente conjunta, y por ende será no solidaria ni indivisible, ello en atención a que un abuelo demandado al pago de la pensión alimenticia de sus nietos sólo debe pagar la cuota que le corresponde en la obligación alimenticia, subsistiendo la posibilidad de solicitar la suspensión o el cese de la obligación acreditando que el padre o madre del NNA posee los bienes que permiten solventar el pago de la misma.³⁸ A mayor abundamiento, y como indica NÚÑEZ, tratándose de una obligación simplemente conjunta, *“es posible y no resulta incompatible con este carácter, que los abuelos resulten obligados en una proporción o cuota que, unida a la del deudor directo, resulte insuficiente para cubrir las necesidades del alimentario, hecho que no importa solidaridad”*.³⁹

³⁵ GÓMEZ (2017), p. 19.

³⁶ Ley 14.908, de 1962.

³⁷ GARRIDO (2014), p. 149.

³⁸ GARRIDO (2014), pp. 154-155.

³⁹ NÚÑEZ (2013), p. 58.

Finalmente, adherimos a las ideas planteadas por GÓMEZ,⁴⁰ quien reflexiona sobre los cambios que ha experimentado la sociedad chilena y puntualiza que el aumento acelerado de los hogares con una madre sola con hijos, sumado a su requerimiento del pago de una pensión de alimentos que permita una crianza y subsistencia digna, tiene como contrapartida una innegable realidad: muchos padres no asumen sus obligaciones, evadiendo el pago de las pensiones de alimentos, haciéndose necesario que frente a esta insuficiencia la obligación alimenticia se traspase a los abuelos, con el dilema ético que significa hacerles responder por la irresponsabilidad de los hijos mayores. No debe perderse de vista que la situación actual de los adultos mayores es compleja; tienen dificultades para subsistir, ha aumentado la expectativa de vida, las pensiones de vejez son bajas y ellos también tienen necesidades básicas de supervivencia que deben cumplir, entre ellas su propia alimentación y la adquisición de medicinas, las que deben compatibilizar -en ocasiones como la descrita- con una participación más activa en la crianza de sus nietos.

VI. CONCLUSIONES

La noción de familia ha variado considerablemente durante las últimas décadas. La idea de la familia nuclear constituida por el padre y la madre unidos por vínculo matrimonial ha sido reemplazada por arreglos familiares que han dado origen a las nuevas formas de familia. El cambio se produjo con ocasión de una serie de cambios sociales que guardan relación con el rol de la mujer en la comunidad, quien en los últimos años ha abandonado la función netamente parental y de crianza para dedicarse a perseguir fines profesionales y de índole laboral.

Lo anterior ha modificado la forma en la que se vincula la familia, dando origen a nuevas estructuraciones en las que la familia extensa e incluso terceros asumen un rol más protagónico en la crianza de NNA, para efectos de asistir a los padres y madres que hoy emplean en funciones laborales el tiempo anteriormente destinado a las labores de crianza.

Para lograr el equilibrio y armonía entre la vida profesional y familiar de los padres, surgen los abuelos como principal apoyo para tales labores, constituyéndose como un referente de protección e incluso, en ciertos casos, como familia ampliada. Esta situación no es nueva en la sociedad chilena, y si bien no ha gozado de amplio reconocimiento jurídico, existen ciertas instituciones que buscan dar regulación a su participación en la vida de sus nietos.

En lo que respecta al régimen de relación directa y regular, se admite la vinculación entre los NNA y sus abuelos como el reconocimiento a un derecho de los primeros, justificando su procedencia en el desarrollo de su autonomía progresiva e integral, la que sólo podría producirse a través de un régimen de comunicación fluida con sus ascendientes directos. Se trata, entonces, de un derecho autónomo e independiente del que posee el padre no custodio y se concederá en la medida que sea beneficioso para el NNA.

⁴⁰ GÓMEZ (2017), pp. 16-17.

En cuanto a los cuidados personales de NNA, nuestro legislador se encuentra llano a admitir que terceros distintos de los padres asuman su tuición, debiendo para ello cumplirse con dos requisitos fundamentales: el primero, que ambos padres se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer los cuidados personales de sus hijos; segundo, que el tercero en cuestión cuente con las competencias y habilidades necesarias para ejercer la función de cuidado, garantizando así el pleno ejercicio y protección de los derechos y necesidades de los menores de edad involucrados, según dispone el interés superior del niño. Estos terceros, desde luego, pueden ser los abuelos, no obstante, su posición de privilegio respecto de otros intervinientes cesó con la modificación del art. 226, incorporándose la figura del cónyuge o conviviente civil del padre o madre como posibles candidatos.

Respecto de las familias de acogida, se trata de programas con vocación transitoria que suponen el ingreso de NNA a otro grupo familiar, mientras paralelamente se trabaja en la reparación del daño que justificó la separación de éstos respecto de su grupo familiar. La familia de acogida tendrá el carácter de extensa si el cuidador tiene vínculos de consanguinidad con el NNA, y será externa si este vínculo no existe. Las abuelas son en un 53,9% de los casos, quienes cumplen este rol. Huelga señalar, desde luego, que tal y como hemos indicado en el punto anterior, la decisión de separar a un menor de edad de su familia de origen es una medida de excepcionalidad, y se adoptará por decisión judicial en la medida que con ello se alcance la mayor satisfacción de sus derechos y necesidades.

En lo que respecta a la obligación alimenticia, los abuelos son deudores respecto de sus nietos en lo que respecta al pago de la pensión alimenticia, obligación que tiene el carácter de legal, subsidiaria y simplemente conjunta respecto de los deudores principales, que son precisamente los padres –sus hijos–.

Finalmente, puede concluirse que la familia ha pasado de ser considerada por la legislación chilena como una institución fundada exclusivamente en el matrimonio, a constituir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Citada

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2016): *Rol de interés superior de los niños en la atribución de su cuidado personal a un tercero*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2016/09/26/Rol-del-interes-superior-de-los-ninos-en-la-atribucion-de-su-cuidado-personal-a-un-tercero.aspx> [Fecha de última visita: 31 de mayo de 2021].
- ARRIAGADA, Irma (2007) “Familias latinoamericanas: cambiantes, diversas y desiguales”, en *Papeles de Población* (vol.13, núm.53).
- CEBOTAREV, Nora (2003): “Familia, Socialización y nueva paternidad”, en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* (vol.1, núm.2).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013): “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, en: *Informe elaborado en por*

- convenio entre UNICEF y la CIDH, (núm.54/13).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019): *Estudio de Revisión y Análisis de Programas de Familia de Acogida*, Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/sites/unicef.org.chile/files/2019-12/UNICEF-WD-Estudio-Familias-de-Acogida.pdf> [Fecha de última visita: 31 de mayo de 2021].
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2016): *Derecho de Familia*, 2ª edición, (Santiago, Editorial Thomson Reuters La Ley).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2015): “¿Del Derecho de Familia a un Derecho de Familias?”, en: *Revista de Derecho de Familia* (vol. 2, núm. 6).
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2011): “Evolución y actualidad de la concepción de familia: una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno” en: *Ius et Praxis* (vol.2, núm. 17).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “Los principios que informan el Derecho de Familia Chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32, núm. 2).
- ESPADA MALLORQUÍN, Susana (2015): “El impedimento del ejercicio del derecho a una relación directa y regular entre abuelos y nietos como causal de desheredación e indignidad”, en *Revista de derecho (Valdivia)* (vol. 28, núm.2).
- ESPINOZA COLLAO, Álvaro (2017): “¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar”, en: *Tla-melaua* (vol. 10, núm.41).
- FUENTEALBA CARRASCO, PABLO et al (2020): “Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el poder judicial de Chile”, en: *Revista CES Derecho* (vol. 11, núm. 1).
- GARRIDO, Carlos (2014): *Derecho de alimentos*, 1ª edición. (Santiago, Editorial Metropolitana).
- GÓMEZ, Maricruz (2019): “Interpretación jurisprudencial de la obligación alimenticia de los abuelos”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (núm. 74).
- GONZÁLEZ, Noé (2009): “Revisión y renovación de la sociología de la familia”, en: *Espacio Abierto* (vol. 18, núm.3.).
- LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás. (2015): “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 22, núm.2).
- NÚÑEZ, Carlos. (2013): “La obligación de alimentos de los abuelos. Estudio Jurisprudencial y Dogmático”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 21).
- OBRADOR, María José y CORNEJO, Pablo (2014): “El derecho de Familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos” en: *Ius et Praxis*, (vol.20, núm. 1).
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011): “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán (coordinador), *Estudios de Derecho Civil*. Tomo V (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- QUINTANA VILLAR, María Soledad (2015): *Manual de Derecho de Familia*, 2º edición (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- QUIROGA, Flor et al. (2021): “Identidad personal en niños y adolescentes: estudio cualitativo”, en: *Revista Latinoamericana De Ciencias Sociales, Niñez Y Juventud*, (vol. 19, núm.2).
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2018): “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile” en: *Ius et Praxis*, (vol. 24, núm.1).

- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017): *Manual de Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ ALFARO, María Isabel (2020): “Algunos problemas en torno a la duración del acogimiento familiar”, en MORALES ORTIZ, María Elisa y MENDOZA ALONZO, Pamela (coordinadoras), *Estudios de Derecho Privado. II Jornada Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (Santiago, Ediciones DER).
- TRUFFELLO GARCÍA, Paola (2019): *Regulación de las familias de acogida en relación con la adopción. Ejemplos de la legislación extranjera*. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27681/2/BCN_Familias_acogida_comparado.pdf.VF.pdf [Fecha de última visita: 31 de mayo de 2021].
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (2017): *Derecho de Familia*, 16ª edición, (Santiago, Thomson Reuters).

Jurisprudencia citada

- N.R.H con A.L.G (2015): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 05 de septiembre de 2015, rol 24-2015.
- M.C.G con M.C.C (2019): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de noviembre de 2019, rol 423-2019.
- H.G.C con J.I.A (2019): Corte Suprema, de 21 de octubre de 2020, rol 41.153-2019.

Legislación citada

- Ley N° 16.618, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores, 08 de marzo de 1967.
- Decreto N°830, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño, 27 de septiembre de 1990.
- DFL N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 16 de mayo de 2000.
- Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.
- Ley N° 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social y la Familia, 16 de abril de 2019.

Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el convenio n°169 de la organización internacional del trabajo

A critical analysis of national legislation and case-law concerning indigenous consultation on environmental matters, in relation to the indigenous and tribal peoples convention c169 of the international labor organization

Nicolas Mahn Mendiburo

Valdivia, Chile,

Correo electrónico: nicomahn@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-5935-3789>.

Recibido el 28/05/2021

Aceptado el 15/10/2021

Publicado el 30/06/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-04>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis sistemático y crítico de la normativa nacional respecto a la consulta indígena aplicable en materia ambiental, en relación con las disposiciones establecidas en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo; además, se analizará la forma en que los Tribunales de Justicia han aplicado e interpretado la normativa aludida. Lo anterior, tiene por objeto dar cuenta que la normativa interna no se condice con el estándar aplicable en el Derecho Internacional, sumado a que la jurisprudencia nacional –postura mayoritaria– ha adoptado una interpretación restrictiva al aplicar las disposiciones del Convenio referido

PALABRAS CLAVE: Proceso de consulta indígena, sistema de evaluación de impacto ambiental, convenio N°169, susceptibilidad de afectación.

ABSTRACT: The aim of this study is to carry out a critical and systematic analysis of national legislation concerning indigenous consultation on environmental matters and the statutory provisions established by C169 of the International Labor Organization. In addition, the application and interpretation of the aforementioned legislation by the national courts will also be analyzed. The main purpose of this analysis is to expose the fact that domestic legislation is not consistent with the standard applied by International Law, added to the fact that national case-law –in its majority– has adopted a restrictive interpretation when applying the dispositions of the aforesaid convention.

KEY WORDS: indigenous consultation process, environmental impact assessment system, C169, affectation susceptibility.

I. MARCO JURÍDICO APLICABLE Y CONCEPTOS CLAVES RESPECTO AL DERECHO DE CONSULTA EN MATERIA AMBIENTAL

A modo de introducción y para un mejor entendimiento del presente trabajo, es pertinente mencionar algunos conceptos claves y aspectos fundamentales de las normas jurídicas internacionales y nacionales que regulan el derecho de consulta respecto a los Pueblos Indígenas, particularmente, en relación con los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En primer lugar, cabe recordar y tener presente que, el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo,¹ –vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009– establece la obligación de los gobiernos de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.² De manera complementaria, el Convenio aludido expresa que “Las Consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.³

¹ Promulgado en Chile mediante el Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2008.

² Convenio N°169 de la OIT, de 1989, artículo 6° letra a).

³ Convenio N°169 de la OIT, de 1989, artículo 6° letra a).

De acuerdo a lo sostenido por James Anaya, ex relator de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, la esencia de la consulta radica en la búsqueda de acuerdos tendientes a la obtención de un consentimiento previo, libre e informado por parte de los indígenas y sus comunidades, lo cual implica “para los estados la necesidad de desplegar esfuerzos para la instauración de un clima de confianza en relación con los pueblos indígenas, por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas que no terminan de superarse aún”.⁴ Sin embargo, dichos Pueblos no tienen derecho a veto en caso que el Proceso de Consulta Indígena no logre resultados satisfactorios para sus intereses y/o prioridades, lo que incluso ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional de nuestro país.⁵ En otras palabras, conforme a lo establecido tanto en el propio Convenio N°169 como en la normativa reglamentaria de nuestro país, la consulta indígena no constituye un trámite de carácter vinculante, es decir, a pesar de su fracaso y/o desaprobación por parte de las comunidades indígenas, la decisión de la autoridad administrativa podrá llevarse a cabo, sin perjuicio de las instancias administrativas y jurisdiccionales para impugnar dicha decisión.

En relación con lo anterior, se ha señalado por la jurisprudencia ambiental de nuestro país, que el Proceso de Consulta Indígena “constituye la expresión de la obligación que tiene el Estado de garantizar la participación de los pueblos indígenas, derivada directamente del instrumento internacional antes referido. Sobre ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina se encuentran contestes acerca de que el Proceso de Consulta Indígena es un mecanismo participativo con estándares específicos que responden a la necesidad de respetar la cultura indígena y de asegurar su intervención en igualdad de condiciones con las demás partes”.⁶

Desde otra arista, la doctrina ha señalado que “...lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía ...si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, porque de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad”.⁷

De acuerdo a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena”,⁸ llegando a indicar el criterio, algo extensivo, que las decisiones que se relacionen con los territorios ancestrales, exigen

⁴ ANAYA (2009), p. 27.

⁵ Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989 (2008).

⁶ Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu con Comité de Ministros (2018).

⁷ MEZA-LOPEHANDÍA et al (2013), p. 397 y 398.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009).

que se realice la consulta previa incluso antes de otorgar concesiones para explorar o explotar recursos naturales ubicados dentro de dichos territorios.⁹

En términos generales, la propia judicatura ambiental ha señalado que “Finalmente, es la diversidad cultural o, para otros, el multiculturalismo, el objeto de protección final del Convenio 169 y de toda la normativa interna desplegada que exige una protección no restrictiva de nuestro derecho”.¹⁰ Reiterando y complementando lo anterior, se ha señalado que “...La explicación de esta fórmula la hallamos en lo que entendemos como el bien jurídico protegido por la consulta previa: la diversidad cultural. Así, la cultura de un pueblo indígena determinado podrá verse afectada de una manera particular que los demás individuos no alcanzan a captar justamente por pertenecer a otra cultura...En efecto, el objetivo del Convenio 169 es igualar a los pueblos indígenas que se encuentran en posición muchas veces desmejorada y, desde luego, con una concepción cultural distinta. Otra cosa es que aun cuando el pueblo interesado pueda entender suficientemente acreditado el impacto específico considerando sus propios referentes cognitivos, lo entiendan así las autoridades administrativas o judiciales que conozcan del asunto, cosa que hasta ahora parecen no haber hecho”.¹¹

Sin embargo, existen otros autores que tienen una postura más crítica y reacia en relación a las disposiciones y objetivos del Convenio N°169; en este orden, se ha señalado que “...el derecho a consulta (Arts. 6 N°1, 6 N°2 y 15 N° 2 del Convenio N° 169), por ejemplo, tiene como premisa que el Estado va a afectar la libre determinación indígena y necesita al menos preguntarles a los pueblos indígenas su opinión; el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios económicos obtenidos por las industrias extractivas (Art. 15N°2 del Convenio N°169) responde al hecho que las empresas están explotando (o van a explotar) tierras”.¹² Para el mismo autor, estos derechos están articulados en términos de la política económica de la extracción, y no cuestionan las dos exclusiones que sufrieron estos pueblos, a saber, la negación de sus territorios y forma de tenencia comunitaria de la tierra y de su carácter de “naciones”.¹³

Sin perjuicio de lo establecido en el Convenio N° 169 aludido, el Estado de Chile ha dictado dos normas reglamentarias tendientes a implementar y complementar las disposiciones establecidas en dicho Convenio respecto al derecho de consulta en materia ambiental dirigida a los Pueblos Indígenas. Específicamente, dicha normativa se manifiesta en el Decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, vigente desde el año 2013, el que aprobó el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y, el Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, vigente desde el año 2014, el que aprobó el Reglamento relativo al Proceso de Consulta Indígena a la luz de las disposiciones establecidas en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009).

¹⁰ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021).

¹¹ LÓPEZ y MOHR (2014), p. 125.

¹² MERINO (2018), p. 140.

¹³ MERINO (2020), p. 58-76.

Ahora bien, y como se desarrollará a lo largo de este trabajo, los Decretos citados más que facilitar la implementación del Proceso de Consulta Indígena en materia ambiental, se han constituido como un fuerte obstáculo o barrera normativa a la aplicación del Derecho de Consulta, lo que ha sido ratificado –en general– por la interpretación restrictiva de los Tribunales Ambientales respecto al Derecho de Consulta en materia ambiental, sin perjuicio de existir recientes e interesantes sentencias judiciales que han realizado una interpretación más genuina de la normativa interna y las disposiciones del Convenio N°169 respecto al Derecho de Consulta en materia ambiental, cuestión que se analizará y detallará en los próximos capítulos de este trabajo.

En cuanto a las disposiciones relevantes –para este trabajo– del D.S N°40, es pertinente mencionar que dicho Decreto se refiere a que “...en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicadas en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, ...diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental...”¹⁴

Ahora bien, los impactos y/o efectos que gatillan la obligación del Estado de efectuar un Proceso de Consulta Indígena, dicen relación con la generación de reasentamiento de comunidades humanas, alteración significativa de formas de vida y costumbres;¹⁵ localización en o próxima a poblaciones protegidas susceptibles de ser afectadas, ubicadas en el área de influencia del proyecto o actividad;¹⁶ y, respecto a la alteración del patrimonio cultural, fundamentalmente respecto a la afectación de sitios donde se efectúan manifestaciones culturales propias de las comunidades indígenas.¹⁷

Cabe mencionar que, y sin perjuicio de lo que se expondrá en los siguientes capítulos de este trabajo, los impactos referidos anteriormente guardan directa y estricta relación con aquellos efectos, características o circunstancias establecidos expresamente en la normativa ambiental de nuestro país,¹⁸ los que en caso de presentarse obligan al titular de un proyecto de inversión a ingresar este al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental, hipótesis sumamente excepcional en los tipos de proyectos que se evalúan ambientalmente bajo dicho Sistema.

En relación con lo anterior, y conforme a información proporcionada en la página web del Servicio de Evaluación Ambiental,¹⁹ desde que entró en vigencia –septiembre de 2009– en nuestro país el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, hasta mayo del presente año, se han

¹⁴ Decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 2012, artículo 85.

¹⁵ Decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 2012, artículo 7°.

¹⁶ Decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 2012, artículo 8°.

¹⁷ Decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 2012, artículo 10°.

¹⁸ Ley N°19.300, de 1994, artículo 11° letras c), d) y f).

¹⁹ Disponible electrónicamente en: <https://seia.sea.gob.cl/busqueda/buscarProyectoAction.php>.

presentado en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental un total de 13.277 proyectos de inversión. En particular, 585 (4,5%) proyectos ingresaron mediante un Estudio de Impacto Ambiental, y 12.692 (95,5%) proyectos ingresaron mediante una Declaración de Impacto Ambiental. Lo anterior no son solo datos estadísticos, ya que conforme a lo que detallará a lo largo de este trabajo, el Proceso de Consulta Indígena solo se aplica respecto a los proyectos de inversión que ingresan a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental, tipo de proyecto que precisamente constituye una excepción en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por otra parte, cabe destacar que en nuestro país solo 58 proyectos se han sometido a un Proceso de Consulta Indígena; 47 de los cuales están finalizados, y 11 se encuentran en desarrollo o tramitación –hasta mayo de 2021–; en este orden de ideas, 35 de los proyectos que se han sometido a la consulta indígena han sido aprobados por la autoridad ambiental, 5 se han rechazado, y 7 han sido desistido por sus titulares.²⁰

En cuanto al D.S N°66, este establece que “...Son medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.²¹

Por otra parte, este último Decreto, contempla que los proyectos de inversión que deban someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental conforme a la normativa interna, y en los que se requiera efectuar un Proceso de Consulta Indígena de acuerdo a las disposiciones ya citadas, “...se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta”.²² Así las cosas, en la hipótesis recientemente aludida, el Proceso de Consulta Indígena es liderado y ejecutado por Servicio de Evaluación Ambiental, organismo que “...podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena...”.²³

Desde un punto de vista procedimental, el Decreto aludido²⁴ contempla específicamente las etapas o fases que debe incluir el Proceso de Consulta Indígena; dichas etapas son las siguientes: a) Planificación del Proceso de Consulta; b) Entrega de información y difusión del proceso de consulta; c) Delibe-

²⁰ Información disponible electrónicamente en: https://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php.

²¹ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 7°, inciso 3°.

²² D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 8.

²³ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 8.

²⁴ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 16.

ración interna de los pueblos indígenas; d) Diálogo; y, e) Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.²⁵

En cuanto a los plazos, el mismo Decreto establece que en los casos de proyectos de inversión que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, cada una de las etapas del Proceso de Consulta Indígena efectuado en dicho contexto, no podrá tener una duración superior a 20 días hábiles,²⁶ sin perjuicio de existir la posibilidad excepcional del órgano responsable de la medida susceptible de afectar directamente a los Pueblos Indígenas, para “...en la etapa de planificación, modificar los plazos señalados por motivos justificados, considerando la necesidad de establecer procedimientos flexibles que se adecuen a las circunstancias propias de cada consulta en particular”.²⁷

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA INTERNA EN RELACIÓN AL CONVENIO N°169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Conforme se ha expuesto hasta ahora, el Convenio N°169 establece la obligación para los Gobiernos de consultar a los pueblos interesados, “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”,²⁸ debiendo efectuarse dicho proceso de buena fe y “...con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.²⁹

Ahora bien, como se puede apreciar y en lo que aquí interesa, la normativa internacional hace aplicable el Proceso de Consulta Indígena frente a medidas administrativas “susceptibles de afectarles directamente” a los Pueblos Indígenas; sin embargo, el Convenio N°169 no ha definido ni conceptualizado el término relativo a la susceptibilidad de afectación directa.

En relación con lo anterior, y para poder aplicar e interpretar el término o concepto referido, estimo que resulta sumamente útil el criterio de flexibilidad contemplado en el propio Convenio N°169,³⁰ al establecer que: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Así las cosas, cada Estado deberá fijar su estándar según sus propias condiciones e intereses, pero siempre respetando los principios básicos que rigen el Proceso de Consulta Indígena, fundamentalmente, la buena fe y el carácter previo de dicho proceso.

En relación con lo anterior, se ha señalado que “sería irrealista decir que el deber de los Estados de

²⁵ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 16.

²⁶ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 17, letra b).

²⁷ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 17, letra b).

²⁸ Artículo 6° letra a) del Convenio N°169 de la OIT, de 1989.

²⁹ Artículo 6° letra a) del Convenio N°169 de la OIT, de 1989.

³⁰ Artículo 34.

celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población”³¹; complementando lo anterior, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas considera que la consulta previa es obligatoria “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”³² agregando que “una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como en el caso de ciertas leyes”³³ El mismo autor proporciona el ejemplo de una modificación legal que establece el uso de la tierra, la que puede afectar a la población en general, pero en mayor medida afectará a las comunidades o pueblos indígenas, en consideración a su forma tradicional de uso o tenencia de la tierra y a los modelos culturales adoptados por dichas comunidades. A mayor abundamiento, el autor expresa que “los Estados deben elaborar mecanismos para determinar y analizar si las medidas legislativas o administrativas propuestas, incluidas las relativas a la extracción de recursos o a otras actividades de desarrollo, afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas y en qué medida lo hacen, a fin de determinar la necesidad de iniciar procesos especiales de consulta mucho antes de que se adopten las medidas en cuestión”.³⁴ En la doctrina nacional, se ha señalado que la consulta indígena previa no debe aplicarse cuando “la posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado”.³⁵

Así las cosas, de acuerdo con las disposiciones expresas del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, y las conclusiones arribadas por los autores recientemente aludidos, para que resulte aplicable el Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas, no es necesaria ni la certeza de la afectación, ni que esta tenga una magnitud o dimensión específica. Inclusive, en el caso establecido en el propio Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo,³⁶ relativo a la autorización de programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras indígenas, no se contempla obligatoriamente la existencia de evidencia de un posible impacto, para efectos de determinar la aplicación del Proceso de Consulta Indígena.

Inclusive, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que “...la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarlos”.³⁷ En ese este orden, la Corte Constitucional aparentemente no

³¹ ANAYA (2011), p. 3.

³² ANAYA (2011), p. 3.

³³ ANAYA (2011), p. 4.

³⁴ ANAYA (2009), p. 23.

³⁵ CONTESSE (2012), p. 194.

³⁶ Artículo 15 N°2.

³⁷ Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited (2011).

exige expresamente la acreditación efectiva de la afectación directa para efectuar la consulta indígena previa, pero sí exige que el proyecto se ejecute en territorios de usos ancestrales o en donde desarrollan sus prácticas tradicionales.³⁸

Ahora bien, a pesar de lo expuesto recientemente y a que las disposiciones pertinentes del Convenio N°169 son de carácter autoejecutable, conforme a lo declarado por el propio Tribunal Constitucional³⁹ de nuestro país; el Estado de Chile ha dictado dos normas reglamentarias destinadas a complementar e implementar las disposiciones de dicho Convenio respecto a la consulta indígena previa en materia ambiental. Particularmente, me refiero al D.S N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, vigente desde el año 2013, y, al D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, vigente desde el año 2014, ya referidos previamente.

A modo preliminar, y como se expondrá en las siguientes páginas de este trabajo, los reglamentos citados en realidad no constituyen un complemento o mecanismo adecuado para facilitar la implementación de las disposiciones del Convenio N°169 en materia de consulta indígena previa, sino más bien se constituyen como barreras u obstáculos normativos para dar plena y genuina aplicación al Derecho Internacional vigente. En este orden de ideas, *“...se cuenta con un régimen jurídico configurado por etapas sucesivas, con distintas fuentes normativas, y que ha quedado constituido, predominantemente, por normas de rango reglamentario, lo que por cierto obedece a una decisión de política pública”*.⁴⁰

En cuanto al fondo de las materias reguladas en dichos Decretos, se evidencian serias falencias e inconsistencias en relación con las disposiciones del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, por las siguientes razones:

l) El Convenio N°169 impone la obligación a los gobiernos de efectuar el Proceso de Consulta Indígena cuando exista una susceptibilidad de afectación directa respecto a los Pueblos Indígenas, sin embargo, la normativa reglamentaria citada establece un requisito o estándar más exigente que dicho Convenio Internacional, al vincular la obligatoriedad del Proceso de Consulta Indígena frente a la existencia de impactos significativos del artículo 11 –letras c), d) y f)– de la Ley N°19.300-⁴¹ los que imponen la obligación al titular de un proyecto de ingresar este al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental. En otras palabras, la normativa reglamentaria de nuestro país exige cierta magnitud o dimensión de la afectación, vinculada a un impacto direc-

³⁸ Marcos Arrepipe en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited (2011).

³⁹ Requerimiento presentado por un Grupo de Diputados respecto de la inconstitucionalidad del Convenio N°169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000).

⁴⁰ LEPPE (2015), p. 381.

⁴¹ El artículo 11 de la Ley N°19.300 señala que: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:...c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”.

to, significativo y específico respecto a los Pueblos Indígenas, a pesar de que el Convenio N°169 no requiere para que se aplique el Proceso de Consulta Indígena la certeza de la afectación, ni que esta tenga una magnitud o dimensión específica.

Lo anterior no es baladí ni inocuo, ya que se está limitando la aplicación y alcance del Proceso de Consulta Indígena en materia ambiental; en particular y en términos concretos, los Reglamentos referidos implican que, se excluya de la obligatoriedad del Proceso de Consulta Indígena al caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, las que abarcan más del 90% de los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de acuerdo a la información estadística ya aludida. Esta situación no es irrelevante, más bien resulta ser contradictoria respecto al derecho que otorga la normativa ambiental⁴² para solicitar la apertura de un proceso de participación ciudadana en el caso que una Declaración de Impacto Ambiental presente cargas ambientales,⁴³ es decir, que existan externalidades ambientales negativas en las comunidades próximas durante la fase de construcción u operación del proyecto. En resumen, perfectamente puede ocurrir que un proyecto de inversión que se evalué ambientalmente mediante una Declaración de Impacto Ambiental, pueda ocasionar un impacto concreto y directo respecto de una comunidad indígena, pero que no podrá ser objeto de un Proceso de Consulta Indígena por las razones ya referidas. En relación con lo anterior, se ha señalado que acotar “...la procedencia de procesos de consulta solo a ciertos proyectos sometidos a evaluación vía estudio de impacto ambiental, lo que debiera obedecer también a una razón de política pública si se considera que la gran mayoría de los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación Ambiental ingresa vía declaración de impacto ambiental”.⁴⁴

En cuanto al contenido de las disposiciones reglamentarias –aludidas-, y la remisión respecto del artículo 11 de la Ley N°19.300, se ha señalado que “...intercala reglas especiales aplicables en relación con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas y además de ello, reconduce a artículos próximos, todo lo cual termina dificultando la aprehensión que pueden hacer los titulares de su derecho a procesos consultivos, y en segundo término, dificulta el manejo y aplicación de las normas por parte de operadores e intérpretes”.⁴⁵

II) El D.S N° 66 otorga al Servicio de Evaluación Ambiental la facultad o atribución para liderar y ejecutar el Proceso de Consulta Indígena respecto a los proyectos de inversión que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –en caso de proceder-, existiendo la oportunidad legal para solicitar asistencia técnica a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.⁴⁶ En este orden, debemos recordar que la función del Servicio de Evaluación Ambiental radica fundamentalmente en evaluar

⁴² El artículo 30 bis de la Ley N°19.300 señala que: “Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas”.

⁴³ El inciso 6° del artículo 94 del D.S N°40 señala que: “Se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos o actividades que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación”.

⁴⁴ LEPPE (2015), p. 382.

⁴⁵ LEPPE (2015), p. 382.

⁴⁶ Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 8°, inciso 3°.

técnicamente ciertos proyectos de inversión, por lo que ejecutar y liderar un Proceso de Consulta Indígena resulta sumamente complejo para este Servicio. Por otra parte, si bien el Servicio de Evaluación Ambiental deberá respetar los principios y reglas básicas establecidas en el Decreto referido,⁴⁷ dichas exigencias son insuficientes para garantizar el adecuado desarrollo de un Proceso de Consulta Indígena. En relación con lo anterior, y solo a título meramente ejemplar, cabe señalar que las exigencias básicas del D.S N°66⁴⁸ imponen que cada fase o etapa del Proceso de Consulta Indígena deba durar máximo 20 días hábiles –salvo casos muy excepcionales–, lo que representa una contradicción con las formas de organización y decisión de los comunidades o pueblos indígenas, para quienes los tiempos y plazos no son los mismos que para el mundo occidental moderno.

III) El D.S N° 66⁴⁹ si bien establece exigencias básicas procedimentales, no regula expresamente la fase o período de desarrollo del Proceso de Consulta Indígena en relación a la evaluación ambiental del proyecto, lo que determina que en la práctica la consulta indígena se desarrolla en paralelo a la evaluación ambiental, con tiempos muy acotados considerando el plazo máximo de 20 días hábiles⁵⁰ –regla general– para cada fase o etapa; por lo tanto, considerando lo anterior, en la práctica existe una mínima posibilidad que el titular del proyecto de inversión realmente considere las opiniones y preocupaciones de los Pueblos Indígenas, quedando prácticamente descartado que el titular del proyecto pueda efectuar cambios sustantivos a los obras, partes y acciones que implica la ejecución de aquel.

IV) Conforme a las disposiciones ya analizadas del D.S N°40 y D.S N°66, para que resulte aplicable el Proceso de Consulta Indígena, además de tratarse de un Estudio de Impacto Ambiental –excepción en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental–, el impacto debe ser de carácter significativo y específico, sumado a que debe afectar a los pueblos indígenas en su condición de tales, respecto a sus prácticas religiosas, ancestrales, culturales,⁵¹ etc.

A mayor abundamiento, y conforme a lo ya expuesto, es posible sostener que en Chile para aplicar el Proceso de Consulta Indígena en materia ambiental –Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental–, se requiere que la afectación a las comunidades o pueblos indígenas se vincule con la ejecución de un Estudio de Impacto Ambiental; además, se requiere certeza y magnitud en la afectación –impactos significativos y específicos–; lo anterior, en abierta contradicción con el tenor literal y espíritu de las disposiciones fundamentales del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

V) Complementado lo dicho hasta ahora, conforme a lo establecido en el D.S N°40,⁵² en el caso que un Proyecto ingrese a evaluación ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental –única hipótesis que determina la aplicación de la consulta indígena–, y se haya declarado por el titular de

⁴⁷ Artículos 9, 10, 11, 16 y 17 del D.S N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013.

⁴⁸ Artículo 17 letra b).

⁴⁹ Artículo 10 y 16.

⁵⁰ Artículo 17 letra b), Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013.

⁵¹ Artículo 7°, inciso 3°, D.S N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013.

⁵² Artículo 85.

aquel que no afectará directamente ni presentará impactos específicos y significativos sobre las comunidades indígenas, el Servicio de Evaluación Ambiental tiene la obligación de realizar “...reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad,...con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas...”.⁵³ El objeto de estas reuniones es determinar la posible aplicación del término anticipado del procedimiento de evaluación de impacto ambiental por falta de información relevante y esencial,⁵⁴ sin embargo, estas reuniones deberían tener un rol e importancia exponencialmente más elevada al que poseen en la actualidad en el contexto de la evaluación ambiental de un proyecto.

VI) Para garantizar el debido acatamiento y respeto de las disposiciones del Convenio N°169 respecto al derecho de consulta a los pueblos originarios y otras materias relevantes, es necesario –al menos– que se modifique sustancialmente el contenido de las disposiciones reglamentarias ya aludidas, con la finalidad que guarden armonía y conexión significativa con la disposiciones generales del propio Convenio N°169 respecto a la consulta indígena, y de esta forma, dicho proceso sea aplicado en nuestro país conforme al genuino sentido y finalidad de dicho tratado internacional.

Sin perjuicio de lo señalado hasta ahora, existen ciertos autores nacionales que han adoptado una postura que difiere de la argumentada y defendida en este artículo; en este orden, dicha postura –contraria– reafirma el contenido restringido de las disposiciones ya aludidas del D.S N°40 y D.S N°66, y no formula objeciones o críticas respecto a dichas disposiciones en relación con el tenor literal y espíritu del Convenio N°169 respecto al proceso de consulta indígena.

En concreto, a título meramente ejemplar, el autor nacional Sr. Francisco Zuñiga ha señalado que: “Por lo tanto, a efectos de configurar la obligatoriedad de la consulta indígena en comento, se debe acreditar que copulativamente existe una afectación directa de uno o más grupos humanos en que sus integrantes pertenezcan a pueblos indígenas (...) y que, por otra parte, nos encontremos en alguna de las hipótesis de los artículos 7, 8 o 10 del reglamento, que se refieren en detalle a algunas de las circunstancias descritas en el artículo 11 de la LBMA, y que hacen obligatorio el ingreso al SEIA mediante un estudio de impacto ambiental”.⁵⁵ Complementando lo anterior, el mismo autor señaló que: “...la consulta indígena resulta procedente sólo en los casos de ciertas hipótesis de aquellas que obligan a ingresar un proyecto al SEIA mediante un estudio de impacto ambiental, descartando todos aquellos casos en que el ingreso se puede realizar mediante DIA, aun cuando existiera una eventual afectación directa de uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas...”.⁵⁶

Por su parte, el profesor y actual Contralor General de la República Sr. Jorge Bermúdez, destaca la

⁵³ D.S N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, de 2012, artículo 86, inciso 2°.

⁵⁴ El inciso 1° del artículo 36 del D.S N°40 establece que: “Recibidos los informes señalados en el artículo precedente, o cumplido el plazo para ello, si el Estudio carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiere ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, el Director Regional o el Director Ejecutivo, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento”.

⁵⁵ ZUÑIGA (2015), p.15.

⁵⁶ ZUÑIGA (2015), p.15.

excepcionalidad del proceso de consulta indígena, al afirmar que: “los supuestos de procedencia de los mecanismos de participación indígena demuestran que estos son, en ambos casos, de carácter excepcional. No todos los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental deben comprender alguno de ellos, sino sólo aquellos comprendidos dentro de los supuestos del art. 85 –para el caso de la consulta indígena– y art. 86 –para la reunión con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”.⁵⁷ Profundizando el análisis referido, el mismo autor señaló que: “...para que proceda la consulta indígena en el procedimiento de evaluación, el proyecto debe presentar dos condiciones copulativas. La primera de ellas es que implique alguno de los efectos, características o circunstancias de los artículos 7, 8 o 10 del RSEIA; y la segunda, que lo anterior afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”,⁵⁸ sumado a que “...el artículo 85 del RSEIA se refiere claramente a las situaciones de proyectos que sean sometidos al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental”.⁵⁹ Desde otra arista, señaló que: “...exigir la consulta indígena cada vez que vez exista una población protegida, aunque se encuentre fuera del área de influencia implicaría, en la práctica, que todo proyecto o actividad que se lleve a cabo en el país debería someterse a dicho trámite”.⁶⁰

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO AL DERECHO DE CONSULTA EN MATERIA AMBIENTAL

A continuación, se expondrán y analizarán ciertas sentencias judiciales relevantes, emitidas por los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema nuestro país. En dichas sentencias existe un pronunciamiento especial y dotado de cierta densidad en cuanto al análisis respecto a la procedencia o improcedencia del Proceso de Consulta Indígena en materia ambiental.

De manera preliminar, y sin perjuicio de existir recientes e interesantes sentencias judiciales que interpretan de forma más genuina y autentica la normativa interna y las disposiciones del Convenio N°169, en general la jurisprudencia nacional ha adoptado un criterio e interpretación restrictiva a la hora de determinar la procedencia del Proceso de Consulta Indígena, apegándose en general al criterio restrictivo materializado en el D.S N°40 y D.S N°66.

Como primer aspecto interesante de mencionar, cabe destacar el razonamiento de los Tribunales Ambientales consistente en la ratificación o validación del criterio del Servicio de Evaluación Ambiental relativo a restringir la determinación de la afectación directa de los Pueblos Indígenas solo respecto al área de influencia del proyecto.⁶¹ Adicionalmente, los Tribunales Ambientales han descartado

⁵⁷ BERMÚDEZ (2015), p.14.

⁵⁸ BERMÚDEZ (2015), p.14..

⁵⁹ BERMÚDEZ (2015), p.11.

⁶⁰ BERMÚDEZ (2015), p.17.

⁶¹ Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2015), c. 41º: “...cabe determinar si la autoridad, al limitar la susceptibilidad de afectación directa exclusivamente a la comunidad de Cultane, descartando a las demás comunidades indígenas y organizaciones indígenas de la Cuenca/Quebrada de Tarapacá –validando, de esta forma, el proceso de consulta indígena, consideró debidamente las observaciones ciudadanas de la reclamante”; c.41º:“...la RCA 37/2014 –en los acápite relativos a la evaluación técnica de las observaciones

la afectación directa fundamentalmente considerando la inexistencia de tierras o títulos inscritos en favor de los Pueblos Indígenas dentro del área de influencia del Proyecto.⁶²

De lo expresado hasta ahora, es pertinente realizar dos comentarios o críticas: A) El área de influencia se determina por el titular del proyecto, por lo que la intervención de los Pueblos Indígenas es prácticamente nula en este aspecto, ya que en la práctica las reuniones que se efectúan con los grupos humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas no tienen la virtud de modificar dicha área, ya que para el titular aquello podría retrasar excesivamente la evaluación ambiental al tener que evaluar nuevos impactos y eventualmente verse en la obligación de abrir un nuevo proceso de participación ciudadana.

Considerando lo anterior, reitero las observaciones/críticas señaladas en el capítulo II de este trabajo, en cuanto a que legislación ambiental debería contemplar que previo al ingreso del Estudio de Impacto Ambiental, se efectúen las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas, actualmente establecidas en el art. D.S N°40.⁶³ B) Los Tribunales Ambientales no consideraron el concepto amplio de “territorio” establecido en el Convenio N°169,⁶⁴ en cuanto a que dicho concepto abarca todas las tierras que los Pueblos Indígenas ocupan o utilizan de alguna manera, no necesariamente vinculado al derecho de propiedad sobre dichas tierras; lo anterior, sin perjuicio de lo que se expondrá al final del capítulo.

Respecto a las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental,⁶⁵ dicho Tribunal ha validado la restricción o limitación materializada a través del D.S N°40 y D.S N°66, al concluir que si el proyecto ingresó mediante una Declaración de Impacto Ambiental, y se descartaron los impactos significativos del ar-

ciudadanas- se refirió al área al Área de Influencia Directa del mismo, de acuerdo a criterios específicos, y señaló que la única comunidad afectada era la de Cultane y que a ella debía restringirse el proceso de consulta”; Comunidad Indígena Eugenio Araya Huilñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región (2020), c. 52°: “...es factible asumir que si la Comunidad Reclamante habita o realiza actividades (cualquiera sea la naturaleza de estas) en algunas de las áreas de influencia del proyecto, es porque tendrá una potencial afectación derivada de la generación de impactos” ; Comunidad Indígena Eugenio Araya Huilñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región (2020), c.36°: “...si la comunidad Reclamante no habita ni realiza actividades en alguna de las áreas de influencia, tal posibilidad de afectación desaparece”.

⁶² Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2015), c. 46°: “...en consideración las obras y actividades del proyecto y dado el territorio de emplazamiento, los efectos que este genera y los registros oficiales de tierras indígenas, se concluye que el Proyecto tiene una escala acotada, delimitada y debidamente justificada...” ; Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros (2018), c. 44°: “...existe suficiente información en el expediente del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que justifica la afirmación de la autoridad, sin que la Comunidad Indígena haya acompañado antecedentes que permitan acreditar alguna ocupación indígena en el sector”.

⁶³ Artículo 86.

⁶⁴ El artículo 13 del Convenio N°169 señala que: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorio, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

⁶⁵ Comunidad Indígena Eugenio Araya Huilñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región (2020), c. 74°: “El artículo 85 del RSEIA dispone que (...). De acuerdo a esta disposición, para que deba realizarse un PCI es necesario que el proyecto genere los impactos, características o circunstancias de los arts. 7 (reasantamiento de comunidades), 8 (localización próxima a poblaciones protegidas), o 10 (alteración patrimonial cultural) del RSEIA”; en idénticos términos: Comunidad Indígena Eugenio Araya Huilñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región (2020), c.54°.

título 11 de la Ley N°19.300, dicho proyecto no podrá ser objeto de un Proceso de Consulta Indígena. Lo anterior, constituye una interpretación restringida y contradictoria con la normativa ambiental, considerando la posibilidad de que en una Declaración de Impacto Ambiental se puede solicitar la apertura de un proceso de participación ciudadana ante la existencia de cargas ambientales negativas, lo que se podrá traducir en que una Declaración de Impacto Ambiental puede perfectamente ocasionar un impacto directo y específico respecto a uno o más grupos o poblaciones indígenas, sin embargo, actualmente este tipo de casos queda fuera de la hipótesis normativa para efectuar un Proceso de Consulta Indígena.

En relación a la obligación de descartar los efectos del artículo 11 de la Ley N°19.300, el Tercer Tribunal Ambiental ha determinado⁶⁶ que, es el titular del proyecto quién debe proporcionar información y antecedentes suficientes para descartar los impactos significativos de dicha disposición legal, debiendo ser analizado y ponderado dichos impactos por los Órganos del Estado que emiten sus pronunciamientos técnicos durante la evaluación ambiental; ahora bien, y considerando lo razonado por dicho Tribunal, si la autoridad ambiental ratifica el descarte de los impactos significativos conforme a lo establecido en el Estudio de Impacto Ambiental, será carga de las personas o comunidades indígenas reclamantes justificar la postura o tesis contraria.

El anterior criterio puede ser criticado, por las siguientes razones: A) El Estudio de Impacto Ambiental que ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se elabora sin la participación e injerencia de los grupos o poblaciones indígenas potencialmente afectados por la ejecución de aquel, por lo que el análisis de la información relativa a los impactos significativos respecto a Pueblos Indígenas –que realizan los servicios públicos- versa casi exclusivamente respecto a la información y antecedentes determinados unilateralmente por el titular del proyecto; B) Al “invertir la carga de la prueba” hacia las personas o comunidades indígenas, implícitamente se está generando una barrera de acceso a la justicia ambiental, ya que debe recordarse que las materias que forman parte de la evaluación ambiental son de alta complejidad técnica-jurídica, por lo que las comunidades indígenas deberán contar con suficientes recursos para financiar asesorías legales y científicas tendientes a rebatir e impugnar las decisiones de la autoridad ambiental. Como si aquello no fuera poco, y conforme a las restricciones –ya analizadas- que imponen el D.S N°40 y D.S N°66, el impacto que deberán acreditar las comunidades indígenas deberá ser significativo y específico, sumado que a solo podrá tener lugar en el caso de un Estudio de Impacto Ambiental.

Considerando lo anterior, la legislación ambiental debería contemplar la figura del “Defensor del Medio Ambiente”, con la finalidad de resguardar y proteger los intereses y preocupaciones ambientales de aquellos grupos intermedios –entre ellos las comunidades indígenas- que carecen de recursos y conocimiento jurídico-científico para acceder fácilmente a la justicia e institucionalidad ambiental.

⁶⁶ *Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos* (2019), c. 82°: “...no es efectivo que las comunidades o personas de la etnia mapuche deban justificar o acreditar en el procedimiento de evaluación que el proyecto les afecta, pues para eso el legislador establece que el titular debe incorporar información suficiente para descartar los efectos del art. 11 de la Ley N° 19.300...”; en idénticos términos: *Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región* (2020), c.55°, y, *Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región* (2020), c. 40°.

En cuanto a la discrecionalidad de la autoridad ambiental para determinar la susceptibilidad de afectación respecto a los Pueblos Indígenas, los Tribunales Ambientales han manifestado criterios disímiles. Previo a comentar los criterios, es necesario recordar que si se determina que dicha facultad es discrecional para la autoridad ambiental, significa –en palabras simples– que dicha determinación no podrá ser objeto de revisión de fondo o sustantiva por parte de la judicatura ambiental.

Ahora bien, el Segundo Tribunal Ambiental⁶⁷ implícitamente determinó que la consulta indígena y su alcance –incluyendo por tanto la determinación de la afectación directa respecto a los Pueblos Indígenas– es una facultad discrecional para la autoridad ambiental, interpretación que restringe aún más la potestad de revisión de los Tribunales Ambientales respecto a las decisiones relevantes que pueden afectar a los Pueblos Indígenas.

En cambio, el Tercer Tribunal Ambiental manifestó un criterio diferente,⁶⁸ y que a mi parecer proporciona un criterio de revisión más exhaustivo respecto a las decisiones de la autoridad ambiental; en concreto, en dos casos la autoridad ambiental había determinado que los estudios antropológicos y sus ampliaciones, realizados durante la evaluación ambiental de los proyectos, permitían descartar la generación de afectaciones y/o impactos significativos respecto a los comunidades o grupos indígenas; sin embargo, el Tribunal determinó que dicha conclusión sí era revisable judicialmente, ya que los supuestos de hecho en que se basó –informes antropológicos y sus ampliaciones– adolecían de serias falencias metodológicas y científicas, por ende, la determinación en cuanto a la inexistencia de afectación directa y significativa respecto a los Pueblos Indígenas no se realizó correctamente, impidiendo dilucidar adecuadamente si procedía o no el Proceso de Consulta Indígena –concluyó el Tribunal–.

Respecto a las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas, reguladas en el artículo 86 del D.S N°40, el Tercer Tribunal Ambiental determinó que dichas reuniones se con-

⁶⁷ Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi en contra del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2015), c.37º: “... no obstante que el máximo tribunal tuvo presente la existencia de la referida Área de Desarrollo Indígena al adoptar la cautela requerida, en ningún momento señaló o identificó cuáles eran las organizaciones indígenas que debían ser consultadas, así como tampoco ordenó efectuar la consulta a todas las organizaciones de dicha ADI, limitándose a ordenar –genéricamente– el sometimiento del Proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental, lo que fue cumplido por el titular, y la realización de un procedimiento de participación ciudadana de acuerdo a los estándares del Convenio N° 169. Por consiguiente, la implementación de la consulta indígena y su ámbito de aplicación quedó entrega a la autoridad, lo que se condice con la naturaleza de dicha consulta, que constituye un deber del Estado, a través de sus órganos competentes, en el marco del SEIA”.

⁶⁸ José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros (2016), c.47º: “...a efectos de la verificación de la debida motivación del acto del Comité de Ministros que rechazó el reclamo administrativo, corresponde verificar si éste contiene de manera suficiente la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que lo motivaron. El análisis no se agota en la verificación de dicha expresión y de su suficiencia; sino que además se extiende a su racionalidad, lo que supone el análisis de su concurrente”, y, c.48: “...en la presente causa se ha dejado establecido que el Estudio Antropológico Original y su ampliación impiden aceptar sus conclusiones fácticas dado el grado de incertidumbre que le inyectan las falencias metodológicas denunciadas y corroboradas en esta sentencia”. Luis Alberto Aráneda Necuman con Comité de Ministros (2016), c.30º: “...el control judicial de un acto administrativo ha de consistir en la verificación, tanto de los elementos reglados como de la motivación del acto, siendo necesario, entonces, que en sede judicial, se pueda comprobar el ejercicio racional de la Administración respecto de la consideración de las observaciones ciudadanas, con expresión necesaria y suficiente de los criterios y elementos que sustentan la decisión, así como la aptitud e idoneidad de estos últimos para fundar la decisión”, y, c.34º: “Con el Informe de Inspección Antropológica, no es posible descartar eventuales cambios en la dimensión antropológica (características étnicas, manifestaciones de la cultura tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones...), ni es posible evaluar la proximidad a lugar o sitios en que se llevan a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo. Lo anterior, debido a que dicho informe es metodológicamente precario y poco riguroso, al basarse en sólo una visita al área de emplazamiento del Proyecto y en una única encuesta”.

sideraban como un trámite esencial dentro del procedimiento de evaluación ambiental;⁶⁹ de esta forma, jurisprudencialmente se elevó la relevancia jurídica y práctica de aquellas, por lo que la omisión de dichas reuniones puede conllevar un vicio esencial del procedimiento administrativo, y acarrear, en consecuencia, la nulidad de acto administrativo terminal –Resolución de Calificación Ambiental–. Lo anterior, considerando que la omisión de dichas reuniones cumpliría el requisito de trascendencia establecido en la Ley N°19.880,⁷⁰ considerando su carácter de esencial dentro del procedimiento administrativo. Conforme a lo expuesto, este criterio al menos obliga al titular del proyecto a emplear los medios humanos y financieros para realizar estas reuniones y escuchar las opiniones y formas de vida de los Pueblos Indígenas.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que la norma referida solo impone la obligación de realizar las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a Pueblos Indígenas que se ubiquen dentro del área de influencia del proyecto, la que es determinada unilateralmente por el titular del proyecto.

Respecto a aspectos procesales, el Segundo Tribunal Ambiental determinó que, la comunidad indígena para reclamar aspectos o vicios que forman parte del Proceso de Consulta Indígena, pero que no fueron objeto de observaciones ciudadanas, debía ejercer la acción del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600, al ser de carácter residual y permitir alegar vicios sustantivos y procedimentales.⁷¹

Conforme a lo expuesto, se evidencia la inexistencia de una acción nominada y específica –con sus propias características, plazo y legitimación activa– que permita reclamar aspectos sustantivos y procedimentales del Proceso de Consulta Indígena, independientemente de las acciones establecidas en el artículo 17 N°6 y N°8 de la Ley N°20.600.

Existen 3 casos relevantes del Primer Tribunal Ambiental, en los que dicho Tribunal se pronunció respecto a la procedencia o improcedencia de llevar a cabo el Proceso de Consulta Indígena respecto a las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprobaron un Programa de Cumplimiento.⁷² En términos generales, y sin perjuicio de lo que se analizará más adelante, di-

⁶⁹ Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos (2019), c. 67°: “...a juicio del Tribunal, en razón de su naturaleza, este trámite es esencial en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental. Se trata de una norma especial para los proyectos que se emplazan que se emplazan en las cercanías de pueblos indígenas, inspirada en el principio colaborativo, preventivo y en la protección de los grupos humanos sensibles que puedan verse afectados por el proyecto. Su correcta ejecución resulta trascendental para el ejercicio de la potestad de poner término anticipado al procedimiento”.

⁷⁰ El inciso 2° del artículo 13 de la Ley N°19.800 señala que: “El vicio de procedimiento o de forma solo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”.

⁷¹ Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros (2018), c.25°: “...que la reclamación del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600 es de carácter general o residual, respecto de una resolución de la Administración que resuelve un procedimiento de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. En efecto, en materia ambiental se ha consagrado una regla especial en cuanto a la impugnabilidad de la resolución que resuelve el procedimiento de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. Por tanto, las materias que no se observaron en la PAC, deben ser impugnadas mediante la solicitud de invalidación conforme con el artículo 53 de la Ley N°19.880, de cuyo resultado podrán reclamar judicialmente mediante el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600”.

⁷² Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente (2019); Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente (2020); y, Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente (2019).

cho Tribunal rechazó la aplicación del Proceso de Consulta Indígena en el marco o contexto de un procedimiento administrativo sancionador, en particular, respecto a la aprobación de un Programa de Cumplimiento, fundamentalmente en considerando a la naturaleza y finalidades de dicho procedimiento; por lo anterior, dicho Tribunal no se pronunció sobre el fondo del asunto controvertido en relación al Proceso de Consulta Indígena, es decir, si hubo o no susceptibilidad de afectación directa respecto a los Pueblos Indígenas, salvo el caso de “Pampa Hermosa”,⁷³ en el que dicho Tribunal estimó que no se había acreditado un impacto significativo y específico respecto a un grupo o comunidad indígena.

En particular, además de rechazar la procedencia del Proceso de Consulta Indígena atendida la naturaleza y finalidades particulares del procedimiento administrativo sancionador, el Primer Tribunal Ambiental justificó dicha improcedencia al constituir la aprobación del Programa de Cumplimiento el ejercicio del denominado Ius Puniendi Estatal;⁷⁴ este fundamento resulta sumamente criticable, ya que las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprobaron los Programas de Cumplimiento, no se limitaron a rectificar o redirigir hacia la legalidad la ejecución material y jurídica de los permisos ambientales vulnerados o infringidos, sino que dichas resoluciones innovaron respecto a diversas materias técnicas que forman parte de las autorizaciones ambientales;⁷⁵ en concreto, las resoluciones que aprobaron los Programas de Cumplimiento operaron en la práctica como una Resolución de Calificación Ambiental “provisoria”, ya que, por ejemplo, aprobaron la ejecución de medidas ambientales que implicaban el ingreso de un proyecto independiente que debía ser eva-

⁷³ Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente (2020).

⁷⁴ Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), c. 49°: “...la imposición de una sanción administrativa como la aplicación de un instrumento de incentivo al cumplimiento, como es el caso del PDC, se enmarcan dentro del ejercicio del denominado Ius Puniendi estatal, potestad que en último término lo que persigue es el restablecimiento de la juridicidad que ha sido quebrantada”, c.52°: “...no es posible admitir la consulta indígena dentro de un procedimiento sancionatorio, toda vez que ésta resulta incompatible con los alcances y objetivos de este tipo de asuntos”; en idénticos términos, Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), c. 44° y 47°; Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente (2020), c. 165°: “...la aprobación o no de un PDC no es una decisión que el órgano estatal pueda consultar o transar. El volver al cumplimiento de la respectiva licencia ambiental y con ello lograr el fin último que persigue el PDC, que es la protección del medio ambiente, en cuanto a su procedencia o no, es una decisión que recae en el organismo estatal”, c.166°: “la incorporación de la CI en el procedimiento administrativo sancionatorio resulta incompatible con éste, dado los diversos fines que ambos institutos presentan...”.

⁷⁵ Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), c. 33°: “...al conjugarse en el Programa de Cumplimiento aprobado por la autoridad ambiental, medidas que efectivamente se limitan a cumplir con lo autorizado por la RCA 226/2006, esto es, medidas de ejecución material o jurídica, con otras que en rigor persiguen innovar en el cumplimiento ambiental del proyecto en cuestión, no se puede sino concluir que el PDC de marras no se configura únicamente como una medida de ejecución material y jurídica, tal como lo sostiene la SMA, sino que se erige como un acto administrativo de carácter complejo, esto es, en parte medida administrativa y en parte medida de ejecución material...”; Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente (2020), c. 162°: “...lo que este acto persigue es aprobar este plan de acciones y medidas que pretende redirigir al infractor al cumplimiento, lo que en el caso de autos se materializa respetando lo indicado en la RCA N°890/2010, lo que conocemos como medidas de ejecución material o jurídica no son las únicas aprobadas en el PDC. En el caso de las medidas contenidas en la acción 29 del PDCR3c, se trata de medidas que variarán el permiso ambiental original, por lo que requieren una evaluación y someterse al SEIA –como ya fue desarrollado en esta sentencia–, tornándose el acto administrativo complejo al coexistir medidas administrativas y otras de ejecución material”; Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), c. 29°: “...lo cierto es que en la práctica deberá estarse a lo que caso a caso dispongan cada una de las acciones o medidas que componen el PDC. Por tanto, es posible que algunas de ellas innoven en determinados aspectos, en relación a lo aprobado por una RCA, incluyendo medidas que a la fecha están siendo evaluadas ambientalmente conforme lo presentado en el nuevo EIA Desarrollo de Infraestructura y Mejoramiento de Capacidad Productiva de Collahuasi por parte CMDIC y que está actualmente en evaluación ambiental (...)El PDC no se configuraría únicamente como una medida de ejecución material o jurídica, sino que se erige como un acto administrativo de carácter complejo, esto es, en parte medida administrativa y en parte medida de ejecución material”.

luado ambientalmente a futuro por el Servicio de Evaluación Ambiental. En relación con lo anterior, la innovación de dichos programas implicó que, estos se vincularán directamente con aprobación de medidas ambientales relacionadas estrechamente con la generación de impactos significativos, los que precisamente pueden dar origen a la obligación de efectuar un Proceso de Consulta, conforme a lo establecido en el D.S N°40⁷⁶ y Ley N°19.300.⁷⁷

Así las cosas, el Primer Tribunal Ambiental no se pronunció respecto al potencial impacto significativo que podían generar las medidas aprobadas (Resolución de Calificación Ambiental “provisoria”) respecto a los Pueblos Indígenas, lo que demuestra una vez más la actitud reacia de la judicatura ambiental en cuanto a determinar la procedencia del Proceso de Consulta Indígena y a interpretar con flexibilidad las normas del derecho de consulta establecidas en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Por otra parte, esta innovación o ejercicio extensivo de las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente al aprobar los Programas de Cumplimiento –validado por el razonamiento del Tribunal–, resulta contradictorio con la afirmación –del Tribunal– relativa a que la Superintendencia del Medio Ambiente no tendría margen de discrecionalidad al aprobar un Programa de Cumplimiento,⁷⁸ ya que, precisamente la Superintendencia del Medio Ambiente hizo uso de una amplia discrecionalidad y margen de interpretación al aprobar ciertas medidas ambientales que derechamente implicaron imponer transitoriamente condiciones y obligaciones diferentes a las establecidas en los permisos ambientales.

Adicionalmente, el Tribunal sustentó la improcedencia del Proceso de Consulta Indígena atendida la falta de normas sectoriales que obligarán a realizar dicho proceso en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador⁷⁹ –aprobación de un Programa de Cumplimiento–, argumento que resulta del todo improcedente jurídicamente, ya que las normas del Convenio N°169 respecto al derecho de consulta son perfectamente autoejecutables, cuestión que incluso ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional⁸⁰ de nuestro país. A mayor abundamiento, cabe recordar que el D.S N°66 establece la causal genérica que gatilla la obligación del Estado de efectuar el Proceso de Consulta Indígena: –“deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente”–, hipótesis que perfectamente se puede subsu-

⁷⁶ Artículo 85.

⁷⁷ Artículo 11.

⁷⁸ *Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c. 167°: “...la aprobación de un PDC no le otorga a la SMA un margen de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo en los términos que exige el Convenio 169 ya referido, por lo que forzar la aplicación de la CI terminaría desnaturalizando una u otra institución”.

⁷⁹ *Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), c. 168°: “...el legislador ha plasmado con absoluta claridad sobre la aplicación de la consulta indígena cuando así lo ha decretado como en el caso del SEIA; y como contrapartida, no incluye la consulta indígena en la LOSMA, ni en particular en el Título III de las Infracciones y Sanciones (sobre el procedimiento sancionatorio); ni para la aprobación o rechazo de un PDC según el D.S N°30/2012”; en idénticos términos: *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), c. 37°.

⁸⁰ Requerimiento presentado por un Grupo de Diputados respecto de la inconstitucionalidad del Convenio N°169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000).

mir en el caso de la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprobó un Programa de Cumplimiento.

Conforme a lo expuesto hasta ahora, se aprecia que –en general– la judicatura ambiental ha adoptado un criterio restringido al determinar la procedencia o improcedencia del Proceso de Consulta Indígena en el caso particular, apegándose a las limitaciones –ya analizadas– contempladas en el D.S N°40 y D.S N°66; sin perjuicio de los anterior, existe reciente jurisprudencia –de los años 2020 y 2021– emitida por nuestro Máximo Tribunal y por el Primer Tribunal Ambiental, en la que se aprecia un criterio e interpretación más coherente y uniforme respecto a las disposiciones y espíritu del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En relación con lo anterior, cabe destacar que nuestro Máximo Tribunal al conocer de un recurso de protección deducido por una comunidad indígena contra un Decreto suscrito por el Presidente de la República y tres Ministros de Estado, relativo a la modificación de los deslindes y determinación de la cartografía oficial del Parque Nacional Puyehue, determinó la ilegalidad de dicho Decreto y estimó que previo a su dictación, se debió realizar un Proceso de Consulta Indígena conforme a las disposiciones del Convenio N°169, ya que, el Estado tenía conocimiento efectivo del asentamiento de comunidades indígenas al interior del Parque referido.⁸¹ En este orden, la Corte concluyó que la omisión del Estado implicó negar un trato de iguales a la comunidad indígena recurrente, vulnerando la garantía constitucional de igualdad ante la Ley.⁸²

De lo referido anteriormente, es posible concluir que nuestro Máximo Tribunal no consideró la eventual existencia de impactos significativos, directos y específicos respecto de la comunidad indígena recurrente –según lo establecido en el D.S N°40 y D.S N°66 ya analizados–, lo que estimo razonable y jurídicamente procedente, considerando que el tenor literal y espíritu de las disposiciones del Convenio N°169 solo exigen la susceptibilidad de afectación directa, y en ningún caso exige una cierta dimensión o magnitud de afectación en los Pueblos Indígenas.

En otra sentencia relevante dictada por la Corte Suprema,⁸³ al conocer de un recurso de protección deducido por diversas personas y comunidades indígenas en contra de la decisión emitida por un órgano estatal (CONAF), relativa a la adjudicación de obras de restauración y mejoramiento del Parque

⁸¹ *Comunidad Indígena con Ministerio de Bienes Nacionales* (2020), c. 7º: “...sin mediar previo traslado o emplazamiento de la Comunidad Indígena recurrente, la Administración dictó el Decreto Supremo N°145 de 21 de diciembre de 2017, suscrito por el Presidente de la República de la época y tres de sus Ministros, por medio del cual materializa la Resolución Exenta N°925 de 24 de mayo de 2016 del Ministerio de Bienes Nacionales, que acogió sendos recursos de aclaración, rectificación o enmienda interpuestos por las sociedades Ganadera y Forestal El Cauille Ltda. y Asesorías Lekeitio Ltda., y ordenó confeccionar la Cartografía Oficial del Parque Nacional Puyehue, sin iniciar un proceso de Consulta Indígena en forma previa a la dictación del acto, pese a que el Ministerio de Bienes Nacionales tenía conocimiento del asentamiento de Comunidades Indígenas al interior del parque, al rechazar la solicitud de regularización presentada el año 2008 por la Comunidad Indígena Ñielay Mapu”.

⁸² *Comunidad Indígena con Ministerio de Bienes Nacionales* (2020), c.10º: “...tal proceder deviene en que la Resolución recurrida ha incumplido la obligación a que voluntariamente se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio N°169 (...)Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar el deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega un trato de iguales a la comunidad indígena recurrente”.

⁸³ *Caniumán con Corporación Nacional Forestal* (2021).

Nacional Villarrica, dicha Corte desestimó el argumento relativo a la inexistencia de afectación de las personas y comunidades indígenas recurrentes, ya que, para que surja la obligatoriedad de realizar el Proceso de Consulta Indígena se exige simplemente una afectación potencial, cuya real dimensión o magnitud precisamente podrá ser analizada y determinada al desarrollarse el proceso referido.⁸⁴ En este orden, la Corte estimó que la potencialidad de afectación se verificó en el caso concreto, ya que las obras respectivas implican diversos trabajos y actividades que si bien no son realizados al interior de emplazamientos de comunidades indígenas, sí son realizados en lugares donde dichas comunidades realizan prácticas religiosas y culturales.⁸⁵ En definitiva, la Corte Suprema ordenó que previo al inicio de los trabajos al interior del Parque referido, se debe realizar un Proceso de Consulta Indígena acorde al Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, debiendo incluir a todas las personas y comunidades indígenas que realizan actividades y prácticas ancestrales al interior del Parque.

Del fallo recientemente aludido se desprende que, nuestro Máximo Tribunal reconoció implícitamente la noción amplia de territorio contemplada en el Convenio N°169,⁸⁶ el que no solo abarca a las tierras o títulos inscritos a favor de los Pueblos Indígenas. Además, de manera coherente y apegado al espíritu de las disposiciones del Convenio N°169, la Corte no exigió la generación de impactos significativos y directos en las personas y comunidades indígenas, sino solo una probabilidad o potencialidad de afectación respecto de aquellas.

También en una reciente sentencia,⁸⁷ y revocando un fallo del Tercer Tribunal Ambiental,⁸⁸ la Corte Suprema estimó que al efectuar observaciones en el proceso de participación ciudadana, es procedente jurídicamente esgrimir asuntos o materias relativos al Proceso de Consulta Indígena. Lo anterior, considerando la inexistencia de un mecanismo o acción específica para efectuar el control de legalidad respecto a materias de forma y fondo vinculadas a dicho proceso.⁸⁹ Además, dicha Corte concluyó que durante la evaluación ambiental del proyecto, se excluyó del área de influencia a un lugar donde se realizan actividades y reuniones por parte de una comunidad indígena,⁹⁰ acarreado

⁸⁴ *Caniumán con Corporación Nacional Forestal* (2021), c. 10°: “...no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedía por no existir afectación a las comunidades y personas en nombres de quienes se recurre, puesto que la obligatoriedad de este proceso exige únicamente una afectación potencial, cuya materialización será precisamente analizada en el marco de la señalada consulta”.

⁸⁵ *Caniumán con Corporación Nacional Forestal* (2021), c. 11°: “...los actos recurridos, al materializar la ejecución de un proyecto que incide sobre tierras que reconocidamente tienen un uso religioso y cultural por parte de pueblos indígenas, sin realizar de manera previa un Procedimiento de Consulta Indígena en los términos que se ha venido razonando, han incumplido la obligación a que voluntariamente se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio N°169...”.

⁸⁶ Artículo 13.

⁸⁷ *Caro Loncuante, Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021).

⁸⁸ *Marcela Caro Loncuante con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2019).

⁸⁹ *Caro Loncuante, Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021), c. 10°: “...esta Corte ha permitido que a través de la reclamación del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, se revisen cuestiones promovidas en el período de participación ciudadana que se relacionen con la obligación de efectuar consulta indígena, toda vez que si bien existe una laguna legal, al no existir un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones del Proceso de Participación Ciudadana (PAC) que no fueran debidamente consideradas, lo relevante es que aquello debe ser superado a través de un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva”.

⁹⁰ *Caro Loncuante, Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental* (2021), c. 14°: “...tiene que ver con el hecho establecido con el

la omisión del Servicio de Evaluación Ambiental de ejecutar las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas, reguladas en el D.S N°40.⁹¹ En este orden, la Corte estimó que dicha omisión impidió descartar adecuadamente la procedencia o improcedencia de efectuar un Proceso de Consulta Indígena. Complementado lo anterior, la Corte señaló que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental impone al titular de un proyecto la carga de descartar suficientemente los impactos significativos del artículo 11 de la Ley N°19.300 –los que dan origen a un eventual Estudio de Impacto Ambiental, que puede o no incluir un Proceso de Consulta Indígena–, carga que no se pudo cumplir en el caso concreto, ya que, al omitirse las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas, se impidió descartar los impactos significativos en el medio ambiente y en el componente humano indígena –sistemas de vida y costumbres de grupos humanos–.⁹² En definitiva, la Corte ordenó se dejarán sin efecto el permiso ambiental del Proyecto, y se retrotrajera el procedimiento de evaluación ambiental de aquel con el objeto de realizar las reuniones referidas.

El fallo recientemente aludido, demuestra una interpretación de la normativa ambiental más armónica con las protecciones y resguardos a los Pueblos Indígenas que subyacen a dicha normativa, sumado a que resultan ser coherentes con las disposiciones y espíritu del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo. En este orden, la Corte otorgó una relevancia esencial en el procedimiento de evaluación ambiental a las reuniones con las comunidades indígenas, impidiendo que su omisión pudiera ser convalidada o subsanada deficientemente por el órgano administrativo ambiental, al determinar que no se puede prescindir de dichas reuniones en caso de que la comunidad indígena se encuentre dentro del área de influencia del Proyecto. En definitiva, concluyó que su realización no solo es importante para determinar el eventual término anticipado del procedimiento de evaluación por falta de información resulta y esencial, sino que resultan relevantes en orden a proporcionar al órgano evaluador suficiente información que servirá para determinar la susceptibilidad de afectación de los Pueblos Indígenas.⁹³

hecho establecido por el fallo, reconocido por lo demás en la Resolución Exenta N°681, respecto de que el referido predio, se encuentra a 9,5 Km de las instalaciones, dentro del área de influencia del proyecto. Además, de los antecedentes, fluye que efectivamente tal predio fue adquirido a través de la licitación para adquisición de tierras indígenas, que su propietario además pertenece a la etnia Kawésqar y que, desde la primera observación realizada, se ha señalado que ahí se realizan reuniones de la comunidad indígena Aswaal Lajep”.

⁹¹ Artículo 86.

⁹² Caro Loncuante, Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c.15°: “...resultaba improcedente que el Director del Servicio de Evaluación Ambiental, a pesar que constatará que la observación N°3 no fue debidamente ponderada, realizara un análisis de los antecedentes para determinar que no había una afectación directa y significativa del componente socioambiental, por lo que en la especie, de conformidad con el artículo 11 letras c) y d) de la Ley N°19.300 y artículos 7 y 8 del Decreto Supremo N°40, no era obligatorio abrir un periodo de consulta indígena debiendo ingresar el proyecto a través de un EIA (...) si un proyecto tiene impactos significativos en el componente socioambiental descrito en las referidas normas, debe ingresar al SEIA a través de un EIA. Pues bien, en el caso concreto, el titular negó que el predio individualizado como Parcela 8, estuviera dentro del área de influencia y, en consecuencia, no realizó el análisis pertinente en relación a la eventual afectación del componente humano indígena, ni de la actividad específica realizada por la comunidad Aswaal Lajep”.

⁹³ Caro Loncuante, Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental (2021): “...la recopilación de la información a través de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento, como se señaló, no tienen como único objeto poner término anticipado al proyecto, sino que, además están previstas para que la autoridad cuente con la información que le permita evaluar de mejor forma aquellos antecedentes que forman parte de la evaluación del proyecto, pues solo así podrá determinar, si existe una alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de las etnias indígenas (artículo 11 letra c) o una susceptibilidad de afectación del elemento territorial (artículo 11 letra d))”.

En otra sentencia relevante,⁹⁴ y al igual que el fallo recientemente citado, la Corte Suprema estimó que las materias y asuntos alegados al formular las observaciones ciudadanas –por parte de personas y comunidades indígenas–, pueden abarcar los tópicos relativos a las deficiencias del Proceso de Consulta Indígena, ante la falta de mecanismo o acción específica para impugnar dicho proceso.⁹⁵ Además, la Corte estimó que, si la persona o comunidad indígena no participó en el Proceso de Consulta Indígena efectivamente realizado, esto no implica que sus observaciones relativas a deficiencias de dicho proceso, no deban ser objeto de un pronunciamiento técnico e íntegro por parte del órgano administrativo ambiental.⁹⁶

Desde otra arista, la Corte razonó respecto a la improcedencia de exigir a las comunidades indígenas que ejerzan la solicitud de invalidación del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600,⁹⁷ ya que, aquello implicaría forzar a que dichas comunidades soliciten la invalidación del permiso ambiental, en circunstancias que si formularon observaciones ciudadanas pueden ejercer la acción por indebida consideración de dichas observaciones;⁹⁸ ergo, la exigencia referida conlleva la duplicidad de procedimientos administrativos, atenta contra la debida y eficiente administración de justicia, y vulnera el principio de tutela efectiva.⁹⁹ En definitiva, la Corte concluyó que las observación realizada durante el proceso

⁹⁴ Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental (2021).

⁹⁵ Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c.52: “...es efectivo que existe una laguna legal, toda vez que no se halla un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones PAC que no fueron debidamente consideradas (...) Así, resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación ejercida en autos para impugnar aquellas materias que se estima no fueron resueltas por el Comité de Ministros, vinculadas a la Consulta Indígena”.

⁹⁶ Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c.52: “...nada impide que personas pertenecientes a grupos indígenas formulen sus observaciones en el proceso PAC, más aun considerando, en este caso, que ello ocurrió cuando el PCI aún no se había iniciado, de modo que su falta de participación posterior en el PCI, no resulta un obstáculo válido para no considerar tal observación y, como ocurrió, no referirse al fondo de ella, bajo el único pretexto de no haber sido presentada en la oportunidad correspondiente (...) aquellas personas que revisten la calidad de indígenas que formularon observaciones al proyecto en la etapa de participación ciudadana, se hallaban legitimadas para reclamar administrativamente ante el Comité de Ministros no solo la falta de consideración de sus observaciones, sino que también, junto a ellas, las materias vinculadas a las deficiencias de la Consulta Indígena que, precisamente, motivaron que no pudieran participar en ella”.

⁹⁷ Los incisos 1° y 2° del artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600 señala que: “Los Tribunales Ambientales será competentes para: N°8: Conocer de las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental. El plazo para la interposición de la acción será de treinta días contado desde la notificación de la respectiva resolución. Para estos efectos se entenderá por acto administrativo de carácter ambiental toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de éstos”.

⁹⁸ El artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600 señala que: “Los Tribunales Ambientales serán competentes para: N°6: Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental...”.

⁹⁹ Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 53: “Tampoco es adecuado plantear que la acción idónea para recurrir es aquella contemplada en el artículo 17 N°8 de la Ley N°20.600, toda vez que aquello implica obligar a la Comunidad Indígena que participó activamente en el proceso de evaluación ambiental, a solicitar la invalidación de la RCA, recurriendo a un proceso invalidatorio que, sólo una vez resuelto, posibilitaría la procedencia del control jurisdiccional. Tal decisión, además de carecer de sustento normativo, atenta contra la debida y eficiente administración de justicia, al obligar a una duplicidad de procedimientos, sin perjuicio de que, además, vulnera el principio de tutela efectiva. En ese sentido, la interpretación que los juzgadores hace del artículo 17 de la Ley N°20.600 restringe el derecho a la acción de la reclamante en un segundo aspecto, en tanto conculca la facultad que la norma le otorga para elegir la vía que considere más adecuada para hacer valer su pretensión (...)no es adecuado obligarla a solicitar la invalidación consagrada en el artículo 53 de la Ley N°19.880, sin que corresponda, como lo ha hecho el tribunal, imponer

de participación ciudadana, relativas a las deficiencias del Proceso de Consulta Indígena, deben ser contestadas por el órgano administrativo ambiental de manera íntegra, precisa y adecuada, aun cuando la persona o comunidad indígena no haya participado del Proceso de Consulta Indígena efectuado en una fecha posterior.¹⁰⁰

El fallo recientemente aludido si bien no interpreta y razona expresamente sobre las disposiciones del Convenio N°169, tiene una implicancia procesal sumamente útil, al otorgar la posibilidad de alegar vicios del Proceso de Consulta Indígena a través de mecanismos no expresamente contemplados para dichos fines. En este orden, lo anterior no resulta ser una cuestión inocua o irrelevante, ya que, la interpretación referida incentiva o más bien obliga a que el órgano administrativo ambiental –y posteriormente la judicatura ambiental al conocer de las impugnaciones específicas- se pronuncie fundada y técnicamente sobre asuntos técnicos vinculados al Proceso de Consulta Indígena, y que no prescinda de dicho análisis por cuestiones meramente procesales. En definitiva, y conforme a lo anterior, el órgano ambiental y la judicatura especializada eventualmente podrán pronunciarse sobre la potencialidad de afectación a los Pueblos Indígenas, y en caso de ser procedente, existe la atribución legal para que la judicatura ambiental pueda ordenar la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, contemplando –además- un Proceso de Consulta Indígena.

También en una sentencia muy reciente,¹⁰¹ el Primer Tribunal Ambiental ordenó que el proyecto reclamado debía ingresar a evaluación ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental, incluyendo obligatoriamente la realización de un Proceso de Consulta Indígena.

En primer lugar, el Tribunal fundó dicha decisión en que el estudio antropológico presentado durante la evaluación ambiental, reconoció la existencia de la comunidad indígena reclamante en el área de influencia del proyecto.¹⁰² Seguidamente, estimó que existe una evidente interacción entre las distintas obras del proyecto con tierras y actividades de la comunidad Reclamante en el área de influencia, por ejemplo, uso de caminos vehículos comunes, sitios de significación cultural (etc.),¹⁰³ permitiendo dicha interacción concluir la inminente susceptibilidad de afectación, manifestada en la actividad de

al interesado una determinada herramienta procesal por sobre otra”.

¹⁰⁰ Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 54º: “...era posible arribar a la lógica conclusión que, habiendo participado la AIASIQ en la PAC, realizando alegaciones relacionadas con una afectación a su territorio, conjuntamente con un reproche de falta de información sobre el detalle del proyecto, tal observación debía ser contestada de manera íntegra, precisa y adecuada, puesto que nada obsta a que, aun tratándose de un grupo perteneciente a pueblos indígenas, planteara su observación en el marco del PAC, considerando además que el PCI, a esa fecha, no había iniciado”.

¹⁰¹ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021).

¹⁰² Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 49º: “...de acuerdo al estudio antropológico acompañado por el titular del proyecto en el proceso de evaluación ambiental se ha verificado que, dentro de su área de influencia, habita la Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus Afluentes. En efecto, el referido estudio precisa lo siguientes: ...el área de influencia para la presente caracterización antropológica corresponde a la parte alta de la cuenca hidrográfica del Río Figueroa (...) territorios usados históricamente por los miembros de la Comunidad Colla Río Jorquera y sus Afluentes (CCRJA) para las actividades de pastoreo, recolección de leña y hierbas medicinales, entre otras actividades (página 3)”.

¹⁰³ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 50º: “...es posible concluir que se produce una interacción entre las distintas obras y actividades del proyecto con tierras y actividades de la Comunidad Colla, por ejemplo, (...)sobreposición del área de plataformas con caminos de trashumancia y sitios de significación cultural, además del emplazamiento del campamento en tierras de la Comunidad”.

trashumancia y sentimientos de arraigo y espirituales propios de las comunidades indígenas.¹⁰⁴ En este orden, ahondó en la alta probabilidad de afectación a la comunidad indígena, atendida la ubicación del proyecto en sectores o territorios indígenas que prestan a sus comuneros servicios ecosistémicos ancestrales, vitales para la subsistencia de dicha comunidad –pastoreo, hierbas medicinales, trashumancia, etc–, sumado a que el proyecto implica un área de sondeos y uso de caminos que forman parte del trazado de rutas ancestrales de trashumancia.¹⁰⁵ Como corolario de lo anterior, y un aspecto sumamente interesante desde el punto de vista de la interpretación, el Tribunal estimó que el artículo 11 letra d) de la Ley N°19.300¹⁰⁶ se refiere expresamente a la susceptibilidad de afectación de poblaciones protegidas, y no a la eventual existencia de impactos significativos y específicos sobre los Pueblos Indígenas.¹⁰⁷

El fallo aludido, presenta diversos aspectos interesantes de comentar y observar; en primer lugar, se reconoce implícitamente el concepto amplio de territorio contemplado en el Convenio N°169,¹⁰⁸ ya que, el Tribunal otorgó especial preponderancia no a las tierras o títulos inscritos a favor de las comunidades indígenas, sino más bien a las actividades y prácticas ancestrales que han permitido la subsistencia desde antaño de las comunidades indígenas en el lugar donde se pretenden emplazar las obras del proyecto. Además, la sentencia no se refiere a la eventual existencia de impactos significativos y directos en los Pueblos Indígenas, conclusión acertada conforme a lo que ya se ha expresado a lo largo de este trabajo, sino más bien se refiere correctamente a la mera probabilidad o potencialidad de afectación en las comunidades indígenas. Por último, se aprecia el esfuerzo del Tribunal en interpretar la normativa ambiental respecto a la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades

¹⁰⁴ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 52: “...la evidente interacción entre el Proyecto y la Comunidad Colla lleva a estos sentenciadores forzosamente a concluir que se producen en la especie una situación inminente de susceptibilidad de afectación, lo cual no es clarificado adecuadamente a través de las acciones o medidas que el SEA argumenta para lograr descartar dicha afectación”.

¹⁰⁵ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 57: “...es indudable que la susceptibilidad o probabilidad de afectación de la Comunidad Indígena Colla es alta toda vez que, como se ha señalado, el Proyecto se emplaza en sectores o territorios indígenas que prestan a sus comuneros servicios ecosistémicos ancestrales y que, por lo demás, son vitales para la subsistencia de dicha comunidad”, y c.63: “...las actividades indígenas antes referidas se desarrollan en tierras y territorio indígena que serán intervenidas durante un período de cuatro años con la ocupación y uso de un campamento minero, un área de sondeos y sus huellas de acceso, y con el uso permanente y continuado por parte del titular del proyecto de los caminos que forman parte del trazado de rutas ancestrales de trashumancia, espacios de uso comunitario por donde ahora transitará diariamente, y de manera adicional, un total de 24 vehículos pertenecientes al proyecto”.

¹⁰⁶ La letra d) del artículo 11 de la Ley N°19.300 establece que: “Se debe presentar un Estudio de Impacto de Impacto cuando se generen o presenten a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”.

¹⁰⁷ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 65: “...la normativa ambiental no puede alentar una concepción restrictiva de protección a uno de sus elementos más sensibles como es el medio humano, máxime cuando de su interpretación no es posible advertir tal dirección. Por el contrario, es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley N°19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la susceptibilidad de afectación y no de impactos significativos, como pudiese entenderse de los otros literales. Que, es sólo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio N°169 y el derecho ambiental interno”, y c.67: “...si bien los artículos 7°, 8° y 10° del RSEIA originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N°19.300, respectivamente, la remisión que hace el artículo 85 del mismo Reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere el literal d) del artículo 11”.

¹⁰⁸ Artículo 13.

indígenas de manera sistemática y armónica con las disposiciones y espíritu del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En otra sentencia interesante de destacar y comentar, también dictada por el Primer Tribunal Ambiental,¹⁰⁹ se realizó una interpretación más auténtica y genuina tanto de la normativa nacional como internacional (Convenio N°169), particularmente, respecto a la procedencia y requisitos de las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas y del proceso de consulta indígena.

Respecto al primer aspecto, y tal como se estableció en otras sentencias ya analizadas, el Tribunal recalcó que las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, no solo tienen por objeto determinar el eventual término anticipado del procedimiento por falta de información relevante y esencial, sino que además, tienen la aptitud para dilucidar, en una etapa temprana del procedimiento, respecto a la eventual afectación que producirá el Proyecto respecto a las comunidades indígenas,¹¹⁰ considerando que la Asociación Indígena Reclamante se ubica dentro del área de influencia de aquel.¹¹¹

Respecto al fondo de la materia analizada, en síntesis, el Tribunal concluyó que el hecho que la autoridad ambiental haya efectuado reuniones del art. 86 con otras comunidades indígenas¹¹² –distintas a la Reclamante–, no otorga el derecho para prescindir u omitir la realización de dichas reuniones con la Asociación Indígena Reclamante, considerando que habita en el área de influencia del Proyecto, sumado a que, en consecuencia, la evaluación no permitió determinar la potencialidad de afectación y/o generación de riesgos ambientales.¹¹³

Respecto a la procedencia del proceso de consulta indígena, en síntesis, el Tribunal tuvo especialmente en consideración la cercanía de la Asociación Indígena Reclamante con las instalaciones del Proyecto,¹¹⁴ y las actividades económicas de subsistencias y culturales que lleva a cabo la Asociación

¹⁰⁹ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021).

¹¹⁰ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 88º: “...el objetivo de las reuniones previstas en el artículo 86 del RSEIA excede a lo puramente procedimental en los términos que lo entiende el SEA, ya que es justamente en estas instancias tempranas de la evaluación ambiental que la autoridad puede identificar inconsistencias u omisiones en los proyectos que impidan evaluarlos correctamente”.

¹¹¹ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 89º: “...no es un hecho controvertido que la AIASIQ como GHPPI está ubicado en el área de influencia del proyecto. En particular, el sector de Sabaya está a unos 4 km del botadero de Lastre Oeste, el más cercano a la localidad por la quebrada Quipisca...”.

¹¹² Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c.78º: “...en lo que respecta específicamente a la localidad de Quipisca, se llevaron a efecto reuniones con los siguientes GHPPI: a) Con la Asociación Indígena Aymara Cuencia de Quipisca y b) Con la Comunidad Indígena Quechua de Quipisca”.

¹¹³ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 90º: “...más allá de las dificultades propias, logísticas e incluso económicas que pudieron haberse presentado, el SEA estaría obligado a sostener reuniones con la AIASIQ, a fin de recoger sus opiniones y analizarlas, más aún cuando es un GHPPI con la posibilidad de verse potencialmente afectado con el Proyecto Adecuaciones, y de cuyos antecedentes se podría haber determinado la procedencia de la aplicación del art. 48, según mandata la ley; situación que en los hechos no se concretó, vulnerando el derecho de la AIASIQ, como asimismo la posibilidad del SEA de haber advertido consecuencias o riesgos ambientales que pudieran afectar a dicho GHPPI”.

¹¹⁴ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 114º: “...se observa que, en particular en el sector de Sabaya, donde se encuentra identificada la IASIQ en Quipisca, se realizan actividades de vida y costumbres

en dicho lugar. En relación con lo anterior, el Tribunal tuvo presente la estrecha interacción entre las obras y partes del proyecto reclamado con las tierras y actividades de la Asociación Indígena Reclamante,¹¹⁵ sumado a la susceptibilidad de afectación que genera el Proyecto a raíz de sus emisiones, acarreando nocivas consecuencias en las actividades económicas de la Asociación y en sus sistemas de vida y costumbres.¹¹⁶

Respecto a otra arista sumamente interesante, y utilizando un razonamiento similar a la sentencia anteriormente analizada, el Tribunal determinó que, al efectuarse el análisis respecto a la afectación de un proyecto respecto a las comunidades indígenas, no se debe seguir el criterio de impactos significativos y directos –como si lo ha realizado la mayoría de la jurisprudencia citada–, sino más bien el análisis se debe fundar en la susceptibilidad de afectación aludida en la letra d) del artículo 11 de la Ley Nº19.300, concluyendo que dicha interpretación es la única que permite cumplir con la finalidad y objetivos del derecho internacional y de la normativa ambiental vigente.¹¹⁷ Como corolario, el Tribunal manifestó expresamente la necesidad de efectuar un proceso de consulta indígena conforme a los estándares del Convenio Nº169.¹¹⁸

Por último, respecto al análisis jurisprudencial, cabe mencionar 2 recientes sentencias dictadas por el Tercer Tribunal Ambiental, particularmente, el voto de prevención y el voto disidente de uno de los Ministros; en general, tanto en la prevención como en la disidencia se evidencian razonamientos y conclusiones que se enmarcan en una concepción e interpretación más armónica con el espíritu de las disposiciones legales (internas como internacionales) y acorde a la cosmovisión, formas de vida y costumbres ancestrales de las comunidades indígenas.

asociadas a labores agropecuarias de subsistencia y culturales propias de la cosmovisión de la asociación”.

¹¹⁵ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 116º: “...es posible concluir que se produce una estrecha interacción entre los efectos adversos de las distintas obras y actividades del proyecto con tierras y actividades de la AIASIQ, como la afectación directa por MPS en los campos y cultivos de los comuneros de esta, lo que claramente afecta sus sistemas de vida y costumbres”.

¹¹⁶ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 117º: “...empuja forzosamente a estos sentenciadores a concluir que se produce en la especie una situación inminente de susceptibilidad de afectación a sus recursos naturales y, en particular, a sus sistemas de vida y costumbres, lo cual no es adecuadamente abordado en la evaluación ambiental, ni plasmado en medidas que permitieran salvaguardar esta situación. Por tanto, dicha afectación no puede ser tan livianamente descartada por el SEA”, y, c.122: “toda vez que el Proyecto y en particular el botadero de Lastre Oeste, se emplaza a escasos 4,5 km del sector de Sabaya en la quebrada de Quipisca (...) lugar de hábitat de los comuneros de la asociación indígena, donde realizan sus actividades agropecuarias de subsistencia, artesanías, trashumancia loca, turismo rural, entre otras actividades propias de su cultura ancestral...”.

¹¹⁷ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 125º: “la normativa ambiental no puede alentar una concepción restrictiva de protección a uno de sus elementos más sensibles como es el medio humano, máxime cuando de su interpretación no es posible advertir tal dirección. Por el contrario, es el mismo artículo 11 literal d) de la Ley Nº19.300 el que discurre sobre la hipótesis de la susceptibilidad de afectación y no de impactos significativos, como pudiese entenderse de los otros literales. Es sólo de esta manera que puede entenderse armónicamente el alcance y contenido del Convenio 169 y el derecho ambiental chileno”, c.127º: “Si bien los artículos 7, 8 y 10 del RSEIA originalmente se han previsto como complemento o detalle de los literales c), d) y f) del art. 11 de la Ley Nº 19.300, respectivamente, la remisión que hace el art. 85 del mismo Reglamento debe aplicarse teniendo como piedra angular la susceptibilidad de afectación a la que se refiere en literal d) del art. 11”.

¹¹⁸ Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021), c. 129º: “...es posible advertir que existe evidencia irrefutable de susceptibilidad de afectación directa al grupo humano AIASIQ, razón por la cual se hace forzoso concluir que existe la necesidad de implementar el procedimiento de consulta indígena bajo los estándares previstos en el Convenio 169 de la OIT”.

En el primer caso,¹¹⁹ y en relación a la obligación de la autoridad ambiental de realizar reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas, la prevención realizada por uno de los Ministros considera, por una parte, el carácter de nómades del mar de la comunidad indígena Reclamante y, por otra parte, que el requisito de cercanía del Proyecto respecto a las comunidades indígenas –el que gatilla la obligatoriedad de dichas reuniones–, no implica exclusivamente adoptar un criterio geográfico o espacial, relacionado con el área de influencia del proyecto, sino que va mucho más allá, relacionado –además– con factores que eventualmente puedan afectar indirectamente a las comunidades indígenas.¹²⁰ Sumado a lo anterior, se otorgó especial preponderancia al uso ancestral del territorio (mar), considerando la información contenida en el expediente de evaluación ambiental y al reconocimiento otorgado por el propio Estado en un procedimiento diverso.¹²¹

En el segundo caso,¹²² en relación con la obligatoriedad de realizar las reuniones del art. 86 del D.S N°40, el voto disidente de uno de los Ministros, siguiendo un criterio similar al referido precedentemente, se fundó en que el requisito de cercanía de las instalaciones del proyecto con el de la comunidad indígena reclamante, debe considerar las especiales características de los grupos indígenas, por lo que, no es posible limitar este requisito de cercanía exclusivamente a un aspecto de proximidad física o territorial, sino más bien se debe considerar –además– la relación e interacción (además de su carácter nómade) que se produce entre las comunidades indígenas con el territorio y maritorio que pretende utilizar el proyecto respectivo.¹²³ En definitiva, el voto disidente concluyó que la omisión de las reuniones –art. 86 D.S N°40– ocasionó un vicio esencial del procedimiento, atendido –fundamen-

¹¹⁹ Comunidad Indígena ATAP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes (2021).

¹²⁰ Comunidad Indígena ATAP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes (2021), N° 6 (prevención): “...se desatendió la particularidad de que el pueblo Kawésqar se ha identificado ancestralmente como nómades del mar, por lo que las argumentaciones que se han esgrimido no son suficientes para desestimar la realización de reuniones con GHPPI (...) Las hipótesis son, como se dijo, que el proyecto ingresado por DIA se emplace: i) en tierras indígenas; ii) en áreas de desarrollo indígena; iii) en las cercanías a GHPPI. Tratándose de esta última hipótesis, el concepto de cercanía se puede asimilar a un criterio de proximidad, que no se agota en el área de influencia directa del proyecto, sino que, especialmente tratándose de pueblos indígenas, exige atender a factores que inclusive indirectamente puedan afectarlos, no siendo atendible, por tanto, para desestimarlas, la mayor o menor proporción de un área mayor cuya existencia ya se ha aceptado por el Estado, quien en un proceso diverso, ha reconocido la posibilidad de la posibilidad de que haya susceptibilidad de afectación a alguno de estos grupos”.

¹²¹ Comunidad Indígena ATAP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes (2021), N°5: “...en efecto, y tal como indica el fallo al que este Ministro concurre, consta que de los antecedentes aportados, inclusive por el propio titular de la DIA, que existe uso ancestral del territorio. Además, consta que dicho uso fue pretéritamente establecido por la propia Conadi para la elaboración de instrumentos vinculados a su protección. Así, por ejemplo, consta en la información referida por el titular en la DIA, cuando parafraseó el Ord. N°715 de 2012 de Conadi (fs. 421) o el Plan de Manejo de la Reserva Nacional Alcalufes –hoy Reserva Nacional Kawésqar– en que, a instancias de Conadi, se agregó una zona definida como territorio ancestral, que corresponde a espacios de tierra y mar, donde habita ancestralmente el pueblo Kawésqar, que incorporada espacios de residencia, caza, pesca, ganadería, bosques, cementerios, etc...”, y N°8: “...La sola concepción de pertenencia del pueblo Kawésqar al maritorio que el Estado de Chile ha reconocido y que se indica claramente, tal cual se ha citado, obligaba a realizar estas reuniones con grupos humanos (...) toda vez que esta cosmovisión y pertenencia a un maritorio claramente acotado, en donde se encuentra inserto el seno Taraba, en parecer del redactor de esta prevención obliga a la realización de estas reuniones...”.

¹²² María Beatriz Castro Domínguez y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2021).

¹²³ María Beatriz Castro Domínguez y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2021), N°4 (voto disidente): “Que la referida cercanía, además, debe determinarse en consideración a las especiales características de la población indígena protegida, en el caso el pueblo Kawésqar (...) al evaluar la cercanía a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (...) el SEA debe atender a dos criterios: 1.El carácter nómade del pueblo Kawésqar con relación al mar; y 2. La noción de cercanía, que no puede determinarse a partir del domicilio físico de una organización indígena –fijado por ésta para efectos de su constitución y registro en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena–, sino que debe atender a la especial relación del pueblo indígena de que se trate con el territorio y maritorio en que se pretenda emplazar el proyecto. A mayor abundamiento, no se entiende cómo el Titular al evaluar el impacto vial y el acceso al agua potable lo hizo extensivo a toda la comuna de Natales, pero tratándose de pueblos originarios no consideró a las seis comunidades indígenas en la comuna de Natales que identificó en la evaluación...”.

talmente- a que la autoridad ambiental no estuvo en condiciones de determinar la susceptibilidad de afectación del pueblo Kawésqar.¹²⁴

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, cabe enfatizar que, en nuestro país, se evidencia una gran inconsistencia normativa respecto al derecho de consulta a los Pueblos Indígenas en materia ambiental –proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental-. En particular, y como ya se ha expresado de forma pormenorizada, la normativa reglamentaria materializada en el D.S N° 40 y D.S N° 66, ha significado la aplicación de un estándar más exigente que el Convenio N° 169 a la hora de determinar la procedencia de la consulta indígena previa, limitándose la aplicación de dicho proceso sólo respecto a los casos de Estudio de Impacto Ambiental, y excluyendo a los casos de Declaraciones de Impacto Ambiental, los que precisamente abarcan alrededor del 95% de los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Adicionalmente, la normativa reglamentaria hace aplicable el Proceso de Consulta Indígena sólo respecto a ciertos impactos significativos y específicos, vinculados directamente a aquellos efectos, características o circunstancias,¹²⁵ que sólo podrían generarse precisamente respecto a un Estudio de Impacto Ambiental. Así las cosas, y conforme a estos requisitos establecidos en la normativa reglamentaria –que han sido adoptados por la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país-, conllevan a que en la actualidad los casos de Procesos de Consulta Indígena sean de aplicación sumamente restrictiva y excepcional; lo que se acredita por el hecho de que en Chile –hasta mayo de 2021- solo se han realizado 58 consultas indígenas en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (entre los años 2009 y 2021), en los más de 11 años que se encuentra vigente el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Por otra parte, la normativa reglamentaria si bien establece ciertas reglas procedimentales básicas para efectuar el Proceso de Consulta Indígena,¹²⁶ no establece específicamente la etapa o período en que se debe ejecutar, por lo que en la práctica dicho proceso se ejecuta –en caso de proceder- en paralelo a la evaluación ambiental, con tiempos muy acotados, y con escasa posibilidad de que dicho proceso pueda influenciar y modificar realmente la forma en que se desarrollará el proyecto, constituyendo más bien una etapa meramente procedimental o de validación de requisitos formales.

Considerando lo anterior, nuestra legislación ambiental debería contemplar la realización del Proceso de Consulta Indígena incluso con anterioridad a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental. En este orden ideas, la realización del Proceso de Consulta Indígena de manera anticipada, implicaría

¹²⁴ María Beatriz Castro Domínguez y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2021), N° 8 (voto disidente): “...por cuanto la omisión de las reuniones del art. 86 tiene el carácter de vicio esencial del procedimiento que efectivamente produjo un perjuicio a los Reclamantes (...) En el presente caso, la privación del derecho a participar de la evaluación a través de las reuniones del art. 86 generó incertidumbre sobre la afectación a población perteneciente al pueblo Kawésqar, por lo que no resulta ajustado a derecho adoptar una decisión –mediante la Resolución de Calificación Ambiental- que signifique descartar una afectación a los Reclamantes...”

¹²⁵ Artículo 11 letras c), d) y f) de la Ley N°19.300, de 1994.

¹²⁶ D.S N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, artículo 16.

que dicho proceso pueda efectivamente permear e influenciar el contenido del Estudio de Impacto Ambiental que potencialmente pueda afectar las formas de vida y costumbres de los Pueblos Indígenas. Como opción alternativa, al menos las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a los Pueblos Indígenas –reguladas en el D.S N°40¹²⁷– deberían realizarse de forma obligatoria antes de la presentación del Estudio de Impacto Ambiental. En relación con lo anterior, el Proceso de Consulta Indígena no sólo se debiera limitar a los casos de proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sino que en la práctica se debiera ampliar respecto a otros actos administrativos del Estado que puedan afectar nocivamente a los Pueblos Indígenas, tales como, por ejemplo, los asuntos relativos a la constitución de concesiones mineras y derechos de aprovechamiento de aguas; los que precisamente han afectado a las comunidades indígenas principalmente del norte de nuestro país.

Desde otra arista, en las evaluaciones ambientales de proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, usualmente se otorga excesiva importancia al conocimiento técnico-científico, pero no así a las cosmovisiones y formas de vida de los Pueblos Indígenas. Por esta razón, el Estado debe actuar con un rol preponderante al ejecutar y liderar el Proceso de Consulta Indígena, y no como ocurre en la actualidad, donde el rol del Estado se limita a validar y/o asegurar garantías mínimas respecto al cumplimiento de requisitos meramente procedimentales y no sustantivos en cuanto al Proceso de Consulta Indígena. Adicionalmente, resulta urgente la necesidad del Estado de crear una división o unidad especializada a cargo de ejecutar los Procesos de Consulta Indígena, suprimiendo el liderazgo y ejecución de dicho proceso que actualmente recae en el Servicio de Evaluación Ambiental respecto a ciertos proyectos de inversión.

Por otra parte, resulta pertinente y necesario que el Proceso de Consulta Indígena se amplíe a los casos de las Declaraciones de Impacto Ambiental, fundamentalmente en consideración a que esta vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental abarca alrededor del 95% de los casos, sumando a que este tipo de proyectos perfectamente puede generar un impacto directo y específico respecto a los Pueblos Indígenas. A mayor abundamiento, incluso la normativa ambiental¹²⁸ reconoce que este tipo de proyectos puede generar cargas ambientales negativas, y en este caso, otorga la posibilidad de solicitar la apertura de un proceso de participación ciudadana, específicamente, cuando el proyecto respectivo potencialmente pueda generar externalidades ambientales negativas en las comunidades próximas durante su construcción u operación.

Respecto a los criterios jurisprudenciales de los Tribunales Ambiental y de la Corte Suprema de nuestro país, se destaca que estos mayoritariamente han ratificado o validado la interpretación restrictiva reflejada en el D.S N°40 y D.S N°66; ya sea limitándose a declarar la improcedencia del Proceso de Consulta Indígena respecto a las Declaraciones de Impacto Ambiental, descartando la realización de dicho proceso respecto a las comunidades indígenas que no estén emplazados dentro del área de influencia del proyecto; o bien descartando la afectación directa y significativa de los Pueblos Indígenas

¹²⁷ Artículo 86.

¹²⁸ Artículo 30 bis de la Ley N°19.300, de 1994.

por carecer estos de títulos o tierras inscritas dentro del área de influencia, omitiendo y/o prescindiendo –en consecuencia– de la noción amplia de territorio contemplada en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo. En este orden de ideas, los Tribunales Ambientales sólo en dos casos se han pronunciado en cuanto a la recalificación de la vía de ingreso de un proyecto, ordenando específicamente que este ingresará nuevamente a evaluación ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental, debiendo incluir obligatoriamente la realización de un Proceso de Consulta Indígena.¹²⁹ Sin perjuicio de lo anterior, existen recientes e interesantes sentencias judiciales de la Corte Suprema y el Primer Tribunal Ambiental –dictadas en los años 2020 y 2021–, en las que se aprecia una interpretación y criterio más auténtico y genuino de las disposiciones del Convenio N°169 en relación a la consulta indígena previa, sumado a una interpretación de la normativa ambiental más concordante y apegada a las disposiciones y espíritu del Convenio Internacional referido.

Por último, conforme al análisis efectuado a lo largo de este trabajo, resulta necesario que respecto a los procesos de consulta ya realizados, se establezca *“...un control jurisdiccional tanto del debido desarrollo de ellos como del cumplimiento de los acuerdos alcanzados. De esta manera podría velarse por la realización de procesos ajustados a principios y reglas procedimentales; evitarse procesos testimoniales que carezcan de una incidencia real, y entregarse el conocimiento de las controversias que surjan a órganos especializados como son los Tribunales Ambientales. Con esto último se lograría una equiparación de los estándares propios de la consulta indígena con los de participación ciudadana...”*¹³⁰

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ANAYA, James (2009): “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, documento en línea: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/399-informes-relator-2009.html>.
- ANAYA, James (2011): “El Proyecto de reglamento de consultas en Guatemala. Comentarios del Relator Especial, James Anaya”. Documento en línea: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/732-2011-observaciones-relator-proyecto-reglamento-guatemala.html>
- ANAYA, James (2012): “Comentarios del Relator Especial (James Anaya) sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: ‘Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, Chile’, Acápito 1, documento en línea: <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-del-normativa-de-consulta-chile>.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015): “El Trámite de consulta indígena en una evaluación de impacto ambiental” (Informe Complementario). Informe presentado en causa Rol N° R-41-2016 del Tercer Tribunal Ambiental, caratulada “Comunidad Indígena Tralcao y otros con Comisión de Evaluación Ambien-

¹²⁹ Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021); Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021).

¹³⁰ LEPPE (2015), p. 383.

- tal Los Ríos”, documento disponible electrónicamente en: <https://causas.3ta.cl/causes/98/expedient/1940/?attachmentId=2494>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Documento en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.
- CONTESSÉ, Jorge (2012): “El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile”, en: El Mismo (editor), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- LEPPE GUZMÁN, Juan Pablo (2015): “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 44).
- LÓPEZ VYHMEISTER, Ricardo y MOHR AROS, Tania (2014): “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 27 núm. 1).
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías et al (2013): *Los Pueblos Indígenas y el Derecho* (Santiago, LOM Ediciones).
- MERINO, Roger (2018): “Law and politics of Indigenous self-determination: the meaning of the right to prior consultation”, en: WATSON, Irene (editor), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law* (London, Routledge).
- MERINO, Roger (2020): “*The cynical state: forging extractivism, neoliberalism and development in governmental spaces*”, en: *Third World Quarterly* (vol. 41).
- ZUÑIGA URBINA, Francisco (2015): “Control judicial y discrecionalidad administrativa, respecto a la decisión facultativa del SEIA en torno a la Consulta Indígena en casos de DIA”. Informe en Derecho presentado en causa Rol N° R-41-2016 del Tercer Tribunal Ambiental, caratulada “Comunidad Indígena Tralcao y otros con Comisión de Evaluación Ambiental Los Ríos”. Documento disponible electrónicamente en la página web: <https://causas.3ta.cl/causes/98/expedient/1940/?attachmentId=2494>.

Normativa citada

- Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de junio de 1989.
- Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.
- Ley N° 19.880, estableció bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.
- Ley N°20.600, sobre la creación de los Tribunales Ambientales, 28 de junio de 2012.
- Decreto N°40 del Ministerio del Medio Ambiente, sobre aprobación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, 12 de agosto de 2013.
- Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Servicios Sociales, sobre aprobación del Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, 4 de marzo de 2014.

Jurisprudencia citada

- Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria contra los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited (2011): Corte Constitucional de Colombia, de 23 de septiembre de 2011, Rol N° T-693-2011.
- Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenta de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Mini con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2015): Segundo Tribunal Ambiental, de 1 de diciembre de 2015, Rol N° R-54-2014.
- José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros (2016): Tercer Tribunal Ambiental, de 17 de noviembre de 2016, Rol N° R-30-2016.
- Luis Alberto Araneda Necuman con Comité de Ministros (2016): Tercer Tribunal Ambiental, de 28 de diciembre de 2016, Rol N° R-38-2016.
- Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu con Comité de Ministros (2018): Segundo Tribunal Ambiental, de 17 de agosto de 2018.
- Comunidad Indígena Saturnino Leal Neiman y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de Los Ríos (2019): Tercer Tribunal Ambiental, de 7 de junio de 2019, Rol N° R-78-2018.
- Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente (2019): Primer Tribunal Ambiental, de 26 de diciembre de 2019, Rol N° R-17-2019.
- Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente, (2019): Primer Tribunal Ambiental, de 30 de diciembre de 2019, Rol N° R-25-2019.
- Comunidad Indígena con Ministerio de Bienes Nacionales (2020): Corte Suprema, de 9 de septiembre de 2020, Rol N° 20389-2019/Civil.
- Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región (2020): Tercer Tribunal Ambiental, de 22 de septiembre de 2020, Rol N° R-14-2020.
- Comunidad Indígena Eugenio Araya Huiliñir con Comisión de Evaluación Ambiental IX Región (2020): Tercer Tribunal Ambiental, de 23 de octubre de 2020, Rol N° R-13-2020.
- Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Primer Tribunal Ambiental, de 27 de octubre de 2020, Rol N° R-21-2019.
- Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental (2021): Excelentísima Corte Suprema, de 13 de enero de 2021, Rol N° 8.573-2019/Civil.
- Comunidad Indígena ATAP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes (2021): Tercer Tribunal Ambiental, de 27 de enero de 2021, Rol N° R-20-2019.
- Caro Loncuante, Marcela Isabel con Servicio de Evaluación Ambiental (2021): Excelentísima Corte Suprema, de 22 de febrero de 2021, Rol N° 36.919-2019/Civil.
- Caniumán con Corporación Nacional Forestal (2021): Corte Suprema, de 29 de marzo de 2021, Rol N° 138.439-2020/Civil.
- Comunidad Indígena Colla Río Jorquera y sus afluentes con Servicio de Evaluación Ambiental (2021): Primer Tribunal Ambiental, de 21 de abril de 2021, Rol N° R-38-2020.
- Asociación Indígena Agrícola San Isidro de Quipisca con Servicio de Evaluación Ambiental (2021): Primer Tribunal Ambiental, de 12 de julio de 2021, Rol N° R-39-2020.
- María Beatriz Castro Domínguez y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2021): Tercer Tribunal Ambiental, de 19 de agosto de 2021, Rol N° R-19-2019.

Necesidad de notificación legal de la demanda encontrándose vigente el plazo de prescripción de la acción, para efectos de producir la interrupción civil de la prescripción. Sistematización de argumentos doctrinarios y jurisprudenciales en favor y en contra de tal tesis*

About the need of service of process in a lawsuit when the limitation period of the action is in force, in order to produce the civil interruption of the prescription. Systematisation of doctrinal and case-law criteria for and against such thesis

Ruperto Pinochet Olave

Universidad de Talca. Talca, Chile

Correo electrónico: rpinoche@utalca.cl. <https://orcid.org/0000-0001-9996-080X>.

Marcelo Barrientos Zamorano

Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile.

Correo electrónico: mhbz@uc.cl. <https://orcid.org/0000-0002-9529-5512>.

María Luisa Manríquez Novoa

Talca, Chile.

Correo electrónico: mluisamn@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-3218-8242>.

Recibido el 12/08/2021

Aceptado el 06/10/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-05>

* El presente artículo corresponde a la exposición actualizada de una línea argumental que sostenemos hace años junto al profesor Marcelo Barrientos, en el sentido que es necesario notificar legalmente la prescripción dentro del plazo, tema sobre el que hemos expuesto y escrito en diversos seminarios y revistas. Dentro de ese marco me tocó dirigir la tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención Derecho civil patrimo-

RESUMEN: El presente trabajo se estructura a partir de la exposición del estudio en derecho nacional y comparado de los problemas de interpretación y aplicación de las normas sobre interrupción de la prescripción, su relación con la demanda judicial y su notificación legal. Se analizan los argumentos de la doctrina mayoritaria -que expresa que el efecto de la interrupción de la prescripción se produce mediante la notificación legal de la misma, dentro del plazo de prescripción- en contraposición a la doctrina minoritaria que defiende que la sola interposición de la demanda se basta a sí misma para producir el efecto interruptivo. Conjuntamente, se analiza cuáles han sido las tendencias jurisprudenciales al respecto, para acabar exponiendo una serie de conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Prescripción, interrupción civil, notificación legal de la demanda.

ABSTRACT: This paper is structured on the basis of the study in national and comparative law of the problems of interpretation and application of the rules on the interruption of the prescription, its relationship with lawsuits and its legal notification. It analyses the arguments of the majority doctrine - which states that the effect of the interruption of the statute of limitations is produced by the legal notification of itself, within the limitation period- in contrast to the minority doctrine which defends that the mere filing of the lawsuit is sufficient in itself to produce the interruptive effect. together, it analyses the case-law tendencies in this regard, to end up exposing a series of conclusions.

KEY WORDS: Prescription, civil interruption, service of process in a lawsuit.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La interrupción civil de la prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, no se encuentra exenta de polémica doctrinal y jurisprudencial. Las interrogantes se relacionan con el criterio que debe seguirse respecto de si es necesario, para interrumpir el plazo de prescripción de la acción que estaba corriendo, que la demanda sea legalmente notificada a la parte demandada.

nial de María Luisa a quien le propuse el tema, trabajándolo y desarrollándolo de modo excelente, logrando una gran síntesis de los argumentos a favor y en contra del problema que se ha planteado. Este año 2021, junto al profesor Barrientos lo hemos ampliado, actualizado y revisado su bibliografía, poniéndola al día. Lo anterior explica la confluencia de estos tres autores en la materialización de este artículo. En consecuencia, el presente trabajo sigue la línea de investigación del capítulo, PINOCHET OLAVE, Ruperto (2017): “La notificación de la demanda debe efectuarse dentro del plazo de prescripción para la interrupción civil de la prescripción”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán y MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (editores), *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters), así como del comentario de jurisprudencia PINOCHET OLAVE, Ruperto (2017): “¿Puede ser notificada fuera del plazo de prescripción la demanda que interrumpe el plazo de prescripción? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 31 de mayo de 2016”, en: *Ius et Praxis* (núm. 1). Este es, en todo caso, un trabajo inédito y diferente de los trabajos antes referidos, que fueron preparatorios a este; en consecuencia, este artículo abarca y supera los anteriores. Se agradece la colaboración en la revisión de fuentes y aspectos formales del presente trabajo de la ayudante de Derecho civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Danitza González Barrera.

La Excma. Corte Suprema de Justicia, en una sentencia sobre prescripción adquisitiva y no extintiva, dio un giro jurisprudencial, que no ha tenido gran eco posterior en las sentencias de los tribunales inferiores. En ese precedente, procedió a rechazar un recurso de casación en el fondo en un juicio sobre acción reivindicatoria del artículo 26 del Decreto Ley 2.695, en el fallo Rol N° 6.900-2015¹ de 31 de mayo de 2016, variando el criterio sostenido en el tiempo de manera mayoritaria, estableciendo que *“la correcta doctrina es que la mera presentación de la demanda interrumpe la prescripción, siendo la notificación de la misma una condición para alegarla, debiendo circunscribir su efecto al ámbito procesal, pero no como un elemento constitutivo de la interrupción de la prescripción”*.

En lo que respecta al efecto que tiene la notificación legal de la demanda en la interrupción de la prescripción, se han elaborado dos tendencias o doctrinas que la resuelven, ya sea considerándola como constitutiva de la interrupción, opinión que da origen a la doctrina seguida por la mayoría de los autores, o bien, aquella que estima que basta para producir el efecto interruptivo de la prescripción, la sola presentación de la demanda, postura que -aunque ha sido sostenida por años de manera minoritaria- resultó ser la posición sentada por la Excma. Corte Suprema en el citado y reciente fallo.²

La doctrina minoritaria no es nueva, en el año 1912 fue planteada por don José Clemente Fabres, a partir de la interpretación del artículo 2503 del Código Civil, y que -si bien reconoce que la demanda sin notificación no produce efectos- estima que una vez efectuada la misma se retrotraen sus efectos a la fecha de interposición de la demanda o recurso, lo que habría dado origen a la práctica de poner cargo con fecha y hora a los escritos.³

Adentrándonos al tema, pasaremos a exponer los argumentos sobre los que se cimentan la doctrina mayoritaria y minoritaria, para continuar analizando cuáles han sido las tendencias jurisprudenciales sobre esta materia que sigue planteándose como fuente de discusión hasta la actualidad.

II. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: GENERALIDADES

Conforme al criterio sostenido por Planiol, la interrupción de la prescripción puede ser definida como *“la sobreviniencia de un hecho que, destruyendo una de las condiciones esenciales de la usucapión (permanencia de la posesión e inacción del propietario), hace inútil todo el tiempo transcurrido”*.⁴ Es decir,

¹ Vargas con Marmolejo (2016).

² En este fallo la Excma. Corte Suprema resolvió la problemática adhiriendo a la tesis sostenida por el profesor DOMÍNGUEZ ÁGUILA, quien se esmera en distinguir los efectos procesales de la notificación de los aspectos substantivos en que descansa la prescripción, y estima que de no separar unos de los otros, determina con ello que se pretenda exigir que la voluntad interruptiva se haga depender de su conocimiento por el deudor, pese a que, a su juicio, aquella no tiene por qué tener un carácter recepticio, no obstante que el Código Civil, exija luego, para mantener dicho efecto interruptivo, la existencia de una notificación válida; la que no se requiere para que ese efecto se produzca inicialmente. DOMÍNGUEZ (2009), p. 236.

³ FABRES (1912), p. 395.

⁴ *“Los dos hechos que se comprenden en esta definición son: 1° la pérdida de la posesión; 2° la reclamación del propietario. Cuando la prescripción se interrumpe por la pérdida de la posesión, tenemos lo que se denomina interrupción natural; cuando la interrupción depende de la reclamación del propietario, es la interrupción civil”*. PLANIOL (1915), pp. 613-614.

corresponde a la pérdida del tiempo corrido para ganar por prescripción, en virtud de un hecho al que la ley le atribuye ese mérito, acaecido antes de que el lapso para prescribir se cumpla.⁵ Implica la cesación de la pasividad del sujeto en contra de quien se prescribe⁶ y constituye un instituto que reviste de interés a ambos tipos de prescripción, esto es, tanto a la adquisitiva -en cuanto al modo de adquirir el dominio y demás derechos reales, salvo aquellos especialmente exceptuados (art. 2498 del Código Civil)- como, a la extintiva, en cuanto al modo de extinguir las obligaciones -esto es, derechos personales, créditos e incluso derechos reales, a exclusión del derecho de dominio, que no se extingue por su no uso- pues en ambos casos el transcurso del tiempo juega un rol fundamental, que unido a diversas otras circunstancias, modifica las relaciones jurídicas.⁷

En el caso de la prescripción extintiva, cabe tener en consideración que su elemento más característico lo constituye la inacción del acreedor, o la falta de ejercicio de las acciones o derechos, circunstancia que de mantenerse durante un determinado tiempo -aquel que indique la ley, en su caso- producirá como efecto la extinción de las obligaciones.⁸ Claro está que a estos dos elementos se suman, como se desprende del artículo 2492 del Código Civil, otros tales como: a) que la acción sea prescriptible; b) que la prescripción sea alegada; c) que la prescripción no se haya interrumpido; d) que la prescripción no esté suspendida; y e) que transcurra el tiempo fijado por la ley.⁹

Para una mejor comprensión de lo que debemos entender como “interrupción de la prescripción”, es útil tener presente cuáles son los fundamentos o razones que se esgrimen para justificar la existencia de la prescripción. Al efecto podemos señalar que, esta se sustenta sobre dos premisas básicas: por una parte, la inactividad del acreedor¹⁰ en el ejercicio de sus derechos, y por otra, la sanción que el ordenamiento jurídico atribuye a dicha inactividad.¹¹ Siguiendo este razonamiento, la interrupción se produce cuando ocurre un evento que es capaz de destruir los fundamentos en que la prescripción

⁵ ORREGO (2017), p. 9.

⁶ PEÑAILILLO (2006), p. 182.

⁷ MEZA BARROS (1994), pp. 487-488.

⁸ Se discute habitualmente en doctrina, sobre si la prescripción extintiva extingue las acciones y no las obligaciones, pues la prescripción trae como consecuencia que el acreedor pierde los medios para compeler al deudor para que cumpla con la obligación, quedando privado de acción, ello por cuanto, se desprende del artículo 1470 del Código Civil, que al menos en nuestro derecho, las obligaciones civiles extinguidas por prescripción, subsisten, no obstante como naturales, es decir, subsiste, pero esta vez privada de acción para compeler a ella.

⁹ MEZA BARROS (1994), p. 492.

¹⁰ Uno de los requisitos de la prescripción es el “silencio de la relación” o inactividad del titular del derecho y del sujeto pasivo. Para comprenderlo cabe considerar que existen dos escenarios antagónicos: uno jurídico y otro fáctico. En el jurídico se impone a un sujeto (deudor) el deber de comportarse de una determinada manera (obligación), y al otro (acreedor) le confiere la facultad para exigir que se despliegue la conducta debida (derecho subjetivo). El escenario fáctico, describe la inactividad de ambos sujetos -pasivo y activo-, ninguno de los cuales desarrolla la conducta que le corresponde: ni se cumple el deber de conducta asumido, ni se exige que ello ocurra. Luego al no coincidir los hechos con el derecho, fundamenta la prescripción la circunstancia que deberá optarse por consolidar uno u otro escenario. RODRÍGUEZ GREZ (2008), pp. 298-299.

¹¹ La jurisprudencia ha reconocido como fundamento esencial de la prescripción liberatoria en el abandono que hace el acreedor del derecho que le pertenece, vale decir, en factores de carácter eminentemente subjetivo, en forma tal que para que la obligación se extinga por este medio, el titular del derecho debe persistir en dicho abandono presunto o en dicha inactividad. Para evitar que la prescripción se produzca, debe el acreedor ejercitar alguno de aquellos actos a que la ley le atribuye el poder de mantener viva la acción más allá del término de la prescripción. *Bozzolo Pedemonte con sucesión Frugone Riso* (1963).

se sustenta. Resulta lógico que, al producirse, se pierda por completo el tiempo que hasta entonces había transcurrido.¹²

En este sentido, si el acreedor desea poner término a su inactividad ejerciendo sus derechos, o bien, el deudor pretende reconocer la existencia de la obligación, por ejemplo, con el pago de la deuda, se destruirán los fundamentos de la prescripción, de manera que esta no tendrá lugar, pues ya no existirá negligencia, ni podrá presumirse que la obligación se ha extinguido por un modo legal, ello por cuanto la actitud de las partes demuestra que la relación jurídica existe y que se encuentra vigente, de manera que merece ser amparada por la ley.¹³ Es decir, la circunstancia de que el plazo de prescripción transcurra sin que se haya “interrumpido” constituye, a su vez, un requisito fundamental para que ésta opere, pues mediante el acto de interrupción, el silencio o inacción del acreedor se rompe, destruyendo su pasividad e importando positivamente la eliminación del tiempo de prescripción que había transcurrido hasta entonces.¹⁴

Para situar el objeto de nuestro estudio, debemos distinguir entre la interrupción civil o natural de la prescripción, la que tendrá lugar de una u otra forma, según cuál sea el evento que la origine. Así, el artículo 2518 del Código Civil expresa que se interrumpe naturalmente, por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya sea expresa o tácitamente; y que la interrupción civil tendrá lugar por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2503.¹⁵

En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 2518, este se aplica principalmente a la prescripción extintiva ordinaria y, también a las prescripciones de corto tiempo. Siguiendo a Abeliuk no se aplicaría al caso de la prescripción de la acción ejecutiva, por cuanto estima, que se trata más bien de una caducidad del mérito ejecutivo de la acción que de la prescripción extintiva de la misma.¹⁶

¹² Para MEZA BARROS, dentro de los principales fundamentos según los que opera esta institución se sitúan los siguientes: a) la presunción que deriva de la prolongada inactividad o falta de ejercicio de un derecho por parte de su acreedor, en el sentido de que su titular tiene por ello, la intención de abandonarlo o de renunciarlo; b) la sanción que el ordenamiento jurídico aplica al acreedor que ha sido negligente en el ejercicio de sus derechos; c) el que por la acción del tiempo se convierte una situación de hecho en un estado de derecho; d) la presunción de que, dado el tiempo transcurrido sin que el acreedor haga valer su derecho, la deuda ha debido ser satisfecha, por el pago u otro modo equivalente; y e) en el interés social de que las relaciones jurídicas no queden por largo tiempo inciertas. MEZA BARROS (1994), pp. 489-490. En el mismo sentido FUEYO, autor que las reduce a cuatro: a) la estabilidad conducente al orden y tranquilidad sociales, dotando con ello de estabilidad a las situaciones existentes, puesto que los derechos no pueden permanecer en la incertidumbre, siendo necesaria su estabilización para la buena marcha de los negocios; b) la presunción de pago que se establece, estimando que las obligaciones pertinentes han debido de ser satisfechas ya, desde que no se ha promovido por el acreedor litigio sobre su exigencia forzada, ante los tribunales; c) presunción de abandono de un derecho por parte del acreedor; y d) una sanción a la negligencia del acreedor, pues el efecto extintivo de la acción del acreedor descansa en su inactividad prolongada y culpable, que el legislador viene a sancionar con la pérdida de un derecho. FUEYO (1958), pp. 234-236.

¹³ Por ello, la interrupción de la prescripción ha sido definida como “el efecto de ciertos actos del acreedor o del deudor que destruyen los fundamentos de la prescripción e impiden que ésta tenga lugar. El acto interruptivo de la prescripción produce el doble efecto de detener su curso y de hacer ineficaz el tiempo transcurrido con anterioridad.” MEZA BARROS (1994), p. 500.

¹⁴ FUEYO (1958), p. 265.

¹⁵ La referencia a algún artículo sin indicar a que Código se refiere, debe entenderse que se está aludiendo a una norma del Código Civil.

¹⁶ ABELIUK refiere respecto de la acción ejecutiva que posee dos particularidades, 1°. no es propiamente la acción de cobro la que prescribe sino el mérito ejecutivo de ella, lo que se desprende del inc.2° del artículo 2515, en cuanto establece que la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de 3 años, y convertida en ordinaria durará solamente otros 2; de manera que la misma acción prescribe en 5 años; durando 3 como ejecutiva y 2 como ordinaria, y 2°. Puede ser declarada de oficio, conforme lo

Del tenor literal del artículo 2518 se desprende que bastaría con la simple presentación de la demanda ante un tribunal, para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción, pero veremos que la remisión de dicho artículo al 2503, revierte dicha premisa, pues este señala que:

“Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aún él en los casos siguientes:

1°. Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2°. Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia;

3°. Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda”.

De la concordancia e interpretación sistemática e histórico dogmática de estos artículos surge que, para que haya interrupción civil, deben concurrir los siguientes requisitos: 1° Demanda judicial; 2° Notificación legal de la demanda; 3° Que no haya mediado desistimiento de la demanda o abandono de la instancia, y 4° Que el demandado no haya obtenido sentencia de absolución.

Nos limitaremos al análisis los dos primeros requisitos, que son los que revisten interés para este trabajo.

III. DEMANDA JUDICIAL

Uno de los requisitos de la prescripción está constituido por el “silencio de la relación”, esto es, aquella inactividad del titular del derecho y del sujeto pasivo. Luego, dicho silencio puede romperse por el sujeto activo, lo que ocurrirá, cuando el acreedor exija la conducta debida, en cuyo caso estaremos en presencia de la interrupción civil de la prescripción.¹⁷ En este sentido, podríamos considerar que interrumpirá la prescripción aquellos actos del acreedor a través de los cuales se evidencia de manera evidente su intención por conservar su derecho y hacer efectivo su crédito. No obstante, es claro que conforme al tenor del artículo 2518, ésta fórmula genérica no es suficiente para producir el efecto interruptivo, pues se requiere -además- de una “demanda judicial”. Surge con ello, la primera interrogante sobre qué gestiones debemos entender comprendidas dentro del concepto de “demanda judicial”. Al efecto, Rodríguez, estima que debe entenderse de manera restringida, en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en cuanto a la petición que se formula al juez para que decida sobre la cosa o derecho que se reclama, quedando con ello excluidas desde ya las gestiones extrajudiciales, no obstante ellas pudiesen demostrar una efectiva intención por parte del acreedor en hacer efectivo su crédito, conclusión en la que existe consenso y con la que no podemos sino estar de acuerdo, puesto que resulta evidente que se exige de judicialización del asunto.

señala el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil. Por estas razones, estima el autor que se trata más bien de una caducidad del mérito ejecutivo de la acción que de la prescripción extintiva de la misma. ABELIUK (2014), pp. 1436-1438.

¹⁷ RODRÍGUEZ GREZ (2008), pp. 298-301.

Distinto es el caso de otras gestiones que suponen, también, una intervención del ente jurisdiccional, como es el caso de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, de aquellas encaminadas a obtener privilegio de pobreza, de la notificación de la cesión de crédito al deudor o incluso, de aquellas relativas a medidas prejudiciales precautorias, gestiones a las que -conforme a una interpretación estricta- se les priva de capacidad de interrumpir la prescripción. En cuanto a esta conclusión, pareciera una solución un tanto radical, pues estimamos que quizás se debiera distinguir caso a caso; entre aquellas gestiones que, no obstante sean previas a la demanda, impliquen una petición clara o evidente en cuanto a la intención de hacer valer un crédito, caso al menos de la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, no así en los restantes casos, en los que no debiera concederse efecto interruptivo, pese a su notificación, como en la petición del privilegio de pobreza o de notificación de la cesión de un crédito, pues en ellas no resulta evidente la intención de hacer valer el crédito.¹⁸

Pese a esta interrogante, lo cierto es que actualmente la jurisprudencia se manifiesta en considerar que “demanda judicial” es cualquier gestión del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto de exigir directamente el pago, o preparar o asegurar el cobro, es decir, no es sólo la demanda a que se refiere el artículo 254 del C.P.C., sino que todo recurso judicial interpuesto por el acreedor en resguardo del derecho que le pertenece y al que la prescripción amenaza con extinguir.¹⁹ Es decir, debemos entenderla como *“cualquier gestión contenciosa que implique el ánimo de hacer efectivo el derecho, como es el caso de una medida prejudicial, la gestión preparatoria de la vía ejecutiva o cualquiera otra equivalente”*.²⁰ Al efecto, resulta útil lo señalado por Rodríguez Grez, quien atribuye a “demanda judicial” tal sentido, *“por dos razones: la intención del acreedor queda de manifiesto al realizar un acto encaminado directa o indirectamente, a hacer valer sus derechos, reactivando la relación; y por otra parte, en razón de que el artículo 2503, relativo a la interrupción civil de la prescripción adquisitiva, señala que interrumpe la prescripción “todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor”, y recurriendo a una interpretación sistemática de la norma, consignada en el artículo 22, concluye que la finalidad de ambas disposiciones es la misma y que nada justifica darles un efecto diferente”*.²¹

Nótese que en la propia redacción del artículo 2503 del Código Civil la interrupción de la prescripción adquisitiva se muestra como una forma de dar noticia al poseedor, por quien se pretende verdadero dueño, de su pretensión. Es más, el artículo citado, en su inciso segundo emplea la expresión *“Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción;”* en consecuencia, el tenor literal de la norma, en concordancia con su sentido (que no es otra cosa que la determinación de la extensión del

¹⁸ MEZA BARROS (1994), p. 501.

¹⁹ ABELIUK (2014), p. 1448.

²⁰ CORRAL explica que acogiendo la tesis amplia se admite que son actos que interrumpen la prescripción extintiva las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, la preparación de la demanda civil en el proceso penal mediante las diligencias o medidas cautelares del art. 61 del Código Procesal penal (art. 67 del Código Procesal Penal), la solicitud de quiebra, las medidas prejudiciales, la gestión preparatoria del juicio ejecutivo de desposeimiento de la finca hipotecada del art. 758 del Código de Procedimiento Civil, la gestión preparatoria del art. 1377 del Código Civil y la presentación de un recurso de protección. En cuanto a la posibilidad de que se produzca la interrupción civil por recursos administrativos, refiere que la idea de aceptar actos extrajudiciales como interrupciones civiles de la prescripción extintiva ha sido, sin embargo, aceptada por nuestros tribunales cuando es la misma ley la que condiciona la vía a la justicia para reclamar perjuicios a un proceso administrativo previo. CORRAL (2011), pp.77-78.

²¹ RODRÍGUEZ GREZ (2008), pp. 301-302.

tenor en que fue dictado) exige que el poseedor sea puesto en conocimiento de la pretensión de aquel que se pretende verdadero dueño de la cosa en el tiempo de prescripción.

No puede entenderse la interrupción de la prescripción sin la notificación en el tiempo de esta. Ello ha sido asumido y entendido incluso por las legislaciones de reformas más recientes como las de Brasil, Colombia o Quebec. En todas ellas, con más o menos días,²² y para evitar que sea el demandante el que determine la época en que la interrupción se realice, se le exige al demandante que notifique la demanda bajo sanción de caducidad de su pretensión deducida en juicio.

Cabe considerar las diferencias en cuanto a la terminología utilizada en disposiciones similares, todas relativas a la interrupción civil de la prescripción, así en las prescripciones de corto tiempo, el numeral 2° del art. 2523, indica que se interrumpen: “*desde que interviene requerimiento*”, utilizando la expresión de “requerimiento” a secas, y sus equivalentes para la prescripción de largo tiempo, que es la del inciso final del art. 2518 que habla de “demanda judicial”, y para la adquisitiva, que es el art. 2503, y que se refiere al “recurso judicial”. Para Abeliuk, es claro que el ánimo del legislador fue diferenciar la interrupción civil en las prescripciones de corto tiempo con su equivalente en la prescripción de largo tiempo, pues ello tendría como justificación lógica, en primer lugar, porque el plazo de ella es muy breve, debiendo por ello otorgarse al acreedor mayores facilidades para destruir la presunción de pago en que se fundan, y segundo, por el efecto particular que se produce respecto de la prescripción de corto tiempo al operar la interrupción, pues conforme al inciso final del art. 2523, interrumpida civil o naturalmente la prescripción de corto tiempo, deja de ser tal y pasa a ser de largo tiempo.²³ Por su parte, para Rodríguez Grez, la expresión utilizada por dicha disposición “*desde que interviene requerimiento*”, si bien genera dudas, debe estimarse como un requerimiento judicial, ya que una interpretación sistemática de la ley obliga a relacionar esta norma con los artículos 2503 y 2518, para concluir que carece de todo sentido dar a este requerimiento un alcance distinto.²⁴ Fueyo, por su parte, se manifestaba en similar sentido.²⁵

VI. NOTIFICACIÓN LEGAL DE LA DEMANDA

Cualquiera sea la interpretación y amplitud que otorguemos al concepto “demanda judicial” -ya sea más estricta o amplia- de la remisión que efectúa el artículo 2518 al 2503, tenemos que en los tres

²² En el Código General de Proceso de Colombia, en su artículo 94, se da un año de plazo para notificar al demandado. En el caso del Código Civil de Québec otorga 60 días desde el vencimiento del plazo de prescripción, en su artículo 2892. El Código de Proceso Civil de Brasil da el plazo más breve, esto es, diez desde el despacho de la citación al demandado.

²³ La Excm. Corte Suprema ha sostenido que la intervención se produce únicamente cuando la interrupción es natural y si el requerimiento es extrajudicial; si es judicial opera la regla de los arts. 2503 y 2515, decisión que según este autor chocaría a la vista con la letra de la ley, pues el inc. final del art. 2523 señala que en los dos casos, o sea, sin hacer distinciones, sucede a la prescripción de corto tiempo la de largo tiempo, pero es lógico que si el acreedor ha demandado directamente el cobro de su crédito, deje de correr la prescripción. En consecuencia, a la prescripción de corto tiempo sucede la de largo tiempo, y como se cumple el requisito del art. 2518 de la “demanda judicial”, esta prescripción ordinaria queda interrumpida. ABELIUK (2014), pp. 1468-1469.

²⁴ RODRÍGUEZ GREZ (2008), p. 312.

²⁵ El requerimiento a que se refiere el N°2 del artículo 2523, “(...) expresado tan escuetamente, es judicial, según se ha entendido prácticamente por todos. Aunque no lo precisa la ley, corresponde entenderlo así por equivaler esta forma a la interrupción civil de la prescripción extintiva común, del artículo 2518”. FUEYO (1958), p. 267.

casos que indica esta última norma, no basta con la sola presentación de la demanda judicial para interrumpir civilmente la prescripción. De esta forma, conforme al N° 1 del artículo 2503, aún en el evento de haberse presentado la demanda, si esta no ha sido notificada al deudor o bien, si la notificación ha sido declarada nula, se entenderá, no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda. Es decir, se requiere para que opere la interrupción civil; que la demanda sea notificada; que la notificación haya sido practicada conforme a los requisitos legales y, que no haya sido declarada la nulidad de la notificación.

De esta manera, la interrupción civil de la prescripción, debe ser considerada como aquella que proviene de un acto del acreedor, y que en nuestra legislación ha de consistir en “*una demanda judicial que intente el acreedor en contra del obligado, exigiéndole la prestación, y que se le notifique legalmente*”.²⁶ Con lo que venimos diciendo, resulta claro que no se encuentra en discusión el hecho de que la demanda judicial deba ser presentada y notificada legalmente para que se interrumpa la prescripción. La duda surge entonces de determinar, si dicha notificación legal, debe realizarse encontrándose aún vigente el plazo de prescripción para que se produzca la interrupción, o bien, si sólo basta con la presentación de la demanda. La respuesta que se dé al efecto dependerá, del valor que le asignemos al cumplimiento de este requisito. Es decir, si estimamos que con la notificación legal de la demanda se produce el efecto interruptivo, o bien, si esta sólo constituye un requisito para poder alegar la interrupción de la prescripción y, en consecuencia, sólo se requiere para mantener dicho efecto.

De la interpretación del artículo 2503 y del inciso 3° del artículo 2518, se han suscitado varias controversias clásicas, una de ellas es la relativa a si la interrupción de la prescripción opera en la fecha en que se presenta la demanda o recurso judicial o si ello ocurre en el momento en que ella ha sido notificada al demandado. Naturalmente, esta temática reviste interés en aquellos casos en que el plazo de prescripción se ha cumplido después de la interposición de la demanda, pero antes de que ésta haya sido notificada. Ello resulta relevante, ya que de estimarse lo primero, el plazo de prescripción debe considerarse interrumpido y por ende procederá el rechazo de la prescripción; en el segundo, el plazo habrá corrido íntegro y, por tanto, procederá acoger la prescripción alegada.²⁷ Expondremos, a continuación, los argumentos dados por la doctrina en uno y otro sentido.

A. Doctrina disidente. Autores que sostienen que el efecto interruptivo de la prescripción tiene lugar con la sola presentación de la demanda, sin que sea necesario que su notificación legal se realice encontrándose vigente el plazo de prescripción

Según esta línea de interpretación, la interrupción civil de la prescripción opera con la sola presentación de la demanda, sin que sea necesaria la notificación legal de la misma. Tal criterio, no obstante, lo minoritario que resulta, resurgió a la luz por haber adherido a aquel, la Excma. Corte Suprema en el reciente y ya citado fallo Rol N° 6900-2015. Debemos reconocer que, no obstante que en él se indica expresamente que se sigue el criterio sostenido por Domínguez Águila, cabe reiterar que esta

²⁶ FUEYO (1958), p. 257. Y en similar sentido, ALESSANDRI et al. (2004), p. 226.

²⁷ CORRAL (2016), p.1.

postura fue propiciada, aún más tempranamente, por don José Clemente Fabres, quien ya en el año 1912 exponía que *“la interrupción no debe contarse desde la fecha de notificación de la demanda, sino desde la fecha en que se entabló el recurso o demanda. Es cierto, que sin la notificación no surte efecto la demanda, pero efectuada la notificación se retrotraen sus efectos a la fecha en que se interpuso la demanda o el recurso”*.²⁸ Destacados autores han seguido esta línea de interpretación, situándose entre ellos Abeliuk, Peñailillo, Domínguez Águila, e incluso Corral, quien se manifiesta partidario de esta posición, con algunos reparos.

Esta línea de pensamiento postulada inicialmente por Fabres, al igual que la tesis mayoritaria, deriva de la remisión que el artículo 2518 realiza al 2503 y tiene como principio el atribuir a la notificación de la demanda la facultad de retrotraer los efectos de la interrupción a la fecha de presentación de esta. Al efecto, cabe considerar lo expuesto por Abeliuk, quien –sobre la base del mismo principio– adhiere a la idea de que *“basta con que la demanda se intente antes de cumplirse el término de la prescripción, aunque la notificación se haga, posteriormente pues ella retrotrae sus efectos a la presentación de la demanda”*. Arriba a esta conclusión, por cuanto, advierte que la ley ha exigido, únicamente la “demanda judicial”, y ha declarado solamente que ella es inapta para la interrupción si no ha sido notificada en forma legal. Sostiene que igual discusión se plantea respecto de las prescripciones de corto tiempo, aunque en ellas la situación a su juicio, reviste de mayor complejidad, toda vez que el N°2 del artículo 2523 dispone que la interrupción se produce desde que interviene requerimiento, de manera que luego de la discusión previa de si se trata de un requerimiento judicial o extrajudicial, y entendiendo que en la mayoría de los fallos se ha resuelto que se trata de requerimiento judicial, considera que la interrupción se produce con la notificación válida de la demanda, no obstante también existen sentencias en sentido contrario. Por esta razón, Abeliuk se manifiesta partidario a que el legislador intervenga y acerque nuestro Código a soluciones modernas.²⁹

Por su parte, Peñailillo quien se refiere más precisamente a la interrupción civil en el caso de la prescripción extintiva, reconoce la existencia de esta discrepancia (común a ambas prescripciones) en cuanto a si para interrumpir la prescripción basta presentar la demanda ante el tribunal dentro de plazo o, además, es necesario notificarla dentro de él. Dicho profesor, realiza un análisis de ambas posiciones y defiende la postura que se apoya en que la ley exige solamente de “recurso judicial” (o “demanda judicial” si se trata de la extintiva, según el artículo 2518), idea que a su juicio se ve reafirmada en el artículo 2503 según el cual basta que se haya “intentado” el recurso judicial. Dicho autor, complementa esta idea agregando otros argumentos que revisten más bien de un efecto práctico. Así, el exigir que, junto a la interposición de la demanda, la notificación se realice dentro de plazo, implica aceptar el efecto de una cierta desigualdad que se produce entre el acreedor cuyo deudor es más difícil de ubicar y aquel acreedor cuyo deudor es fácilmente ubicable, pues al primero –en los hechos– se le estaría dando menos plazo al exigirle que salga de su inactividad más prontamente. Considera que esa desigualdad, no resulta aceptable y se evita con esta alternativa. Adiciona a ello, la utilidad en distinguir, como también lo hace Domínguez Águila entre los efectos substantivos y procesales

²⁸ FABRES (1912), p. 395.

²⁹ ABELIUK (2014), p. 1451.

de la demanda. Así señala: “Substantivamente, constituye la protesta ante el tribunal por custodiar el derecho; procesalmente, inicia el juicio respectivo; con la notificación queda trabado el juicio y cobra eficacia al acto interruptivo, pero que ya quedo configurado al presentarse la demanda”. Por otra parte, a su juicio, el acto interruptivo no puede ser calificado como recepticio; explica que en prescripción adquisitiva, “el efecto interruptivo asignado a la demanda se funda en tal actitud, exigible al dueño de la cosa poseída por otro que, saliendo de su inactividad (por desidia, abandono o aceptación que otro explote la cosa), demuestre su interés en mantener su derecho bajo consecuencia de perderlo; pues bien, esa actitud se ha manifestado al acudir al tribunal con su protesta; pedir el conocimiento del poseedor es añadir una exigencia que desde luego, nuestros textos no piden (en todo caso, no con claridad); por ello prefiere estimarla como no recepticia”.³⁰

Ya hemos adelantado en parte el criterio sostenido por Domínguez Águila, quien –para dar solución a la interrogante– acude a explicaciones dadas en derecho comparado, citando la doctrina construida en base a los términos que emplea al efecto el Código Civil Francés, que pese a que en lo esencial se trata de los mismos, han sido interpretados por la jurisprudencia de manera diversa. Entienden que lo que la ley prescribe es que la demanda debe estar referida al deudor; pero para que la interrupción produzca sus efectos, no es necesario que el acto interruptivo sea llevado al conocimiento del demandado antes del plazo. De esta forma, este acto produce sus efectos desde su fecha, por cuanto la notificación no resulta ser una condición para que se produzca el efecto interruptivo. Ello no significa que no deba haber notificación (pues será procesalmente necesaria), sino que ésta puede ocurrir después de transcurrido el plazo de prescripción, con tal que la demanda se haya deducido dentro de plazo, ya que lo que interesa para efectos de que se produzca la interrupción, es la iniciativa del acreedor y no el conocimiento del acto por parte del deudor, criterio que también es compartido por el derecho colombiano y argentino.³¹ Explica el autor, que pese a que para nuestra jurisprudencia constituye ya una regla –antes del fallo Rol N° 6900-2015– el exigir que la notificación de la demanda tenga lugar antes que el plazo haya transcurrido; a su juicio, este no resulta ser un criterio aceptable sin otras consideraciones. Para él, ésta solución proviene de la “confusión que generalmente existe entre los efectos procesales de la notificación y los aspectos substantivos en los que descansa la prescripción, y de no separar unos de otros, determina aquí que se pretenda exigir que la voluntad interruptiva se haga depender de su conocimiento por el deudor, pese a que ella no tiene por qué tener un carácter recepticio”. No obstante, que el Código Civil, luego exija para mantener el efecto interruptivo que exista una notificación válida; pero no la pide para que ese efecto se produzca inicialmente.³²

Corral, acepta esta tesis con algunos reparos y advertencias. Así, pronunciándose sobre la jurisprudencia asentada en la sentencia Rol N°6900-2015 de la Excma. Corte Suprema, que entendió interrumpida la prescripción desde la presentación de la demanda, señala que este criterio, debiera

³⁰ Refiere PEÑAILILLO que “al que quiere interrumpir (dueño o acreedor, según el caso) se le estaría restando plazo; más aún, a algunos se les estaría confiriendo menos plazo que a otros; es así porque, como tiene que preocuparse de notificar, tendría que salir de su inactividad un tiempo antes de vencerse el plazo, y si el demandado es de difícil ubicación, el respectivo actor tendría menos plazo que otro cuyo demandado es de muy fácil notificación (a lo que puede agregarse la posibilidad de que el demandado despliegue maniobras para evadir o postergar la notificación); desigualdad que estima no es aceptable”. PEÑAILILLO (2006), pp. 182-183.

³¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), pp. 260-263.

³² DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 263.

hacerse extensivo tanto a la prescripción extintiva como a la adquisitiva, “y no se quede arrinconada, como algo excepcional propio de la prescripción regulada por el D.L. 2.695, que como sabemos, no cuenta con las simpatías de los jueces por los abusos a que ha dado lugar (...)”, no obstante, advierte que debemos tener en cuenta que esta posición puede, en otros juicios, no ser tan atractiva, ya que implicaría favorecer al propietario y al acreedor en contra del interés del poseedor y del deudor. Sugiere, que no es correcto atribuir a la notificación de la demanda implicancias, exclusivamente procesales y no sustantivas, ya que resulta evidente que la demanda no interrumpe la prescripción si no es notificada. Por otra parte, refiere que no es procedente asumir como absoluto el criterio que sostiene que la notificación siempre tendrá efecto retroactivo a la fecha de la presentación de la demanda para entender interrumpida la prescripción, pues asumirlo en términos categóricos puede generar abusos, ya que si bien la gestión de notificación de la demanda puede tardar por circunstancias ajenas al control del actor, lo cierto es que las omisiones o retardos, también pueden deberse a la propia negligencia e incluso mala fe del demandante, como sería aquel caso en que el dueño o acreedor presenta una demanda, pero no obstante, no encarga su notificación. Este caso iría en contra de los fundamentos mismos de la prescripción, y no solo de aquel relacionado al descuido o desidia del acreedor, que esta institución sanciona, sino que; también con el que se dirige a lograr la seguridad jurídica de las relaciones, ya que, de no mediar emplazamiento, el deudor aún no tendrá la calidad de parte, de manera que no podrá alegar el abandono de procedimiento. En dicha línea argumentativa y, a falta de una norma que establezca la existencia de un plazo dentro del cual deba realizarse la notificación de la demanda, Corral propone entender que, si la demanda no es notificada dentro de un plazo razonable, puede aplicarse el evento previsto en el N°1 del artículo 2503, esto es, que la “*demanda no interrumpirá la prescripción, si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal*”, con lo que bastaría con “*ampliar el sentido “legal” entendiéndole comprensivo, no sólo de ilegalidades formales sino que, además de conductas dilatorias que no pueden ser amparadas por la ley, por impedirlo así los principios de buena fe procesal, prohibición de abuso del derecho o relativo a que nadie puede aprovecharse de su propio dolo*”.³³

Agrega además Corral que el peligro de que quede presentada la demanda por mucho tiempo sin notificarse se conjura por el hecho de que una vez interrumpida comenzaría a correr un nuevo plazo de prescripción. Sin embargo, el demandante podría seguir presentando la demanda y así renovar la interrupción y, además, podría alegar que la interrupción se mantiene mientras no se dé alguno de los casos del art. 2503.³⁴ Nos preguntamos bajo qué norma del Código Civil o del Código de Procedimiento Civil si la demanda se presenta, pero no se notifica al deudor, comienza a correr un nuevo plazo de prescripción. Simplemente no la hay. La disciplina de los artículos 2514 y siguientes del Código Civil está pensada desde que la obligación se haya hecho exigible y claramente está relacionada con la pretensión sustantiva y no adjetiva deducida en juicio.

En el caso del artículo 2515, relativo a la prescripción de largo tiempo, es necesariamente así por la naturaleza propia de las obligaciones ordinarias o ejecutivas, según sea el caso, las que no están

³³ CORRAL (2016), pp. 1-4.

³⁴ CORRAL (2019), pp. 1-4.

relacionadas con el acto procesal de notificación el que en ningún caso les da origen sino que representa el medio de conocimiento de la pretensión deducida en juicio por un acreedor de tales obligaciones, sin el cual el derecho deducido en juicio se extingue por no haberse ejercido dicha acción durante cierto lapso de tiempo, según reza el propio artículo 2492 del Código Civil.

En síntesis, podemos señalar que los argumentos en que la doctrina disidente sustenta su postura relativa a que basta con la sola presentación de la demanda para producir la interrupción de la prescripción, son los siguientes:

1. Para interrumpir la prescripción, no es necesario que el demandado conozca la demanda, basta que ella haya sido presentada dentro de plazo;
2. La voluntad interruptiva no puede hacerse depender del conocimiento que tenga o no el deudor de la circunstancia de que se ha presentado la demanda en su contra;
3. La notificación de la demanda, es un presupuesto procesal de la interrupción civil de la prescripción, más no un requisito sustantivo, notificándose la demanda en cualquier momento, antes o después de cumplirse el plazo de prescripción, se cumple con el requisito procesal para poder invocar la interrupción civil de la prescripción;
4. Los efectos de la interrupción civil de la prescripción no pueden hacerse depender del vaivén de actuaciones ajenas a la esfera de la voluntad del acreedor, como lo es la actuación del tribunal, del receptor judicial, o de la circunstancia de ser habido o no el demandado para ser notificado;
5. El fundamento de la prescripción estriba en sancionar la desidia o negligencia del acreedor en la protección de sus derechos o en el reclamo de estos, desidia o negligencia que queda desvirtuada con la sola presentación de la demanda por parte del acreedor o dueño, pues con dicha actuación resulta palmario que el acreedor o dueño ha decidido actuar en defensa de sus intereses;
6. El artículo 2503 N°1 del Código Civil, no señala que deba notificarse dentro de plazo de prescripción para que ésta se entienda interrumpida, solo indica que para alegar la interrupción la demanda debe haber sido notificada, sin indicar la época en que deba realizarse ni tampoco que deba tener lugar antes de expirar el plazo.³⁵
7. Que una vez efectuada la notificación de la demanda se retrotraen sus efectos a la fecha en que se entabló el recurso o demanda;
8. El argumento de texto que se desprende del artículo 2503, norma que sólo requiere que se haya “intentado” el recurso, antes de cumplirse el plazo de prescripción, por cuanto la ley ha exigido, únicamente de “demanda judicial”, y ha declarado solamente que ella es inapta para la interrupción si no ha sido notificada en forma legal;
9. El argumento práctico consistente en que, de exigirse, además de la interposición de la demanda, la notificación de esta dentro de plazo, implicaría aceptar la desigualdad que se produce entre el acreedor cuyo deudor es más difícil de ubicar, respecto de aquel, cuyo deudor es fácilmente ubicable, de manera que al primero, en los hechos, se le estaría concediendo menor plazo al exigirle que salga de su inactividad más prontamente;
10. Con la notificación legal de la demanda queda trabado el juicio, y cobra eficacia el acto inte-

³⁵ Útil resulta al efecto, el estudio que de este tema ha realizado PINOCHET, quien con motivo de su comentario al fallo 6900-2015, realizó una sistematización de los argumentos esgrimidos por la doctrina disidente. PINOCHET (2017), pp. 645-646.

ruptivo, pero este ya ha quedado configurado al momento de la presentación de la demanda;

11. Se desprendería del inciso final del artículo 2503 que la notificación legal de la demanda tiene por objeto mantener el efecto interruptivo, pues conforme recalca dicho inciso, de no haberse efectuado la notificación legal de la demanda, se entenderá que la prescripción no ha sido interrumpida.

B. Doctrina mayoritaria. La demanda debe ser notificada legalmente, dentro de plazo de prescripción para producir la interrupción civil de la misma

La mayoría de los autores sostienen que la demanda debe ser notificada durante la vigencia del plazo de prescripción, pues es al momento de la notificación válida de la misma cuando se produce el efecto interruptivo y no al tiempo de la sola presentación judicial del libelo. Asimismo, la jurisprudencia ha señalado “El acto por el que una persona exige a otra que se haga o no alguna cosa, que conlleva el requerimiento, implica dar noticia a aquella del cobro de la obligación respectiva, es decir, comunicarle la circunstancia de modo que tome positivo conocimiento de la misma y se vea compelido a responder, situaciones ambas que no se dan a partir de la sola distribución de la demanda”,³⁶ esta línea de pensamiento deriva de la concordancia entre los artículos 2503 y 2518 del Código Civil, y ha constituido el criterio que se ha mantenido casi invariable por nuestra jurisprudencia –salvo hasta el fallo Rol 6900-2015 de 31 de mayo de 2016, en que la Excma. Corte Suprema pareciera abrir las puertas hacia un vuelco jurisprudencial sobre la materia, al resolver en sentido contrario e innovar–. Este criterio mayoritario aún, sostiene que; en atención a que en el artículo 2518 se expresa que la demanda judicial no interrumpe la prescripción extintiva en los casos enumerados en el artículo 2503, entre los cuales figura el de la notificación de la demanda que no ha sido hecha en forma legal; es posible desprender que si la demanda no es capaz de interrumpir la prescripción cuando no está legalmente notificada, menos aún la interrumpe cuando no ha sido notificada de manera alguna. De esta forma, la sola presentación de la demanda judicial no produce efecto interruptivo alguno, en tanto no sea notificada al demandado, siendo para ello indispensable que dicha notificación se realice dentro del plazo de prescripción de la respectiva acción, pues de lo contrario, no tiene sentido que se produzca la interrupción de un plazo que ya habría alcanzado a correr en forma íntegra. De este modo, es al momento de la notificación legal de la demanda cuando se produce la interrupción de la prescripción.

Tal y como sostiene Alcalde, en la nota al “Proyecto inédito”, Andrés Bello señaló que el artículo 2686, que luego sería el actual 2503, tenía su fuente en el art. 2247 del Code francés y que también se relacionaba con los arts. 2244, 2245 y 2246 de ese mismo código. Es la norma del artículo 2244 del Code la que reviste el mayor interés, ya que tal precepto señalaba que: “La citación judicial, aun en el procedimiento sumario, el mandamiento judicial o el embargo, notificado al que se quiere impedir que prescriba, interrumpen la prescripción, así como los plazos para ejercitar la acción”. Como señala el citado autor, la expresión “citación judicial” dio origen a discusión, pero parece claro que la prescripción cesaba desde que se notificaba la demanda, criterio compartido en las Siete Partidas.³⁷

³⁶ Acevedo Andrade con Servicios de Mensajería S.A (2011).

³⁷ ALCALDE (2016) pp. 266 y ss.

Es en este mismo sentido que la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema siempre se ha mantenido en la interpretación de la palabra “demanda judicial”, que utiliza el artículo 2518, inciso tercero, del Código Civil, y que hace alusión a un concepto más extenso que el meramente formal de la misma, porque se entiende como relativo a cualquier recurso que se ejerza para la protección de un derecho. Es una manifestación de voluntad que hace salir del silencio al acreedor, lo que solo puede lograrse mediante la notificación de esta, por su efecto noticioso impostergable.

No es de extrañar que en la reciente ley **N°21.226** se estableciera un régimen excepcional de notificaciones debido al COVID-19. El artículo octavo de esta ley se refiere a las consecuencias que tiene el estado de catástrofe, y mientras este dure. Si bien entiende interrumpida la prescripción por la sola presentación de la demanda, lo condiciona a que deba ser válidamente notificada dentro de plazos acotados: *“Artículo 8.- Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, se entenderá interrumpida la prescripción de las acciones por la sola presentación de la demanda, bajo condición de que esta no sea declarada inadmisibles y que sea válidamente notificada dentro de los cincuenta días hábiles siguientes a la fecha del cese del referido estado de excepción constitucional, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que la demanda fuere proveída, lo que suceda último”*.

Estimamos que, sin perjuicio de los intentos de afirmar que la interrupción se da con la sola presentación de la demanda, el propio régimen de la ley N° 21.226 no viene más que a confirmarnos que es necesaria la notificación en un plazo determinado, y que incluso en situaciones excepcionalísimas como ésta, y solo como consecuencia del estado de catástrofe, deberá igualmente notificarse la demanda para que se produzca el efecto de interrumpir la prescripción. No podría entenderse de otra forma, ya que los receptores no han podido notificar y esto no permite al demandante interrumpir la prescripción, pudiéndosele provocar un grave perjuicio.

Si no se notifica válidamente dentro de los cincuenta días hábiles siguientes a la fecha del cese estado de excepción constitucional por COVID-19, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que la demanda fuere proveída, lo que suceda último, deberemos recurrir a la tesis mayoritaria que venimos sosteniendo. Por lo tanto, la interrupción de la prescripción no se producirá con la sola presentación de la demanda, sino con la notificación de esta en la forma reglamentada en la ley especial.

De esta manera, queda ratificada la sana doctrina en orden a que la interrupción de la prescripción, sin el estado de excepción, solo es posible con la notificación de la demanda dentro del término de prescripción. Ratificando que el grave problema que tiene el asumir que la interrupción se da solo con la presentación de la demanda es que en Chile no existe un plazo para notificar la demanda en tiempos de normalidad. Esto implicaría que se puede presentar la demanda y no notificar nunca, con lo que el deudor podría nunca saber que se interrumpió, con los consiguientes problemas que ello tiene respecto de derechos de terceros, constituidos válidamente en el tiempo intermedio entre la presentación de la demanda y su notificación. Sabemos que la prescripción tiene como finalidad dar

estabilidad a las relaciones jurídicas, mantener la paz social, y por, sobre todo, dar seguridad jurídica a las relaciones de derecho, lo que solo se logra con la notificación de la demanda dentro del tiempo de prescripción de las acciones.³⁸

Son muchos los autores que se han manifestado en este sentido, aunque como veremos con matices diversos, dentro ellos el profesor Meza Barros, quien considera que “no basta con la presentación de la demanda para interrumpir la prescripción, sino que debe ser notificada, ya que sin dicha notificación no produce ningún efecto, prueba de ello, es que conforme al artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, el demandante puede retirarla, sin ningún trámite”. Exigencia que estima fluye del numeral 1° del artículo 2503. Luego, en sentido contrario y conforme a la misma norma, si no se ha notificado legalmente la demanda o si dicha notificación ha sido declarada nula, debe entenderse que –la demanda– no habrá producido nunca la interrupción.³⁹ Es decir, la base fundamental de esta doctrina, tiene lugar en un argumento de texto, y responde a un criterio lógico y más bien evidente, al decir de Rioseco “existiendo vínculo obligacional entre el acreedor y deudor, la liberación de este último, está directamente relacionada con la inactividad del primero. Con todo, si el acreedor sale de su pasividad mediante el ejercicio de la acción, ello tendrá eficacia jurídica en la medida que sea conocido legalmente por el deudor, esto es, mediante su notificación”.⁴⁰

Ahora bien, en cuanto al momento en que debe practicarse la “notificación legal de la demanda” Escalona, considera que la prescripción extintiva sólo se interrumpe civilmente por la demanda judicial debidamente notificada dentro de lapso de tiempo respectivo, pues en el artículo 2518 del Código Civil se expresa que la demanda judicial no interrumpe la prescripción extintiva en los casos enumerados en el artículo 2503, entre los cuales figura “si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal”, de lo que se deduce que si no interrumpe la prescripción la demanda cuando está ilegalmente notificada, menos puede interrumpirla cuando no está notificada en manera alguna. Refiere el autor que, no obstante a su juicio parece una situación un tanto “obvia”, ha dado lugar a discusión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en aquellos casos de demandas que han sido presentadas aún vigente el plazo de prescripción, pero cuya notificación ha tenido lugar una vez expirado éste, cues-

³⁸ Es en este sentido en el que el Ministro de Justicia y Derechos Humanos señaló, en la discusión en sala en la Cámara de Diputadas y Diputados de esta ley 21.226, página 7, que: “Finalmente, hay una disposición que se refiere a la prescripción, en la cual se señala que en el ámbito civil se permite la interrupción de la prescripción con la sola presentación de la demanda, cambiando así la regla general que supone que está ya haya sido notificada a las partes. ¿Por qué? Porque puede suceder que no haya cómo ejecutar esa notificación y la persona, al no recibirla, pierda su derecho y vea su prescripción cumplida. Esta interrupción de prescripción, que es fundamental en el ámbito civil, supone que, una vez terminado el estado de catástrofe y dentro de un plazo, pueda ser notificada, cumpliéndose el objetivo, o si el juez ha provisto en otro plazo posterior, de manera que la otra parte también pueda tener participación y la posibilidad de hacer presente su posición.” Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7739/>. [visitado el 28-07-2021].

³⁹ Sobre el efecto que produce la presentación de la demanda y su notificación ante un tribunal incompetente, resulta un principio unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que la incompetencia del tribunal ante el que se instaura la demanda no es inconveniente para la eficacia de la interrupción que de ella resulta. Del mismo modo el artículo 2518 del Código Civil, no excluye la demanda presentada ante tribunal incompetente. MEZA BARROS (1994), p. 502. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 254. En sentido contrario, RODRÍGUEZ GREZ, quien piensa que lo obrado ante un tribunal incompetente es nulo, por consiguiente, debe considerarse igualmente nula la notificación practicada. Ello por cuanto, si no hay interrupción civil cuando no se ha notificado válidamente la demanda o recurso judicial intentado, lo mismo cabe decir si es nula la actuación (notificación), como consecuencia de haberse practicado por orden de un tribunal que carece de competencia. RODRÍGUEZ GREZ (2008), pp. 304-306.

⁴⁰ RIOSECO (2004), p. 59.

tionamiento que no resulta baladí ya que de su resultado dependerá si entendemos interrumpido la prescripción –procediendo el rechazo de la prescripción– o, por el contrario, se estimará vencido dicho plazo –debiendo acogerse la excepción–. Para el referido autor, no obstante, que en algunos fallos aislados se ha seguido el criterio encabezado por Fabres, afortunadamente la Excm. Corte Suprema se ha encargado de restablecer la que considera la buena doctrina, que señala que *“la interrupción de la prescripción opera únicamente desde el momento de la notificación legal de la demanda”* y hace aplicable este mismo principio a los casos especiales de las letras de cambio y pagarés, regulados por la Ley 18.092, de 14 de enero de 1982, en sus artículos 98, 100 y 107. *“En efecto, por ellos hace aplicables a los pagarés las normas relativas a las letras de cambio y, entre ellas, las relativas a la prescripción de un año, contados desde el día del vencimiento del documento y de que la prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro”*.⁴¹

En la obra de Vodanovic, que tiene lugar sobre la base de los criterios de Alessandri y Somarriva, se concluye que para que exista interrupción civil no basta con la mera interposición de la demanda; sino que también es necesario que se haga, debidamente su notificación y que esta se ajuste a las exigencias que se imponen para su validez, se estima que esta conclusión deriva, de la relación de los artículos 2503 y 2518. Se agrega como argumento, que según fluye de los Títulos VI y VII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativo a las notificaciones y actuaciones judiciales, respectivamente, para que tengan valor tales actuaciones es necesario, salvo poquísimas excepciones, que se lleve a cabo la correspondiente notificación a la persona a quien se pretende afecte la diligencia; debiendo considerarse, además que el artículo 65 del citado Código, es claro en señalar que, los términos empezarán a correr para cada parte desde el día de su notificación. Advierten que, no obstante se trata de normas relativas a plazos procesales, sí permiten evidenciar el criterio que al efecto tiene el legislador en cuanto a la importancia de la notificación en los trámites judiciales. De esta forma el requisito de notificación de la demanda, surge de los principios generales, porque *“la interrupción no obra sino de persona a persona y, por lo tanto, supone notificación; también emerge de las reglas de procedimiento, porque toda citación ha de ser notificada”*.⁴² Por su parte, para Orrego la situación es bastante clara, ya que indica como requisitos de la interrupción civil, que se “intente” un recurso judicial, es decir, que la acción se deduzca ante los tribunales de justicia, que el reclamo de quien se pretende dueño debe notificarse al actual poseedor y, además que la demanda se notifique antes de que el plazo de prescripción haya transcurrido;⁴³ Barcia se manifiesta en igual sentido.⁴⁴

Rodríguez Grez, por su parte, refiriéndose con bastante detención al problema, atribuye tal importancia al acto de notificación legal de la demanda, que estima que una demanda que no ha sido notificada, simplemente no existe, como demanda judicial, propiamente tal, sino que solo constituye un acto jurídico unilateral, desconocido por el deudor, incapaz de alterar la situación de la relación,

⁴¹ ESCALONA (1997), pp. 189-192.

⁴² ALESSANDRI et al. (2004), p. 209.

⁴³ ORREGO (2011), p. 9.

⁴⁴ *“Para que la demanda judicial produzca la interrupción de la prescripción, es necesario que ella sea notificada y que la notificación se haya efectuado antes de expirar el plazo de prescripción”*. BARCIA (2010), p. 204.

manteniéndose, todos los efectos del silencio.⁴⁵ Siendo con ello evidente que la sola presentación de la demanda no es suficiente para poner fin al “silencio de la relación”, ya que esta se encuentra trabada entre deudor y acreedor y no por intermediación de un tribunal de justicia. Luego, si la demanda no se comunica (notifica) al deudor, el “silencio” se mantiene incólume. De esta forma, el sujeto pasivo del derecho (obligado) debe ser emplazado por medio de la respectiva notificación, y en tanto ello no ocurra, subsiste el receso de la relación, puesto que lo obrado sólo representa un acto unilateral sin consecuencias jurídicas. Agrega, que si la notificación no se ha hecho en forma legal, debe concluirse que no ha tenido lugar un acto idóneo de comunicación que alcance al obligado, por lo que no resulta de ello efectos interruptivos. Luego, en aquellos casos en que la demanda no ha sido notificada en forma legal, dicha actuación es nula, de manera que no genera efecto alguno. Discrepa como vemos, de la idea de que la interrupción se produce al momento de entablarse la demanda ante el tribunal, y que al ser notificada sus efectos se retrotraen al momento de ser deducida. Por contrario, considera que la interrupción tiene lugar al momento de notificarse la demanda, conclusión que desprende del hecho de que, no existe norma alguna que disponga que la notificación de la demanda retrotrae los efectos de esta a la fecha de su interposición. No obstante, lo que sí ocurre es que hay juicio desde el momento en que esta se practica. Antes de ello, no hay juicio ni se genera efecto alguno para el demandado. Por lo demás, cualquier interpretación en contrario, implica privilegiar la situación del acreedor y provocar desequilibrios entre los litigantes.⁴⁶

Útil en la exposición de los criterios, resulta lo sostenido por Pinochet en un reciente estudio y comentario de jurisprudencia a raíz de la dictación de la sentencia Rol N° 6900-2015 de 31 de mayo de 2016. En su afán de dar solución a esta problemática, acude al significado que le asigna Flume a la “interposición de la demanda”, quien estima que ésta puede llegar a ser calificada como conducta concluyente *-facta concludentia-* en este caso, de la voluntad del acreedor o dueño de poner fin a su pasividad en la defensa de sus derechos, sin que dicha definición dé luz sobre la necesidad, para poder tener por logrado dicho efecto, que la demanda sea notificada legalmente dentro del plazo de prescripción extintiva de la acción o extintiva del derecho de dominio y demás derechos reales. Sin perjuicio de ello, estima el autor, que *“aun cuando fuere posible asignar valor jurídico a la conducta consistente en la sola presentación de la demanda, la teoría del acto jurídico presenta sus limitaciones, ya que evidentemente no nos encontramos en presencia de un acto jurídico bilateral, menos ante un acto jurídico recepticio (categoría únicamente aplicable a los negocios jurídicos unilaterales), como alguno pudiera pensar, porque para calificar el acto jurídico unilateral como recepticio no es necesario, como explica Flume, la recepción del destinatario de la declaración de voluntad recepticia. El criterio que nos lleva a la categoría de recepticio es que dicha voluntad “Ha de ser emitida frente a otro; en correspondencia se llaman no recepticias aquellas declaraciones de voluntad que no han de ser emitidas a otros”*.⁴⁷ Frente a la insuficiencia que le resulta la teoría del acto jurídico para dar solución al problema, recurre al Derecho Procesal, en el que se reconoce como hecho pacífico para que se produzca la “relación jurídica procesal”, la notificación legal de la demanda dentro de plazo. Considera que, de lo contrario,

⁴⁵ RODRÍGUEZ GREZ (2008), p. 302.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2008), pp. 303-304.

⁴⁷ PINOCHET (2017), p. 649.

se podrían dar casos tan absurdos como el que con la sola presentación de la demanda se entendiera interrumpido el plazo de prescripción, y que el demandante luego retirara la demanda o bien, nunca la notificara, dándose con ello la paradoja de que el plazo de prescripción estuvo interrumpido, pero no produjo efecto, ni nadie se enteró.⁴⁸ Concordamos con esta opinión, en cuanto a que pareciera ser necesario algo más que la sola interposición de la demanda, pues nos parece alejado de uno de los principales fundamentos de la prescripción, relativo a que con ella se persigue dar certeza a una determinada relación jurídica, pues podría darse el evento que el deudor no llegara a enterarse jamás de que el plazo de prescripción que para él aparentemente estaba corriendo en su favor y beneficio, había sido “interrumpido” por un acto del que no tenía conocimiento, situación que se aleja por completo de la noción de certeza y seguridad jurídica en que se sustenta nuestro orden jurídico. En el mismo sentido concluye el citado académico, quien recalca que la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, tiene como fundamento *“la seguridad jurídica, la que se ve abierta y seriamente amenazada si los actores pudieran provocarse artificialmente una ampliación significativa de los plazos de prescripción, únicamente con la presentación de la demanda. Dicha tesis contradice el fundamento mismo de la prescripción, así como las más elementales consideraciones sobre el inicio de la relación jurídica procesal y sus efectos”*.⁴⁹

A estas consideraciones, agrega como argumento de texto de la que él considera debe constituir la regla general en materia de interrupción de la prescripción en Derecho Privado, lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 18.092, sobre Letra de Cambio y Pagaré, en cuanto indica que la prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se le notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución. Señalando expresamente que la prescripción solo se interrumpe respecto del obligado que ha sido notificado de la demanda, de lo que se deriva, que en estos casos no resulta suficiente su sola presentación.⁵⁰

Nos parecen acertadas las conclusiones a las que arriban Rodríguez y Pinochet, y si bien no podemos negar, que el simple acto material que implica la sola presentación de la demanda no produce aún efecto para el demandado de no haber mediado la respectiva notificación, al menos representa una manifestación de voluntad del acreedor en orden a ejercer un derecho o perseguir el pago de algún crédito, y permite advertir sobre su intención, no obstante, “insipiente” dirigida a romper el estado de inactividad en que se encuentra la relación jurídica, evento que consideramos sólo se materializará con y desde la notificación legal de la demanda. Coincidimos con que el efecto “interruptivo” se produce al momento mismo de realizarse la notificación legal de la demanda, puesto que a nuestro juicio no podemos abstraernos de los efectos procesales de su notificación, y de las normas que regulan el emplazamiento y el efecto de las resoluciones, ya que es el mismo Código Civil en sus artículos 2503

⁴⁸ PINOCHET (2017), pp. 648-650.

⁴⁹ *“La prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, tiene su fundamento en la seguridad jurídica entendida, seguridad que se ve abierta y seriamente amenazada si los actores pudieran provocarse artificialmente una ampliación significativa de los plazos de prescripción, únicamente con la presentación de la demanda. Dicha tesis contradice el fundamento mismo de la prescripción, así como las más elementales consideraciones sobre el inicio de la relación jurídica procesal y sus efectos”*. PINOCHET (2017), p. 653.

⁵⁰ PINOCHET (2017), p. 651.

y 2518, el que se ha referido a recurso “judicial” y a demanda “judicial”, de lo que entendemos que lo que se requiere es que la demanda sea presentada ante un tribunal, por tanto, no podemos olvidar del principio que establece que “*las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley*”; salvo los casos expresamente exceptuados por ella, caso que, como reconoce Rodríguez no existe, pues no hay norma alguna que permita atribuirle efectos retroactivos a la notificación legal de la demanda. Con ello tenemos que, la resolución que tiene a la demanda por “presentada” o “interpuesta”, conforme a los artículos 38 y 40 del Código de Procedimiento Civil, no surtirá efectos respecto del demandado, en tanto ésta –la resolución que la tiene por interpuesta– como la solicitud en que dicha resolución recae –o sea, la demanda misma– sean notificadas válidamente al demandado. Antes de ello, y sólo por el acto material que implica la presentación de la demanda a distribución, incluso podríamos llegar a concluir que ni la “interposición” o “presentación” de la demanda, ha surtido efectos jurídicos. Asimismo, creemos que de sostener lo contrario y atribuyendo el efecto de interrumpir civilmente la prescripción por el solo hecho de presentar la demanda a distribución, implicaría una interpretación que favorece necesariamente al acreedor frente al deudor, lo que nos parece contrario a los principios en los que se funda nuestro Derecho, sobre protección a la parte más débil.

Frente al argumento sostenido por la doctrina disidente y recogido, además, por la sentencia Rol N° 6900-2015, por el cual justifican que la sola presentación de la demanda produzca el efecto de interrumpir la prescripción, en cuanto la notificación no constituye un acto dentro de la esfera única del acreedor, pues queda supeditada su realización a los vaivenes del acto procesal del receptor y la no siempre fácil ubicación del deudor, sumado a que el fundamento de la prescripción estriba en sancionar la desidia o negligencia del acreedor en la protección de sus derechos o en el reclamo de los mismos, compartimos la crítica formulada por Pinochet, quien discrepa de este argumento, al estimar que no es lícito calificar de diligente a aquel demandante ejecutivo que, pese a tener tres años para ejercer su acción, decide demandar sólo un mes antes, sin lograr notificar al deudor quien al esconderse, provoca que se estampen las búsquedas a fin de notificar de conformidad al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil; formulándose frente a este caso las interrogantes: “*¿podremos calificar al actor de diligente? ¿no es mejor en este caso privilegiar la seguridad jurídica? ¿no debió prever el demandante dificultades normales y frecuentes en el proceso de notificación?*”.⁵¹ Frente a los reparos que tenemos, respecto de este tipo de argumentos, que suponen desde ya la existencia de mala fe procesal de parte del deudor, circunstancia que estimamos se aleja del principio de que la buena fe se presume, que trasciende a todas las ramas del Derecho, y aun aceptando esta premisa –esto es, que más de algún deudor pretenderá esconderse, a fin de evitar ser notificado– queriendo decir que con la sola presentación de la demanda el deudor ya conoce sobre la existencia de una acción en su contra, no obstante aún no haber sido emplazado, creemos que no puede catalogarse de “acreedor diligente” a aquel actor que no se representa la posibilidad de que el deudor se esconda haciendo difícil su notificación, o bien, aún sin suponer la mala fe de su parte, en aquellos casos en que, simplemente sea difícil determinar la actual ubicación del mismo, porque o se ignora su actual paradero o se encuentra fuera del país, y que por ello pueda verse en la necesidad de notificar ya sea por el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil o incluso por avisos o nombrándole en su caso un curador de

⁵¹ PINOCHET (2017), pp. 650-651.

ausentes, siendo esta una representación natural y lógica que debe, necesariamente, plantearse un acreedor que pretenda estimarse como diligente.

Tal y como expresa Alcalde, la interrupción civil está asociada a la discusión sobre la titularidad del derecho, por lo tanto, solo puede existir interrupción desde que existe discusión sobre el derecho en cuestión, y tal ocurre desde que se notifica judicialmente la demanda, lo que por otro lado se expresa de la misma manera en varias ocasiones en el Código Civil: el cobro de perjuicios derivados de la ruina de un inmueble (art. 934 del CC), el que permite seguir la ejecución contra los herederos del deudor (art. 1377 del CC), la facultad para enervar pagando la resolución derivada de un pacto comisorio calificado en la compraventa (art. 1879 del CC), y la que autoriza para exigir al deudor principal el reembolso de los gastos pagados por el fiador (art. 2370 del CC).⁵²

V. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN CUANTO A LA NECESIDAD DE NOTIFICAR LEGALMENTE LA DEMANDA PARA EFECTOS DE INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN

A fin de hacer un recuento de lo que ha sido la jurisprudencia en torno a la problemática planteada, diremos que la posición comúnmente aceptada por nuestros tribunales tal como lo reconocía la Excma. Corte Suprema en el fallo Rol N° 6.489-2009,⁵³ en su motivo 30°, es aquella que considera que “es la notificación judicial de la demanda la que produce el efecto interruptivo, lo que se desprende del N°1 del artículo 2503, norma en virtud de la cual no puede alegarse la interrupción si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal. Por otra parte, del artículo 2518 en relación con el 2503 del Código Civil, especialmente de lo previsto en el numeral primero, se deduce que al verificarse la notificación de la demanda, se entiende producida la interrupción civil de la prescripción”. Es decir, la jurisprudencia mayoritariamente aceptada,⁵⁴ estima no sólo que la notificación válida de la demanda constituye un requisito para alegar la interrupción civil de la prescripción, sino que además, es en el momento en que ella se produce cuando tiene lugar la interrupción misma del término de prescripción que se encontraba corriendo, habiéndose declarado que (motivo 31°) “(...) la notificación judicial de la demanda es el hito que marca el momento de la interrupción civil de la prescripción, siempre y cuando la práctica de dicha diligencia se haya cumplido con todas las formalidades que prevé la ley, pues sólo en ese evento podrá afirmarse que se trata de una notificación, como indica el precepto, hecha en forma legal”. Asimismo, en dicho fallo, se precisa que la notificación se entenderá practicada y, por ende, tendrá lugar la

⁵² ALCALDE (2016) pp. 268.

⁵³ Del Valle Soler y otra con Del Valle Vásquez (2011).

⁵⁴ Banco Santander Chile con Sajuria Alvear, Emilio Patricio (2015); Oyaneder Automotriz Limitada con Universal Motors S.A. (2015); Banco Bilbao Vizcaya Argentaria con Hernández Díaz, Ricardo Omar (2016); Servicios Corein S.A. con Corporación Municipal de Educación y Salud de Melipilla (2016); Banco de Chile con Constructora Arenas y Cía. Limitada (2016); Banco de Chile con Leiva Rodríguez, Andrea Aurora (2016); Banco del Estado de Chile (2016); Cooperativa de Ahorro y Crédito Oriente con Servitrucks Ltda. y otros (2016); Corpbanca con Olivares Miranda, Magda Virginia (2016); Díaz Reyes, Delicia con Rojas Vergara, Jorge (2016); Scotiabank con Sociedad de Servicios de Transportes Cíferal Express Limitada (2016); Scotiabank Chile con Meisenbichler Ortega, Gladys Verónica (2016); Banco Santander con Astete Pérez, Ángelo Mauricio (2017); Banco Ripley con Veliz Muñoz, Ximena (2017); Banco Concepción con Caro Hernández Doris y otros (2017); Forum Servicios Financieros S.A. con Cortés, Claudia (2017); Banco Bilbao Viscaya Argentaria con Olguín Segura, Teresa Alejandra (2017); Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional con Pujol Rodríguez, Francisco (2017); Sirner Álvarez, Sebastián Nicolás con Factoring Express S.A. (2017); Universidad la República con Universidad la República (2017).

interrupción civil, *“una vez que todos los actos de que se compone, con atención a la finalidad que esta actuación persigue, se han llevado a cabo y no cuando se principia a ejecutar el primero de ellos o bien cuando se termina de ejecutar uno cualquiera que no sea el último”*. De este modo, *“antes de cumplirse la última formalidad la notificación no ha sido verificada en conformidad a la ley, razón por la cual no puede estimarse que se produzcan aún los efectos que la misma ley prevé para el caso en que la notificación no se haya consumado”*. A mayor abundamiento, el fallo precisa en su considerando 38° que *“(…) resulta inconcuso que para que opere la institución de la prescripción, debe el plazo de la misma necesariamente estar corriendo, pues de lo contrario nada hay que interrumpir. Asimismo, en el caso de haberse enterado, no procede la interrupción, aunque puede ocurrir que el deudor no la alegue, operando la renuncia tácita de la misma”*. De esta manera, la generalidad de los fallos de la Excm. Corte Suprema se manifestaba en lo que constituía casi una regla, esto es, rechazar los recursos de casación en el fondo fundados en la supuesta ilegalidad consistente en exigir la notificación válida de la demanda dentro del plazo de prescripción para que surta efecto la interrupción de la prescripción.

Como ya hemos adelantado, el 31 de mayo de 2016 se dictó el fallo Rol 6900-2015 por parte de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, el que apartándose de la doctrina y jurisprudencia mayoritariamente aceptada, declara que basta con la mera presentación de la demanda para que opere la interrupción de la prescripción, tesis que si bien resulta innovadora, útil es recordar que ya la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 29 de octubre de 1963 se había pronunciado en sentido de reconocer que *“la interrupción civil de la prescripción, se cuenta desde la presentación de la demanda o del recurso judicial, y si bien es cierto que si su notificación ella carece de significado procesal, una vez efectuada la notificación se retrotraen sus efectos a la fecha de presentación de aquella (...) Es la presentación de la demanda, o sea, el acto de reclamar o perseguir su derecho en juicio por parte del acreedor, el evento público y ostensible que pone de manifiesto el propósito del titular del derecho de instar por su resguardo poniendo en conocimiento de la justicia su pretensión en tal sentido(...) Los efectos de la interrupción no pueden quedar expuestos a las artes y maniobras del deudor, quien, una vez presentada la demanda interruptoria podría dilatar o dificultar la práctica de la notificación más allá del vencimiento de la prescripción impidiendo de esta manera que ella quedara interrumpida con el recurso judicial del acreedor quien tiende precisamente a impedir su curso”*.⁵⁵ Dicho fallo, ya entonces recogía la postura presentada como minoritaria sobre el tema, y pese a que por años esta problemática parecía resuelta en sentido uniforme, fue reactivada con motivo de la dictación de la sentencia Rol 6900-2015,⁵⁶ por

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 29 de octubre de 1963, Rev. de Der.t.60, sec.2°, pp. 130-132.

⁵⁶ Dicha sentencia recayó en un juicio sumario sobre acción reivindicatoria especial del Decreto Ley 2.695, seguidos ante el 2° Juzgado Civil de San Fernando en que por sentencia de 23 de mayo de 2014, se acogió en forma parcial la demanda ordenando la cancelación de la inscripción a favor del demandado, luego recurrido de apelación ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, por resolución de 16 de abril de 2015, se procedió a rechazar la excepción de prescripción interpuesta en segunda instancia, confirmando la sentencia. En contra de dicha decisión se dedujo recurso de casación en el fondo fundado básicamente en la infracción a los artículos 15, 16 y 26 del Decreto Ley 2695, y artículos 22, 2503 y 2523 del Código Civil. Al conocer el recurso de casación en el fondo, en el que se sometió a debate ante la Excm. Corte Suprema la posibilidad de interrumpir la prescripción adquisitiva de un año, que estaba corriendo, con la sola presentación de la demanda o si, era indispensable para producir tal efecto interruptivo la notificación legal de la misma. En dicho fallo, luego de dar por establecido como hechos que desde la fecha en que se efectuó la inscripción de la resolución exenta dictada por Bienes Nacionales y la notificación legal de la demanda había transcurrido más de un año, lo que no había ocurrido entre la data de la inscripción y la de presentación de la demanda, estimó que se había producido el efecto interruptivo con la sola presentación de la demanda, sin considerar que la fecha en que se practicó la notificación legal tuvo lugar con posterioridad al año. Para ello hizo aplicable las reglas de prescripción de corto tiempo, y en especial lo dispuesto en el artículo 2523 del Código Civil, estimando que la interrupción civil opera desde que “interviene requerimiento”,

parte de la Cuarta Sala de la Excm. Corte Suprema, sometiendo nuevamente a discusión este clásico problema jurídico.⁵⁷

En la referida sentencia, el problema se manifiesta en toda su envergadura, pues habiéndose presentado la demanda aún sin expirar el plazo de prescripción adquisitiva, se notifica, sin embargo, ya expirado el término. Señala el fallo en su motivo 5° que: *“desde ya es posible sostener que salvo en los casos enumerados en artículo 2503, la demanda judicial interrumpe civilmente la prescripción. Sin embargo, tal solución o más bien interpretación se ha venido sosteniendo uniformemente en el derecho extranjero. Así por ejemplo el Código Civil francés en su artículo 2241 indica que: “La demanda ante la justicia, incluso en acción de urgencia, interrumpe el plazo de prescripción (...)”. En el mismo sentido el reciente Código Civil y Comercial de la nación en Argentina señala en su artículo 2546. “interrupción por petición judicial. El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante la autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable. El panorama en el derecho extranjero resulta disímil”.*⁵⁸ Luego, recoge el criterio sostenido por Domínguez Águila, y concluye que *“no parece adecuado exigir para la interrupción la notificación de la demanda, la que si bien debe dotarse de consecuencias en el ámbito estricto del derecho procesal al configurar el inicio del proceso, no cabría estimarla un elemento constitutivo de la interrupción civil de la prescripción. Esto se refuerza si consideramos que la notificación no constituye un acto dentro de la esfera única del acreedor, pues queda supeditada su realización a los vaivenes del acto procesal del receptor y la no siempre fácil ubicación del deudor. A esto cabe agregar que el fundamento de la prescripción estriba en sancionar la desidia o negligencia del acreedor en la protección de sus derechos o en el reclamo de los mismos. La presentación de la demanda parece satisfacer el requisito dado que ahí aflora su voluntad de hacer efectivo su derecho mediante la acción respectiva, sin que haya necesidad de notificación de la demanda”.*

Lo resuelto, en el fallo tantas veces citado, ha sido también recogido en otras sentencias posteriores, tal es el caso de la sentencia dictada en causa Rol N°7407-2016 de 7 de junio de 2017,⁵⁹ también de la Cuarta Sala, en que, complementando lo resuelto anteriormente en la causa Rol 6900-2015, señala: *“como la interrupción de la prescripción consiste en la cesación de la pasividad del sujeto en contra de quien se prescribe, quien sale de su inactividad y acude al tribunal a manifestar su interés por mantener su derecho, pedir el conocimiento del poseedor o deudor –que equivale a exigir se le notifique– es añadir una exigencia que los textos no piden y que, en definitiva, no hace a la esencia de la institución. En tal sentido, se debe considerar que la interrupción es un acto no recepticio (Peñailillo. ob. Cit., pág. 415). Por*

asimilando dicha situación a la sola presentación de la demanda. Luego, la Excm. Corte Suprema procedió a rechazar el recurso de casación en el fondo, previas aclaraciones relativas a la no aplicación en la especie del artículo 2523 del Código Civil, al estimar que su ámbito de aplicación se circunscribe a las acciones contempladas en los artículos 2521 y 2522 del mismo Código (motivo 4°) y estableciendo la impropiedad que resulta en el debate el referirse a la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, pues las acciones de dominio, no prescriben, sino que se extingue como una consecuencia de la adquisición del dominio por otro sujeto, lo que priva al dueño de la protección dominical.

⁵⁷ Este fallo es comentado en detalle, por PINOCHET (2017), pp. 639-654.

⁵⁸ Vargas con Marmolejo (2016).

⁵⁹ Constructora Intecpa Ltda. con Palma, Santiago (2017).

otra parte, no es posible desentenderse del tenor literal de las normas que rigen la interrupción, sea en el ámbito de la prescripción extintiva (artículo 2518), o de la adquisitiva (artículo 2503); en el primer caso, se señala que la prescripción se interrumpe civilmente por “la demanda judicial” y, en el segundo, que la interrupción es “todo recurso judicial intentado” por quien se pretende verdadero dueño de la cosa. Ninguna de las dos posiciones exige que el recurso o demanda deba ser notificado para producir el efecto interruptivo, y el hecho que el artículo 2503 en su numeral 1º –al cual se remite también el artículo 2518 citado –establezca que no se podrá alegar la interrupción “si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal”, no quiere decir, sino, que para producir efectos procesales y dar inicio al proceso, la demanda debe ser notificada, lo cual no está en discusión, pero eso no significa como advierte el profesor Domínguez, que la ley exija que la notificación dentro de plazo sea el instante de la interrupción, sino la simple constatación de que la nulidad de la notificación borra el efecto interruptivo que haya podido producirse (...) Desde esta perspectiva, estimamos que se pone en su justa dimensión el rol de la notificación, que si bien es condición para que opere la interrupción, no determina el momento en que ha de entenderse notificada”.

Los sentenciadores señalan dentro de los argumentos para justificar esta postura, “que las dificultades en la ubicación del deudor, efectivamente, generan una situación de desigualdad en los plazos reales a que el acreedor o poseedor está sometido (postura que como vimos, sostiene el profesor Peñailillo), lo que no resulta ser razonable, de manera que al estimar que para interrumpir la prescripción basta que la demanda sea presentada antes de cumplirse el plazo, resulta que “todos los acreedores (y dueños en su caso) quedan en igualdad de condiciones para disfrutar del plazo que la ley les confiere, con prescindencia de las diferentes dificultades que comparativamente tengan para notificar a sus respectivos adversarios”; concluyen de esta manera, que “la tesis que se viene analizando es la que más se aviene con el espíritu de la institución, ya que es la presentación de la demanda, esto es, el acto de reclamar o perseguir su derecho en juicio por parte del acreedor, el evento público y ostensible que pone de manifiesto el propósito del titular del derecho de instar por su resguardo, poniendo en conocimiento de la justicia su pretensión en tal sentido”, conclusiones, que como ya expusimos, fueron sostenidas en el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 29 de octubre de 1963, ya citado. Finalmente, los sentenciadores compartiendo las aprehensiones del profesor Corral, en cuanto a que una interpretación en este sentido podría prestarse a abusos, reconocen la realidad del problema, y estiman como deseables las soluciones que al efecto establece el Código Civil de Quebec (artículo 2892), conforme al cual se establece que “la demanda presentada antes de cumplirse el plazo interrumpe la prescripción, siempre que se notifique dentro de los 60 días siguientes al cumplimiento del plazo”. Sin embargo, los jueces estiman que, pese a que no existe en nuestro ordenamiento una salida de esta naturaleza, no impide al juzgador o juzgadora, evaluar en su momento y enfrentando al caso que preocupa, alguna interpretación que permita encauzar la institución de prescripción a la finalidad buscada.

La doctrina expuesta, no obstante haberse mantenido por años como minoritaria en lo que respecta al efecto que tiene la notificación legal de la demanda en la interrupción civil de la prescripción, y sin perjuicio de que no compartamos sus premisas, como luego diremos, ha pasado a ser la doctrina mayoritaria sostenida por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema, a diferencia de la Primera Sala de dicho Alto Tribunal, que aún mantiene la opinión que de manera casi unánime ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el sentido de acoger los recursos de casación en el fondo de-

ducidos respecto de aquellas sentencias que resuelven que *“la mera voluntad del acreedor de ejercitar la acción, al presentar su escrito de demanda a la Corte de Apelaciones para su distribución produce el efecto de retrotraer la notificación a dicha fecha, interrumpiendo así la prescripción”*.⁶⁰

Podemos constatar del comentado fallo –Rol N°7.407-2016– que el problema presentado en este trabajo constituye uno de interés práctico y actual, de hecho, fue acordado con el voto en contra de dos de los integrantes de dicha cuarta Sala, la Ministra Chevesich y la abogada integrante Señora Etcheverry, quienes manifestaron que *“a juicio de las disidentes, (refiriéndose a los artículos 2518 y 2503 N°1° del Código Civil) la interpretación correcta de dichas normas es aquella que postula que es la notificación judicial de la demanda efectuada en forma legal la que provoca el efecto de impedir que se complete el plazo de que se trata”*. Consideraron que pretender que la sola presentación del libelo, pero supeditada a su notificación judicial posterior, significaría: 1°. Dejar al arbitrio del demandante la determinación de la época en que la interrupción se consolidaría, lo que ocurriría sólo cuando decida que se lleve a cabo la notificación, efectuando el encargo al ministro de fe competente; 2°. Que de esta forma no se entendería la excepción del número 1° del artículo 2503, ya que si no se produce la interrupción en el caso de notificación ilegal de la demanda, menos se entenderá que a interrumpe si no ha sido notificada de modo alguno; 3°. Porque con dicha postura se estaría dotando a la referida actuación judicial de un efecto retroactivo, que la legislación nacional no le otorga ni reconoce; 4°. Que nuestra legislación no contempla una norma similar a la del inciso primero del artículo 94 del Código General del Proceso Colombiano, que señala que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación del demandado”* o a la del artículo 2892 del Code Civil du Quebec, que establece que *“el plazo para notificar una demanda presentada antes de expirar el plazo de prescripción, es de sesenta es de sesenta días contados desde el vencimiento de dicho término legal”* con lo que podría darse, en nuestra legislación, un caso en que se presente una demanda, señalan por ejemplo *“en la data de la presente sentencia y se notifica el 25 de julio de 2028, la interrupción se produjo en la primera fecha, esto es, casi once años antes”*; 5°. El no notificar la demanda constituye un obstáculo insalvable para que se inicie el juicio, que no puede imputarse a la desidia del demandante, sin que sea factible invocar como argumento la imposibilidad de practicarla, por ser inubicable el demandado, ello por cuanto existen herramientas procesales para superar dicho escollo, como lo sería la del artículo 54 del Código de Procedimiento Civil y la designación de un defensor de ausentes; 6°. Que es precisamente la pasividad o indolencia del acreedor el fundamento de una de las situaciones a la que alude el número 2 del artículo 2503, a saber, el abandono de la instancia o procedimiento, con la diferencia que ésta institución de naturaleza procesal sanciona la negligencia del demandante por no realizar gestiones útiles para hacer avanzar el procedimiento hasta su conclusión normal; 7°. De sostenerse una postura contraria, significaría aceptar que el legislador ha establecido una situación de excepción respecto de los deudores cuyos créditos consten en una letra de cambio o en un pagaré, en relación a los cuya deuda conste en una escritura pública o privada; ello por cuanto, respecto a los primeros deudores el artículo 100 de la Ley N°18.092, señala expresamente que *“(…) la*

⁶⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2004), p. 265.

prescripción se interrumpe con la notificación judicial de la demanda (...); 8°. Corrobora la idea de la regla general está constituida por aquella que sostiene que es que la notificación de la demanda la que interrumpe la prescripción, el hecho que el legislador debió dado los términos del inciso 2° del artículo 18 de la Ley 17.322 alterar, expresamente dicha regla, tratándose del cobro de las cotizaciones previsionales, señalando que “(...) pero los plazos de prescripción se considerarán interrumpidos en todo caso por la sola presentación de la demanda (...)”; 9°. Entender que la interrupción se produce con la mera presentación de la demanda, implica asignar carácter de letra muerta a disposiciones relativas a la interrupción natural de la prescripción, obligaciones naturales, y aquellas que autorizan al deudor a renunciar al derecho de alegar la prescripción extintiva, pues no obstante tener pleno conocimiento de la oportunidad en que empezó a correr el término legal necesario para que opere la prescripción –esto es, desde la fecha en que la obligación se hizo exigible– desconocería, en cambio, la data en que el plazo se interrumpió civilmente. De este modo, no podría interrumpirlo naturalmente, ni tener la certeza sobre si está solucionando una obligación natural, menos renunciar al derecho a alegar en juicio el medio de extinguir a que se hace referencia. Asimismo, tampoco podrían interponer en juicio ordinario una demanda por la que se solicite declarar la prescripción extintiva, por haber transcurrido el término legal. 10°. Podría darse la situación paradójica de que nunca transcurriera el plazo de prescripción, si cada vez que llegara la fecha de su vencimiento, el acreedor presentara una demanda para interrumpir dicho término y 11°. Si resultara suficiente que se interponga una demanda en la que comparezcan todos los acreedores y/o se incluyan a todos los deudores, para entender que la interrupción se produjo. El artículo 2519 del Código Civil no tendría razón de ser, en cuanto dispone que “la interrupción que obra en favor de uno o varios coacreedores, no aprovecha a los otros, a menos que haya solidaridad, u no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516”.

Sobre este artículo 2519 la situación se presenta especialmente compleja porque, tal y como señala Alcalde, sería imposible que se decretara alguna vez el abandono del procedimiento porque bastaría con presentar la demanda para interrumpir la prescripción respecto de todos los codeudores solidarios, en los términos del artículo 1516.⁶¹

VI. CONCLUSIONES

Del estudio de los artículos y de los criterios sostenidos por la jurisprudencia y que hemos latamente expuesto en este trabajo, estimamos que pese a lo razonable y dinámicos que parecen ser los argumentos dados por la doctrina minoritaria, estimamos que la recta doctrina sigue siendo aquella que generalmente ha sido aceptada mayoritariamente tanto por los diversos autores como por los tribunales de nuestro país. Ello por cuanto, son múltiples los argumentos que avalan esta postura, que pareciera ser la más acorde a los principios en que se sustenta nuestro Derecho, la historia fidedigna del establecimiento de la norma, como también a los fundamentos que constituyen base de la institución misma de la prescripción, como lo son el de seguridad jurídica de las relaciones, principio que requiere necesariamente del conocimiento por parte del deudor o poseedor de la existencia de la demanda en su contra y con ello, del cese de la inactividad que ha manifestado el acreedor o due-

⁶¹ ALCALDE (2017), pp. 189-210.

ño a través de la presentación de la demanda, pues es evidente que resulta contrario a la seguridad jurídica que se pretende con la prescripción, el hecho de que el deudor o poseedor desconozca que se ha producido el efecto interruptivo, y ese conocimiento solo lo tendrá a través de la notificación válida de la demanda. De no exigirse notificación legal de la demanda, el plazo de prescripción y su duración queda entregado a la voluntad del acreedor, privilegiándolo y colocándolo en una posición más ventajosa, pues podría presentar la demanda las veces que estime pertinente, a fin de interrumpir el plazo de prescripción una y otra vez, con ello fomentamos una situación de desigualdad que no se genera si exigimos la notificación legal de la demanda para producir el efecto interruptivo, pues el propio legislador ha dado soluciones para aquellos casos en que resulta difícil e incluso inubicable el deudor, como es el caso de las notificaciones por exhorto, por el medio del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, o la notificación por avisos o la designación de defensor de ausentes.

A fin de dar una sistematización y orden a estos argumentos que obedecen más bien a razones de equidad y justicia, de orden legal, texto y prácticos en pro de la postura que sostiene que la notificación legal de la demanda dentro del plazo de prescripción constituye un requisito de la interrupción civil de la misma, podemos resumirlos del siguiente modo:

1. El argumento de texto está constituido por lo dispuesto en el artículo 2503, inciso 2°, N°1, del que se desprende que, según la ley, el que ha interpuesto el recurso judicial no puede alegar la interrupción si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2. Mientras la demanda judicial se encuentra notificada, no existe como tal, sino que constituye sólo un acto unilateral, desconocido por el deudor, que no altera la situación de la relación, manteniéndose los efectos del silencio;

3. La sola presentación de la demanda no es suficiente para poner fin al “silencio de la relación”, pues esta última se encuentra trabada entre deudor y acreedor y no por intermediación de un tribunal de justicia;

4. No existe norma en nuestro Derecho de la que se desprenda que la notificación legal de la demanda produce el efecto de retrotraer los efectos de la interrupción a la fecha de interposición de la demanda, como tampoco que por la presentación de la demanda se produzca el inicio de una prescripción de largo tiempo en los términos del artículo 2515, lo que sí ocurre con la interversión de la prescripción de corto tiempo, pero solo desde que interviene requerimiento en los términos explícitos del artículo 1551 número 3 del Código Civil;

5. Argumento de texto de los artículos 38 y 40 del Código de Procedimiento Civil, de lo que se tiene que las resoluciones judiciales no producen efecto en tanto no se encuentren notificadas de conformidad a la ley;

6. De conformidad al artículo 65 del Código de procedimiento Civil, los términos comienzan a correr para cada parte desde el día de la notificación;

7. El entender interrumpida la prescripción con la sola interposición de la demanda, puede significar abusos como el que el acreedor extienda maliciosamente los plazos de prescripción sin que el deudor tenga conocimiento, de esta manera, puede presentar una demanda ante el tribunal y no encargarse de su notificación, interrumpiendo un plazo que para el deudor se encontraba supuestamente corriendo;

8. El exigir la notificación de la demanda de manera legal, constituye una solución más acorde

a los principios de bilateralidad de la audiencia, buena fe y seguridad jurídica;

9. El exigir que la manifestación de voluntad interruptiva sea puesta en conocimiento del demandado, resulta más acorde a el fundamento mismo de la prescripción que dice relación con la seguridad jurídica en las relaciones, de no tener conocimiento el deudor de la intensión del acreedor de salir de su inactividad se fomenta la duda e indefinición de la relación jurídica;

10. El efecto “interruptivo” se produce al momento mismo de realizarse la notificación legal de la demanda, puesto que no podemos abstraernos de los efectos procesales de su notificación, y de las normas que regulan el emplazamiento y el efecto de las resoluciones;

11. Si atribuimos el efecto de interrumpir civilmente la prescripción por el solo hecho de presentar la demanda a distribución, ello implica sostener una interpretación que necesariamente privilegia al acreedor frente al deudor, lo que nos parece contrario a los principios en los que se funda nuestro Derecho, sobre protección a la parte más débil;

12. Los argumentos de la doctrina disidente relativos a que no puede requerirse, además de la presentación de la demanda, la notificación de la misma dentro de plazo, puesto que con ello se estaría haciendo depender la voluntad interruptiva a vaivenes de terceros como el receptor, el mismo deudor que puede intentar ocultarse o incluso de las actuaciones del tribunal, suponen desde ya la existencia mala fe procesal de parte del deudor, circunstancia que estimamos se aleja del principio de que la buena fe se presume, que trasciende a todas las ramas del Derecho;

13. La falta de notificación de la demanda resulta un impedimento infranqueable para la iniciación del juicio, siendo improcedente imputar dicha falta a la desidia del demandante, por cuanto no resulta ser un argumento factible alegar la imposibilidad de practicarla en atención a que el demandado es inubicable, ello por cuanto existen herramientas procesales para superar dicho problema; en el mismo sentido, para que el acreedor pueda ser calificado de “diligente” y, para que con ello pueda romper el “silencio” o “inactividad” de la relación, debe colocarse, también en el evento que el deudor pueda esconderse haciendo más difícil su notificación, con lo que debe anticiparse incluso a la posibilidad de tener que notificar a través de otras formas contempladas en la ley como es el caso de los artículos 44 o 54, ambos del Código de Procedimiento Civil, o la designación de defensor de ausentes, inclusive;

14. Si sólo se exigiera la presentación de la demanda para producir el efecto interruptivo, se generaría una desigualdad entre acreedor y deudor, ya que se dejaría al arbitrio del demandante la determinación de la época en que la interrupción se consolidara, la que sólo tendría lugar en el evento que encargue la notificación, lo que bien puede no hacerlo, retirar la demanda y volver a presentarla antes de notificarla, dejando la situación del plazo en absoluta incerteza; ello por cuanto nuestra legislación no contempla una norma similar a la del Código General del Proceso Colombiano o al Código Civil de Québec, que establecen un plazo para que la notificación se lleve a efecto, de manera que si la notificación no se realiza en dicho plazo, no se produce la interrupción de la prescripción con la sola presentación de la demanda. Los ordenamientos internacionales, como el de Québec; Brasil o Colombia prevén un tiempo dentro del cual el acreedor debe ejecutar la carga procesal de notificación, plazo acotado en el que bajo la amenaza de la caducidad de la pretensión puede materializarse de no llevarse a cabo la notificación al deudor, en consecuencia, la sola presentación de la demanda es insuficiente para interrumpir la prescripción;

15. Es la pasividad o indolencia del acreedor el fundamento de la hipótesis del número 2 del artículo 2503, esto es, del abandono de la instancia o procedimiento, situación en la que también se

sanciona la negligencia del demandante, no obstante, en este caso por no realizar gestiones útiles para dar curso progresivo al procedimiento hasta su conclusión normal;

16. De sostenerse que basta con la presentación de la demanda, implica aceptar que la ley establece una situación de excepción respecto de los deudores cuyos créditos constan en letras de cambio o pagarés, en relación a aquellos cuya deuda conste en una escritura pública o privada; ello por cuanto, respecto a los primeros el artículo 100 de la Ley N°18.092, establece expresamente que la prescripción se interrumpe con la notificación judicial de la demanda, por lo que resulta más lógico creer que esta norma no es más que un reconocimiento a la regla general. Asimismo, no se divisa alguna razón para diferenciar entre ambos tipos de deudores;

17. Corrobora la idea anterior, esto es, que la regla general es aquella reconocida por el artículo 100 de la Ley 18.092, la circunstancia de que el inciso 2° del artículo 18 de la Ley 17.322, tratándose del cobro de cotizaciones previsionales, debió declarar expresamente la excepción a tal regla, esto es, que la interrupción de la prescripción se produce tan solo con la presentación de la demanda;

18. Estimamos que, sin perjuicio de los intentos de afirmar que la interrupción se da con la sola presentación de la demanda, el propio régimen de la ley 21.226 no viene más que a confirmarnos que es necesaria la notificación en un plazo determinado, y que incluso en situaciones excepcionalísimas como la de pandemia, deberá igualmente notificarse la demanda para que se produzca el efecto de interrumpir la prescripción. Si no se notifica válidamente dentro de los cincuenta días hábiles siguientes a la fecha del cese estado de excepción constitucional por COVID-19, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que la demanda fuere proveída, lo que suceda último, deberemos recurrir a la tesis mayoritaria que venimos sosteniendo.

19. Sostener que basta la sola interposición de la demanda para que se produzca la interrupción, implica asignar carácter de letra muerta a disposiciones tales como la interrupción natural de la prescripción, obligaciones naturales, y aquellas que autorizan al deudor a renunciar al derecho de alegar la prescripción extintiva, pues se desconocería, la data en que el plazo se interrumpió civilmente, de modo que estas instituciones no podrían operar;

20. De producirse la interrupción con la sola presentación de la demanda en que se incluyan a todos los acreedores y/o se demande a todos los deudores, no tendría aplicación lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil.

Del análisis de la jurisprudencia podemos concluir que, no obstante que el criterio de la Cuarta Sala de la Excm. Corte Suprema se manifiesta, luego de la dictación del fallo Rol N° 6900-2015, en sentido de rechazar los recursos de casación en el fondo que han sido dictados adhiriendo al criterio que requiere de la sola presentación de la demanda para que se produzca el efecto interruptivo de la prescripción, se advierte que con posterioridad a la dictación de dicho fallo de 31 de mayo de 2016, y sin perjuicio de que la discusión cobró vida y permanece latente, el criterio jurisprudencial mayoritario sostenido por nuestro máximo tribunal, sigue siendo el de exigir la notificación válida de la demanda, tanto como requisito para alegar la interrupción civil de la prescripción, como para producir dicho efecto interruptivo, en cuanto constituye el evento o hito que marca el instante en que se produce la interrupción misma.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que de los múltiples fallos que hemos revisado y que man-

tienen el criterio tradicional de exigir notificación de la demanda para producir el efecto interruptivo, una abrumadora mayoría provienen de la Primera Sala de la Corte Suprema, de manera que se produce una cierta inseguridad jurídica, puesto que aunque existe un criterio ampliamente adherido, lo cierto es que la discusión y el resultado de la controversia, actualmente, dependerá de la Sala en que se resuelva el asunto. Por ello, compartimos la idea expresada por académicos como Abeliuk, Corral y Peñailillo, quienes se manifiestan partidarios de que una ley aclare la disyuntiva que se presenta, ello, manteniendo hoy la posición de que se requiere de notificación válida para efectos de producir la interrupción de la prescripción.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las Obligaciones*, 6ª edición actualizada (Santiago, Legal Publishing), t. II.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016): “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce.”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 27).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2017): “Sobre la eficacia procesal de la demanda que interrumpe la prescripción extintiva”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán y MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (editores), *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2004): *Tratado de las Obligaciones*, 2ª edición ampliada y actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. III.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De la teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2016): *Derecho y Academia. Interrupción Civil de la prescripción: ¿Giro jurisprudencial?*, Disponible en: <https://www.corraltalciani.wordpress.com>. Fecha de Consulta: 08 de noviembre de 2019.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2016): *De nuevo sobre la interrupción de la prescripción*, Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2019/09/08/de-nuevo-sobre-la-interrupcion-de-la-prescripcion/>. Fecha de Consulta: 08 de noviembre de 2019.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2013): *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ESCALONA RIVEROS, Francisco (1997): *La prescripción extintiva civil* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- FABRES FERNÁNDEZ DE LEIVA, José (1912): *Instituciones de Derecho Civil Chileno* (Santiago, Editorial Ercilla).
- FUEYO LANERI, Fernando (1958): *Derecho Civil. De las Obligaciones* (Valparaíso, Editorial Universo S.A), t. IV.
- MEZA BARROS, Ramón (1994): *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, 8ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ORREGO ACUÑA, Juan (2011): “La Prescripción”, en: *Apuntes de derecho civil 2*, Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl>. Fecha de Consulta: 08 de noviembre de 2019.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2017): “La notificación legal de la demanda debe realizarse dentro del plazo

de prescripción de la acción respectiva para que pueda entenderse interrumpida civilmente la prescripción”, en: *Ius et praxis* (vol. 23 núm. 1).

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 4^{ta} edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PLANIOL, Marcel (1915): *Traité Élémentaire de Droit Civil*, septième édition (Paris, Librairie du Conseil d’État et de la Société de Législation comparée), tomo deuxième.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (2004): *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, 2^{da} edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2008): *Extinción no convencional de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.

WAHL SILVA, Jorge; VERGARA BEZANILLA, José; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián; CORRAL TALCIANI, Hernán; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan; GONZÁLEZ OGAZ, Cristóbal; FLORES RIVAS, Juan; VARELA CHARME, Jaime; ROMERO SEGUEL, Alejandro; BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2011): *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en derecho Público y Privado* (Santiago, cuadernos de extensión jurídica).

Jurisprudencia citada

Bozzolo Pedemonte con sucesión Frugone Risso (1963): Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 29 octubre de 1963, en: *Revista de derecho*, tomo 60, sección 2^o, pp. 130-132.

Acevedo Andrade con Servicios de Mensajería S.A (2011): Corte Suprema, de 15 de abril de 2011, rol 4.705-2010.

Del Valle Soler y otra con Del Valle Vásquez (2011): Corte Suprema, de 31 de mayo de 2011, rol 6.489-2009.

Banco Santander Chile con Sajuria Alvear, Emilio Patricio (2015): Corte Suprema, de 1 de julio de 2015, rol 31.893-2014.

Oyaneder Automotriz Limitada con Universal Motors S.A. (2015): Corte Suprema, de 27 de agosto de 2015, rol 1.532-2015.

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria con Hernández Díaz, Ricardo Omar (2016): Corte Suprema, de 25 de enero de 2016, rol 11.210-2015.

Servicios Corein S.A. con Corporación Municipal de Educación y Salud de Melipilla (2016): Corte Suprema, de 3 de marzo de 2016, rol 8.505-2015.

Banco de Chile con Constructora Arenas y Cía. Limitada (2016): Corte Suprema, de 14 de marzo de 2016, rol 33.628-2015.

Banco de Chile con Leiva Rodríguez, Andrea Aurora (2016): Corte Suprema, de 14 de abril de 2016, rol 11.789-2015.

Banco del Estado de Chile (2016): Corte Suprema, de 25 de abril de 2016, rol 13.345-2015.

Cooperativa de Ahorro y Crédito Oriente con Servitrucks Ltda. y otros (2016): Corte Suprema, de 19 de mayo de 2016, rol 21.902-2015.

Vargas con Marmolejo (2016): Corte Suprema, de 31 de mayo de 2016, rol 6.900-2015.

Corpbanca con Olivares Miranda, Magda Virginia (2016): Corte Suprema, de 1 de junio de 2016, rol 34.195-2015.

Díaz Reyes, Delicia con Rojas Vergara, Jorge (2016): Corte Suprema, de 2 de junio de 2016, rol 37.023-2015.

- Scotiabank con Sociedad de Servicios de Transportes Ciferal Express Limitada (2016): Corte Suprema, de 7 de junio de 2016, rol 7.518-2016.
- Scotiabank Chile con Meisenbichler Ortega, Gladys Verónica (2016): Corte Suprema, de 9 de noviembre de 2016, rol 55.077-2016.
- Banco Santander con Astete Pérez, Ángelo Mauricio (2017): Corte Suprema, de 2 de marzo de 2017, rol 59.036-2016.
- Banco Ripley con Veliz Muñoz, Ximena (2017): Corte Suprema, de 8 de marzo de 2017, rol 92.985-2016.
- Banco Concepción con Caro Hernández Doris y otros (2017): Corte Suprema, de 11 de abril de 2017, rol 79.010-2016.
- Constructora Intecpa Ltda. con Palma, Santiago Alberto (2017): Corte Suprema, de 7 de junio de 2017, rol 7.407-2016.
- Forum Servicios Financieros S.A. con Cortés, Claudia (2017): Corte Suprema, de 22 de junio de 2017, rol 9.195-2017.
- Banco Bilbao Viscaya Argentaria con Olguín Segura, Teresa Alejandra (2017): Corte Suprema, de 31 de julio de 2017, rol 5.117-2017.
- Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional con Pujol Rodríguez, Francisco (2017): Corte Suprema, de 3 de agosto de 2017, rol 8.147-2017.
- Sirner Álvarez, Sebastián Nicolás con Factoring Express S.A. (2017): Corte Suprema, de 5 de septiembre de 2017, rol 11.645-2017.
- Universidad la República con Universidad la República (2017): Corte Suprema, de 11 de septiembre de 2017, rol 4.849-2017.

Lo que importa es la intención: La cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*). Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado

It is intention that matters: The best efforts clause. Notes from peruvian law to comparative law

Sergio García Long

Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

Correo electrónico: s.garcial@pucp.edu.pe; s.garcia-long@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5120-7907>.

Recibido el 16/06/2021

Aceptado el 15/10/2021

Publicado el 30/06/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-06>

Brett: I just want you to know
how sorry we are
that things got so f**cked up
with us and Mr. Wallace
We got into this thing
with the best intentions,
really I never -
Jules: [Shoots Roger]
Oh I'm sorry
Did I break your concentration?
I didn't mean to do that
Please, continue.
You were saying something about "best intentions"?

Pulp Fiction, 1994

Quentin Tarantino

RESUMEN: El presente artículo estudia a la cláusula *best efforts* de origen anglosajón, y en específico, conforme al derecho inglés y americano, a efectos de analizar cómo dicha cláusula podría ser entendida cuando es pactada en un contrato sometido a ley de una jurisdicción civilista.

PALABRAS CLAVE: Contratos, mejores esfuerzos, *best efforts*, buena fe.

ABSTRACT: This article studies the *best effort clause* from *Common Law*, specifically from English and American law, and analyzes how such a clause should be understood in contracts under a civil law jurisdiction.

KEY WORDS: Contracts, *best efforts*, *good faith*.

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de mejores esfuerzos, conocida en el derecho comparado como «*best efforts*» es una provisión contractual que proviene del sistema jurídico anglosajón. Si bien dicha denominación también se encuentra traducida en otros países del derecho continental como en Francia con *meilleurs efforts*, Italia con *migliori sforzi* o en Alemania con *beste Kräfte*, es claro que sus orígenes se encuentran tanto en Estados Unidos de América como en Inglaterra,¹ en donde prevalecen las denominaciones *best efforts* y *best endeavours*, respectivamente.

En general, la cláusula de mejores esfuerzos dispone que una de las partes (o ambas si así se ha pactado) debe realizar sus mejores esfuerzos para intentar lograr un resultado determinado. Esta cláusula, como es pensada y usada en el *Common Law*, no ha recibido un tratamiento unitario y coherente por las siguientes razones: (1) se trata de una disposición vaga que se limita a señalar que una parte deberá realizar sus mejores esfuerzos pero no define qué cosa son mejores esfuerzos o cómo se determinará si la parte realizó efectivamente sus mejores esfuerzos o no, (2) los *common lawyers* no manejan un estándar único de *efforts* al momento de pactar la cláusula, habiéndose creado distintos estándares del nivel de esfuerzos que pueden solicitarse a una parte en virtud de la literalidad usada en la cláusula respectiva, y (3) la jurisprudencia anglosajona no es uniforme al momento de concluir qué cosa es la cláusula de mejores esfuerzos, y más aún, en algunas ocasiones no ha sido precisa al momento de distinguir a la cláusula de mejores esfuerzos de otras disposiciones contractuales como la buena fe (*good faith*).

A pesar de las razones mencionadas, es posible estudiar a esta cláusula para plantear un marco teórico que nos permita entender qué cosa son los mejores esfuerzos en el derecho de contratos y cómo la misma ha sido entendida en el sistema anglosajón, para posteriormente explicar cómo debemos entender a los mejores esfuerzos en sistemas del *Civil Law* como el Perú.

¹ FONTAINE (1988), p. 1006.

II. LA CLÁUSULA DE MEJORES ESFUERZOS

La existencia de la cláusula de *best efforts* se comprende cuando pensamos en los regímenes de responsabilidad contractual en el derecho comparado. El régimen de responsabilidad contractual en el *Civil Law* es la inversa del régimen de responsabilidad contractual en el *Common Law*.

En el *Civil Law* la responsabilidad contractual es subjetiva, esto es, el deudor debe haber incumplido su obligación por culpa. Ante el incumplimiento contractual el deudor será responsable a menos que pruebe la ausencia de culpa o la ocurrencia de causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor). No se admite la responsabilidad contractual objetiva salvo en casos particulares, como podría ser la asunción expresa de una obligación de resultados o la responsabilidad indirecta que procede cuando el deudor se vale de terceros para ejecutar su obligación y el tercero incumple.²

Lo contrario ocurre en el *Common Law*. Quien asume un compromiso contractual es responsable por el simple incumplimiento. La culpa no existe en la responsabilidad contractual dado que se trata de una responsabilidad absoluta. Incluso, tradicionalmente se consideraba que eventos fuera del control del deudor no lo eximían de responsabilidad como se definió en *Paradine v. Jane* (1647). Sin embargo, actualmente sí se admiten supuestos de exoneración de responsabilidad como la *impracticability* americana³ o la *frustration* inglesa.⁴

Debido a esta realidad del sistema anglosajón, que generalmente no admite excusas ante el incumplimiento contractual, las partes prefirieron no asumir compromisos contractuales sobre eventos que están fuera de su control pues la responsabilidad contractual es objetiva: el deudor responde si el resultado no ocurre. Fue por esta razón que las partes empezaron a pactar una cláusula por el cual el deudor no asuma el resultado sino simplemente a realizar sus mejores esfuerzos.⁵

La cláusula de mejores esfuerzos representa el compromiso que tiene una parte de ejecutar ciertas conductas a efectos de lograr un resultado deseado. Esta cláusula se puede encontrar en la práctica anglosajona de tres maneras:⁶ (1) mediante pacto expreso, (2) de manera implícita por la naturaleza misma del contrato, por ejemplo en los contratos de distribución, agencia o licencia,⁷ o (3) por aplicación de la sección §2-306(2) del Uniform Commercial Code.⁸ Sin perjuicio de ello, los alcances y particularidades de la cláusula de mejores esfuerzos se encuentra en el pacto expreso pues en tales

² Este supuesto de responsabilidad contractual se encuentra regulado en el artículo 1325 del Código Civil peruano: "El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario".

³ Véase WALTER (1987); TRIMARCHI (1991); SMYTHE (2011).

⁴ BEALE, BISHOP y FURMSTON (2008); MCKENDRICK (2012). En el Perú véase ESPINOZA (2018).

⁵ Véase LIVI (2019), p. 627.

⁶ FARNSWORTH (1984), pp. 4-5.

⁷ El *leading case* sobre los *best efforts* implícitos es *WOOD v. LUCY, LADY DUFF-GORDON* (1917). Véase LONG (1986); COPLAN (2002); MILLER (2006), p. 616.

⁸ "A lawful agreement by either the seller or the buyer for exclusive dealing in the kind of goods concerned imposes unless otherwise agreed an obligation by the seller to use best efforts to supply the goods and by the buyer to use best efforts to promote their sale".

situaciones se puede observar una variedad de técnicas de redacción (*drafting*) utilizados por los abogados anglosajones.

La cláusula de mejores esfuerzos tiene tres características principales: (1) identifica cuál es el resultado que se pretende obtener, (2) la parte no garantiza la obtención del resultado, y (3) se compromete solo a realizar sus mejores esfuerzos para lograr el resultado sin definir cuáles serán las conductas idóneas para conseguir tal resultado deseado. Como vemos, existen dos aspectos que se mantienen como inciertos: (a) las conductas que debe realizar la parte para que se considere si realizó sus mejores esfuerzos, y (b) la obtención del resultado deseado.

De todas las características mencionadas, la más importante es la indeterminación respecto a las conductas que debe realizar el deudor en virtud de la cláusula de mejores esfuerzos. ¿Qué debe hacer el deudor para demostrar que ha realizado sus mejores esfuerzos?⁹ Como se pregunta Farnsworth:¹⁰ “How hard must one try if one has undertaken to use best efforts?”. La doctrina americana ha propuesto diversos estándares a ser tomados en cuenta (*good faith*,¹¹ *diligence insurance*,¹² *fiduciary duty*,¹³ *joint maximization*,¹⁴ *subjective*,¹⁵ *objective*¹⁶), sin embargo, en la jurisprudencia no existe una guía clara al respecto.¹⁷

Dicha cláusula, tal y como es redactada comúnmente, no define un listado de comportamientos que podrán considerarse como objeto de los mejores esfuerzos. Las partes se limitan a señalar que una de ellas deberá realizar sus mejores esfuerzos para conseguir cierto resultado. Es esta indefinición y vaguedad lo que típicamente caracteriza a la cláusula de mejores esfuerzos.¹⁸

Por ello, Hertz y Targoff se refieren a la “[...] *inherent imprecision associated with the mere use of a best efforts*”.¹⁹ Por su parte, Sergent describe a los mejores esfuerzos como un “*amorphous contract provision*”,²⁰ al igual que Goldberg, que también lo considera como un concepto amorfo.²¹ Scott y Triantis

⁹ COPLAN (2002): “Although the term “best efforts” seems innocuous, its simple meaning is deceiving”; PARK (2006, p. 705): “Today, the law of best-efforts obligations is deeply unsettled, badly in need of clarity”.

¹⁰ FARNSWORTH (1984), p. 1.

¹¹ Significa aplicar la buena fe como estándar.

¹² Significa aplicar un estándar que priorice el interés del deudor.

¹³ Significa aplicar un estándar que priorice el interés del acreedor.

¹⁴ Significa aplicar un estándar que maximice al interés de ambas partes.

¹⁵ Significa aplicar un estándar que mire a la particular posición del deudor y sus habilidades.

¹⁶ Significar aplicar un estándar general (el hombre prudente, el hombre razonable, el buen padre de familia), independiente de la posición del deudor.

¹⁷ Véase MILLER (2006); PARK (2006).

¹⁸ GOLDBERG (2000), p. 1465: “When contracting parties cannot quite define their obligations, they often resort to placeholder language, like best efforts”.

¹⁹ HERTZ y TARGOFF (2002, p. 16. Véase también ADAMS (2013): “[...] it does not have a specific meaning”.

²⁰ SERGENT (2007), p. 46.

²¹ GOLDBERG (2000), p. 1484.

explican que “*effort is non verifiable*”.²² Finalmente, Goetz y Scott indican que “[...] *the precise legal meaning to be attached to a best efforts requirement is not at all clear, either from a consideration of the case law or from theoretical discussions in standard legal scholarship*”.²³

El pacto de cláusulas vagas e indeterminadas en su ámbito de aplicación representa una delegación de las partes en favor de los tribunales para que sean éstos los que completen el alcance de la cláusula en caso surja alguna controversia. Dado que es costoso para las partes definir todos los comportamientos que el deudor deberá realizar para pretender lograr el resultado esperado, resulta eficiente no definir con precisión todas las conductas posibles *ex ante* sino *ex post*.²⁴ Solo en caso las partes no se pongan de acuerdo, según lo ocurrido en los hechos respecto a si el deudor realizó o no las conductas suficientes para cumplir con sus mejores esfuerzos, entonces será necesario que un tercero resuelva dicha controversia *ex post*. Si los costos no son tan altos, entonces los tribunales decidirán si el deudor cumplió o no con realizar sus mejores esfuerzos. Si los costos son prohibitivos, será deseable que las partes asuman ahora aquellos costos de negociación que no quisieron asumir en un principio y así puedan llegar a un acuerdo a través de la renegociación.

Por esta razón es evidente que el cumplimiento o no por parte del deudor de la cláusula de mejores esfuerzos es una labor casuística que dependerá de la redacción de la cláusula en concreto, de los hechos del caso y las circunstancias del mismo, o como dicen los *common lawyers*, la determinación del alcance de tal cláusula es *fact intensive*.²⁵

Para entender correctamente a la cláusula de mejores esfuerzos debemos pensarla como un tipo de diligencia que debe realizar el deudor para pretender lograr un resultado.²⁶ “*Best efforts is a standard that has diligence as its essence*” –explica Farnsworth.²⁷ Este es un aspecto muy interesante porque demuestra cómo la práctica comercial no se ha limitado a los estándares supletorios o imperativos existentes en la normativa aplicable, por el contrario, se han definido y propuesto estándares más precisos y exigentes.

²² SCOTT y TRIANTIS (2006), p. 825.

²³ GOETZ y SCOTT (1981), p. 1111.

²⁴ JONES DAY (2007): “*Many times, efforts clauses are included precisely because expected performance may be difficult or impossible to define at the time of the contract’s creation*”.

²⁵ HERTZ y TARGOFF (2002), p. 14: “*As one New York case put it, the clause necessarily takes its meaning from the circumstances.*”; SHINE (2004, p. 16): “*Whether a party has used its best efforts in a particular situation is obviously a factual question*”; ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 108: “[...] *las cortes analizarán las cláusulas de mejores esfuerzos mirando cada caso en concreto*”; MILLER (2006), p. 618: “*Therefore, no matter what standard a court uses to determine whether a party’s actions are sufficient in light of a best efforts promise, that determination cannot be made without an examination of the facts surrounding the agreement*”; SERGENT (2007, p. 50): “*What will constitute reasonable efforts under a contract expressly or impliedly calling for them is largely a question of fact* [...]”; LYONS, BUFFIER, FORT y JENNEJOHN (2014), p. 5: “[...] *precedent of treating a best efforts analysis as a fact intensive inquiry*”; ESPOSITO y KAUFMAN (2016): “*Because questions of commercial reasonableness are necessarily fact-intensive*”.

²⁶ CAPATINA (1988), p. 1044: “*Autrement dit, une diligence équivalente aux «best efforts»*”; ADAMS (2004), p. 13: “*Other recent cases have followed Professor Farnsworth [...] in describing the appropriate standard as one of diligence*”; ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 108: “[...] *las cláusulas de mejor esfuerzo tienen las siguientes características: [...] 4. Involucran diligencia. [...]*”; TUCKER y YINGLING (2008), p. 72: “*By calibrating the level of efforts to complete the transaction, both parties try to obligate the other to perform diligently*”.

²⁷ FARNSWORTH (1984), p. 8.

Estos estándares se pueden ubicar tanto: (1) a nivel de la rigurosidad de los medios que deben emplearse para intentar conseguir un resultado, y (2) a nivel de la calidad del resultado. En otras palabras, estamos ante modificaciones convencionales a las reglas supletorias de la responsabilidad contractual destinadas a agravar el nivel de diligencia exigible y la calidad del cumplimiento.²⁸

Pensemos en un contrato de servicio de asesoría legal. Supongamos que un abogado es contratado para asesorar al demandante en un caso de responsabilidad extracontractual contra una empresa que le causó daños. En un servicio como el mencionado el abogado puede comprometerse a realizar diversas conductas específicas (los medios) para lograr un fallo judicial favorable (el resultado). Por definición, en un servicio como el mencionado el abogado no puede garantizar que ganará el caso desde que existen muchos factores endógenos y exógenos que pueden afectar la decisión del juez. Solo para llegar a un extremo, un estudio en ciencias sociales ha demostrado que los jueces tienden a emitir más fallos favorables después del almuerzo que antes del mismo. En otras palabras, un juez con hambre es más peligroso que un juez con la barriga llena.²⁹ Entonces, cualquier abogado no se arriesgaría desde el inicio a garantizar al 100% un fallo favorable.

Sin perjuicio que el abogado no pueda garantizar un fallo favorable, el demandante sabe que no existe un solo tipo de estándar que pueda exigir al abogado a efectos de que gane el caso. Podría ser recomendable pactar en el contrato un estándar superior de esfuerzos a aquellos que se aplican supletoriamente o imperativamente a todo tipo de contrato.

En la ejecución de los contratos el Código Civil peruano regula como estándar supletorio a la diligencia ordinaria³⁰ y como estándar imperativo a la buena fe,³¹ como requerimientos de cómo las partes deben ejecutar los contratos. Sin perjuicio que el abogado no garantice el resultado, deberá realizar una defensa de tal manera que cumpla con la diligencia ordinaria y la buena fe.

Pero al aplicarse estos estándares de manera supletoria a todos los contratos, las partes podrían pactar un estándar convencional superior a la simple diligencia ordinaria y a la buena fe. El demandante podría incluir un pacto por el cual le exija a su abogado a realizar sus mejores esfuerzos, a cumplir su prestación con una diligencia superior a la ordinaria o a cumplir con los estándares profesionales que se usan en este tipo de procesos judiciales, lo que en otro tipo de contratos se conoce como las prácticas aceptadas por la industria o los usos y costumbres. En estos casos el abogado no podría mantener una conducta pasiva y simplemente redactar una demanda pequeña y sin muchos fundamentos de hecho y de derecho. Los mejores esfuerzos implican que deberá elaborar la mejor demanda posible para este tipo de procesos judiciales.

²⁸ JORDANO FRAGA (1987), p. 330-331.

²⁹ DANZINGER, LEVAV Y AVNAIM-PESSO (2011), p. 6889.

³⁰ "Artículo 1314: Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

³¹ "Artículo 1362: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". En relación a la buena fe, en el Código Civil peruano la buena fe interpretativa también está reconocida en el artículo 168: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe".

Entonces, a pesar que el abogado no se compromete a obtener un resultado en concreto, sí se compromete a un nivel de diligencia mayor que el regulado de manera supletoria. Claramente este tipo de estándar convencional superior al ordinario tendrá un impacto directo en la responsabilidad contractual del abogado. El abogado no podrá liberarse de responsabilidad ante la obtención de un fallo judicial perjudicial probando simplemente la ausencia de la culpa ordinaria. Solo podrá liberarse de responsabilidad probando, por ejemplo, que realizó sus mejores esfuerzos para lograr el resultado deseable. Por ello, es muy gráfico cuando un autor señala que este tipo de cláusulas como los mejores esfuerzos está dirigida a agravar la responsabilidad contractual del deudor.³²

El uso de diferentes estándares que puede emplear una parte (agente) cuando debe realizar algo en favor de otro (principal) también se evidencia de manera clara en la Sección §379 del *Restatement (Second) of Agency*. Según el primer párrafo de la sección §379, si el contrato de agencia es oneroso, entonces el agente está sujeto a un “*duty to the principal to act with the standard care and with the skill which is standard in the locality for the kind of work which he is employed to perform and, in addition, to exercise any special skill that he has*”

Por el contrario, si el contrato de agencia es uno gratuito el agente simplemente está sujeto, conforme al segundo párrafo de la misma sección §379, a un “*duty to the principal to act with the care and skill which is required of persons not agents performing similar gratuitous undertakings for others*”. En simple, solo cuando el agente recibe una remuneración tiene el deber de cumplir con un estándar que le exige usar sus habilidades especiales como agente, de lo contrario, deberá ejecutar el encargo como si no fuera un agente especializado.

Algo similar ocurre en el Código Civil peruano, aunque a la inversa. Por ejemplo, el artículo 1762 señala que “*Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable*”. En vez de señalar que en asuntos de difícil dificultad el deudor deberá ejercer una diligencia superior a la ordinaria para intentar lograr el resultado, indica que el deudor no será responsable por culpa leve en caso no logre el resultado esperado. En última instancia, lo que se hace es reducir el estándar de responsabilidad contractual por ejecución de prestaciones de especial dificultad.

La variedad de estándares también se encuentra presente en relación a la calidad del resultado. Si estamos ante un supuesto en donde el deudor se obliga a obtener un resultado en específico, ello es distinto a las diversas calidades que podría caracterizar al resultado en concreto. Pensemos por un momento en las obligaciones de dar un bien incierto para ilustrar esta idea. En tales supuestos el deudor se obliga a entregar un bien que aún no ha sido determinado y que pertenece a un género en concreto. Por ejemplo, se puede comprometer a entregar dos kilos de tomate. Aunque esté especificado que el deudor debe entregar dos kilos de tomate, no está especificado la calidad de los tomates (algunos pueden estar en buen estado mientras que otros no).

³² CAPATINA (1988), p. 1043: “*En essence, cette clause tend à aggraver la responsabilité du débiteur contractuel*”.

La elección del bien específico que finalmente se entregará se regula conforme al artículo 1143 del Código Civil peruano,³³ por el cual, si la elección corresponde al deudor no puede elegir tomates de calidad inferior a la media (sino entregaría los tomates de mala calidad) y si la elección corresponde al acreedor no puede elegir tomates de calidad superior a la media (de lo contrario elegiría los mejores tomates para sí mismo). Es evidente que en virtud de la autonomía privada las partes podrán pactar un estándar de calidad distinto al supletorio o más exigente que uno imperativo. Por ejemplo, se podría pactar que si la elección la tiene el acreedor, que podrá elegir bienes de calidad superior a la media.

El ejemplo de las obligaciones de dar un bien incierto demuestra claramente que es distinto comprometerse a un resultado en concreto que a comprometerse a una calidad específica de un resultado. Si el deudor se obliga a elaborar y entregar un cuadro, cumplirá si elabora y entrega el cuadro. Pero si el acreedor incorpora en el contrato que el deudor deberá elaborar y entregar un cuadro de calidad superior a la ordinaria (no es lo mismo elaborar un cuadro que se usará como adorno en una casa que uno que se exhibirá en un museo famoso), entonces el pintor solo cumplirá si elabora y entrega un cuadro de tal calidad superior.

Estos ajustes contractuales que suelen usarse en la práctica demuestran que en ocasiones las partes prefieren por imponer mayores estándares de diligencia o de calidad que aquellos que serían aplicables a falta de pacto. Un buen ejemplo de la imposición de un estándar superior a la simple diligencia ordinaria es precisamente la cláusula de mejores esfuerzos. Como afirma Acevedo Rehbein: “[...] cuando las partes acuerdan incluir cláusulas de mejores esfuerzos en sus contratos deben tener presente que las cortes esperan un nivel de diligencia bastante alto en el cumplimiento de sus obligaciones”.³⁴

A. La experiencia americana

Lo particular de esta cláusula anglosajona es que no solo se limita a ser una cláusula vaga que impone un estándar mayor a la diligencia ordinaria, sino que en la práctica la misma puede imponer diferentes estándares de *efforts* según como sea redactada la cláusula concreta. De manera general podemos hablar de la cláusula de mejores esfuerzos como una categoría o género. Sin embargo, también puede hacer referencia al estándar de *efforts* que se exige en virtud de un pacto específico.

Por tales motivos, y a efectos didácticos, para comprender cómo se redacta este tipo de cláusula en la experiencia anglosajona debemos establecer en adelante una metodología semántica: (a) cuando nos refiramos a la cláusula de «mejores esfuerzos» estaremos haciendo referencia a la institución contractual sin detallar cuál es el estándar utilizado en concreto. Para ello también usaremos sim-

³³ “Artículo 1143: En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

³⁴ ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 117.

plemente la denominación «*efforts*», y (b) cuando queramos referirnos a un estándar específico de *efforts*, mantendremos la denominación anglosajona original, por ejemplo, «*best efforts*», «*reasonable best efforts*», «*reasonable efforts*», «*commercially reasonable efforts*», «*good faith efforts*», «*best endeavours*», «*all reasonable endeavours*», «*reasonable endeavours*», entre otros.

Esta denominación es importante porque para los *common lawyers* no es lo mismo pactar *best efforts* que *reasonable efforts*.³⁵ En el sistema anglosajón se prima la voluntad literal de las partes y se presta mucho énfasis al *drafting* de los contratos. Si bien para un civilista podría parecer lo mismo hablar de *best efforts* y *reasonable efforts*, para un *common lawyer* el «*best*» y el «*reasonable*» imponen estándares distintos de *efforts*.

En el derecho americano, para los abogados el *best efforts* es el estándar más riguroso y oneroso que puede imponer una cláusula de *efforts*.³⁶ Por definición, «*best*» significa todo lo que sea posible realizar para lograr el resultado pretendido y, en consecuencia, no se limita a imponer simplemente lo que sea razonable. “*Thus, certainly one could argue that “best efforts” requires one to do one’s best, not simply to do something reasonable*”.³⁷ Por ejemplo, un deudor obligado por una cláusula *best efforts* podría verse compelido a asumir un costo excesivo para conseguir el resultado pactado, incluso hasta el punto de sacrificar sus propios intereses y a generarse un daño a sí mismo hasta llegar a la quiebra, todo en favor del acreedor.

Como explica Adams: “*The conventional wisdom among corporate lawyers is that best efforts is the most onerous of the efforts standards –that the promisor is required to do everything in its power to accomplish the goal, even if it bankrupts itself in the process– while other efforts standards are less onerous*”.³⁸

Un caso muy ilustrativo es lo señalado por la *New York Supreme Court* en *Showtime Networks v. Comsat* (1998). En tal caso la corte demostró el alto estándar que podría terminar imponiéndose a una de las partes en virtud de una cláusula vaga como *best efforts*. La corte señaló que “*difficulty of performance occasioned only by financial difficulties, even to the extent of insolvency, does not excuse performance of the contract*» y que «*the cost of providing the Showtime programming and its unprofitability does not excuse [Comsat’s] performance of this provision*”.³⁹

Sin embargo, posteriormente las cortes han rechazado que en virtud de la cláusula *best efforts* se pueda imponer un estándar tan oneroso en contra de una de las partes incluso hasta el punto de

³⁵ LIVI (2019), p. 620.

³⁶ JONES DAY (2007): “*The conventional wisdom among contract lawyers is that the best-efforts standard is the most onerous of the efforts standards. Some believe that a simple best-efforts clause requires a promisor to do everything in its power to accomplish the obligation, including spending unlimited amounts of money, time, and effort, all to the promisor’s detriment*”; FOX (2008), p. 90: “[...] most practitioners take the view that an obligation to use best efforts includes the obligation to make every possible effort, and to use all possible financial resources, to achieve the desired goal. [...] For this reason, a “best efforts” standard is often resisted”.

³⁷ SERGENT (2007), p. 50.

³⁸ ADAMS (2004), pp. 12-13.

³⁹ HERTZ y TARGOFF (2002), p. 15.

sacrificar sus propios intereses en favor del beneficiario de la cláusula. Ello fue reconocido en el ampliamente estudiado⁴⁰ y *leading case* americano *Bloor v. Falstaff* (1979).⁴¹

Ballantine era una cervecería local que operaba en New York y que fue vendida a *Investors Funding Corporation* (IFC) en 1969. En 1972 IFC dejó el negocio de cervecería por pérdidas y vendió el negocio de Ballantine a Falstaff, una cervecería más grande pero sin presencia en Nueva York. Como parte del acuerdo, Falstaff pagó un precio fijo de USD 4 millones y debía pagar una regalía (*earn-out*) de 50 centavos por la venta de cada barril de Ballantine como lo venía promocionando IFC (además de la venta de las propias cervezas de Falstaff), para lo cual el contrato requería que Falstaff “[to] use its best efforts to promote and maintain a high volume of sales” de la marca Ballantine.

Sin embargo, las ventas no fueron exitosas. En 1975, Paul Kalmanovitz tomó control efectivo de Falstaff y cambió dramáticamente sus operaciones, entre ellas, cortó el presupuesto de promoción para Ballantine en cerca de un 90%, redujo personal y cerró cuatro de seis centros de distribución. Entonces las ventas de Ballantine se desplomaron. Entre las razones se alegó una reducción general en la industria, pero las ventas de Ballantine disminuyeron más rápido que las de otros competidores en situaciones similares. Mientras tanto, IFC entró en bancarrota y Bloor, el trustee de IFC, demandó a Falstaff por incumplir su deber de realizar sus mejores esfuerzos en promover a Ballantine, lo cual habría ocurrido por las decisiones de Kalmanovitz.

La corte de primera instancia señaló que Falstaff había incumplido la cláusula de *best efforts*. La corte de segunda instancia confirmó lo resuelto, aunque reconoció que “the best efforts clause did not require Falstaff to spend itself into bankruptcy” y que “The requirement that a party use its best efforts necessarily does not prevent the party from giving reasonable consideration to its own interests”. En otras palabras, una parte sujeta a una cláusula *best efforts* no tiene que realizar todos los posibles actos, incluyendo los más onerosos, que sean necesarios para lograr el resultado, desde que ella puede tener en cuenta razonablemente sus propios intereses.

El *reasonable efforts*, por el contrario, impone un estándar menos gravoso en comparación al *best efforts* pues semánticamente «reasonable» es menor a «best». ⁴² Como explica Fox: “[...] the reasonableness standard is the device most frequently used to soften the hard edges of contract provisions”.⁴³

Una parte obligada por un *reasonable efforts* no estaría compelida a realizar todo aquello que esté a su alcance para obtener el resultado, sino que se limitaría a aquello que sea razonable. Claramente estaría excluida dentro de las conductas que deba ejecutar el deudor aquellas que impliquen asumir costos excesivos y a ocasionarse daños así mismo.

⁴⁰ SPECIAL REPORT (1980); GOETZ y SCOTT (1981), p. 1120-1123; FARNSWORTH (1984), p. 10-12; LONG (1986), p. 1729-1730; FONTAINE (1988), p. 1007-1008; GOLDBERG (2000); HERTZ y TARGOFF (2002), p. 14; ADAMS (2004), p. 13; SHINE (2004), p. 16; MILLER (2006); PARK (2006); JONES DAY (2007); ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 104-105; SERGENT (2007), p. 50.

⁴¹ *Bloor con Falstaff Brewing Corp.* (1979).

⁴² COPLAN (2002), p. 734.

⁴³ FOX (2008), p. 88.

Como se ha señalado en *LTV Aerospace v. Thomson*:⁴⁴ “The standard imposed by a ‘reasonable efforts’ clause such as the contained in section 7.01 of the Agreement is indisputably less stringent than that imposed by the ‘best efforts’ clauses contained elsewhere in the Agreement”.⁴⁵ De igual manera, como se señaló en el caso canadiense *Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn*:⁴⁶ “It is now well established in law that a party who contracts to use their ‘best efforts’ faces a more onerous obligation than a person who contracts to use reasonable efforts”.⁴⁷

Debido a esta alta precisión en la redacción de los contratos en la experiencia americana, también existe el estándar del *reasonable best efforts*. Este sería un intermedio entre el *best efforts* y el *reasonable efforts*. Siendo el «best» la palabra que implica la mayor exigencia de *efforts*, añadir el «reasonable» antes del «best» implica matizar el estándar más exigente. Ya no se trata de realizar todo lo que sea factible, sino de realizar todo aquello que sea factible pero a su vez también razonable.⁴⁸

En este sentido, la jerarquía de *efforts* sería la siguiente: (1) *best efforts*, (2) *reasonable best efforts*, y (3) *reasonable efforts*. Adicionalmente, y principalmente en operaciones comerciales, se usa la denominación «commercially reasonable efforts». Claramente este estilo de redacción pretende evitar el alto estándar de exigencia que impone el *best efforts* y, precisamente, por eso no usa la denominación «best». ¿Pero qué ocurre con el *reasonable efforts*? ¿Es igual al *commercially reasonable efforts*?

El ABA Committee on Mergers and Acquisitions considera que el *commercially reasonable efforts* es un estándar menor al *reasonable efforts*. Incluso, por debajo del *commercially reasonable efforts* se encontraría otro estándar de *efforts* denominado *good faith efforts*.⁴⁹

Para nosotros, el *commercially reasonable efforts* es un estándar similar al *reasonable efforts*. La única diferencia es que se agrega el «commercially» para que sea indiscutible que el deudor no debe realizar cualquier tipo de conducta sino una razonable en términos comerciales,⁵⁰ lo cual implica que el deudor no está requerido a subordinar sus propios intereses. Como se ha señalado en el caso *MBIA v.*

⁴⁴ *LTV Aerospace v. Thomson* (1996).

⁴⁵ *LTV Aerospace and Defense Co. con Thomson* (In re Chateaugay) (1996). Sin embargo, se ha cuestionado el valor como precedente de esta decisión que distingue entre *best efforts* y *reasonable efforts*. Véase SHINE (2004), p. 16: “The only case that clearly supports this view is *LTV Aerospace and Defense Company v. Thomson-CSF S.A.* However, *LTV* is a bankruptcy court decision and, although the court applies New York law, its precedential value is obviously limited”.

⁴⁶ *Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn* (2010).

⁴⁷ ADAMS (2014b), p. 13.

⁴⁸ SHINE (2004), p. 15: “Best efforts is at the top of the scale and is generally perceived to mean that a party must do all that can possibly be done to seek and obtain an end, even if the impact would be materially adverse to the seeking party and even if there is a material monetary cost to the action. “Reasonable best efforts” is a level down from the top end of the scale and is generally perceived as requiring substantial efforts be exerted in the process, but that a party would not ultimately be required to take any actions that would be commercially unreasonable under the circumstances”.

⁴⁹ *Akorn con Fresenius* (2018).

⁵⁰ ADAMS (2004), p. 15: “Commercially reasonable efforts should mean the same thing as reasonable efforts [...]”; SHINE (2004, p. 15): “Finally, “commercially reasonable efforts” is toward the bottom of the scale and is generally perceived as limiting both the effort required to be exerted in the process as well as what a party may ultimately be obligated to do in order to obtain the desired end”.

Patriarch Partners:⁵¹ “[a] contractual requirement to act in a commercially reasonable manner does not require a party to act against its own business interests”.⁵²

Si las partes están celebrando una operación comercial, es evidente que la razonabilidad está pensada en términos comerciales porque se refiere al caso en concreto. Por ello, en operaciones comerciales el uso del «commercially» al lado del «reasonable» es redundante. Sirve para mayor precisión en la delimitación del estándar de *efforts* pero no implica la imposición de un estándar diferente.

A efectos ilustrativos, tendríamos la siguiente jerarquía en los estándares de *efforts*: (1) *best efforts*, (2) *reasonable best efforts*, (3) *reasonable efforts*, (4) *commercially reasonable efforts*, y (5) *good faith efforts*. Este uso excesivo de palabras en una serie de diversas combinaciones con el objetivo de lograr la precisión perfecta, es lo que algunos abogados corporativos han llamado como «extensive wordsmithing»⁵³ e incluso como «misbegotten literal mindedness».⁵⁴

Sin perjuicio de que es común considerar en el derecho americano que la jerarquía de *efforts* se estructura como lo acabamos de explicar, la jurisprudencia puede generar incluso mayor confusión de la que ya existe. En *The Williams Companies v. Energy Transfer Equity*,⁵⁵ en el contrato de fusión se pactó tanto un *reasonable best efforts* como un *commercially reasonable efforts*. La Delaware Court of Chancery se pronunció sobre el estándar del *commercially reasonable efforts* (que supuestamente es un estándar menor al *reasonable best efforts*) y señaló lo siguiente: “I find that, by agreeing to make “commercially reasonable efforts” to achieve the 721 Opinion, the Partnership necessarily submitted itself to an objective standard –that is, it bound itself to do those things objectively reasonable to produce the desired 721 Opinion in the context of the agreement reached by the parties”.⁵⁶

Posteriormente, la Delaware Supreme Court señaló en el mismo caso,⁵⁷ que *commercially reasonable efforts* impone “an affirmative obligation on the parties to take all reasonable steps to obtain the 721 Opinion [...]”. Por su parte, en una opinión disidente a dicho fallo, el Juez Strine señaló que *commercially reasonable efforts* “is an affirmative covenant and a comparatively strong one”.⁵⁸

En resumen, parece que en Delaware se insinúa que la cláusula de *commercially reasonable efforts* es un estándar objetivo y uno fuerte que impone una obligación afirmativa de realizar todo aquello que sea razonable para lograr un resultado. De esta manera, parece que el *commercially reasonable efforts*

⁵¹ MBIA v. Patriarch Partners (2013).

⁵² ESPOSITO y KAUFMAN (2016).

⁵³ ARNOLD & PORTER (2016).

⁵⁴ ADAMS (2014a), p. 21.

⁵⁵ Williams Cos., Inc. v. Energy Transfer Equity (2016).

⁵⁶ Véase también PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON (2016).

⁵⁷ Williams Cos. v. Energy Transfer Equity (2016).

⁵⁸ ADAMS (2014a), p. 25.

que para los abogados es uno de los estándares más débiles, sería tan riguroso o incluso más fuerte que el *reasonable best efforts*.

Así es como la *Delaware Supreme Court* se aparta de aquél pronunciamiento por parte de la *Delaware Court of Chancery* en *Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.*,⁵⁹ en donde señaló que *commercially reasonable efforts* era similar a *reasonable best efforts*.⁶⁰

Debido a que usualmente Delaware suele tener la última palabra en temas corporativos, este reciente pronunciamiento de la *Delaware Supreme Court* ha generado que los abogados corporativos⁶¹ ya empiecen a alterar el orden de la jerarquía de los *efforts*. Ahora tendríamos el siguiente orden: (1) *best efforts*, (2) *commercially reasonable efforts*, y (3) *reasonable best efforts*. Lamentablemente, el exceso de combinaciones de palabras que a veces usan los abogados corporativos y las decisiones cambiantes que se pueden presentar en una misma jurisdicción a lo largo de los años, puede no ser una buena combinación para establecer parámetros claros respecto a una cláusula indeterminada como los *best efforts*.

Es interesante observar cómo la jurisprudencia americana se ha pronunciado respecto a estas técnicas de redacción (*drafting*) de los abogados para diferenciar entre distintos estándares de *efforts*. Para hacer las cosas aún más complicadas, las cortes americanas han comentado que la distinción de estándares es una simple exquisitez semántica que no debería afectar el alcance de la cláusula. Como explica Adams:⁶² “*The case law on the meaning of best efforts suggest that instead of representing different standards, other efforts standards mean the same thing as best efforts, unless a contract definition provides otherwise*”.

Diversas cortes han utilizado el término «razonabilidad» para calificar el alcance de los *efforts*. Como se ha explicado de manera ilustrativa en el conocido caso *Coady v. Toyota*:⁶³ “*Best efforts [...] cannot mean everything possible under the sun [...] ‘Best efforts’ is implicitly qualified by a reasonableness test [...]*”.⁶⁴ En *Kroboth v. Brent*,⁶⁵ la corte señaló que “*Best efforts requires that plaintiffs pursue all reasonable methods [...]*”.⁶⁶ Por su parte, en *Corporate Lodging Consultants v. Bombardier Aero Corp.*,⁶⁷ se señaló que “*Best efforts does not mean perfection and expectations are only justifiable if they are reasonable*”.⁶⁸

⁵⁹ *Delaware Court of Chancery* en *Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.* (2008).

⁶⁰ ADAMS (2014a), p. 12.

⁶¹ TOEDT III (2017).

⁶² ADAMS (2004), p. 14.

⁶³ *Coady v. Toyota* (2004).

⁶⁴ ADAMS (2004), p. 13. Véase también ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 104.

⁶⁵ *Kroboth v. Brent* (1995).

⁶⁶ SERGENT (2007), p. 50.

⁶⁷ *Corporate Lodging Consultants v. Bombardier Aero Corp.* (2005).

⁶⁸ *Corporate Lodging Consultants, Inc. con Bombardier Aero Corp.* (2005).

Si el alcance del *best efforts* debe interpretarse en virtud de parámetros de razonabilidad según el caso en concreto, entonces ¿cuál es el sentido de distinguir al *best efforts* del *reasonable best efforts* y del *reasonable efforts*? Originalmente la distinción propuesta por los abogados tenía sentido –al menos semánticamente y en virtud de la literalidad de cada palabra usada en la denominación del estándar– siempre que el «*best*» sea superior al «*reasonable*». Por ende, se justificaba tener en primer lugar al *best efforts*, en segundo lugar al *reasonable best efforts* (se añade el «*reasonable*» al «*best*» para matizarlo), y en tercer lugar al *reasonable efforts* (se elimina completamente al «*best*» de la denominación).

Pero teniendo en cuenta que el *best efforts* no puede ejecutarse de manera ilimitada en perjuicio del deudor, varias cortes han preferido pensar al *best efforts* en términos de razonabilidad. Por este motivo la tendencia de muchas cortes americanas ha sido la de rechazar las diferentes denominaciones propuestas por los abogados de diferenciar entre estándares de *efforts*, y en consecuencia, señalan que su uso puede ser indistinto.

Como se ha indicado en *Permanence v. Kennametal*, un caso de un *best efforts* implícito: “While the phrase ‘best efforts’ is often used to describe the extent of the implied undertaking, this has properly been termed an ‘extravagant’ phrase. A more accurate description of the obligation owed would be the exercise of ‘due diligence’ or ‘reasonable efforts’”.⁶⁹ Por su parte, en *Trecom v. Prasad* se concluyó que el uso de *best efforts* o *reasonable efforts* es «merely an issue of semantics».⁷⁰ En Australia, la *High Court* señaló en *Electricity Generation Corporation v. Woodside Energy Ltd.*,⁷¹ que no existe diferencia entre el *best endeavours* y el *reasonable endeavours*.⁷²

Por esta razón, es discutible en el derecho americano si en realidad existen estándares de *efforts*,⁷³ desde que jurisprudencialmente se ha señalado que tal cláusula debe interpretarse en términos de razonabilidad. Pensar al *best efforts* como una cláusula contractual que exige a una parte realizar las conductas razonables para lograr un resultado, permite generar certeza y coherencia en torno a la misma. Más aún si ya ha quedado claro que el *best efforts* no puede llegar al extremo de generar la quiebra de una de las partes en favor de la otra.

Por ello, Kenneth A. Adams, un abogado especialistas en redacción de contratos, ha señalado reitera-

⁶⁹ *Permanence Corp. con Kennametal, Inc.* (1990).

⁷⁰ *Trecom Bus. Sys. con Prasad* (1997).

⁷¹ *Electricity Generation Corporation v. Woodside Energy Ltd* (2014).

⁷² ROSS y WHITE (2014), p. 11.

⁷³ HERTZ y TARGOFF (2002), p. 1: “As your lawyer will tell you, even though these differing standards are utilized frequently by contracting parties in almost all types of commercial agreements, they are not well-tested in the courts. Indeed while some general principles can be gleaned as to how a “best efforts” standard might be interpreted by a court, there is by no means any settled law as to precisely what these two words really mean. Moreover, we are not aware of any case that interprets “commercially reasonable efforts,” or even “reasonable best efforts” as distinct, less stringent standards than “best efforts.” The few cases that have analyzed a contracting party’s behavior in light of a “reasonable best efforts” clause often simply ignore the word “reasonable” and interpret the provision as a “best efforts” standard, rather than some lesser performance standard. And while common sense would suggest that a single contract, where one section requires “commercially reasonable efforts,” another requires “reasonable best efforts” and a third requires “best efforts” would be construed as imposing differing, and progressively more onerous, performance standards, there is no clear guidance as to how a court would interpret such a contract”.

damente que en el Common Law, tanto en Estados Unidos,⁷⁴ Canadá,⁷⁵ como en Inglaterra,⁷⁶ no tiene sentido distinguir entre estándares de *efforts* sino hablar de un solo estándar. Para ello recomienda utilizar «*reasonable efforts*» en vez de «*best efforts*» como la denominación oficial de tal cláusula contractual, desde que el uso del término «*reasonable*» es el más adecuado en virtud de los desarrollos jurisprudenciales y la esencia misma de la cláusula.

Claramente, si las partes expresamente pactan en su contrato que están incorporando un estándar determinado de esfuerzos, entonces deberá primarse la voluntad de las partes. Las partes deberán probar que la redacción de la cláusula no fue accidental sino claramente intencional, pues el objetivo era fijar un tipo de estándar de *efforts*. Si las partes no logran probar esto, deberá aplicarse la razonabilidad.

B. La experiencia inglesa

La imposición de diferentes estándares de *efforts* también se presenta en la práctica inglesa. En primer lugar, debemos precisar que los ingleses no usan la denominación «*efforts*» sino «*endeavours*», que ambos traducidos al castellano significan igualmente «esfuerzos». No existen diferencias entre «*efforts*» y «*endeavours*» desde una perspectiva comparada. Se trata de términos distintos para hacer referencia a lo mismo. A los americanos les gustan «*efforts*» y a los ingleses «*endeavours*».⁷⁷

La práctica comercial inglesa reconoce también diferentes estándares de *endeavours* tal y como lo hacen los abogados americanos: (1) *best endeavours* es el estándar más oneroso, (2) *all reasonable endeavours* es un intermedio, (3) mientras que *reasonable endeavours* impone el estándar más ligero.⁷⁸ Esta clasificación ha sido reconocida, por ejemplo, en los casos ingleses *UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurances Co (1986)*⁷⁹ y *Jolley v. Carmel Ltd (2000)*.⁸⁰

En el derecho inglés, al igual que el derecho americano, el «*best*» representa el estándar más exigente, de allí que *best endeavours* sea el primero en la jerarquía por el cual se requiere a la parte “*to take all reasonable courses of action to achieve the desired result*”.⁸¹ Como se ha señalado en *Sheffield District Railway v. Great Central Railway*,⁸² uno de los más antiguos y *leading case* inglés: “*We think “best endeavours” means what the words say; they do not mean second-best endeavours*”, hasta llegar al punto

⁷⁴ ADAMS (2004).

⁷⁵ ADAMS (2014b), p. 13.

⁷⁶ ADAMS (2014a).

⁷⁷ Véase CHAPPUIS (2002), p. 281-282.

⁷⁸ La misma clasificación se reconoce en otras jurisdicciones del *Common Law* como Australia y Singapur. Véase YI (2015); WONG (2019), p. 1072.

⁷⁹ *UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurances Co (1986)*. Véase YOUNG (2014), p. 102.

⁸⁰ YI (2015), p. 252.

⁸¹ ADAMS (2014a), p. 19.

⁸² *Sheffield Dist. Ry. Co. con Great Cent. Ry. Co. (1911)*.

de señalar que tal estándar significa “[to] *leave no stone unturned*”⁸³ (no dejar ni una piedra sin mover), lo cual se ha convertido en el derecho contractual inglés en una de las frases más importantes y emblemáticas para explicar la rigurosidad de los *best endeavours*. La rigurosidad del *best endeavours* también ha sido reconocida en *Jet2.com Ltd v. Blackpool Airport Ltd*.⁸⁴

A tal punto se ha llegado en virtud de la frase “*to leave no stone unturned*” que por mucho tiempo se consideró que el deudor tenía que subordinar sus propios intereses comerciales en favor del interés del acreedor o actuar incluso en su propio detrimento a efectos de lograr el objetivo deseado, tal y como se pensaba en el derecho americano. Sin embargo, posteriores cortes inglesas señalaron que el *best endeavours* debía ejercerse con razonabilidad y que no implicaba que el deudor haga todo lo posible hasta llegar a la bancarrota. El parámetro de la razonabilidad, que implica que el deudor podría tomar en cuenta sus intereses, ha sido reconocido –a manera de ejemplo– en *Terrel v. Mabie*,⁸⁵ *Malik Co v. Central European Trading Agency* (1974),⁸⁶ *IBM United Kingdom Ltd v. Rockware Glass Ltd* (1980),⁸⁷ y *Pips v. Walton* (1981).⁸⁸

Una particularidad del derecho inglés es el uso del término «*all*» como técnica de redacción para diferenciar los diversos estándares de *endeavours*. Mientras que *best endeavours* implica realizar todo lo que sea posible (lo cual claramente impone una gran carga sobre el deudor), *all reasonable endeavours* es muy cercano al *best endeavours* al imponer la realización de «*todos*» los actos posibles siempre y cuando además sean razonables. Finalmente, *reasonable endeavours* al no tener el «*all*» al principio, solo implica realizar “*one reasonable course of action to achieve the desired result*”.⁸⁹

Sin perjuicio de lo señalado por los abogados ingleses, y al igual que en la experiencia americana, las cortes inglesas no brindan reglas claras sobre cómo entender la jerarquía de los *endeavours*. La jerarquía semántica propuesta por los abogados no necesariamente concuerda con la interpretación de las cortes inglesas.⁹⁰

En *Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International*,⁹¹ la *High Court* distinguió al *best*

⁸³ FONTAINE (1988), p. 1006; YOUNG (2014), p. 97.

⁸⁴ *Jet2.com Ltd v. Blackpool Airport Ltd* (2012). YOUNG (2014), p. 99; YI (2015), p. 259-260.

⁸⁵ *Terrel con Mabie Todd & Co. Ltd.* (1952).

⁸⁶ YOUNG (2014), p. 97.

⁸⁷ YOUNG (2014), p. 98.

⁸⁸ *Pips (Leisure Prods.) Ltd. con Walton* (1981).

⁸⁹ ADAMS (2014a), p. 19.

⁹⁰ CHAPPUIS (2002), p. 281: “There is no particular magic in the words *best efforts*. And still, with the obvious meaning given to these words by some English judges, the total lack of criteria others complain about and the uncertainty in the view of some American judges, the agreement drafter is likely to hesitate. Should he have recourse to such provisions or, on the contrary, exclude them, forever, from his contractual vocabulary”; YOUNG (2014), p. 111: “Notwithstanding the widespread use of “*endeavours*” *undertakings* in commercial contracts in the common law world, their exact meaning and scope have remained unclear”. Véase también ROSS y WHITE (2014).

⁹¹ *Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International* (2007).

endeavours del *reasonable endeavours* pero consideró como similares al *best endeavours* y *all reasonable endeavours* al señalar que “*an obligation to use all reasonable endeavours equates with using best endeavours*”.⁹² Posteriormente, en *Hiscox Syndicates Ltd v. Pinnacle Ltd.*,⁹³ se siguió lo indicado en *Rodhia* al señalar que *all reasonable endeavours* es más oneroso que el *reasonable endeavours* y que se acerca al *best endeavours*.⁹⁴

Una posición similar ha sido reconocida en Singapur conforme al caso *KS Energy Services Ltd v. BR Energy (M) Sdn Bhd*,⁹⁵ en donde la corte de apelaciones explicó que no hay mayor diferencia entre *all reasonable endeavours* y *best endeavours* al señalar que “*any attempt to draw a distinction between them would merely be a pointless hair-splitting exercise*”, a menos que las partes expresamente las distinguan.⁹⁶

Si seguimos lo dispuesto en *Rodhia* tendríamos la siguiente jerarquía de estándares: (1) *best endeavours* o *all reasonable endeavours*, y (2) *reasonable endeavours*. En virtud de tal jerarquía la única diferencia que existiría entre ambos estándares es que el primero impone realizar «todos» los comportamientos razonables para lograr el objetivo, mientras que el segundo impone un solo comportamiento concreto. Al respecto, cabe mencionar la posición en Australia, la cual considera como sinónimos al *best endeavours*, *all reasonable endeavours* y *reasonable endeavours*, todos sujetos al requisito de razonabilidad.⁹⁷

Al igual que en el derecho americano, en el derecho inglés el estándar más alto termina interpretándose en términos de razonabilidad, con lo cual el *best endeavours* no es absoluto ni altamente gravoso. Sin embargo, en el derecho inglés existiría al menos una distinción entre dos estándares, que sin perjuicio de tal diferenciación, deben interpretarse en parámetros de razonabilidad: uno que implica realizar todas las conductas que sean razonables según el caso en concreto para lograr el objetivo (*best endeavours* o *all reasonable endeavours*) y otro que exige realizar una sola conducta razonable (*reasonable endeavours*).

Nuevamente, si por pacto expreso las partes incorporan un estándar de *endeavours* específico y que de manera indiscutible impone un propio estándar, lo más probable es que se respete la autonomía de las partes. El juez inglés es uno muy respetuoso del pacto de las partes. Lo dispuesto por el *caselaw* inglés constituye norma supletoria que puede superarse por pacto expreso.

⁹² JONES DAY (2007); YOUNG (2014), p. 103.

⁹³ *Hiscox Syndicates Ltd v. Pinnacle Ltd* (2008).

⁹⁴ ADAMS (2014a), p. 21; YOUNG (2014), p. 104.

⁹⁵ *KS Energy Services Ltd v. BR Energy (M) Sdn Bhd* (2014).

⁹⁶ YI (2015), p. 252; WONG (2019), p. 1073.

⁹⁷ YOUNG (2014).

III. LOS MEJORES ESFUERZOS Y LA BUENA FE

Habiendo explicado el contenido y alcance de la cláusula de mejores esfuerzos, cómo la misma fue concebida inicialmente y cómo ha sido finalmente moldeada –por el momento– por la jurisprudencia anglosajona, parece claro que la misma es distinta a la buena fe. Si bien ambas se encuentran en planos teóricos distintos, no en pocas ocasiones fueron confundidas.⁹⁸ Por ejemplo, después de analizar ciertos casos en donde se pactó una cláusula *best efforts*, Houh afirmó que:⁹⁹ “*Thus, that each party will use its best efforts to actuate the purpose of the contract and the intent of the parties is also assumed under the rubric of good faith*”. Por parte de la jurisprudencia americana, en *Maestro W. Chelsea v. Pradera Realty* la corte explicó que “*A best efforts clause imposes an obligation to act in good faith in light of one’s own capabilities*”.¹⁰⁰ De igual manera, se han reportado diversos casos americanos en donde se considera a los *best efforts* y la *good faith* como conceptos intercambiables entre sí.¹⁰¹ Desde un inicio, ya resulta cuestionable interpretar una cláusula general (de mejores esfuerzos) en virtud de otra cláusula general (de buena fe).¹⁰²

A pesar de que conceptualmente la cláusula de *best efforts* sea distinta a la buena fe, en la práctica podrían coincidir en el sentido que la diligencia exija cierto comportamiento que también sea uno requerido por la buena fe. Sin embargo, si entendemos que los mejores esfuerzos imponen una diligencia superior a la ordinaria, es claro que el acreedor tendría el derecho a exigir que el deudor ejecute determinados comportamientos que no podrían catalogarse como de buena fe, por ejemplo, asumir sobrecostos en la ejecución del contrato para lograr el resultado pretendido.¹⁰³ Recordemos que la buena fe tiene una función limitativa de derechos y que ella podría evitar que el acreedor requiera el cumplimiento del contrato si tal ejecución involucra una mayor onerosidad.

Al respecto, tengamos en cuenta la falta de determinación de la cláusula de mejores esfuerzos, la que, al no estar definida, no provee ningún tipo de estándar objetivo que permita concluir qué cosa son los mejores esfuerzos y cómo una parte cumple con ellas. Por tal motivo, si bien algunas cortes americanas admitieron la validez de este tipo de cláusulas, otras se negaron a ejecutarlas por falta de determinación.¹⁰⁴ En *Goodman v. Motor Products Corporation*, la corte señaló que los *best efforts* eran

⁹⁸ FARNSWORTH (1984), p. 8: “[...] courts sometimes confuse the standard of best efforts with that of good faith”.

⁹⁹ HOUH (2005), p. 18.

¹⁰⁰ *Maestro W. Chelsea SPE con Pradera Realty* (2012).

¹⁰¹ Véase SCALES (1958); MILLER (2006).

¹⁰² Sobre la buena fe como cláusula general, véase MACQUEEN (2006); LANDO (2007); LEÓN (2007, p. 541); BERGER & ARNTZ (2016); GARCÍA LONG (2017a).

¹⁰³ Solo recordemos que uno de los argumentos para corregir los desequilibrios económicos sobrevinientes es que el acreedor no puede exigir de buena fe el cumplimiento del contrato si las circunstancias han cambiado de manera radical. Entonces, la buena fe es un límite a la pretensión de cumplimiento del contrato.

¹⁰⁴ SCALES (1958), p. 388: “*In some cases the best efforts clause has been attacked on the grounds that it was too vague and indefinite*”; GOETZ Y SCOTT (1981), p. 1119-1120: “*A search for the meaning of a best efforts obligation in terms of traditional legal doctrine is not very illuminating. Early common law courts were reluctant to sanction the use of such an ambiguous obligation, finding best efforts agreements vague, indefinite, or illusory and thus lacking in mutuality of obligation. Although pockets of resistance to legal enforcement remain, the majority of courts now concede that such obligations represent a substantial and legally enforceable obligation between the parties*”; MILLER (2006), p. 615: “*The judicial landscape is littered with conflicting interpretations of efforts clauses. Some*

«fairly intelligible» e incapaz de “being reduced to certainty by judicial interpretation”.¹⁰⁵ Los términos contractuales indefinidos, por regla, no se ejecutan. Deben cumplir con el requisito de determinación en su contenido. Como explica Scott:¹⁰⁶ “One of the core principles of contract law is the requirement of definiteness. An agreement will not be enforced as a contract if it is uncertain and indefinite in its material terms”.

De todas las formas bajo las cuales se podía argumentar la validez de este tipo de cláusulas indeterminadas, una de ellas fue asimilarla a la buena fe (*good faith*).¹⁰⁷ Si la cláusula de mejores esfuerzos no es otra cosa que una manifestación específica de la buena fe, al estar la buena fe generalmente reconocida tanto en el *Uniform Commercial Code*¹⁰⁸ como el *Restatement (Second) of Contracts*¹⁰⁹ en la etapa de ejecución de los contratos, entonces su validez estaría fuera de discusión. Esta fue una manera de salvar la inejecutabilidad (*unenforceability*) de las cláusulas de *best efforts*.

Sin perjuicio de lo anterior, actualmente es indiscutible que por definición misma de ambos institutos contractuales, la cláusula de mejores esfuerzos es diferente a la buena fe y la principal diferencia se encuentra en el mayor estándar de cumplimiento que impone los mejores esfuerzos respecto de la buena fe.¹¹⁰ Este mayor estándar se incorpora al contrato mediante pacto, mientras que el estándar de la buena fe ya es aplicable por ley a todos los contratos. Entonces, cuando se pacta un *best efforts* se agrega algo distinto, entiéndase, más riguroso de lo que ya existe. Explica Miller (2006, p. 635) que:¹¹¹ “Since the starting point of a party’s performance is good faith, common sense suggests that by explicitly including a best efforts clause, the parties intended to obligate the promisor to a level of performance beyond that of mere good faith. Holding otherwise sterilizes best efforts clauses leaving them without independent meaning”.

courts apply tough, exacting standards when analyzing a bound party’s performance, while other courts hold that efforts clauses in general are too vague to be enforced”; PARK (2006), p. 707-708: “Nevertheless, some courts suggest that best efforts provisions create no obligation beyond that specified elsewhere in the contract. That is, unless there is mutuality of obligation elsewhere in the agreement, these promises fail to create a legal obligation. Under this rule, a best efforts clause has no legal effect”; HAMLIN (2011), p. 14: “On one hand, courts have recognized the validity of best efforts clauses in the absence of articulated objective criteria by which efforts may be measured. Alternatively, courts have refused to enforce best efforts clauses unless the relevant agreement contains clear, objective guidelines against which to measure a party’s performance”.

¹⁰⁵ *Goodman v. Motor Products Corp.* (1956).

¹⁰⁶ SCOTT (2003), p. 1643.

¹⁰⁷ HAMLIN (2011, p. 12, nota 34): “In *Clever Ideas*, the court held that a discount program designer’s promise to use its best efforts to promote and publicize its program was enforceable despite the fact that the term best efforts was not defined in the agreement and such agreement lacked specific criteria whereby best efforts could be measured. There, the court was reluctant to find the best efforts clause ambiguous after the parties had performed under the agreement for 12 years and where the agreement resembled an exclusive contract under which best efforts clauses previously had been interpreted as an expression of the implied obligation to use good faith and reasonable efforts”.

¹⁰⁸ “§1-203. Obligation of Good Faith: Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”.

¹⁰⁹ “§205. Duty of Good Faith and Fair Dealing: Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

¹¹⁰ ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 106: “Aunque el alcance de este deber no está mejor definido que el alcance del deber de buena fe, es claro que el deber de mejores esfuerzos es más oneroso que el deber de buena fe”.

¹¹¹ MILLER (2006), p. 635.

En efecto, como se ha afirmado de manera clara en *Kroboth v. Krent*: “[Best] efforts’ requires more than ‘good faith,’ which is an implied covenant in all contracts [...]”.¹¹² Por su lado, en *Crum & Crum v. NDC* la corte explicó que “Generally, the duty of “best efforts” is more exacting than the duty of good faith [...]”.¹¹³

Nuevamente, esto es claro si recordamos que vía consenso las partes puedan definir mayores estándares convencionales que los que se aplican a todo tipo de contratos. La buena fe siempre se encuentra regulada expresamente por una norma legal en la etapa de ejecución contractual en países del *Civil Law* (y excepcionalmente en jurisdicciones anglosajonas como la americana según el *Uniform Commercial Code*). Por el contrario, la cláusula de mejores esfuerzos debe ser pactada pues normalmente no se encuentra regulada expresamente por una norma legal en países del *Civil Law* y solo de manera excepcional para ciertas situaciones en el *Common Law*, como ocurre en el derecho americano con la sección §2-306(2) del *Uniform Commercial Code*.

Como explica Farnsworth respecto al derecho americano:¹¹⁴ “Good faith is showcased by the Uniform Commercial Code and by the Restatement (Second) of Contracts and has inspired hundreds of pages of earnest debate in the law reviews. Best efforts is infrequently mentioned in the Code and the second Restatement [...]”. Este es el motivo por el cual los *best efforts* encuentran su fuente en la autonomía privada de las partes, quienes son las que se han encargado de estandarizar esta cláusula con su pacto continuo y repetitivo en diferentes tipos contractuales.

Esto ayuda a entender las diferencias entre la buena fe y los mejores esfuerzos en países del *Civil Law*. Recordemos que la intención de la cláusula de mejores esfuerzos es imponer un estándar de diligencia más alto que el ordinario, tanto es así que en sus inicios se pensó que en virtud de ella se podía exigir a una de las partes a llegar hasta la quiebra con el fin de lograr el resultado deseado.

Entonces, siendo que la buena fe tiene como fuente una norma legal imperativa que impone su aplicación en la etapa de ejecución de los contratos (por ejemplo, el artículo 1362 del Código Civil peruano), mientras que la cláusula de mejores esfuerzos solo se aplica cuando es pactada, es fácil concluir que la última se incorpora al contrato cuando las partes tienen la intención de imponer un estándar de diligencia mayor al regulado de manera general para todos los contratos (por ejemplo, el artículo 1314 del Código Civil peruano). El alcance de los mejores esfuerzos se definirá en el caso concreto. Así las partes se ahorran en costos de transacción a cambio de asumir el riesgo de gastar en mayores costos de ejecución en el futuro (cuando sea necesario definir hasta dónde llegan los mejores esfuerzos).

Una precisión final es importante. Sin perjuicio que la buena fe y los mejores esfuerzos sean distintos, desde que el segundo impone un estándar más alto que el primero, esto no quiere decir que la buena fe no sea aplicable al ejercicio mismo de los mejores esfuerzos.

¹¹² *Kroboth con Brent* (1995). Véase ADAMS (2004), p. 13.

¹¹³ *Crum & Crum Enterprises, Inc. con NDC of California* (2010).

¹¹⁴ FARNSWORTH (1984), p. 7.

El pacto de cláusulas de *best efforts* o *best endeavours* tiene sentido en jurisdicciones del *Common Law* porque allí la buena fe no tiene la misma fuerza integradora del contrato como lo tiene en el *Civil Law*. Incluso, el rechazo es más claro en el derecho inglés en donde la buena fe ha sido considerada por las cortes como una enfermedad contagiosa de origen extraño y como inherentemente repugnante frente a la posición adversarial de las partes.¹¹⁵

Entonces, si el deudor debe ejercer ciertos comportamientos (aún no determinados) en favor del acreedor, no se recurre a la buena fe sino se pacta expresamente una cláusula de mejores esfuerzos.

Al ser los mejores esfuerzos una cláusula ambigua, aún queda pendiente definir cómo el deudor cumple con sus mejores esfuerzos. ¿Cuál es el estándar de cumplimiento? ¿Qué tanto se debe esforzar el deudor para cumplir con su deber? ¿En qué casos el deudor incumple con sus mejores esfuerzos? Este es un tema casuístico que no tiene respuesta general y que dependerá del pacto expreso y de las circunstancias del caso.

En la práctica contractual americana e inglesa se suelen pactar diversas jerarquías de *efforts* o *endeavours*. Por el lado de la doctrina, la misma también ha discutido la aplicación de diversos estándares de cumplimiento según el nivel de *efforts* (*good faith*, *fiduciary duty*, *diligence insurance*, entre otros). Finalmente, también la jurisprudencia ha tratado de dar algunas guías. Al respecto, resulta pertinente lo resuelto por la corte de apelaciones de Singapur en el caso *Travista Development Pte Ltd v. Tam Kim Swee Augustine* (2008),¹¹⁶ en donde se formularon guías para determinar si una cláusula *best endeavours* se había cumplido:¹¹⁷

- (a) *Such clauses require the obligor 'to go on using endeavours until the point is reached when all reasonable endeavours have been exhausted', or 'to do all that it reasonably could'.*
- (b) *The obligor need only do that which has a significant or real prospect of success in procuring the contractually-stipulated outcome.*
- (c) *If there is an insuperable obstacle to procuring the contractually-stipulated outcome, the obligor is not required to do anything more to overcome other problems which also stood in the way of procuring that outcome but which might have been resolved.*
- (d) *The obligor is not always required to sacrifice its own commercial interests in satisfaction of its obligations, but it may be required to do so where the nature and terms of the contract indicate that it is in the parties' contemplation that the obligor should make such sacrifice.*
- (e) *An obligor cannot just sit back and say that it could not reasonably have done more to procure*

¹¹⁵ TEUBNER (1998, p. 11).

¹¹⁶ *Travista Development Pte Ltd v. Tam Kim Swee Augustine* (2008).

¹¹⁷ YI (2015, p. 256); WONG (2017, p. 1076).

the contractually-stipulated outcome in cases where, if it had asked the obligee, it might have discovered that there were other steps which could reasonably have been taken.

- (f) *Once the obligee points to certain steps which the obligor could have taken to procure the contractually-stipulated outcome, the burden ordinarily shifts to the obligor to show that it took those steps, or that those steps were not reasonably required, or that those steps would have been bound to fail.*

Entonces, es importante no confundir el pacto de la cláusula de mejores esfuerzos con el estándar de cumplimiento aplicable al primero. Usualmente las partes solo negocian si se debe incluir una cláusula de mejores esfuerzos y cuál será el nivel de esfuerzo específico (*best efforts*, *reasonable best efforts*, *reasonable efforts*, y otros). Dicho pacto solo representa la intención de las partes de calificar el deber como uno de mejores esfuerzos y precisar cuál es el nivel de esfuerzos aplicable (entiéndase, que tan onerosa es la obligación para el deudor). Sin embargo, aún queda abierto discutir cuándo se considera que el deudor cumple con sus mejores esfuerzos según lo pactado y las circunstancias del caso, y esto solo se sabrá cuando la cláusula se aplique efectivamente a los hechos. No es lo mismo cumplir un *best efforts* que un *reasonable efforts*. Al respecto, son aplicables los diversos estándares de cumplimiento para verificar si el deudor cumplió o no con su deber.

Todo el desarrollo en la práctica, doctrina y jurisprudencia anglosajona se ha enfocado en fijar cómo cumplir con los mejores esfuerzos, lo cual demuestra la preferencia por el *Common Law*, liderado por el derecho inglés, de rechazar conceptos generales para preferir por redacciones específicas. Sin perjuicio de partir de esta premisa, se reconoce que la buena fe puede cumplir un rol como estándar de cumplimiento para determinar si el deudor cumplió con realizar sus mejores esfuerzos según el nivel de esfuerzos pactado en el contrato.

Si queremos aterrizar y verificar cómo lo anterior se aplica en el *Civil Law*, podríamos discutir si el estándar de cumplimiento general para los mejores esfuerzos es siempre la buena fe (dado su poder en dicho sistema jurídico) o si la misma es solo uno de los estándares de cumplimiento que podría aplicarse en el caso en concreto. De optarse por esta última opción, se admitiría la posibilidad de pactar estándares de cumplimiento más altos que la buena fe como el que corresponde a un deber fiduciario, pero no un estándar menor al ser la buena fe usualmente considerada como un estándar imperativo (y como tal, que impone un estándar mínimo de buen comportamiento).

Por el momento, queremos discutir cómo la buena fe podría aplicarse como estándar de cumplimiento de los mejores esfuerzos. En primer lugar, debemos diferenciar a la buena fe de la razonabilidad que le da contenido a los mejores esfuerzos. Tanto la jurisprudencia americana como la inglesa han dotado de contenido a la cláusula de mejores esfuerzos y han establecido que la misma no significa que el deudor deba subordinar su interés o incluso ocasionarse daños.

Un civilista podría pensar que allí donde se está hablando de razonabilidad en realidad se está pensando en la buena fe. Sin embargo, dado que por definición la cláusula de *best efforts* impone un nivel más exigente que la buena fe, entonces la razonabilidad no puede pensarse como sinónimo de la bue-

na fe. Como explica Hamlin,¹¹⁸ respecto al *leading case* americano Bloor v. Falstaff: “The court stated that Falstaff had the “right to give reasonable consideration to its own interests” but held that Falstaff was obligated to take actions beyond good faith efforts to satisfy its obligation”.¹¹⁹

La buena fe se aplica en los mejores esfuerzos para determinar qué conductas debería realizar el deudor para cumplir con su deber. Debido a que la cláusula de mejores esfuerzos es una cláusula vaga, la misma no define *ex ante* los comportamientos requeridos para el deudor. Existe una infinidad de conductas que el deudor podría ejecutar para intentar conseguir el resultado. En este sentido, la buena fe se aplica a los mejores esfuerzos en el momento del juicio que tiene que realizar el deudor para definir cuáles son las conductas específicas que permitirán lograr el resultado.

El caso más emblemático que explica cómo la buena fe es aplicada a la elección que tiene el deudor sobre las diferentes opciones de conductas es LTV Aerospace v. Thomson, en donde la corte, citando el caso Bloor, señaló que “Even in the face of a best efforts clause, however, a party is entitled to give “reasonable consideration to its own interests” in determining an appropriate course of action to reach the desired result”. Así es como se usa la razonabilidad para proteger al deudor y no imponerle un estándar muy oneroso. Sin embargo, la corte prosiguió y explicó que “A party may thus exercise discretion, within its good faith business judgment, in devising a strategy for achieving its ultimate goal”.¹²⁰ En otras palabras, la elección de las conductas idóneas para pretender el resultado debe ser de buena fe.

Incluso, para profundizar aún más, es interesante que la corte en el caso LTV Aerospace, en vez de referirse a secas a la buena fe (*good faith*), haya preferido utilizar la denominación «*good faith business judgment*», y esto es importante porque la misma hace referencia a una institución existente en el derecho corporativo.¹²¹

Los directores no pueden sobreponer sus intereses frente a los intereses de los accionistas de la empresa, y para asegurarse de ello, el derecho corporativo impone dos deberes fiduciarios: el deber de diligencia (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*).¹²² Sin embargo, es evidente que en diversas oportunidades los directores deben tomar decisiones riesgosas con el objetivo de obtener un gran beneficio en favor de la empresa y sus accionistas. Como dicen los empresarios, a mayor riesgo mayor rentabilidad. En este escenario, para incentivar la toma de decisiones riesgosas pero necesarias que puedan generar beneficios, se creó un límite a la responsabilidad de los directores: el *business judgment rule*,¹²³ por el cual si el director tomó una decisión informada y diligente, entonces

¹¹⁸ HAMLIN (2011), p. 15.

¹¹⁹ Bloor v. Falstaff (1979).

¹²⁰ LTV Aerospace and Defense Co. con Thomson (In re Chateaugay) (1996).

¹²¹ Véase GRIFFITH (2005).

¹²² En el derecho peruano, tales deberes se encuentran reconocidos en el artículo 171 de la Ley General de Sociedades: “Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones”.

¹²³ WACHTTELL, LIPTON, ROSEN & KATZ (2016), p. 28: “[...] the business judgment rule is a presumption that directors are complying with their fiduciary duties. The purpose of the rule is to encourage corporate fiduciaries to attempt to increase stockholder wealth by engaging in those risks that, in their business judgment, are in the best interest of the corporation without the debilitating fear that

no es responsable si causó daños por tomar una decisión de negocios. En términos civiles, el *business judgment rule* consiste en un estándar de diligencia propio de los empresarios.¹²⁴

Tradicionalmente los deberes fiduciarios solo consistían en el deber de cuidado y el deber de lealtad. Sin embargo, esto cambió cuando la buena fe empezó a tener más importancia en el derecho corporativo como lo tiene en el derecho contractual. Es como si la buena fe hubiera migrado del derecho de contratos al derecho societario.

Este deber de buena fe, entre otras manifestaciones, se aplica al momento en que el director debe tomar una decisión determinada. No solo debe actuar con cuidado y con lealtad frente a los accionistas, sino que al momento de optar por una decisión empresarial, de todas las decisiones disponibles, debe elegir una de buena fe. Por tales razones, ahora en el derecho corporativo se habla en general de un *duty of good faith* y de manera específica de un *good faith business judgment*.¹²⁵

Ahora se entiende por qué en el caso *LTV Aerospace* la corte utilizó la denominación *good faith business judgment*: para señalar que incluso cuando no se logre el resultado esperado, el deudor habrá cumplido con realizar sus mejores esfuerzos si al momento de elegir entre todas las conductas disponibles, tomó una decisión conforme a la buena fe. Siendo esto así, incluso si no se logra el resultado, el deudor podría ser responsable frente al acreedor por no cumplir con la buena fe.

Visto de esta manera, es claro cómo la buena fe se distingue de la razonabilidad. La razonabilidad fue un parámetro usado por las cortes para limitar la extensión de los *best efforts*, los cuales casi se asimilaban a una obligación de resultado. La razonabilidad es parte del contenido mismo de los *best efforts* desde que las cortes anglosajonas se negaron a reconocer que a través de una cláusula vaga se pueda imponer un alto costo económico sobre la parte que debe realizar sus mejores esfuerzos. Solo recordemos la expresión jurisprudencial inglesa «*to leave no stone unturned*». En términos simples, la razonabilidad está pensada en favor del deudor para evitar pretensiones abusivas del acreedor. Por su parte, la buena fe está pensada como criterio de elección de las conductas idóneas para conseguir el resultado deseado. Entonces, la buena fe está pensada en favor del acreedor para evitar que el deudor opte por cualquier medio inidóneo.

Claramente se podría argumentar que la razonabilidad es la buena fe. Sin embargo, si tenemos en cuenta la evolución en la práctica y la jurisprudencia anglosajona sobre la cláusula *best efforts*, consi-

they will be held personally liable if the company experiences losses”.

¹²⁴ En el derecho peruano, según el artículo 177 los directores no responden por culpa leve: “Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares. Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”.

¹²⁵ En el derecho americano se ha discutido sobre el lugar y rol que cumple el deber de buena fe en el derecho corporativo. EISENBERG (2006, p. 4) explica que la buena fe estaba reconocida implícitamente por las cortes en el *business judgment rule*: “The duty of good faith also has long been implicitly recognized in case law –for example, in the formulation of the business judgment rule”. Otros autores señalan que el deber de buena fe es parte del contenido del deber fiduciario de lealtad, con lo cual, la buena fe no sería un deber fiduciario independiente sino un efecto del deber de lealtad. Véase STRINE, HAMERMESH, BALOTTI Y GORRIS (2010).

deramos que es evidente que ambos conceptos cumplieron funciones distintas, y si bien en la práctica contemporánea la buena fe podría ser usada en países del *Civil Law* como el criterio para impedir que una cláusula *best efforts* pueda convertirse en una obligación de resultado, dicha utilidad no es necesaria desde que en la actualidad ya es comprendido que la razonabilidad es inherente a la cláusula *best efforts* o *best endeavours* (salvo pacto expreso en contra), de manera que la buena fe encuentra su verdadera utilidad al momento de elegir qué conductas son las más idóneas para intentar conseguir el resultado, y en consecuencia, cumplir con los mejores esfuerzos. Esto es, la buena fe es un estándar de cumplimiento para verificar si el deudor, según el pacto y las circunstancias, cumplió o no con realizar sus mejores esfuerzos.

Así es como debemos entender a la razonabilidad y a la buena fe cuando algunos autores señalan que “*Courts have generally interpreted “best efforts” [...] as creating an obligation to act reasonably and in good faith under the applicable circumstances*”.¹²⁶ Razonabilidad es un límite para que el *best efforts* no se convierta en una obligación de resultado (y por ello protege al deudor), mientras que la buena fe es un límite para que el deudor no ejecute conductas que no sirvan para conseguir el resultado (y por ello protege al acreedor). Así es como debe ser entendida la buena fe cuando es mencionada en referencia al *best efforts*. De esta manera se logra responder la pregunta que se formulaba Adams:¹²⁷ “*Why combine good faith with reasonableness?*”.

Nuevamente, y para concluir, en países del *Civil Law* la buena fe podría ser considerada como el estándar general de cumplimiento de la cláusula de mejores esfuerzos a diferencia del *Common Law* (donde se han propuesto distintos estándares). Esta distinción de tratamiento se justifica en el diverso rol que tiene la buena fe en el derecho comparado: es fuerte en el *Civil Law* pero débil –e incluso rechazada– en el *Common Law*.¹²⁸ Entonces, si bien en el *Civil Law* no cabría pactar un estándar por debajo de la buena fe (a diferencia de alguna jurisdicción del *Common Law*), sí sería posible pactar un estándar mayor al de la buena fe.

IV. LOS MEJORES ESFUERZOS EN EL CIVIL LAW

Resulta interesante pensar cómo incorporar una cláusula anglosajona como la *best efforts* en países del *Civil Law*. Habiendo explicado cómo funciona tal cláusula, es clara su similitud con las obligaciones de medios (*obligations de moyens*) y su contraparte las obligaciones de resultados (*obligations de résultat*). Mediante las obligaciones de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado determinado sino solo a desplegar una determinada actividad, mientras que en las obligaciones de resultado el deudor se compromete a obtener el resultado deseado.

Esta distinción tiene un gran impacto en el régimen de diligencia, responsabilidad contractual y carga

¹²⁶ HERTZ y TARGOFF, 2002, p. 14.

¹²⁷ ADAMS (2014b), p. 13.

¹²⁸ Véase GARCÍA LONG (2017b).

de la prueba. En las obligaciones de medios el deudor no es responsable si no obtiene el resultado siempre que pruebe que cumplió con desplegar la actividad usando la diligencia ordinaria. Por otro lado, en las obligaciones de resultado el deudor es responsable si no obtiene el resultado por más diligente que haya sido, y solo podrá liberarse de responsabilidad si prueba la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

Siendo que en las obligaciones de medios el deudor solo se obliga a realizar –precisamente– un medio y no un resultado, cuando en el derecho comparado se estudia a la cláusula *best efforts* se hace expresa referencia a las obligaciones de medios (*obligations de moyens*) como su equivalente civilista. Por el lado del *Common Law*, Farnsworth concluye que “*Our common law counterpart of the French obligation as to appropriate means is, of course, the duty of best efforts*”.¹²⁹ A su vez, Pejovic explica que “[...] *essentially, obligations de moyens correspond to the common law concepts of due diligence and best efforts*”.¹³⁰

Por parte del *Civil Law*, en Europa y respecto al derecho español Arbesú González señala que:¹³¹ “El interés respecto del estudio comparado con las obligaciones de medios y de resultados, radica en la determinación del estándar de diligencia o esfuerzo de la obligación, es decir, mediante las cláusulas de mejores esfuerzos, los contratantes determinan el alcance de la obligación, en que, si bien no se compromete un resultado, sí se compromete un nivel de esfuerzo determinado [...]”. A su vez, en Latinoamérica y respecto al derecho colombiano Acevedo Rehbein explica que:¹³² “Así las cosas, se puede concluir que cuando se está frente a una obligación de medios el deudor debe desplegar sus mejores esfuerzos”. De igual manera, cuando Witz y Bopp estudian desde el derecho alemán a los *best efforts* explican la distinción entre las obligaciones que comprometen una actividad (*Tätigkeit*) y las que comprometen un resultado (*Erfolg*).¹³³

Aparentemente, si los mejores esfuerzos del *Common Law* son las obligaciones de medios del Civil, se podría afirmar que deberíamos pensar a los mejores esfuerzos como obligaciones de medios y no como una institución contractual nueva que ingresa al *Civil Law*. Los civilistas podrían razonar que en las obligaciones de medios el deudor debe realizar sus mejores esfuerzos para obtener el resultado. Si esto es así, se entiende por qué un autor proveniente de un país civilista ha señalado que “[...] *las cláusulas de mejores esfuerzos son redundantes en los contratos en Colombia*”.¹³⁴

Al respecto, una precisión en relación a los Principios UNIDROIT. El artículo 5.1.4 de la versión en inglés hace referencia a un *duty of best efforts*¹³⁵ mientras que la versión en francés habla de la *obligation*

¹²⁹ FARNSWORTH (1984), p. 3.

¹³⁰ PEJOVIC (2001), p. 826. También CHAPPUIS (2002), p. 286: “*It can be accepted that the French obligation de moyens corresponds under common law, to a duty of best efforts*”.

¹³¹ ARBESÚ GONZÁLEZ (2016), pp. 44-45.

¹³² ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 117.

¹³³ WITZ Y BOPP (1988), pp. 1035-1037.

¹³⁴ ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 117.

¹³⁵ “(Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts).

de moyens.¹³⁶ Sin embargo, ello no quiere decir que ambas sean idénticas o se hayan fusionado. La razón se debe a propósitos terminológicos. En el idioma inglés las obligaciones de medios se traducen como *best efforts*, sobre todo porque en el *Common Law* no se usa la distinción entre obligaciones de medios y resultados. Por el contrario, sí tenía sentido hablar de obligaciones de medios en la versión francesa. Entonces, no pensemos que los Principios UNIDROIT han unificado a las obligaciones de medios con los mejores esfuerzos.

Es cierto que cuando uno analiza a los *best efforts* desde el derecho civil es inevitable pensar automáticamente en las obligaciones de medios. Sin embargo, esto no quiere decir que se traten de sinónimos perfectos. Tal vez en algunas ocasiones y desde una perspectiva limitada podría considerarse que ambos conceptos son idénticos, y ello deberá evaluarse según el contrato concreto. Sin embargo, si tenemos en cuenta cómo funcionan los *best efforts* en el *Common Law*, entonces no será complicado entender por qué el pacto de dicha cláusula puede significar algo distinto a la asunción de una obligación de medios.

Si estamos ante un contrato internacional que se redacta en inglés pero sujeto a ley francesa, uno podría esperar que se pacten obligaciones de medios y de resultado, y que las obligaciones de medios sean denominadas y traducidas como *duty of best efforts*. En estos casos se podría concluir que los mejores esfuerzos son las obligaciones de medios. Esta conclusión sería el resultado de una labor interpretativa del contrato. Al respecto, el artículo 5.1.5 de los Principios UNIDROIT describe pautas para concluir si una obligación pactada es de medios o resultado.¹³⁷

Sin embargo, si estamos ante un contrato de adquisición de empresa, vemos que los *best efforts* tienen un ámbito de aplicación mucho más amplio y oneroso en comparación de las obligaciones de medios. Solo recordemos el desarrollo jurisprudencial americano e inglés al respecto. Antes se pensaba que el *best efforts* exigía realizar todo el esfuerzo posible hasta no dejar ni una piedra sin mover, de manera que parecía que un *best efforts* en realidad de *efforts* no tenía nada pues el objetivo real era lograr el resultado como sea y a cualquier precio, a pesar que según la letra del contrato el deudor solo se obligaba a intentarlo. Luego los *best efforts* se fueron matizando al condicionarse a criterios de razonabilidad.

De igual manera, se ha reportado que en contratos de licencia el pacto de una cláusula de *best efforts*

(1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.
(2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances”.

¹³⁶ “(Obligation de résultat et obligation de moyens)

1) Le débiteur d'une obligation de résultat est tenu de fournir le résultat promis.

2) Le débiteur d'une obligation de moyens est tenu d'apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation”.

¹³⁷ “(Determination of kind of duty involved) In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to (a) the way in which the obligation is expressed in the contract; (b) the contractual price and other terms of the contract; (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result; (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation”.

puede colocar al deudor en una posición similar a una de carácter fiduciaria frente a su acreedor.¹³⁸ Mientras que los deberes contractuales asumen que cada parte ejecuta el contrato buscando satisfacer su interés personal (de allí que exista la buena fe para atemperar estos intereses opuestos), en las relaciones fiduciarias (como en la agencia) una parte ejecuta el contrato en interés de la otra, y como tal, debe evitar conflictos de intereses.

A pesar que estemos ante una relación contractual y no fiduciaria como en el contrato de licencia, el pacto de un *best efforts* podría imponer una carga tan grande sobre deudor que parecería colocarlo en una posición fiduciaria, en donde lo único que importa es hacer todo lo posible para satisfacer el interés del acreedor (entiéndase, lograr el resultado esperado por él). Al respecto, se critica que la opción eficiente sea que el *best efforts* deba evaluarse y medirse desde la posición del deudor y sus intereses (*diligence insurance*).¹³⁹

Además, téngase presente el requisito de determinación, el cual es un aspecto estructural de los pactos contractuales. Los anglosajones usan la cláusula de *best efforts* cuando no saben qué comportamiento deberá realizar el promisor. Como explica Goldberg:¹⁴⁰ “*When contracting parties cannot quite define their obligations, they often resort to placeholder language, like “best efforts.” They (and their counsel) likely have little idea of what they might mean, but, so long as they avoid litigation, it will not matter much*”. Como tal, la regla es que la cláusula de mejores esfuerzos, si bien no es determinada *ex ante* al menos es determinable *ex post* (pero nunca indeterminable). Esto es importante a fin de cumplir con el requisito de determinabilidad para que un pacto sea válido.¹⁴¹

Por el contrario, las obligaciones de medio no tienen este nivel de vaguedad. Cuando un deudor asume un compromiso, el compromiso (su prestación) normalmente ya está delimitado, solo que se precisa que no se compromete a obtener el resultado sino solo a ejecutar la prestación para intentar obtener el resultado. Esta es la lógica de las obligaciones de medios, y por tal, como regla es determinada *ex ante*. Por el contrario, una cláusula de mejores esfuerzos puede presentarse como una cláusula general que disponga que el deudor debe realizar diversos tipos de comportamientos idóneos (sin especificarlos) para lograr la obtención del resultado. Entonces, el deudor no sabe qué deberá realizar sino hasta que sea necesario ejecutar la cláusula en los hechos para lograr el resultado que sí se encuentra previamente determinado.

Visto las cosas de esta manera, la cláusula de mejores esfuerzos no puede ser simplemente reconducida a una obligación de medios. Es cierto que en ambas no se garantiza un resultado sino simplemente la ejecución de una actividad destinada a intentar conseguir el resultado deseado. Pero ello no puede llevarnos a concluir que los mejores esfuerzos son en todos los casos idénticas a las obligaciones de medios. Pensar a los mejores esfuerzos solo como una obligación de medios reduce consi-

¹³⁸ LONG (1986), p. 1731-1732; COPLAN (2002).

¹³⁹ LONG (1986), p. 1732. Véase también GOETZ y SCOTT (1981).

¹⁴⁰ GOLDBERG (2000), p. 1465.

¹⁴¹ En el Perú, el artículo 219(3) del Código Civil señala que “El acto jurídico es nulo: [...] 3.- Cuando su objeto [...] sea indeterminable”.

derablemente el ámbito de aplicación de la institución contractual de los *best efforts*. Al respecto, es necesario realizar una actividad interpretativa para concluir si la denominación «*best efforts*» es usada solo como traducción de «obligaciones de medios» o, por el contrario, si la intención de las partes fue introducir algo distinto al contrato: (1) un mayor ámbito y flexibilidad respecto a los comportamientos idóneos que debe realizar el deudor para obtener el resultado previsto, y/o (2) un estándar de diligencia mayor al regulado por las normas supletorias de la ley aplicable.

Para comprender lo señalado debemos internalizar que los *best efforts*, al aplicarse en el *Civil Law* como distintas a las obligaciones de medios, pueden ser utilizados en dos manifestaciones distintas pero complementarias: (1) como una cláusula general de fuente convencional (conocida también como estándar o término contractual abierto), y (2) como calificador de obligaciones.

En primer lugar, la literatura económica ha demostrado la utilidad del uso equilibrado de reglas y estándares en el diseño contractual. Las reglas tienen un contenido definido *ex ante* mientras que los estándares no. La eficiencia de los estándares es que permite reducir costos de negociación a cambio de mayores costos de ejecución. Estos estándares son conocidos por los *common lawyers* como *open terms*, que son términos contractuales de contenido indefinido (*indefinite agreements*) pero determinable.

Para los civilistas los estándares o términos abiertos no son desconocidos pues ellos también están acostumbrados al uso de cláusulas generales, cuyo contenido es indefinida *ex ante* pero llenada de contenido *ex post* (siendo así determinable). El ejemplo paradigmático es la buena fe. En vez de llamarla como deber o principio, dado que no tiene un contenido definido *ex ante* es mejor considerarla como una cláusula general de contenido indeterminado *ex ante* pero determinable *ex post* cuando sea aplicable a los hechos.

La cláusula general puede estar reconocida en la ley pero también podría crearse por pacto, siempre que se respete los límites a la autonomía de la voluntad. En la práctica comercial se han estandarizado diversas cláusulas generales de fuente convencional como la cláusula MAC (*Material Adverse Change*)¹⁴² o la cláusula de mejores esfuerzos.

Nuevamente, la principal diferencia entre una obligación de medios y una cláusula de *best efforts* es el nivel de flexibilidad y determinación de las conductas idóneas para obtener el resultado deseado. Mientras que en las obligaciones de medios ya se identifica el medio idóneo para obtener el resultado pero no se garantiza el mismo, en los mejores esfuerzos los medios pueden no estar determinados previamente, quedando a elección del deudor ejecutar los comportamientos idóneos para lograr el resultado que sí está identificado pero no garantizado.

En segundo lugar, los mejores esfuerzos pueden funcionar como calificadores (*qualifiers*) de otros pactos. El uso de calificadores es común en la práctica anglosajona pero no tan extendida en el *Civil Law* (salvo en la práctica corporativa y financiera). Esto no quiere decir que los *qualifiers* no existan en

¹⁴² Sobre la cláusula MAC, véase GARCÍA LONG (2016).

el *Civil Law*, simplemente los mismos no son usados con tal nombre y normalmente no se les conoce como una institución contractual que se estudie expresamente en el derecho de contratos.

Un calificador es aquello que extiende o limita el alcance de una cláusula contractual en concreto. Por ejemplo, la cláusula de declaraciones y garantías (*reps & warranties*) suele ser objeto de los siguientes calificadores: (a) conocimiento, (b) razonabilidad, y (c) materialidad.

Una declaración limpia y sin calificadores diría: “No existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1”. El declarante podría limitar la extensión de tal declaración señalando que: “A conocimiento del vendedor no existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1”. El comprador podría responder haciendo la siguiente precisión: “A Conocimiento del Vendedor no existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1”, en donde «Conocimiento del Vendedor» significa “el conocimiento que razonablemente debería tener el vendedor como accionista de la empresa”. Así se permite extender el alcance de la declaración. Finalmente, el vendedor podría intentar limitar su declaración agregando que “A Conocimiento del Vendedor no existen más pasivos ambientales materiales que los señalados en el Anexo 1”, de manera que se excluyen los pasivos ambientales de escasa importancia. También podría optar por la redacción “A Conocimiento del Vendedor no existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1 y que ocasionen un Cambio Sustancialmente Adverso”.

La misma función puede cumplir los mejores esfuerzos como calificador de otras instituciones civiles, sobre todo de obligaciones. De particular interés es analizar el efecto de calificar obligaciones a través de los mejores esfuerzos. La primera y gran razón que permite diferenciar a las obligaciones de medios de los mejores esfuerzos es que a la primera se le aplica la diligencia ordinaria, la cual rige a todo tipo de obligaciones, mientras que los mejores esfuerzos implican la imposición convencional de un estándar mayor de diligencia. En este sentido, los mejores esfuerzos podrían calificar a una obligación de medios para imponer un estándar de diligencia más exigente en los medios a ser realizados. Entonces, el deudor se debe esforzar más de lo normal.

La obligación de medios calificada con los mejores esfuerzos se convierte, digamos, en una obligación de medios con esteroides: no se garantiza el resultado, solo se comprometen los medios, pero los mismos no serán ejecutados con la diligencia ordinaria sino con una diligencia especial, más exigente, que extiende la eventual responsabilidad del deudor. Incluso si no se obtiene el resultado, el deudor podría ser responsable por no cumplir con la ejecución del mayor nivel de diligencia.

Hasta este momento una obligación de medios calificada (entiéndase, reforzada) con mejores esfuerzos no se diferencia mucho, al menos funcionalmente, de una cláusula de mejores esfuerzos como estándar o cláusula general. Ambas funcionan igual: imponen un estándar mayor de diligencia que la ordinaria. La diferencia sería meramente estructural. En un caso tenemos a una propia cláusula general de mejores esfuerzos, mientras que en otro caso tenemos a una obligación calificada por mejores esfuerzos.

La gran utilidad de pensar a los mejores esfuerzos como un calificador es más evidente cuando nos damos cuenta que no solo los medios pueden estar calificados sino también los resultados. Una obli-

gación de resultado también podría estar calificada con mejores esfuerzos para afectar el resultado en términos cualitativos o cuantitativos.

En una obligación de entregar un bien incierto, dependiendo de quién sea quien ejerza la elección, se entregará un bien superior o inferior a la media. Es indiscutible que se entregará un bien, con lo cual es claro que la obligación de entregar un bien incierto es una obligación de resultado. Pero lo que también es claro es que el resultado puede estar sujeto a estándares en términos cualitativos.

Recordemos el ejemplo del cuadro: no es lo mismo entregar un cuadro que será usado como adorno en una casa, que un cuadro que será destinado a un museo. En ambos casos se debe entregar un cuadro (el resultado) pero la calidad del mismo podrá variar. Esto evidencia que es viable comprometerse a un resultado dejando aún abierto la calidad del mismo. Se garantiza un resultado, pero la calidad se observará una vez ejecutada la prestación.

El resultado también puede comprometerse en términos cuantitativos. En un contrato de distribución, el distribuidor se compromete frente al principal a vender productos de éste. El número de bienes que serán vendidos dependerá del nivel que esfuerzos que realice. Si se pacta como una obligación de resultados, el distribuidor cumple si vende los bienes (no solo si hace el esfuerzo), pero lo que no puede determinarse con precisión es cuántas unidades del bien se venderá. Podría pactarse un mínimo de bienes teniendo en cuenta la cantidad de productos que suelen venderse en virtud de contratos de distribución similares, pero el máximo siempre será un contingente. En tales casos, el resultado está sujeto también a los mejores esfuerzos que pueda realizar el distribuidor.

Cuando se califica una obligación de resultado con mejores esfuerzos, el resultado está garantizado (entregar un bien) pero la calidad o cantidad del mismo dependerá de los mejores esfuerzos que realice el deudor en ejecución de su diligencia. Esto quiere decir que en términos teóricos, el deudor debe cumplir en dos niveles: con la entrega del bien y con la entrega de un bien que demuestre que ejerció sus mejores esfuerzos. Si en un contrato de distribución el deudor ha vendido el bien pero no ha ejercido sus mejores esfuerzos, entonces habrá incumplido. Así es como los mejores esfuerzos pueden calificar a una obligación de resultado.

En estos casos analizar el nivel de diligencia empleado no quiere decir que estemos ante una obligación de medios. La diligencia está en todo tipo de obligación, pero se presta especial atención al nivel de diligencia empleada porque de ella dependerá directamente la calidad o cantidad del resultado –en este caso– prometido.

Entonces, mientras que en una obligación de medios calificada con mejores esfuerzos se debe analizar la diligencia para determinar si se cumplió el contrato aunque no se haya obtenido el resultado esperado, en una obligación de resultados calificada con mejores esfuerzos también se analiza la diligencia pero para determinar si el resultado obtenido es el que se obtendría de haberse ejecutado una diligencia mayor a la ordinaria.

Esta distinción de los mejores esfuerzos como cláusula general y como calificador no puede ser omi-

tida frente a la importación de esta cláusula anglosajona al *Civil Law*. Pensar a los *best efforts* simplemente como obligaciones de medios no es correcto y reduce considerablemente el ámbito de aplicación de la misma.

Una cláusula general de mejores esfuerzos implica que alguien debe esforzarse con un nivel alto de diligencia para conseguir el resultado, sin garantizarlo. Pero los mejores esfuerzos utilizados como calificador, pueden reforzar el nivel de diligencia en una obligación de medios (sin garantizar el resultado), o condicionar el resultado en una obligación de resultados (en donde sí se garantiza el resultado).

V. REFLEXIONES FINALES

La cláusula de *best efforts* es una buena oportunidad para recordar la importancia del derecho comprado y la globalización del contrato de contratos.

El derecho comparado es indispensable para ser un buen abogado. Nuestro sistema jurídico puede estar inspirado o encontrar sus antecedentes en un derecho extranjero (cuya constancia usualmente se deja en la respectiva exposición de motivos). Entonces, la revisión de tal sistema jurídico extranjero está justificada. Pero ello no quiere decir que no debemos revisar otros sistemas jurídicos extranjeros que no hayan servido de directa inspiración o como antecedente.

Existen diversas formas de afrontar un problema. El derecho comparado nos enseña cómo los diversos países pueden optar por diversos caminos para llegar a un mismo destino. Si nos limitamos a ver lo que pasa en un solo derecho nacional, nos limitamos a una sola perspectiva, y tratar de explicar todo desde un solo ángulo puede mantenernos ciegos de por vida. Es necesario ver desde todos los ángulos para apreciar la figura completa. Sobre todo en el derecho de contratos en donde las partes tienen la posibilidad de regular sus relaciones con libertad mientras respeten los límites impuestos por ley. Entonces puede ser muy provechoso conocer todas las perspectivas para manejar todos los ángulos y así incluir soluciones novedosas en los contratos.

Y el derecho comparado no solo implica mirar hacia otros sistemas jurídicos de la misma familia. Los latinoamericanos no solo deben ver a Alemania, Francia, España o Italia porque también sean jurisdicciones del *Civil Law*. Tan importante –e incluso más en algunas situaciones– es conocer el derecho de Inglaterra o Estados Unidos de América. No es extraño que contratos internacionales estén sometidos a la ley inglesa, como tampoco es ajeno entre nosotros el uso de cláusulas contractuales americanas en contratos sujetos a ley civilista.

En relación al derecho americano, cuando hablamos de globalización entiéndase americanización –en este caso– del derecho de contratos. A pesar de tratarse de un derecho que pertenece a una familia jurídica distinta, que parte de premisas diferentes e incluso en ocasiones opuestas a las del *Civil Law*, las fuerzas del mercado han provocado que en la práctica contractual latinoamericana y europea se haya empezado a usar –y actualmente ya como regla– determinadas instituciones contractuales

americanas por la simple razón que responden mejor a las necesidades de la operación concreta. Ello es algo indiscutible actualmente en la práctica corporativa y financiera. Estas cláusulas normalmente se conocen como *boilerplate*¹⁴³ al encontrarse tan estandarizadas que se repiten en su literalidad en todos los contratos del mismo tipo.

Lo interesante del uso de estas cláusulas americanas es la contraposición del pacto de las partes con el derecho aplicable. Si el contrato se negocia en Perú pero se sujeta a la ley de New York, no hay mayor problema. Pero si el derecho aplicable es el peruano o cualquier otra ley de un país del *Civil Law*, entonces se genera una disociación. Las partes son libres de incluir en sus contratos los pactos que más se acomoden a sus intereses, pero siempre deben recordar que dichos pactos se regirán en virtud de una ley aplicable. Si la ley aplicable no reconoce el pacto por el simple hecho que se trata de la importación de una categoría jurídica ajena, entonces surge la cuestión de cómo entender a dicha cláusula extranjera en un territorio que no le corresponde.

Esta situación representa uno de los desafíos más interesantes para un abogado transaccional: analizar cómo pactar una cláusula anglosajona en un sistema jurídico del *Civil Law*. La cláusula *best efforts* es un buen ejemplo para realizar este ejercicio. Dicha cláusula no es una institución contractual reconocida en las codificaciones civiles y, sin embargo, los privados la pactan todos los días en diversos tipos contractuales, entre ellos, los que tienen como objeto la adquisición de una empresa.

Entonces, la cláusula *best efforts* ingresa al *Civil Law* porque le permite obtener a las partes una utilidad que no puede ser otorgada por las instituciones tradicionales del *Civil Law*. Es por esta simple razón que su pacto se encuentra hoy estandarizada en diversos tipos contractuales. Este trabajo ha sido un primer intento de explicar los beneficios de la importación del *best efforts* en el *Civil Law* y de cómo la misma debe ser realizada y entendida.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ACEVEDO REHBEIN, Alberto (2006): “Los mejores esfuerzos (best efforts) en el derecho contemporáneo de los contratos”, en: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* (vol. 8, núm. 2, julio-diciembre).
- ADAMS, Kenneth (2004): “Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)”, en: *The Practical Lawyer*, Agosto.
- ADAMS, Kenneth (2013): “Delaware “Efforts” Caselaw and Why It’s Irrelevant”, en: *Adams on Contract Drafting* (21 de octubre).
- ADAMS, Kenneth (2014a): “Beyond Words”, en: *Solicitors Journal* (vol. 158, núm. 37).
- ADAMS, Kenneth (2014b): “With ‘efforts’ provisions, reasonable is better than best”, en: *The Lawyers Weekly, Business Law* (16 de mayo).

¹⁴³ Véase GULATI y SCOTT (2013).

- ARBESÚ GONZÁLES, Vanesa (2016): *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética* (Madrid, Dykinson).
- ARNOLD & PORTER (2016): “Delaware Court Addresses the Meaning of “Commercially Reasonable Efforts” in M&A Context”, en: *Arnold & Porter Advisory* (29 de junio).
- BEALE, H. G.; BISHOP, W. y FURMSTON, M. P. (2008): *Contract. Cases and materials*, fifth edition (New York, Oxford University Press).
- BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas (2016): “Good faith as a ‘general organising principle’ of the common law”, en: *Arbitration International* (vol. 32, núm. 1).
- CAPATINA, Octavian (1988) : “La Clause “Best Efforts” dans les Contrats conclus par les Entreprises Roumaines de Commerce Exterieur”, en: *RDAI* (núm. 8).
- CHAPPUIS, Christine (2002) : “Les clauses de *best efforts*, *reasonable care*, *due diligence* et les règles de l’art dans les contrats internationaux”, en: *International Business Law Journal* (vol. 2002, núm. 3 & 4).
- COPLAN, Daniel J. (2002): “When is “best efforts” really “best efforts”: an analysis of the obligation to exploit in entertainment licensing agreements and an overview of how the term “best efforts” has been construed in litigation”, en: *Southwestern University Law Review* (vol. 31, núm. 4).
- DANZINGER, Shai; LEVAV, Jonathan y AVNAIM-PESSO; Liora (2011): “Extraneous factors in judicial decisions”, en: *PNAS* (vol. 108, núm. 17).
- EISENBERG, Melvin A. (2006): “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, en: *Delaware Journal of Corporate Law* (vol. 31).
- ESPIÑOZA ESPINOZA, Juan (2018): “La *doctrine of frustration*: ¿es factible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?”, en *Actualidad Civil* (núm. 49, julio).
- ESPOSITO, Grant y KAUFMAN, Jessica (2016): ““Best Efforts’, ‘Commercially Reasonable’ And Other Terms No One Understands”, en: *New York Law Journal, Commercial Litigation* (14 de marzo).
- FARNSWORTH, E. Allan (1984): “On Trying to Keep One’s Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law”, en: *University of Pittsburgh Law Review* (vol. 46).
- FONTAINE, Marcel (1988) : “Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Règles de L’Art dans les Contrats Internationaux”, en: *RDAI* (núm. 8).
- FOX, Charles M. (2008): *Working With Contracts*, second Edition (New York, Practising Law Institute).
- GARCÍA LONG, Sergio (2016): *Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones* (Lima, Fondo Editorial PUCP).
- GARCÍA LONG, Sergio (2017a): “La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera Parte”, en: *Actualidad Civil* (núm. 37, julio).
- GARCÍA LONG, Sergio (2017b): “La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte”, en: *Actualidad Civil* (núm. 38, agosto).
- GRIFFITH, Sean J. (2005): “Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence”, en: *Duke Law Journal* (vol. 55, núm. 1).
- GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. (1981) : “Principles of Relational Contracts”, en: *Virginia Law Review* (vol. 67, núm. 6).
- GOLDBERG, Victor P. (2000): “In search of best efforts: reinterpreting *Bloor v. Falstaff*”, en: *Saint Louis University Law Journal* (vol. 44, núm. 4).
- GULATI, Mitu y SCOTT, Robert E. (2013): *The 3 ½ minute transaction. Boilerplate and the limits of contract design* (Chicago, The University of Chicago Press).

- HAMLIN, Christopher W. (2011): “Be Clear When Using Best Efforts”, en: *The St. Louis Bar Journal*, Spring.
- HERTZ, Stephen R. y TARGOFF, Joshua L. (2002): “What Does “Best Efforts” Really Mean?”, en: *Private Equity Report*, Debevoise & Plimpton (vol. 2, núm. 4).
- HOUH, Emily (2005): “The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?”, en: *Utah Law Review* (núm. 1).
- JONES DAY (2007): “Best Efforts and Endeavours. Case Analysis and Practical Guidance under U.S. and U.K. Law”, en: *Jones Day Publications* (Julio).
- JORDANO FRAGA, Francisco (1987): *La responsabilidad contractual* (Madrid, Civitas).
- LANDO, Ole (2007): “Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?”, en: *European Review of Private Law* (vol. 15, núm. 6).
- LEÓN HILARIO, Leysser (2007): *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (Lima, Jurista Editores).
- LIVI, Maria Alessandra (2019): “Clausola best efforts”, en: Confortini, Massimo (editores), *Clausole Negoziati*, vol. II (Milano: UTET Giuridica).
- LONG, Lawrence S. (1986): “Best efforts as diligence insurance: in defense of “profit uber alles””, en: *Columbia Law Review* (vol. 86, núm. 8).
- LYONS, Peter; BUFFIER, Beau; FORT, Tamara y JENNEJOHN, Matthew (2014) : “Reasonable Best Efforts: Cold Comfort to Sellers”, en: *The M&A Lawyer* (vol. 18, núm. 1).
- MACQUEEN, Hector L. (2006): “Good faith”, en: MacQueen, Hector L. & Zimmermann, Reinhard (eds). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (UK, Edinburgh University Press).
- McKENDRICK, Ewan (2012): “Chapter 23. Discharge by frustration”, en: *Chitty on Contracts, thirty-first edition*, volume I, General Principles (UK, Sweet & Maxwell).
- MILLER, Zachary (2006): “Best efforts?: Differing judicial interpretations of a familiar term”, en: *Arizona Law Review* (vol. 48, núm. 3).
- PARK, Rob (2006): “Putting the “best” in best efforts”, en: *University of Chicago Law Review* (vol. 73, núm. 2).
- PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON LLP (2016): “Delaware Court of Chancery Holds That Outside Counsel’s Refusal to Render Tax Opinion Required for Closing of Merger Was in Good Faith and Permits Termination of Merger Agreement”, en: *Paul Weiss Client Memorandum*, 29 de junio.
- PEJOVIC, Caslav (2001): “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goals”, en: *Victoria University of Wellington Law Review* (vol. 32, núm. 3).
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto (2002): “La fijación unilateral del precio”, en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 22).
- ROSS, Cameron y WHITE, Sam (2014): “Recent judicial consideration of endeavours clauses in Australia and Singapore”, en: *Construction Law International* (vol. 9, núm. 2).
- SCALES, Merl (1958): “Best efforts and implied obligations in patent licenses”, en: *Marquette Law Review* (vol. 41, núm. 4).
- SCOTT, Robert E. (2003): “A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements”, en: *Columbia Law Review* (vol. 103, núm. 7).
- SCOTT, Robert E. y TRIANTIS, George G. (2006): “Anticipating Litigation in Contract Design”, en: *The Yale Law Journal* (vol. 115).
- SERGEANT, Randolph Stuart (2007): “Do Your Best with “Best Efforts”: Using Open Contract Terms”, en: *Maryland Bar Journal*, Marzo.

- SHINE, David (2004): ““Best Efforts” Standards under New York Law: Legal and Practical Issues”, en: *The M&A Lawyer* (vol. 7, núm. 9).
- SMYTHE, Donald J. (2011): “Impossibility and impracticability”, en: De Geest, Gerrit (editor), *Contract Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd edition (Cheltenham, Edward Elgar).
- SPECIAL REPORT (1980): “The best efforts clause”, en: *Rutgers-Camden Law Journal* (vol. 11, núm. 4).
- STRINE, Leo E. Jr.; HAMERMESH, Lawrence A.; BALOTTI, Franklin R. y GORRIS, Jeffrey M. (2010): “Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law”, en: *The Georgetown Law Journal* (Vol. 98).
- TEUBNER, Gunther (1998): “Legal irritants: good faith in British law or how unifying law end ups in new divergences”, en: *The Modern Law Review* (vol. 61, núm. 1).
- TOEDT III, D. C. (2017): “Commercially reasonable efforts”: two Delaware court cases raise the stakes for contract drafters, en: *On Contracts*, 3 de marzo.
- TRIMARCHI, Pietro (1991): “Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis”, en: *International Review of Law and Economics* (vol. 11).
- TUCKER, Darren S. y YINGLING, Kevin L. (2008): “Keeping the Engagement Ring: Apportioning Antitrust Risk with Reverse Break up Fees”, en: *Antitrust* (vol. 22, núm. 3).
- YI, Tan Tian (2015): “The interpretation of endeavours clauses”, en: *Singapore Academy of Law Journal* (vol. 27, núm. 1).
- YOUNG, Jessica (2014): “An endeavour to understand endeavours undertakings”, en: *Hong Kong Law Journal* (vol. 44, núm. 1).
- WACHTELL, LIPTON, ROSEN & KATZ (2016): *Takeover Law and Practice* (NY, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz).
- WALTER, Paula (1987): “Commercial impracticability in contracts”, en: *St. John’s Law Review* (vol. 61, núm. 2).
- WITZ, Claude y BOPP, Thomas M. (1988): “Best Efforts, Reasonable Care: Considerations de Droit Allemand”, en: *RDAI* (núm. 8).
- WONG YONGQUAN, Benjaming (2019): “Endeavours clauses in Singapore contract law”, en: *Singapore Academy of Law Journal* (vol. 31, núm. 2).

Jurisprudencia citada

- Sheffield Dist. Ry. Co. con Great Cent. Ry. Co.* (1911).
- Terrel con Mabie Todd & Co. Ltd.* (1952).
- Bloor con Falstaff Brewing Corp.* (1979).
- Pips (Leisure Prods.) Ltd. con Walton* (1981).
- UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurances Co* (1986)
- Permanence Corp. con Kennametal, Inc.* (1990).
- Kroboth con Brent* (1995)
- LTV Aerospace v. Thomson* (1996).
- Trecom Bus. Sys. con Prasad* (1997).
- Coady v. Toyota* (2004).
- Corporate Lodging Consultants v. Bombardier Aero Corp.* (2005).
- Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International* (2007).
- Delaware Court of Chancery en Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.* (2008).

Hiscox Syndicates Ltd v. Pinnacle Ltd (2008).
Travista Development Pte Ltd v. Tam Kim Swee Augustine (2008).
Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn (2010).
Crum & Crum Enterprises, Inc. con NDC of California (2010).
Jet2.com Ltd v. Blackpool Airport Ltd (2012).
Maestro W. Chelsea SPE con Pradera Realty (2012).
MBIA v. Patriarch Partners (2013).
KS Energy Services Ltd v. BR Energy (M) Sdn Bhd (2014).
Electricity Generation Corporation v. Woodside Energy Ltd (2014).
Williams Cos., Inc. v. Energy Transfer Equity (2016)
Akorn con Fresenius (2018).

Comentario de sentencia. Inscripciones paralelas en tierras indígenas. Análisis del problema y su solución específica a partir del caso “forestal mininco s.a. con lepillán y otros”

Parallel registrations of property in indigenous lands. Analysis of the problem and its specific solution based on the case “mininco corporation with lepillán and others”

Jaime Ramírez Cifuentes

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

Recibido el 18/11/2021
Aceptado el 02/12/2021
Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-07>

RESUMEN: El presente comentario realiza un análisis de los argumentos esgrimidos por la Corte para resolver un típico problema de inscripciones paralelas, añadiendo interesantes apreciaciones acerca de la especial regulación que el ordenamiento le otorga a los terrenos considerados indígenas. En concre-

ABSTRACT: This comment analyses the court's arguments to solve a typical problem of parallel registrations of property, adding interesting insights about the special regulation that the Chilean Legal System grants to indigenous lands. Specifically, the coordination between conservative registration, ownership and possession of

to, se desarrollan sucintamente la coordinación entre inscripción conservatoria, dominio y posesión de bienes raíces; el ejercicio de la acción reivindicatoria ante inscripciones paralelas, y; la trascendencia de la normativa especial referida a tierras indígenas sobre el particular.

PALABRAS CLAVE: Acción reivindicatoria, inscripciones paralelas, posesión de inmuebles, tierras indígenas.

real estate are succinctly developed; the exercise of the action for recovery before parallel registrations, and; the significance of the special regulations referring to indigenous land in this regard.

KEY WORDS: Action for recovery, parallel registrations of property, real estate possession, indigenous lands.

I. INTRODUCCIÓN

Con la aspiración de facilitar la circulación de bienes inmuebles, evitar inconvenientes de la clandestinidad y desarrollar el crédito territorial, nuestro Código Civil estimó conveniente darle publicidad a la constitución, transferencia y transmisión de los derechos reales inmuebles.¹

Para cristalizar esta pretensión, el codificador instauró un Registro Conservatorio de Bienes Raíces, inspirado principalmente en la ley prusiana de 1872 y en el Registro de Hipotecas de la legislación española ya vigente en el país.² Con todo, la implementación de este sistema registral adolece de vicios que han sido advertidos por la doctrina.

Así, se ha dicho que el sistema vigente –sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces– no controla la validez ni eficacia de los actos, así como tampoco la correlación entre la descripción del predio consignada en el título y sus reales características. Estas debilidades del sistema han permitido el surgimiento de inscripciones formalmente regulares, pero que contravienen los principios y reglas del Registro.³

Una de estas anomalías son las denominadas “inscripciones paralelas”, que son aquellas que versan sobre un mismo inmueble y ostentan apariencia de estar vigentes al no tener a su margen derecho nota de cancelación.⁴ Se trata de una controversia aguda en que ambas partes arguyen tener dere-

¹ VODANOVIC (2001), p. 215.

² Así, ALCALDE (2021), p. 215. Aunque no está del todo claro. El mensaje del Código Civil señala: “La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar”. Como señala DOMÍNGUEZ y RUBIO (2019), p. 17: “Si bien no ha habido acuerdo entre los autores respecto de a qué se refirió Bello con dicho aserto, generalmente se ha señalado que una de las principales fuentes se encuentre en el Código Civil austriaco de 1811”.

³ PEÑAILILLO (2019), p. 847. Para mayor abundamiento de las críticas al sistema registral y propuestas de reforma, véase ALCALDE (2021); CAPRILE (2012), pp. 249-266; PEÑAILILLO (2019), p. 878 y 879.

⁴ PEÑAILILLO (2019), p. 847. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt se ha referido a las inscripciones paralelas como aquella situación que se presenta cuando aparecen en el Conservador de Bienes Raíces dos inscripciones con apariencias de estar vigentes (sin nota de cancelación al margen) respecto de un mismo inmueble, lo que vulnera el sistema de la posesión inscrita vigente (*Barrientos con Conservas y congelados de Puerto Montt S.A.* [2014]).

chos en la propiedad amparados ambos en títulos inscritos; en estos casos se ha estimado que para dilucidar quién es el titular del derecho deben aplicarse –sea en forma copulativa o disyuntiva– diversos criterios, tales como la antigüedad del título inscrito, la longevidad del tracto, la calidad documental y, aunque con mayor cautela, la posesión material del predio. Estos criterios se conjugan en el fallo en análisis.

Desde una perspectiva adjetiva, este peculiar conflicto se ventila mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria, por cuanto existen dos titulares inscritos que alegan ser dueños de un determinado inmueble.

El fallo que se propone comentar, dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción y caratulado “Forestal Mininco S.A. con Lepillán y otros”,⁵ versa precisamente sobre estas cuestiones. En la especie, la parte demandante deduce acción de reivindicación en contra de la persona jurídica denominada “comunidad indígena Ruca Ñirre”, solicitando principalmente la declaración de que Forestal Mininco es la titular exclusiva del dominio de un predio denominado “Lote Uno”, resultante de la subdivisión del predio “Puchacay”, en especial sobre los retazos de terrenos singularizados en la demanda. También solicita se condene a los demandados a restituir el predio libre de todo ocupante.

Si bien la actora acreditó debidamente que detenta una inscripción vigente y encadenada al menos desde el año 1967, el juzgado de letras de Cañete rechaza la demanda, decisión que es confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción.

En un primer apartado se analizarán los presupuestos fácticos del caso (II), mientras que en el segundo se desarrollará el análisis jurídico de la solución arribada por la Corte de Apelaciones de Concepción (III), dividida en tres ideas: el dominio y posesión de los inmuebles en Chile (A); la acción reivindicatoria (B) y las inscripciones paralelas sobre un territorio indígena (C).

II. PRESUPUESTOS FÁCTICOS

A. Hechos de la causa

1. En virtud del acuerdo N° 257, de 20 de abril de 1967, y del acuerdo N° 541, de 6 de julio de 1967, la Corporación de Reforma Agraria adquirió un inmueble denominado “Puchacay”, mediante expropiación realizada por el Consejo de dicha entidad, todo ello en conformidad a la Ley N° 257, de 20 de abril de 1967, y del Decreto N° 9 RRA, de 6 de marzo de 1963. Los acuerdos fueron reducidos a escritura pública de 16 de noviembre de 1967. Por su parte, el título respectivo fue inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Cañete del año 1967.

⁵ Corte de Apelaciones de Concepción (Rol C-1076). La primera instancia se siguió ante el Juzgado de Letras de Cañete, C-45-2017. Actualmente se ha deducido recurso de casación en la forma y en el fondo por la parte demandante, el que a la fecha de recepción de este trabajo no se ha fallado.

2. Con fecha 27 de abril de 1977, la Corporación de Reforma Agraria vende a la Corporación Forestal (CONAF) el predio, a través de escritura pública celebrada en una notaría de Santiago. Dicho título se inscribió a fojas 73 vta. del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Cañete del año 1977.
3. Mediante escritura pública de fecha 8 de agosto de 1978, la Corporación Nacional Forestal vende a la empresa “Forestal Crececx Ltda.” el inmueble denominado “Puchacay”. El título fue inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Cañete del año 1978.
4. Por escritura pública de 8 de enero de 1993, Forestal Crececx Ltda. se transformó en una sociedad anónima cerrada, pasando a tomar el nombre de Forestal Crececx S.A.
5. El 30 de diciembre de 2011 se lleva a cabo una Junta Extraordinaria de Accionistas de Forestal Crececx S.A., donde sus socios acuerdan la absorción de la sociedad por “Forestal Mininco S.A.”, la que se reduce a escritura pública de 30 de enero de 2012.
6. Según la demanda de autos, desde esa fecha Forestal Mininco ha ostentado la posesión material e inscrita sobre el inmueble, la que, sumada a la de sus antecesores, se remonta al menos hasta el año 1967.
7. Desde septiembre de 2016, la comunidad indígena Ruca Ñirre despliega una serie de actos materiales, tales como la destrucción de un portón de acceso al terreno, el corte de un cerco ubicado en el camino público, tala de árboles y la construcción de mediaguas, actos que en definitiva culminan con la ocupación material de un sector determinado del predio y la construcción de unas cabañas.

B. Etapa judicial

1. Ante esta situación, Forestal Mininco S.A. deduce, mediante juicio especial previsto en el artículo 56 de la Ley N° 19.253 –sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y que Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena–, acción reivindicatoria en contra de la comunidad Ruca Ñirre. Acompaña a la presentación, entre otros documentos, copia de inscripción de dominio del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Cañete del año 1978, así como un plano que representa los retazos singularizados en la demanda.
2. Si bien los demandados no comparecen a la audiencia de contestación y avenimiento, citada por el tribunal conforme lo dispone el N° 2 del artículo recién citado, sí lo hacen a las audiencias de absolución de posiciones solicitada por la actora, las que se llevan a cabo entre el 28 de junio y el 20 de julio de 2017. Con el fin de acreditar sus dichos, la parte demandada acompañó, entre otros medios de prueba, copia autorizada de inscripción de dominio del Fundo Rucañirre, inscrita a fojas 29 vta. N° 65 del Registro de Propiedades del año 1897 del Conservador de Bienes Raíces de

Cañete, la que se encuentra archivada en el Conservador de Bienes Raíces del Archivo Nacional de Chile; en ella consta que el Fundo Rucañirre es de dominio de la familia Lepillán desde el año 1897 a la fecha. Acompañan también un certificado emitido por la Conservadora del Archivo Nacional de Chile, en que da fe de que el inmueble *sub-lite* no registra transferencia de dominio al menos hasta el año 1935. Por su parte, El Conservador de Bienes Raíces de Cañete certifica que no existen transferencias de dominio desde el año 1935 en adelante.

3. Por recomendación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), el tribunal decreta como medida para mejor resolver un peritaje antropológico, a fin de comprobar las condiciones del terreno. El 9 de marzo de 2019 se acompaña Informe Pericial Antropológico donde en lo pertinente se concluye:
 - a) Que efectivamente, la familia Lepillán recuperó el predio en disputa, Hijueta Lepillán o Rucañirre, el año 1897, por medio del Juzgado de Indios de Cañete.
 - b) El Estado, al entregar a título gratuito este terreno a personas indígenas de una misma etnia, tiene el deber de protegerlas, pasando a ser tierras indígenas.
 - c) Se tiene presente además el artículo 13 de la Ley Nº 19.253, conforme el cual las tierras (indígenas) no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.
4. La demandada presenta además prueba testimonial, entre los que se encuentran las personas más antiguas de la familia Lepillán, quienes relatan que en el año 1897 el terreno disputado en el juicio fue usurpado por don Martín Cigarroa, lo que explica que cuando se efectúa la reforma agraria y se expropia el fundo en el año 1967, dentro de lo expropiado también se incluyó la hijuela de los Lepillán, todo bajo el nombre de inmueble “Puchacay”. Posteriormente se hace traspaso del terreno al fisco y la venta por parte de CONAF a Forestal Crecex, el 27 de abril de 1977, absorbida posteriormente por Mininco S.A.
5. En su parte considerativa la sentencia reconoce que, *“de la prueba presentada por ambas partes, no se ha esclarecido cuál de ellas detenta el dominio del “Lote A1”, ya que, se desprende que ambas partes tienen títulos de dominio vigente con sus respectivas inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces de Cañete”*.
6. El tribunal rechaza la demanda, por cuanto no se constituyen los presupuestos básicos para interponer la acción, ya que en este caso los demandados no son poseedores, sino que detentan un título de dominio que comprende el retazo en disputa.
7. Apelada por la parte demandante, la Corte de Apelaciones confirma la sentencia. Son las consideraciones de este fallo confirmatorio los que pasamos a analizar.

III. ANÁLISIS

El asunto versa sobre una acción reivindicatoria deducida por una forestal en contra de una comunidad indígena, la que se conforma por quince personas, todas ellas de etnia mapuche. El actor alega ser dueño de un retazo que desde el año 2016 ha sido ocupado materialmente por los demandados, así como también abunda en el hecho de que cuenta con una inscripción vigente que, agregando la posesión de sus antecesores de conformidad al artículo 717 del Código Civil, se remonta ininterrumpidamente al menos al año 1967. A su vez, los demandados aducen ser los legítimos dueños de esas tierras, no sólo por la posesión material, no sólo por la consigna de estimarlas tierras ancestrales, sino también por contar con una primitiva inscripción no cancelada que se remonta al año 1897.

De estos antecedentes son tres los tópicos que estimo conveniente profundizar: la obvia pero no dispensable relación entre la inscripción conservatoria, dominio y posesión de los bienes raíces (A); El ejercicio de la acción reivindicatoria deducida por el que se pretende dueño no poseedor en contra del actual poseedor no dueño de un inmueble (B), y; la desde ya compleja situación de las inscripciones paralelas, la que considero adquiere mayor grado de dificultad al tratarse de predios con una regulación especial, como lo es en este caso la propiedad indígena.

A. Inscripción, dominio y posesión de bienes raíces

No es novedosa la afirmación de que la inscripción conservatoria no constituya ni requisito, ni garantía, ni prueba⁶ del dominio. Se concluye de ciertos pasajes del mensaje del Código Civil: “*En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos (...)*”, por lo demás, su rol de tradición y de requisito para disponer de bienes raíces hereditarios hacen sugerir que ser titular inscrito no significa necesariamente ser dueño, pues puede ocurrir que el tradente no sea dueño (y habría un titular inscrito no dueño, recordándose el carácter derivativo de la tradición) o que los herederos no hayan realizado la inscripción especial de herencia (y habría un dueño no inscrito).

En este orden de ideas, puede apreciarse el estándar probatorio exigido al dueño: se le pide al intentar una reivindicación volver al pasado, porque con la sola escritura pública que contiene su contrato e inscrita en el Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces respectivo, que lo ha llevado a ser poseedor del inmueble, no basta para justificar el derecho de propiedad. Se le pide, además, que pruebe que su vendedor y tradente fue a su vez propietario, hasta llegar al modo de adquirir prescripción.⁷

⁶ Indiscutidamente en un juicio reivindicatorio. En los demás casos, si bien puede acreditar posesión, lo que sumado al inciso segundo del art. 700 del Código Civil llevaría a tener por probado el dominio, lo que en realidad prueba es eso, la posesión, y que sólo por una conducción legislativa llevaría de forma indirecta a acreditar dominio sobre un inmueble. Véase LARROUCAU (2015), pp. 125 y ss.

⁷ DOMÍNGUEZ y RUBIO (2019), p. 22.

De esta aseveración la relación entre el registro y los bienes inmuebles debe redirigirse desde el dominio hacia la posesión, en que por la aparente armonía entre los artículos 686, 702, 724, 728, 729 (a contrario sensu), 730, 924, 2505, etc., la inscripción sería prueba, requisito y garantía de la posesión de bienes raíces;⁸ o así al menos lo estiman quienes conforman o se sienten cercanos a la denominada “teoría de la posesión inscrita”, la que comporta una explicación doctrinaria de carácter sistemático,⁹ y para quienes el código civil, tratándose de los bienes sujetos a inscripción conservatoria, reemplazó completamente la posesión material por la solemnidad de la inscripción, la que constituiría una ficción o presunción de derecho de posesión.¹⁰ Se trata, pues, de un profundo ligamen que existe en nuestra legislación entre posesión de los inmuebles e inscripción conservatoria.¹¹ Como toda teoría, conforma un conjunto de enunciados que versan sobre un determinado objeto y dan cohesión a distintas respuestas parciales acerca de problemas concretos, para ofrecer criterios de solución de los casos jurídicos difíciles.¹²

El origen de esta teoría, siguiendo a Alcalde,¹³ se encuentra en los trabajos realizados a comienzos del siglo XX por tres estudiantes de derecho: Humberto Trucco Franzani, Humberto Mewes Bruna y Humberto Álvarez González, siendo el primero de ellos quien más influencia tuvo en la construcción de esta teoría. El autor refiere que esta teoría surge como una reacción contra una tendencia jurisprudencial, que estimaba conducía hacia un debilitamiento del régimen de posesión inscrita, y lo hace postulando que la inscripción es una ficción legal y que en ella confluyen figurativamente los dos elementos de la posesión, de suerte que sólo mediante esa inscripción puede existir verdadera posesión sobre un inmueble.¹⁴

Para profundizar más en esta dicotomía, se suele distinguir tres conceptos de finca: material, registral y catastral. La finca material es el “trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal y objeto de propiedad”;¹⁵ La finca registral, a su vez, “la determina una circunstancia puramente formal, como es la de figurar una cosa o un derecho inmueble como objeto de un folio registral”.¹⁶

⁸ Véase ALESSANDRI (2011), p. 409 y ss.; ALCALDE (2019), pp. 34 y ss.; CLARO SOLAR (1978) p. 554; DOMÍNGUEZ y RUBIO (2019), p. 19; CORRAL (2019), pp. 420 y ss.; PEÑAILILLO (2019), p. 1002 y ss. También se colige del tenor literal del mensaje: XXI: “(...) y mientras ella (la inscripción) no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor”. Aunque se ha criticado la interpretación literal de ese pasaje. Así, ALCALDE (2021) arguye que “la causa de este desvío respecto del correcto derrotero de análisis proviene de una lectura demasiado literal del Mensaje del Código Civil, cuando señala que ‘la inscripción es la que da la posesión real y efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee.’”

⁹ ALCALDE (2019), p. 34.

¹⁰ CORRAL (2019), pp. 420 y 421. En este sentido, VIAL (2018), p. 48, al señalar: “La inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces no sólo hace posible la transferencia del dominio o la constitución de los derechos reales mencionados en los dos primeros incisos del artículo 686, sino que permite la adquisición de la posesión”.

¹¹ DOMÍNGUEZ y RUBIO (2019), p. 16. Los autores agregan que esta situación fue fruto de un lento devenir, distinguiendo tres etapas desde las Partidas hasta las primeras nociones en la materia por parte de la Comisión revisora.

¹² ALCALDE (2019), p. 35.

¹³ ALCALDE (2019), p. 35.

¹⁴ TRUCCO (1910), citado en ALCALDE (2019), p. 35.

¹⁵ ALCALDE (2020), p. 262; PEÑAILILLO (2019), p. 1399.

¹⁶ RAMS, MORENO y RUBIO (2020), p. 79, citado en ALCALDE (2020), p. 262.

Estas realidades paralelas: realidad registral y material, así como el hecho de que el dominio y la posesión de bienes raíces oscilan entre un reconocimiento escrito o una manifestación fáctica, repercuten indudablemente en el ejercicio de la principal acción dominical destinada a reprimir las violaciones o perturbaciones del derecho de propiedad ya consumadas.¹⁷

En relación a esto, la Corte de Apelaciones de Concepción refiere en un primer momento que la inscripción en el registro conservatorio cumple la función de formalizar y asegurar la adquisición y conservación de la posesión, apoyado en los artículos 724 y 728; mas inmediatamente considera el tenor del artículo 700, al definir la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, enfatizando en el carácter material de la posesión acompañada del elemento psicológico. Se remite además a lo resuelto por la Corte Suprema: que la posesión “*da cuenta de una situación de hecho que se sustentan en la tenencia de una cosa, y la inscripción es un distintivo de aquella pero insuficiente ante la ausencia del hecho de la posesión, conforme se advierte de lo prescrito en el artículo 700 (...) en razón de lo anterior, la inscripción debe estar seguida de la tenencia real del inmueble para que confiera posesión*”.¹⁸ (Considerando vigésimo).

Sobre esta idea, se ha dicho que si bien es cierto que el sistema registral instituye un régimen posesorio de carácter técnico, que sustituye el concepto clásico de posesión que recoge el artículo 700, no se puede soslayar que esa consecuencia deriva de la función de modo de adquirir el dominio que el mismo código atribuye a la inscripción.¹⁹ Concluye el mismo autor que la posesión acaba conformada bajo las mismas pautas de la propiedad, como una apariencia de esta, desplazando su componente principal: la facticidad.²⁰ He acá el sustrato mismo de la decisión de la Corte: un conflicto en que existen dos inscripciones con similar mérito y fuerza (aunque una más longeva que la otra), pero en que una de las partes detenta la posesión en los términos literales del artículo 700.

B. El ejercicio de la acción reivindicatoria

En armonía con la jurisprudencia²¹ y la doctrina,²² el fallo que se comenta indica que para la prosperidad de una acción reivindicatoria se hace necesario la concurrencia de tres requisitos: 1.- Que el demandante sea dueño de la cosa que reivindica; 2.- Que esté privado de la posesión de la misma y; 3.- Que se trate de una cosa singular. Sobre este último presupuesto, y pese a que el código no lo explicita, se hace necesario que la cosa esté debidamente individualizada al momento de presentarse la demanda,²³ cuestión de suma relevancia, pues en primer lugar determinada la discusión sobre la que versa el juicio (de ahí que debe establecerse en la etapa de discusión, no admitiéndose la posibilidad

¹⁷ MEJÍAS (2019), p. 35.

¹⁸ Baeza con Floridor y otros (2019), considerando octavo.

¹⁹ ALCALDE (2019).

²⁰ ALCALDE (2019).

²¹ Aqueveque con Fisco de Chile-Constructora Con-Pax Ltda. (2018); Hurtado y otros con Balladares y otros (2011); Villablanca con Guzmán y otros (2015).

²² CORRAL (2020), pp. 580 y ss.; MEJÍAS (2019), pp. 42 y ss.; PEÑAILILLO (2019), pp. 1394 y ss.; VODANOVIC (2001), p. 256.

²³ Véase PEÑAILILLO (2019), p. 1397-1401.

que el actor la determina durante la prosecución de litigio) y más importante aún, permite la tutela efectiva del derecho de dominio, por cuanto la carencia de este requisito haría estéril la sentencia condenatoria, pues aun cuando concurren los demás requisitos, mal podría el tribunal condenar al poseedor vencido a restituir una cosa que no está del todo individualizada.²⁴

En el caso de análisis, la Corte no profundiza en este requisito, por cuanto a nuestro parecer estaría cubierto con la individualización que la actora efectuó del retazo en la demanda, así como por el plano acompañado por la demandante, que sería el mecanismo idóneo para cumplir con tal exigencia.²⁵

Más relevante es el primero de los requisitos, esto es, que el legitimario activo sea dueño de la cosa que se reivindica.

El considerando décimo séptimo expresa:

“Que, no escapa a la consideración de esta Corte que el título que invoca la parte demandante deriva de un procedimiento de expropiación con motivo de la Reforma Agraria realizada en 1967, respecto del cual el artículo 25 de la Ley 15.020 dispone que los bienes expropiados en conformidad a ella se reputarán en todo caso con título saneado. Empero, tal efecto sólo puede entenderse respecto de los vicios o defectos de que adolecería el anterior título, aquel que amparó el dominio del expropiado, no pudiéndose extender el mismo a otros títulos o inscripciones distintas a la de quien fue objeto de la expropiación. En el presente caso no consta que la mencionada expropiación se refiera a aquel dominio inscrito de los demandados, amparado en la citada inscripción que data del año 1897, de modo que el efecto al cual el demandado denomina “purificatoria” no puede alcanzar a aquella”.

Esta es la primera aproximación del razonamiento que la Corte hizo en aras de rechazar la demanda, dado que quien la está ejerciendo no cumple el requisito de ser dueño del inmueble. La prueba del dominio es quizás la cuestión de mayor relevancia y complejidad de esta acción, y para su demostración tiene relevancia el modo de adquirir invocado por el actor.²⁶ En este caso, se alega un modo derivativo, por lo que no es suficiente la inscripción vigente a su nombre, pues persiste la interrogante de si su antecesor tenía o no el dominio.

La particularidad del caso estriba en que pudo acreditarse una posesión continua por más de diez años, por lo que la prescripción adquisitiva extraordinaria vendría a probar el dominio del actor, al menos registralmente. Empero, la demandada también acompaña una inscripción que, a lo menos registralmente, permite acreditar una posesión continua de al menos ciento veinte años. Esta compleja encrucijada fue resuelta por argumentos jurídicos, pero también antropológicos. Al ya complejo

²⁴ Sobre esta exigencia se ha pronunciado la Corte Suprema (v. *Bonacic con Parra* [2017]. También: *Gil con Bosques Arauco S.A.* [2011]. Sobre el mismo particular, pero a propósito de la existencia de una servidumbre, v. *Cheuquepil con Cárdenas* [2020], considerando décimo quinto).

²⁵ PEÑAILILLO (2019), p. 1397.

²⁶ PEÑAILILLO (2019), p. 1397 y ss.; CORRAL (2020), p. 591.

escenario en que concurren inscripciones independientes y paralelas, se suma la calidad de tierra indígena, que serán profundizados en el siguiente apartado.

Para finalizar este acápite, conviene destacar una sutil precisión que hace el fallo. Podría suponerse que la inscripción a nombre de Forestal Mininco S.A. cancelaría virtualmente a la de la comunidad demandada, por aplicación de lo prescrito en el art. 728. No obstante, la Corte despeja esa errada hipótesis: *“Que, acorde a lo expuesto, la primera labor del examen descrito consiste en determinar cuál de las dos inscripciones es la más antigua, ya que tratándose de cadenas de inscripciones paralelas no se ha cancelado ninguna de ellas por el hecho de existir la otra, al no proceder la última de la anterior; y, por ende, en el presente caso naturalmente debe preferirse a quien es amparado por un título más antiguo”*.

C. Inscripciones paralelas y tierras indígenas

La anomalía de las inscripciones paralelas puede suscitarse por diversas razones: la omisión de una anotación al margen cuando opera la cancelación virtual; el procedimiento administrativo de saneamiento de título; las inscripciones por avisos; o bien la superposición de inscripciones, al existir incongruencia entre los datos de la inscripción y los verdaderos deslindes del predio.

En el caso de análisis, se trata de esta última situación, según uno de los peritajes en que se indica que *“existe un traslape o superposición entre predio el “lote 1 Puchacay” (sic) y plano “Fundo Rucañirre (...)” (considerando 13°)*.

Por su parte, la segunda parte del considerando decimo noveno expresa: *“Planteada así la controversia y en aras de una búsqueda justa de solución, deberán examinarse los títulos en que las partes apoyan sus pretensiones y ver la fortaleza jurídica de una u otra inscripción, como asimismo, analizar la prueba que las partes ofrecieron a objeto de demostrar quién de ellos reúne los elementos fundamentales de la posesión. De tal suerte, deberá preferirse a quien invoque una cadena registral más antigua y limpia, que agregue a esa inscripción, la tenencia material del inmueble, conforme el artículo 925 del Código Civil, o sea, por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio”*.

De este importante considerando se concluye que el conflicto es solucionado a favor de la parte demandada por dos razones: 1) A los demandados les ampara un título más antiguo y, por lo tanto, más noble; y 2) Los demandados ocupan materialmente el predio sobre el cual existen las inscripciones paralelas.

1, A los demandados les ampara un título más antiguo y, por lo tanto, más noble.

La regla *“prior in tempore potior in iure”* o principio registral de prioridad, es para nosotros el criterio que sirve para determinar cuál de entre varios derechos incompatibles debe prevalecer, otorgándose protección al primer adquirente, aunque con la condición que la inscripción cronológica anterior no adolezca de vicios y reúna todos los requisitos establecidos por la ley para que

el derecho que ella trasunta pueda surtir sus efectos legales.²⁷

Cuando un predio ha sido inscrito dos veces por poseedores distintos, o si dos inscripciones se superponen y abarcan un mismo terreno, primero se debe tratar de determinar la primacía de una de las inscripciones sobre la otra a través del examen de la cadena de inscripciones y su antigüedad.²⁸

Ahora bien, cuando se trata de inmuebles con una regulación especial, esa sistemática cobra relevancia para determinar el mejor derecho que a una de las partes le corresponde. Así sucede con las tierras denominadas indígenas, las que se regulan actualmente por la Ley N° 19.253, así como también, aunque de forma indirecta, por el Convenio N° 169, citado por la sentencia en análisis.

El Convenio N° 169, ratificado por Chile a través del Decreto Supremo N° 236, de 2008, es referido como el instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales más complejo, cuya influencia va más allá del número de países que actualmente lo han ratificado.²⁹ Entre las expresiones que se han reconocido a los pueblos indígenas por el Grupo para el Desarrollo de Naciones Unidas se encuentra el reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, y modos de organización sociopolítica, así como también el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.³⁰

Estimamos que la legislación interna de nuestro país ha ido en sintonía con estas directrices.

Como se dijo, la “ley indígena” actualmente vigente es la Ley N° 19.253, de 1993, de la cual se puede formular una sistematización, a lo menos en el plano abstracto, de una justicia territorial indígena:³¹

- a) Conceptualiza las tierras indígenas: Son las que personas o comunidades indígenas ocupen actualmente en propiedad o posesión provenientes de títulos consagrados por las diversas leyes de protección indígena que se han dictado desde 1823; aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades indígenas, siempre que los derechos sean inscritos en el Registro de Tierras indígenas; las que, proviniendo de los títulos anteriores, se declaren a futuro por los tribunales de justicia como pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas reciban a título gratuito del Estado (art. 12 Ley N° 19.253),³² propiedad que tiene particulares reglas en cuanto a su adquisición, enajenación o constitución de derechos reales o gravámenes (art. 13 Ley N° 19.253).

²⁷ Pinto con Díaz (2009); Harnisch y otros con Alvear (2011).

²⁸ CORRAL (2020), p. 434.

²⁹ GAETE (2012), p. 82.

³⁰ GAETE (2012), pp. 92-93.

³¹ Véase AGUILAR (2005), pp. 269-295.

³² CORRAL (2020), p. 175.

- b) Reconoce una especial titularidad comunitaria, las que gozan de personalidad jurídica si se constituyen conforme a la ley.³³
- c) Establece que la sucesión de tierras indígenas comunitarias se rige por la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia y, en subsidio, por la ley común (art. 18 Ley Nº 19.253). Norma destacable, por cuanto proporciona un caso en que la ley se remite a la costumbre y le otorga fuerza como fuente del Derecho.³⁴

La configuración de un sistema especial ha llevado a reconocerse en toda regla la vigencia de otro ordenamiento jurídico posesorio dentro del territorio estatal, al que sanciona como válido y existente.³⁵

Pero este tratamiento especial recomendado por un instrumento internacional y establecido por legislación interna no es suficiente para que un Estado pueda postular que existe un verdadero respeto y protección a sus comunidades indígenas y tribales;³⁶ el verdadero respeto y protección a estos pueblos se produce cuando los tribunales aplican estas reglas a un caso concreto. De ahí la trascendencia de este fallo, en particular en cuanto expresa:

“El mayor valor y preeminencia que ha de darse a la inscripción conservatoria de los demandados, también es una consecuencia del estándar interpretativo que, por aplicación del Convenio 169 de la OIT, ha de dar a las normas que sobre el derecho de propiedad contempla el Código Civil”.

La Corte utiliza las disposiciones contenidas en el Convenio 169 y la Ley 19.253 como reglas interpretativas de aquellas relativas al derecho de propiedad, aplicando un nuevo criterio que logra desenmarañar la ya compleja situación de las inscripciones paralelas. No se trata, empero, de un criterio determinante, sino de uno que refuerza, que vincula y le otorga cohesión a las otras dos ventajas que tenía la parte demandada: un título más antiguo y la posesión material del predio.

Estimamos que esta interpretación es también abrazada por la Corte Suprema.³⁷ Aunque a la época de adjudicación del inmueble sub-lite regía la Ley Nº 17.729, ha tomado en consideración el carácter de “tierra indígena” frente a un problema de inscripciones paralelas:

“Luego, no se dan en el caso que interesa los supuestos que autorizan la aplicación del principio de prioridad o rango, porque la inscripción anterior no cancela ninguna otra del mismo registro, sino que se inserta en un sistema distinto “el de la propiedad indígena” que coexiste con el de propiedad inscrita regulado en el Código Civil, pero que prefiere sobre éste, en el caso de suscitarse controversia

³³ CORRAL (2020), p. 176.

³⁴ CORRAL (2020), p. 176.

³⁵ BARRIENTOS (2019), p. 77.

³⁶ Para un estudio pormenorizado sobre las debilidades de la legislación indígena en Chile, véase ALVEZ y RAMÍREZ (2019), pp. 915-944.

³⁷ Harnisch y otros con Alvear (2011).

por contraposición de los títulos (...) De allí que la inscripción de 1978 no ha podido tener el efecto de cancelar la anterior en el Registro de Propiedad Indígena, por la especialidad de esta última, ni ha podido hacer cesar la posesión del titular inscrito en ese registro. Lo contrario importaría privar de toda eficacia a la legislación sectorial pertinente haciendo tabla rasa del régimen excepcional que confiere prelación al título de merced inscrito”.

Si bien la ley N° 17.729 contempla reglas diversas a la actual ley indígena –como el carácter privilegiado asignado a los título de merced, concediéndoles mayor eficacia que a la tradición como título habilitante del dominio–, estimamos que el principio es el mismo: el carácter de tierra indígena, en pleno cumplimiento de la normativa vigente, es un factor que el juzgador habrá de tomar en consideración cuando dos sujetos aleguen tener derechos sobre él fundados en una inscripción conservatoria.

2. Los demandados ocupan materialmente el predio sobre el cual existen las inscripciones paralelas.

Un argumento recurrente a la hora de resolver conflictos de inscripciones paralelas es la relevancia del componente material del vínculo posesorio.³⁸

Según Rioseco, “la inscripción de un inmueble en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces sólo puede solemnizar hechos reales, de aquellos que la ley reconoce como auténticos y necesarios para verificar la prueba de la posesión, y nunca para crear por sí sola una situación engañosa, ya que esto último significaría dar entero valor a los símbolos o fórmulas, sin atender para nada a la verdad que reproducen y divulgan, como ocurrirá en todos los casos en que un tercero se haga dar un título traslativo de dominio de alguien que no sea el verdadero dueño del inmueble, para enseguida inscribirlo a su nombre y arrebatarse la posesión a quienes legítimamente la habían adquirido y ejercitado hasta ese momento”.³⁹

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Talca ha referido: “En efecto, cuando existe más de una inscripción o cadenas de inscripciones, debe preferirse aquella parte que, además de la posesión legal o inscrito, detente la posesión real o material, por cuanto la inscripción por sí sola no confiere posesión si no va acompañada o refrendada con los elementos fácticos de la misma, exigencias que emanan de la lectura del artículo 700 del Código Civil, en cuanto que exista tenencia material y el ánimo de señor y dueño, esto es, corpus y animus, que son los elementos de la definición legal de la posesión”.⁴⁰

En similares términos se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta: “Que, a mayor abundamiento, cabe consignar que de existir una superposición de las inscripciones, lo que no ha sido acreditado por la parte demandante, a quien le correspondía la carga de la prueba, debe ser favorecido el poseedor que teniendo inscripción tiene además la posesión material del suelo, esto es, que ha ejecutado en él hechos positivos de aquellos que da derecho el dominio, como es el caso de la demandada (...)”.⁴¹

³⁸ PEREIRA (2020), p. 335.

³⁹ RIOSECO (2003), p. 177.

⁴⁰ Doric y otros con Trujillo (2016).

⁴¹ Sociedad agrícola Las Casas del Recuerdo Limitada con Carnegie Institution of Washington; Fisco de Chile (2002). En el mismo sentido: Empresa Monte Verde S.A. con Valenzuela (2009); Ferrada con Sociedad Inmobiliaria Santa Yolanda (2011); González y otros

Se ha identificado esta tendencia a la denominada teoría de la inscripción garantía que, en presencia de dos inscripciones vigentes respecto del mismo inmueble, obliga a entrar al análisis de sus respectivos antecedentes, para verificar cuál de los poseedores inscritos detenta sólo la posesión teórica que le otorga la inscripción y cuál une a ésta la posesión material, real y efectiva del o los inmuebles de que se trata, quien, en equidad y en la realidad de los hechos, presentaría un mejor derecho.⁴² Esta exigencia encuentra su sustento en el simple hecho de que la inscripción conservatoria no se identifica con la posesión, sino que viene a reflejar una situación fáctica, esa posesión material de una cosa corporal que refiere el artículo 700, el cual no hace –al menos de forma explícita– distinción alguna entre bienes muebles e inmuebles.

En similares términos se ha manifestado ATRIA, para quien *“la posesión es un hecho material. Si hay una regla de oro en la tradición civil, aunque pueda parecer paradójica, es que las cosas son en definitiva para quienes las tienen (lo que en materia de detentación de inmuebles se transformaría –nótese la ironía– en ‘la tierra para el que le trabaja’”*.⁴³

IV. REFLEXIONES FINALES

No cabe duda que el fenómeno de las inscripciones paralelas denota un sensible defecto de nuestro sistema registral, ocasionando controversias y litigios que no tienen una solución matemática. De los diversos criterios que el sentenciador puede aplicar para dirimir esta contienda, se añade otro: la especial regulación que el ordenamiento hace de ciertos inmuebles en atención a la protección de pueblos originarios.

Es destacable que la Corte de Concepción reconozca la titularidad de la comunidad Ruca Ñirre por aplicación del Convenio 169, en particular su artículo 1º, que hace hincapié en la relación especial, cultural y espiritual que el indígena tiene con la tierra y con los territorios que ocupa en forma colectiva. Esta circunstancia, antropológica más que jurídica –y sin perjuicio de la ya mencionada regulación especial de la propiedad indígena–, permite al sentenciador decantarse por quienes tienen una especial conexión con el territorio en disputa, tanto por su cosmovisión como por su costumbre, aspecto que le otorga valor a los títulos ancestrales que pueden ostentar las comunidades indígenas.

Pero la decisión no se sustenta solamente en este aspecto; más contundente es el hecho de que existe una posesión inscrita y también material por parte de los demandados, circunstancias que en concurrencia copulativa bastarían para reconocer dominio. Sin embargo, no es menos gravitante las consideraciones adoptadas por la Corte, que bien podrían marcar un precedente en conflictos sucesivos entre comunidades indígenas y quienes alegan tener derechos sobre tierras que se consideran ancestrales, frecuentemente empresas forestales.

con Cuerpo de Bomberos de Melipilla (2017).

⁴² López con Agrícola Inmobiliaria Montolin S.A. (2010).

⁴³ ATRIA (2011), p. 232.

A modo de aproximación, estimamos que soslayar esta normativa especial, así como la desatención al carácter de “tierra ancestral”, podría ocasionar responsabilidad del Estado ante organismos internacionales, como ocurrió en el caso “Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay”,⁴⁴ citado precisamente en el fallo en estudio.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”, en *Ius et Praxis* (vol. 11, n. 1).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019): “Notas para una relectura del sistema de la propiedad raíz en el Derecho chileno”, en: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (editora), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2021): “Revisitando la ‘teoría de la posesión inscrita’”, en *El Mercurio Legal*, análisis jurídico, de 20 de septiembre de 2021.
- ALVEZ MARÍN, Amaya y RAMÍREZ GAETE, José (2019): “Debates pendientes sobre la propiedad indígena en Chile: La necesaria armonización del Derecho Internacional, constitucional y civil”, en: BARRÍA PAREDES, Manuel et al (Directores y coordinadores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2011): “La tierra para el que la trabaja” en: FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo et al (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2019): “Notas a la jurisprudencia reciente en Chile sobre “relación con las tierras o territorios” de los pueblos indígenas: Aspectos posesorios”, en: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (editora), *Estudios sobre la propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012): “Por la reforma del sistema registral chileno”, en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- CLARO SOLAR, Luis (1978): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo VII (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2020): *Curso de Derecho Civil. Bienes* (Santiago Editorial Thomson Reuters).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen y RUBIO VARAS, Francisco (2019): “La posesión inmobiliaria en Chile: Una mirada en perspectiva evolutiva”, en: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (editora), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- GAETE URIBE, Lucía (2012): “El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa”, en: *Ius et Praxis*, (vol. 18, n° 2).
- LARROUCAU, Jorge (2015): “Acciones reales y estándares de prueba”, en *Ius et Praxis* (vol. 21, n° 2).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2019): *Derecho real de dominio y acción reivindicatoria* (Santiago, Ediciones Der).

⁴⁴ Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay (2015).

- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 2ª edición (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2020): ¿Por qué repensar la teoría de la posesión inscrita? El caso de las inscripciones paralelas, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (2003): *La posesión inscrita ante la jurisprudencia*, tercera edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2018): *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio*, 3ª edición (Santiago, Ediciones UC).
- VODANOVIC, Antonio (2001): *Tratado de Derechos Reales, Tomo I y II*, 6ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Normativa citada

- Ley Nº 17.729, que establece normas sobre indígenas y tierras indígenas. Transforma la dirección de asuntos indígenas en instituto de desarrollo indígena, de 26 de septiembre de 1972.
- Ley Nº 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena, de 5 de octubre de 1993.
- Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo, promulgado por decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 5 de octubre 1993.

Jurisprudencia citada

- Sociedad agrícola Las Casas del Recuerdo Limitada con Carnegie Institution of Washington; Fisco de Chile (2002): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2002, rol 1247-1997.
- Empresa Monte Verde S.A. con Valenzuela (2009): Corte de Apelaciones de Chillán, de 26 de marzo de 2009, rol 507-2006.
- Pinto con Díaz (2009): Corte Suprema, de 22 de diciembre de 2009, rol 9499-2009.
- López con Agrícola Inmobiliaria Montolin S.A. (2010): Corte Suprema, de 31 de agosto de 2010, rol 4815-2008.
- Harnisch, Gerardo y otros con Alvear (2011): Corte Suprema, de 31 de enero de 2011, rol 3168-2009.
- Ferrada con Sociedad Inmobiliaria Santa Yolanda (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de enero de 2011, rol 651-2010.
- Gil con Bosques Arauco S.A. (2011): Corte Suprema, de 9 de marzo de 2011, rol 5772-2009.
- Hurtado y otros con Balladares y otros (2011): Corte Suprema, de 20 de septiembre de 2011, rol 1982-2010.
- Barrientos con Conservas y congelados de Puerto Montt S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 18 de julio de 2014, rol 222-2014.
- Villablanca con Guzmán y otros (2015): Corte Suprema, de 30 de junio de 2015, rol 28751-2014.
- Doric con Trujillo (2016): Corte de Apelaciones de Talca, de 9 de septiembre de 2016, rol 457-2016.
- González y otros con Cuerpo de Bomberos de Melipilla (2017): Corte de Apelaciones de San Miguel, de 3 de febrero de 2017, rol 1028-2016.

- Bonacic con Parra (2017): Corte Suprema, de 17 de agosto de 2017, Rol 92849-2016.
- Aqueveque con Fisco de Chile-Constructora Con-Pax Ltda. (2018): Corte Suprema, de 13 de enero 2021, rol 29.830-2018.
- Baeza con Floridor y otros (2019): Corte Suprema, de 8 de junio de 2021, rol 9181-2019.
- Forestal Mininco S.A. con Lepillán y otros (2021): Corte de Apelaciones de Concepción, de 25 de octubre de 2021, rol 2.076-2019.
- Cheuquepil con Cardenas (2020): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 01 de octubre de 2020, rol 332-2019.
- Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de junio de 2005.

Comentario de sentencia. Culpa de la víctima y conciencia de riesgos. Comentario a la sentencia de la corte suprema de 27 de agosto de 2019*

Victim fault and awareness of risks. Comment on the judgment of the supreme court of august 27, 2019

Renzo Munita Marambio

Universidad del Desarrollo. Concepción, Chile
Correo electrónico renzomunita@udd.cl. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2156-1416>

Recibido el 20/11/2021
Aceptado el 07/12/2021
Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-08>

RESUMEN: El presente comentario se refiere a las condiciones necesarias para configurar la culpa de la víctima. En particular, nos detenemos en la necesidad de que la víctima sea consciente de los riesgos que implica la actividad, criterio con el que razona tanto la sentencia citada, como otros fallos.

PALABRAS CLAVE: Culpa de la víctima, riesgos, imputación objetiva, causalidad.

ABSTRACT: This comment refers to the conditions necessary to configure the guilt of the victim. In particular, we focus on the need for the victim to be aware of the risks involved in an activity, a criterion with which the cited judgement and other court rulings reason upon.

KEY WORDS: Victim fault, risks, strict liability, causation.

* El presente trabajo forma parte del Fondecyt de Iniciación número 11190188, denominado “La creación de riesgo no permitido como solución normativa causal en la causalidad difusa y alternativa en el ámbito sanitario: una propuesta para el sistema chileno”, del cual el profesor Renzo Munita Marambio es el investigador responsable.

I. OBJETO DEL COMENTARIO

Nos proponemos en este trabajo comentar la sentencia de la Excma. Corte Suprema, pronunciada en causa rol N° 4059-2018, el 27 de agosto de 2019, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios. Como veremos, en ella se contienen importantes aspectos relativos a la culpa de la víctima que constituyen el núcleo de este comentario.

II. LOS HECHOS

El día 21 de marzo del año 2016, en la comuna de Villarrica (Región de la Araucanía), don Alejandro Ramírez conducía una motocicleta marca Euromot por calle Avenida Estación, de Poniente a Oriente, y lo hacía con una licencia de conducir diversa de la requerida para dicha clase de vehículos, es decir, sin licencia clase “C”. Al llegar a la intersección con calle Gerónimo de Alderete fue colisionado por un automóvil marca Hyundai, conducido por doña Johanna Luman, quien no respetó el signo Pare existente en la intersección. Producto de la colisión el Sr. Ramírez sufrió fractura del Pílon Tibial derecho de carácter médico grave, lesión por la que fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas y por las que permaneció hospitalizado durante 37 días.

En razón de lo expuesto, don Alejandro Ramírez deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra de doña Johanna Luman, la que es acogida por el Juzgado de Letras de Villarrica condenándose a la demandada a pagar al actor la suma de \$25.000.000, debidamente reajustados. Apelado el fallo por ambas partes, la Corte de Apelaciones de Temuco lo confirmó sin modificaciones. Finalmente, la demandada recurre de casación en el fondo, recurso que es rechazado por la Excma. Corte Suprema a través de la sentencia antes individualizada.

III. EL ANÁLISIS

A. Causalidad, imputación objetiva y fin de la norma

Para estar en presencia de responsabilidad civil, es necesaria la concurrencia de la relación de causalidad. La causalidad determina, por una parte, la extensión de los daños, por cuanto sólo se responde de aquellos agravios que son consecuencia del hecho del demandado y; por otra parte, el mismo requisito limita la responsabilidad, porque no se responde de todas las consecuencias del hecho, sino sólo de aquellas que, en virtud de un juicio normativo, son atribuibles al mismo.¹ Por esto, la equivalencia de las condiciones, con el test de la supresión mental hipotética, utilizada para descartar la concurrencia de determinadas circunstancias, debe ser complementada y, frente a sus defectos,

¹ ALESSANDRI (2005), p. 395. En el mismo sentido, BARCIA (2010), p. 259; BARROS (2020), p. 374; DIEZ SCHWERTER (1998), pp. 71-73. Para la cuestión de si la causalidad envuelve un componente fáctico y otro normativo o si, se puede distinguir de las cuestiones de causalidad, otra de imputación, véase AEDO (2018), pp. 385 y ss.; AEDO (2020), pp. 119-120.

suplida, por los elementos normativos de la imputación objetiva, precisamente para delimitar exactamente el círculo de responsables.²

La teoría de la imputación objetiva ha sido incorporada en el derecho chileno, a partir de los trabajos del profesor Pantaleón, y recepcionada en la dogmática por los profesores Corral, Cárdenas, Aedo y Barros.³ Es del caso de hacer presente que se detectan diversos criterios normativos que se emplean a título de concretizaciones de imputación objetiva. Uno de ellos es el denominado “fin de la norma”. Es del espíritu de la lectura en referencia, que no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor del daño aquellas infracciones que recaigan fuera del ámbito de protección de la norma cuya violación se invoca.⁴ De este modo, una vez aplicado a un caso concreto el principio de la *condictio sine qua non* (que sigue nuestra doctrina y jurisprudencia), por medio del que es posible establecer aquellos daños que son consecuencia necesaria del hecho del agente, el criterio del *fin de la norma* permite desvincular al hecho ilícito de aquellos perjuicios que jurídica, normativa u objetivamente no le son atribuibles al mismo.

De acuerdo con Lilian San Martín, este criterio de imputación normativa es, fundamentalmente, “*utilizado para resolver problemas relativos al rol de la víctima en su propio accidente, especialmente para desechar casos de culpa concurrente de la víctima, en el sentido de que no basta una simple infracción normativa para sostener que la víctima ha contribuido jurídicamente a causar su propio daño. Es necesario que la norma infringida guarde relación con el daño efectivamente sufrido*”.⁵ A su turno, como indica Barros: “*La responsabilidad por culpa exige que exista una conexión de ilicitud entre la regla de conducta (cuya infracción funda el juicio de negligencia) y el daño que esa regla persigue prevenir*”.⁶

Se ha considerado además,⁷ que este criterio de imputación normativa está plasmado en la Ley de Tránsito, Nº 18.290, que en su art. 166 expresa: “*El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente. En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligado a la indemnización*”. Ejemplificando el contenido de la norma, podemos señalar que al establecerse en la misma ley de tránsito límites de velocidad en la conducción de vehículos motorizados, se busca con ello evitar accidentes, pero si el exceso de velocidad no es causa del daño, no habrá responsabilidad.

En el caso en comento, la defensa de la demandada recurre al criterio del fin de norma para efectos de establecer una exposición imprudente al daño por parte del actor, en los términos del art. 2330 CC,

² Véase AEDO (2006), pp. 271 y ss.; AEDO y MUNTA (2021), pp. 189-190; PREVOT (2010), 164; ROXIN (1997), pp. 350-351.

³ AEDO (2006), pp. 295 y ss.; BARROS (2020), pp. 376-384; CÁRDENAS (2005), p. 547; CORRAL (2004), pp. 191-192.

⁴ BARROS (2020), pp. 384-391; DE ÁNGEL (2014), p. 47; DIEZ-PICAZO (1999), p. 348; PANTALEÓN (1991), p. 1987.

⁵ SAN MARTÍN (2018), p. 58.

⁶ BARROS (2020), p. 384.

⁷ SAN MARTÍN (2018), p. 59.

con la finalidad de ver reducida la indemnización determinada, elevando la conducta del Sr. Ramírez a concausa del daño por él sufrido.

En síntesis, el demandado sostuvo que el carecer el demandante de licencia tipo clase “C” (hecho asentado en la causa), no contaba con las habilidades y condiciones necesarias para conducir una motocicleta de modo seguro, tanto para el mismo conductor como para los demás transeúntes. Sostenía el demandado que la finalidad de los artículos 5° y 6° de la Ley del Tránsito, es que el conductor de un vehículo motorizado cuente con ciertos conocimientos o habilidades relativas al vehículo que conduce, construyendo a partir de ello un deber de cuidado que el actor habría infringido, lo que constituiría su actuar imprudente (culpa concurrente).

En el juicio, sin embargo, no se logró acreditar que el Sr. Ramírez condujo en forma imprudente, a exceso de velocidad, en forma errática o que no contaba con la pericia necesaria para conducir una motocicleta, mientras que sí se asentó que la causa basal del accidente fue el hecho de que doña Johanna Luman no respetó el signo “Pare” existente en la intersección en que ocurrió la colisión. De esta forma se puede concluir que, aun cuando el actor hubiere contado con licencia clase “C”, el accidente probablemente se hubiere producido. Por tal razón, nuestro máximo tribunal determina que, y no obstante el actor cometió infracción a la ley del tránsito por conducir una motocicleta sin contar con el tipo de licencia respectivo, tal conducta no constituye fundamento suficiente para considerar que el daño es consecuencia directa de tal hecho, conclusión que por lo demás se conforma por lo dispuesto en el art. 166 más arriba transcrito.

B. Culpa de la víctima y conciencia de riesgos

En la doctrina chilena tradicional, se considera que a propósito de la culpa de la víctima se plantean problemas análogos a los que podrían presentarse para determinar la culpa del victimario. Es decir, culpa de la víctima y del autor del daño serían equivalentes. Esta ha sido la doctrina sustentada por Alessandri, quien nos señala que: *“La culpa de la víctima se aprecia en conformidad a los mismos principios que la del autor del daño. La habrá, por tanto, cuando la víctima no haya obrado con el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios”*. Y, a propósito de la culpa exclusiva de la víctima, agrega: *“La culpa de la víctima, que puede ser de acción u omisión y que se aprecia en conformidad a los mismos principios que la del autor del daño, es causa eximente de responsabilidad siempre que sea la causa exclusiva del daño. De lo contrario, sólo autoriza una reducción de la indemnización (art. 2330)”*.⁸ Por eso, el autor llega a la conclusión de que la capacidad de la víctima es condición indispensable para la aplicación de la norma. Si la víctima es un demente, infante u otro individuo privado de discernimiento, la responsabilidad total siempre será del agente.

La doctrina más moderna, considera que es un problema de causalidad. El argumento es que, en el hecho que de la víctima, no puede hablarse, en estricto rigor, de culpa.⁹ Según Barros, lo anterior es

⁸ ALESSANDRI (2005), p. 415.

⁹ DE CUPIS (1975), p. 278.

así, pues la culpa encierra un deber de cuidado hacia otro y, como indica el autor, no existe, por tanto, un deber de cuidado propio. La culpa de la víctima se fundaría así en el principio de igualdad que debe regir en las relaciones entre privados.¹⁰

Con independencia de la cuestión dogmática, es decir, si el problema es estrictamente de culpa o bien de causalidad, resulta necesario hacer un análisis del comportamiento de la víctima. De la sentencia que examinamos, como de otras, nos parece que lo relevante es la conciencia de riesgos. Los sujetos que desarrollan una actividad, deben confiar en que los otros, cumplirán su respectivo rol social y, por consiguiente, en principio, nadie debe salvaguardar a otro en términos abstractos o generales.¹¹ En efecto, el desempeño en una actividad lucrativa -pensemos en la empresarial- exige ser impregnada del respeto por el principio normativo de la confianza, en el sentido que, siguiendo a Piña: *“...no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otro”*.¹² Así las cosas, hay supuestos en los que derechamente no es posible pretender una descarga de responsabilidad bajo el pretexto del actuar negligente de otro, precisamente cuando esa negligencia no incide en el ejercicio de responsabilidad.

Jakobs en este sentido estima que es el deber de garante el que pone al sujeto en la necesidad de controlar el comportamiento ajeno, expone al autor: *“En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía. Si examinamos quienes son titulares de posiciones de garantía, en primer lugar, llaman la atención quienes participan en las organizaciones constitutivas de la sociedad: el padre y la madre como garantes de los hijos, el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, determinados médicos como garantes en el sistema sanitario, servicios de protección civil, etc. La configuración del contenido del deber a través de roles estrictamente predeterminados es palmaria en estos casos. Sin embargo, también los deberes en virtud de la organización, que existen junto a estos deberes institucionales, se basan en una predeterminación a través de roles. Los deberes que comporta el tráfico en general -que son los que principalmente han de traerse aquí a colación-, en cuanto deberes de aseguramiento, o, en caso de injerencia, como deberes de salvamento, son deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización. El derecho a la libre organización conlleva como sinalagma el deber de ocuparse de que dicha organización no resulte lesiva. En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos -libertad- y de reconocer los derechos de los demás”*.¹³ Por su parte, y para el Derecho chileno, indica Piña que la creación del riesgo permitido queda delimitada por la esfera de la infracción del deber de cuidado. Según el autor, la determinación de los roles sociales, supone que quien no se encuentra en condiciones de alcanzar cierto estándar en la determinación en el desarrollo de una actividad, debe abstenerse de realizar las conductas que implican dicho estándar.¹⁴

¹⁰ BARROS (2020), pp. 428-429.

¹¹ Díez-PICAZO (1999), p. 343.

¹² PIÑA (2005), p. 55.

¹³ Quien permanece en el cumplimiento de su rol, no debe, en principio responder de consecuencias lesivas de JAKOBS (1997), pp. 26-27.

¹⁴ PIÑA (2005), pp. 52-54.

Dicho lo anterior, veamos ahora de qué modo estas herramientas normativas sirven para resolver la cuestión de la culpa de la víctima. El principio viene dado por la comprensión del mecanismo de la imputación en función del cumplimiento de los roles sociales: nadie puede responder si no ha generado un riesgo creado más allá del permitido y tolerado socialmente; del mismo modo, nadie debe cuidar los intereses de otro y deberá conducirse socialmente, confiando en que los demás cumplirán también sus respectivos roles, afirmándose la exclusión de responsabilidad desde el principio de auto-responsabilidad. De este modo, si la víctima es responsable, resulta inadecuado establecer prohibiciones en las actuaciones de terceros, pues la víctima, en principio, puede cuidar perfectamente sus propios bienes.

Hay algunas hipótesis, sin embargo, en el que no podrá invocarse la actuación de la víctima, ni para excluir la responsabilidad, ni para reducir la indemnización. Efectivamente, tratándose de actuaciones omisivas, como en la especie, la delimitación de roles queda reducida y determinada por el establecimiento de deberes de garante. Quien, como el demandado tiene un deber de seguridad, conforme al artículo 23 de la Ley Nº 19.496 y lo infringe, como en el caso *sub lite*, no puede alegar la culpa de la víctima, como causa de exoneración o de minoración de responsabilidad si, pese a que ésta es capaz y consciente del peligro, se tiene un deber de garante respecto de ella y éste se ha violado.

Como se dijo en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 21 de noviembre de 2016, rol 128-2016: “SEXTO: Que, con todo, más allá de lo analizado, lleva completa razón el apelante cuando sostiene que la cuestión de la culpa de la víctima requiere que ésta al menos tenga consciencia de los riesgos derivados de la actividad. Para atribuir culpa a la víctima, los riesgos deben encontrarse en la esfera de control de ella; por consiguiente, supone que ésta los genere o los asuma en el contexto de una actividad que es potencialmente peligrosa. Ninguna de estas condiciones se dan en la especie. El hecho de avanzar con mayor rapidez, en caso alguno puede ser considerado asumir daños respecto de una desnivel en el piso que, atendida la prueba de autos, no pudo ser percibido”.

Un razonamiento similar se puede encontrar en la sentencia de la Corte Suprema, de 23 de junio de 2015.¹⁵ Dijo la Corte: “Corresponde acoger el recurso de casación en el fondo, toda vez los sentenciadores de segundo grado aplicaron incorrectamente el artículo 2330 del Código Civil, por cuanto no resulta posible calificar que la conducta de las víctimas fuese imprudente, puesto que los hechos establecidos de acuerdo al mérito del proceso no permiten concluir que los demandantes necesariamente hayan debido prever el riesgo existente en el local, dado que no contaban con un conocimiento previo de la estructura del mismo y no es posible colegir que el día de los hechos hayan logrado conocer y advertir con certeza las condiciones de riesgo del inmueble. En consecuencia, como los afectados no estaban en condiciones ciertas de evitar el daño, no puede concluirse que hayan contribuido a su producción, lo que impide aplicar la regla de atenuación de responsabilidad prevista en el citado artículo 2330. El 2330 exige para que sea procedente la reducción del daño que la víctima haya contribuido a su producción en virtud de una acción u omisión negligente, configurando un fenómeno de concausas. Se requiere que el daño sea el resultado simultáneo de ambos sujetos, aunque con intensidades diversas. Y es en virtud de esta intervención convergente de ambos involucrados en el hecho ilícito que resulta procedente la rebaja de

¹⁵ Toro Vargas, Erika y otro c/ Puma Chile S.A. (2015).

la cuantía del resarcimiento. El efecto de atenuación que tiene la culpa de la víctima se basa en que no resulta legítimo que el autor del daño repare la totalidad de aquel que la víctima contribuyó a crear. Por ello, si no ha existido exposición imprudente de la víctima al daño no puede aplicarse reducción alguna de la responsabilidad civil del demandado, correspondiéndole a éste indemnizar todo el daño causado”.

Una aproximación semejante se encuentra en la sentencia por falta de servicio. En efecto, en la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, de 2 de octubre de 2018, se configuró la responsabilidad del Fisco, al haberse efectuado el destrabe de las vainillas de un cañón, sin adoptar las medidas apropiadas para la actividad, que resultaba peligrosa. No obstante, consideró que concurría la culpa de la víctima, en la medida que ésta era consciente de los riesgos propios de la actividad, no obstante decidió intentó destrabar el cañón con elementos inapropiados: “Es cierto que el resultado nocivo fue causalmente consecuencia de la falta de adopción de medidas de seguridad adecuadas y de un procedimiento seguro para la labor encargada, empero, al cual contribuyó la víctima al utilizar elementos para destrabar que a todas luces aparecen inadecuados para maniobrar una munición. Los hechos asentados obligan a colegir que el daño -padecimiento de lesión física- tuvo como causa la falta de servicio y la culpa de la víctima. En efecto, los supuestos de hecho dejan en evidencia que existió nexo causal entre la omisión anotada y la explosión de la munición que le significó una lesión en el brazo izquierdo y otras partes del cuerpo, aflicción que también fue causada por la desatención de la misma al maniobrar con elementos inadecuados un aparato que resulta en extremo riesgoso”.¹⁶

IV. APARTADO FINAL

Concluimos este breve comentario desde la siguiente premisa: en la cuestión de la culpa de la víctima, y más allá de reflexiones en torno a su calificación en sede de culpa o de causalidad, lo que es relevante, en nuestro entender, no corresponde necesariamente a un satisfactorio ejercicio de previsibilidad de daños eventualmente concretizables, sino que más bien si es que -como también a indicado Aedo- de si existe o no una posición de garante en relación con la conducta de un tercero (víctima),¹⁷ y si es que aquella víctima tiene o no conciencia de los riesgos a los que se expone.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AEDO BARRENA, Cristian (2006): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- AEDO BARRENA, Cristian (2013): “El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la responsabilidad civil: un enfoque desde la imputación objetiva”, en: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen et al (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, Thomson Reuters).

¹⁶ Olivares Henríquez, Víctor H c/ Fisco de Chile (2018).

¹⁷ Véase AEDO (2013), pp. 505 y ss..

- AEDO BARRENA, Cristian (2018): *Culpa Aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristian (2020): “La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el Derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 35).
- AEDO BARRENA, Cristian y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2021): “Pandemia y repercusiones en la responsabilidad civil. Algunas reflexiones con especial énfasis en la responsabilidad médica”, en: ISLER SOTO, Erika y MORALES ORTIZ, María Elisa (editoras), *Retos del Derecho Privado en un contexto de crisis* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005), *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho civil chileno* (reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): *Lecciones de Derecho Civil Chileno, t. II: De las fuentes de las obligaciones*, reimpresión 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2005): “Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del Derecho civil”, en: VARAS BRAUN, Juan Andrés, y TURNER SAELZER, Susan (coords.), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia* (Santiago, LexisNexis).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, reimpresión 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (2014): *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la imputación objetiva y otros extremos* (Madrid, Thomson Reuters)
- DE CUPIS, Adriano (1975): *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2ª edición italiana por A. Martínez Sarrión (Barcelona, Bosch).
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (1998): *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de Daños* (Madrid, Civitas).
- JAKOBS, Günter (1997): *La imputación objetiva en el Derecho penal* (trad. de Rubén Villela, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991): “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en: AA. VV., *Centenario del Código Civil* (Madrid, Asociación de profesores de Derecho Civil).
- PREVOT, Juan Manuel (2010): “El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la responsabilidad civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 15).
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte general, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2018): *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil* (Santiago, Der Ediciones).

Jurisprudencia citada

- Toro Vargas, Erika y otro c/ Puma Chile S.A. (2015): Corte Suprema, 23 de junio de 2015, rol 26534-16, indicador Microjuris MJJ41925.

Olivares Henríquez, Victor H c/ Fisco de Chile (2018): Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, rol 39484-17, indicador Microjuris MJJ57876.

RECENSIÓN. ARMENTA DEU, TERESA (2021) *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid, Marcial Pons, 347 pp.

Review of the book. Armenta Deu, Teresa
(2021) *Drifts of justice. Guardianship of rights
and dispute resolution in times of changes*,
Madrid, marcial pons, 347 pp.

Sophía Romero Rodríguez

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Chile
Correo electrónico: sophia.romero@pucv.cl. <https://orcid.org/0000-0002-2893-3131>.

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-09>

El Derecho procesal es una disciplina cuya base científica es relativamente nueva.¹ Durante el siglo XIX, la principal ocupación de la doctrina fue la diferenciación entre derecho procesal y derecho sustantivo, además del desarrollo de las instituciones teóricas que han permitido construir sus núcleos dogmáticos: jurisdicción, acción y proceso.²

Sin embargo, durante el siglo XX, especialmente en su segunda mitad, la atención de algunos sectores de la doctrina se situó en los problemas de acceso a la justicia, y los instrumentos adecuados para entregar una respuesta estatal rápida a los justiciables frente a sus necesidades de protección jurídica. Digo estatal, porque en varias de estas concepciones, la desjudicialización y el uso de los métodos adecuados de solución de controversias, constituyen respuestas igualmente válidas en comparación a la decisión jurisdiccional, bajo el reconocimiento de la limitación propia de los recursos económicos destinados a la satisfacción de los derechos, tanto en el proceso civil como en el proceso penal.³

Si bien estas estrategias vienen desarrollándose con mayor o menor intensidad en distintas latitudes, la pandemia por COVID 19 develó la crisis de los sistemas de justicia, lo que no es más que un síntoma de “(...) un Estado desbordado” (p. 69-70), frente a los requerimientos de los ciudadanos que pretendan conductas positivas por parte del Estado en la satisfacción de derechos de carácter procesal. Precisamente de estos fenómenos trata la obra cuya reseña ofrecemos, y que en el contexto de las medidas legales y administrativas que el Estado chileno ha tomado, resulta de necesaria lectura.

¹ Para una síntesis breve, véase MONTERO (2013), pp. 211-331.

² ROMERO (2014), pp. 157-167.

³ CAPPELLETTI y GARTH (1983), *passim*

La profesora Armenta es catedrática de Derecho Procesal de la U. de Girona, España, y cuenta con una basta trayectoria en el ámbito de la investigación jurídica, particularmente, en los estudios comparados.⁴ En esta obra, a lo largo de tres capítulos, aborda con una profundidad y un uso de fuentes y bibliografía notables –tanto europea, latinoamericana, norteamericana e incluso asiática– estos dos problemas, agregando un tercero que, si bien ya había irrumpido en la escena procesal como solución a la crisis de la justicia, sus manifestaciones se magnificaron tras la pandemia: el uso de tecnologías.

El primer capítulo trata sobre el fenómeno de la aceleración de la justicia y la eficacia (pp. 25-67), y la consideración del factor económico como elemento en la toma de decisiones de política pública en el ámbito judicial y de la utilización del proceso como método de solución de controversias.

La profesora Armenta hace una revisión de las diversas medidas tomadas a nivel español y europeo, en donde se ha priorizado la gestión para acelerar los procesos judiciales, de modo tal de satisfacer los fines de la jurisdicción con eficacia, esto es, utilizando la menor cantidad de recursos posibles. El punto de partida en esta materia en España fue la Ley 13/2009 de 03 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, tipo de iniciativa que sólo ha proliferado a lo largo de la década del 2010, y con aumento creciente tras la pandemia.

En este sentido, el eje de la discusión en los últimos años ha estado puesto en la reducción del proceso judicial al máximo, lo que ha generado varias consecuencias. En los casos más extremos, ello se articula promoviendo su sustitución por acuerdos de colaboración (pp. 89-95) o por algún ADR (pp. 94-135); o, manteniéndolo, pero acortándolo, sea por la técnica legislativa (lo que incluye la sumarización clásica y el uso de las tecnologías) o por el acuerdo de voluntades de los sujetos procesales como, por ejemplo, mediante estrategias de *managerial judging* (p. 27).

Todos estos instrumentos pretenden disminuir la cantidad de recursos económicos destinados al sector justicia, reconociendo que el proceso jurisdiccional constituye un mecanismo costoso el que, como consecuencia, debe ser utilizado como última *ratio*, solo en aquellos casos en que no sea posible la aplicación de una vía alternativa (administrativa, no jurisdiccional, contractual).

Otra de las técnicas utilizadas para la reducción de costos en la materia es la desjudicialización de diversas etapas del proceso jurisdiccional (pp. 35-39), entregándoselas a órganos del Poder Judicial o derechamente a órganos administrativos como los notarios o registradores (pp. 82-86). La autora, en este punto, observa con especial atención el cumplimiento de determinados requisitos para la constitucionalidad de tales intervenciones.

Como colofón de este primer capítulo, Armenta observa que la utilización del proceso judicial como método de solución de conflictos es solo una de las finalidades que la función jurisdiccional satisface, por lo que una propuesta que priorice el uso de otros métodos, impide la garantía de observancia del Derecho, la corrección jurídica de la solución, unificación de la interpretación de las normas sustanti-

⁴ Por ejemplo, véase ARMENTA DEU (2011), *passim*; ARMENTA DEU (2015), pp. 23-54; ARMENTA DEU (2009), pp. 81-110.

vas y la predictibilidad frente a decisiones judiciales cuya regla jurídica se aplica en juicios posteriores (pp. 59-64).

El segundo capítulo (pp. 69-216), el de mayor extensión de la obra, trata sobre el otorgamiento de competencias judiciales a otros órganos del Estado y a la solución de conflictos producto de la sola intervención de las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. En este capítulo, vale referir el apartado sobre la tercerización que se efectúa de actuaciones procesales, en manos de empresas tecnológicas, particularmente en el ámbito de la fase de investigación del proceso penal (pp. 86-89); también resulta de interés la revisión que se efectúa de la tercerización mediante el uso de ADR, que si bien la misma autora reconoce como sucinta, está enriquecida con múltiples citas a doctrina de todas las latitudes, particularmente anglosajona, ya que se destacan las aportaciones del modelo norteamericano y el traspaso que de muchas instituciones de dicho país se han efectuado en las legislaciones cuyo modelo jurídico es europeo continental, no sin efectuar críticas a este trasplante jurídico.

En este sentido, resulta destacable el enfoque que se efectúa en torno a la aplicación de la conformidad en materia penal, en tanto forma de administrativización o privatización de la respuesta estatal, que tradicionalmente es y ha sido jurisdiccional (pp. 146-151). Del mismo modo, resultan muy interesantes las reflexiones de la profesora Armenta en torno a instrumentos utilizados que en materia penal limitan la aplicación del principio de legalidad, como son la delación, las recompensas de tipo económico, las atenuantes por colaboración eficaz, sea en materia de delitos tributarios o en el Derecho de la Competencia (pp. 186-199). Se explican en este punto, las razones que motivan y justifican la construcción de estos instrumentos (no necesariamente consideradas como correctas por la autora) para favorecer la investigación de los hechos constitutivos de los delitos sancionados, aunque para la ciudadanía, regularmente estas medidas se constituyen como contra-intuitivas, ya que cualquier delito debiera ser perseguido con el mismo celo por parte de las autoridades, sin que quepan acuerdos de ningún tipo frente a la comisión de aquellas conductas que atentan más gravemente contra el contrato social.

Por último, el capítulo III titulado Tecnología disruptiva y proceso (pp. 217-336), analiza el uso de tecnologías en los procesos judiciales, con énfasis en los efectos que la pandemia trajo. Se parte el análisis con las dos normas dictadas en España tras la pandemia (Real Decreto 16/2020, de 28 de abril; Ley 3/2020, de 18 de septiembre, ambas que contienen medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la administración de justicia).

Tras una explicación de algunos conceptos, como el de tecnología disruptiva, y algunos de las herramientas que se consideran dentro de ella, como la IA, el “machine learning”, el “data mining”, el “blockchain” y el “quantum computing”. Todas estas tecnologías, a diferencia de las tradicionales, no requieren una gestión manual, sino que operan de modo automático, basados en algoritmos informáticos (p. 220). Bajo este paradigma, lo que se cuestiona es el poder que confiere la transformación numérica de los datos, cuestión que genera una homogeneización del significado y la posibilidad de delegar en un ordenador las labores que originalmente un humano realizaba, y más precisamente, en

el programador informático que es el sujeto que maneja los datos y que no necesariamente es una persona formada en Derecho (pp. 222-223).

Ya en el ámbito propiamente procesal, se analizan varios de los impactos de la tecnología disruptiva en el ámbito judicial, como la celebración de actuaciones procesales mediante presencia telemática y su difusión a través de grabaciones de audio y video, la atención de usuarios a través de videoconferencia, telemática o mediante correo electrónico, uso de firma electrónica en las actuaciones, expediente electrónico, comunicaciones procesales a través de LexNET (pp. 239-250). Del mismo modo, y especialmente útil por la aplicación de los protocolos del Poder Judicial chileno, se trata el uso de la videoconferencia en materia de audiencias orales junto con un análisis jurisprudencial (pp. 251-256). Todo el capítulo es interesante de revisar para el público chileno, considerando la reciente publicación de la Ley N° 21.394, de 30 de noviembre de 2021, que introduce reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, la que incluye un conjunto de modificaciones a las normas procesales chilenas en torno al uso de esta clase de tecnologías en el proceso y los posibles problemas que se puedan suscitar en su implementación.

En este capítulo, también se trata especialmente el uso de las tecnologías en la etapa de investigación penal con un enfoque en las garantías que se deben respetar en el contexto de estas diligencias (pp. 282-291).

Tras la revisión y lectura de esta obra, pienso que la publicación de la profesora Armenta no podía ser más oportuna. Trata el conjunto de temáticas que son objeto de discusión tanto en la práctica como en la academia: la necesidad de compatibilizar la eficacia de los procesos judiciales con su duración; el uso de métodos alternativos al proceso; la desjudicialización de actividades que tradicionalmente los tribunales de justicia han efectuado; el proceso judicial como ultima ratio; el uso de las tecnologías en el proceso. Todo ello, efectuando un análisis de la legislación española y la europea, además de doctrina y fuentes extranjeras pertinentes. Del mismo modo, de la lectura se evidencia la profundidad y experiencia investigativa que la autora posee en las diversas materias tratadas. Reconociendo, además, que se tratan temas emergentes, se dejan planteadas reflexiones que orientan posibles discusiones futuras, planteando tanto las ventajas como las desventajas de los distintos fenómenos que se tratan, lo que hace que esta sea una lectura obligada en el contexto actual de las reformas a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Citada

- ARMENTA DEU, Teresa (2009): “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (núm. 11).
- ARMENTA DEU, Teresa (2011): *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América* (Madrid, Marcial Pons).
- ARMENTA DEU, Teresa (2015): “Ejecución y medidas conminativas personales. Un estudio comparado”, en: *Revista de Derecho U. Católica del Norte* (vol. 22, núm. 2).

- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan (1983): *El acceso a la justicia. El movimiento mundial para la efectividad de los derechos* (La Plata, Colegio de Abogados de La Plata).
- MONTERO AROCA, Juan et al. (2013): *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, 21º edición, (Valencia, Tirant lo Blanch)
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía (2014): “Construcción de los núcleos dogmáticos de las disciplinas jurídicas. En especial, el caso del Derecho procesal”, en: VERGARA, Alejandro (coord.), *Dogmática y Sistema. Estudios de Teoría del Derecho* (Santiago, Legal Publishing).

CONTENIDO

- 3 The Basque guaranteed living income and social inclusion scheme as a model for a universal labour guarantee**
El régimen Vasco de Renta Vital Garantizada e Inclusión Social como modelo de una Garantía Laboral Universal
Francisco Javier Arrieta Idiakez
- 23 La garantía de la tutela judicial a la luz reclamo de ilegalidad municipal de la ley 18.695**
The guarantee of judicial protection in light of the judicial review of municipal acts under Law 18.695
Pablo Fabián Aros Rojas
- 45 La familia extendida en Chile: Un reconocimiento del rol de los abuelos en beneficio del interés superior del niño**
The extended family in Chile: a recognition of the role of grandparents in the best interest of the child
Constanza Astudillo Meza / Camila Astudillo González
- 59 Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el convenio n°169 de la organización internacional del trabajo**
A critical analysis of national legislation and case-law concerning indigenous consultation on environmental matters, in relation to the indigenous and tribal peoples convention c169 of the International Labor Organization
Nicolas Mahn Mendiburo
- 93 Necesidad de notificación legal de la demanda encontrándose vigente el plazo de prescripción de la acción, para efectos de producir la interrupción civil de la prescripción. Sistematización de argumentos doctrinarios y jurisprudenciales en favor y en contra de tal tesis**
About the need of service of process in a lawsuit while the time limit of the statute of limitations is running, in order to civilly interrupt this term. Systematization of different doctrinal and case-law criteria for and against this thesis
Ruperto Pinochet Olave / Marcelo Barrientos Zamorano / María Luisa Manríquez Novoa
- 125 Lo que importa es la intención: la cláusula de mejores esfuerzos (best efforts). Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado**
It is intention that matters: the best efforts clause. Notes from peruvian law to comparative law
Sergio García Long
- 163 Comentario de sentencia. Inscripciones paralelas en tierras indígenas. Análisis del problema y su solución específica a partir del caso "forestal mininco s.a. con lepillán y otros"**
Parallel registrations of property in indigenous lands. analysis of the problem and its specific solution based on the case "Mininco Corporation with Lepillán and others"
Jaime Ramírez Cifuentes
- 181 Comentario de sentencia. Culpa de la víctima y conciencia de riesgos. Comentario a la sentencia de la corte suprema de 27 de agosto de 2019***
Victim fault and awareness of risks. Comment on the judgment of the Supreme Court of August 27, 2019
Renzo Munita Marambio
- 191 RECENSIÓN. ARMENTA DEU, TERESA (2021) Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios, Madrid, Marcial Pons, 347 pp.**
Review of the book. Armenta Deu, Teresa (2021) Drifts of justice. Guardianship of rights and dispute resolution in times of changes, Madrid, marcial pons, 347 pp.
Sophía Romero Rodríguez